



53. JAHRGANG JANUAR 2022 SEITEN 1 – 72

B+P.1

Zeitschrift für Betrieb und Personal

SCHWERPUNKT-THEMA
AKTUELLE FRAGEN DER PANDEMIE

PERSONALPRAXIS | Change braucht alle Altersklassen! Die Arbeitswelt in der 4. Welle – Wie viel verkraften wir noch?

ARBEITSRECHT | BAG: Schadensersatzanspruch gegen Arbeitnehmer wegen Ermittlungskosten

LOHNSTEUER | BFH und FG: Aktuelle Rechtsprechung zur Annahme einer ersten Tätigkeitsstätte

SOZIALRECHT | BSG: Neues zur Befreiung von der Rentenversicherungspflicht

Zu dieser Ausgabe

Heinz Neu
(verantwortlicher Redakteur)

Liebe Leserinnen und Leser,

► mit diesem Heft übernehme ich die Schriftleitung der B+P von Herrn Dr. Valentin, der die Zeitschrift über zehn Jahre engagiert und erfolgreich geführt hat. Ich freue mich sehr auf meine neue Aufgabe und hoffe, dass es mir wie Herrn Dr. Valentin gelingen wird, zusammen mit einem erfahrenen Autorenteam Monat für Monat aus der Fülle der Informationen im Bereich des Arbeits-, Lohnsteuer- und Sozialrechts die wichtigsten Themen herauszuarbeiten und Sie damit bei Ihrer täglichen Arbeit zu unterstützen.

► Anders als es wahrscheinlich viele von uns erwartet oder zumindest erhofft hatten, hat uns das Coronavirus auch in diesem Winter fest im Griff. Wir befinden uns inmitten der vierten Welle, die Deutschland härter trifft als alle vorhergehenden. Die Ampelkoalition sah sich noch vor Abschluss ihrer Koalitionsverhandlungen gezwungen, mit dem Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze vom 22.11.2021 auf diese Situation zu reagieren. Die Feststellung der epidemischen Notlage wurde zwar nicht verlängert. Es wurde aber ein neuer „Instrumentenkasten“ geschaffen, mit dem die weitere Ausbreitung des Virus erfolgreich bekämpft werden sollte. Für die Arbeitgeber ist dabei vor allem die bundesweite Einführung der 3G-Regel am Arbeitsplatz und die Wiedereinführung der „Homeoffice-Pflicht“ von Bedeutung. Den Ländern wurde zusätzlich ein Maßnahmenkatalog zur Verfügung gestellt, mit dem sie je nach Pandemie-Entwicklung regional reagieren können. Nachdem mit der Omikron-Variante neue Ängste und Herausforderungen auf uns zukamen und das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit der Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen im Rahmen der „Bundesnotbremse“ bestätigt hatte, wurde kurzfristig noch einmal nachgebessert. Bund und Länder beschlossen eine bundesweite 2G-Zugangsregelung u.a. für den Einzelhandel, die Gastronomie und Großveranstaltungen, mit Option zu 2GPlus. Die generelle Impfpflicht ist kein Tabu mehr. Im Hinblick auf die große Dynamik des Infektionsgeschehens war bei Redaktionsschluss nicht absehbar, welche konkrete Pandemie-Situation wir beim Erscheinen dieser ersten Ausgabe des Jahres 2022 haben werden. Davon unabhängig dürften aber die arbeits- und sozialrechtlichen Fragen sein, die durch das Infektionsschutzänderungsgesetz auf die Betriebe zukommen werden. Diese wollen wir im Rahmen unseres Schwerpunktthemas „Aktuelle Fragen der Pandemie“ in diesem Heft ebenso beleuchten, wie die derzeit geltenden steuerrechtlichen Regelungen, die die Corona-Pandemie hervorgebracht hat.

► So gibt Nicolai Besgen einen ersten Überblick zu den arbeitsrechtlichen Neuregelungen in Bezug auf 3G und Homeoffice sowie ihren Auswirkungen in der Praxis (Seite 19). Klaus Mader stellt uns die wichtigsten Corona-bedingten steuerlichen Regelungen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer dar (Seite 40). Ulrich Freudenberg zeigt, dass der Ampel-Gesetzgeber die Unterstützungsmaßnahmen im Bereich der Sozialversicherung weitgehend für das Jahr 2022, zumindest aber für das erste Quartal aufrechterhält (Seite 53).

► In unserer Rubrik Personalpraxis zeigt Claudia Schmidt, dass es im Rahmen des Change-Managements nach der 4. Welle entscheidend darauf ankommt, alle Altersklassen fit zu halten, Organisationen beweglicher zu machen und Revers-Coaching zu nutzen. Sie erläutert, dass die Lebensphasenorientierung im Personalmanagement zu einem entscheidenden Einflussfaktor für die Zukunftsfähigkeit von Unternehmen wird (Seite 15).

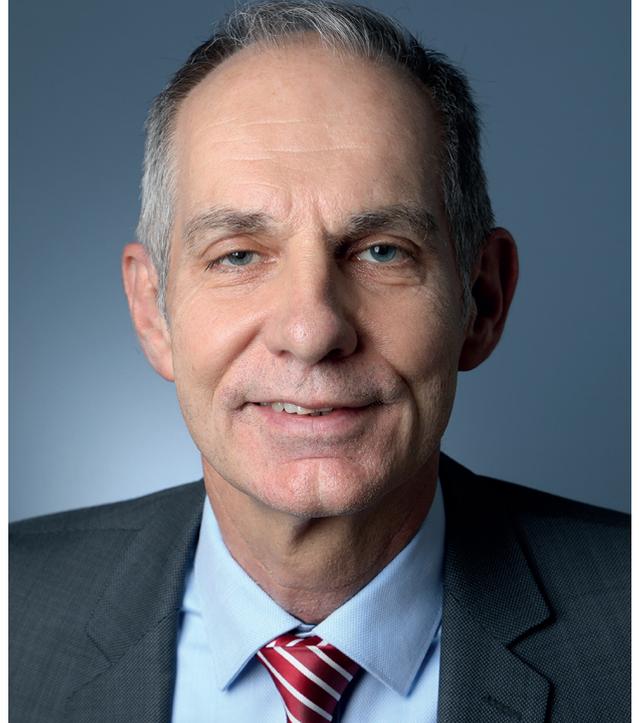
► Hinweisen möchte ich ferner auf folgende Beiträge: Manfred Jüngst zeigt anhand einer aktuellen Entscheidung des BAG auf, unter welchen Voraussetzungen eine krankheitsbedingte ordentliche Kündigung wirksam ist. (Seite 25). David Marcone weist auf ein neues Urteil des BAG zur wirksamen Gestaltung von Ausschlussklauseln hin (Seite 33). Klaus Mader stellt uns ein aktuelles BFH-Urteil zur Steuerfreiheit der sog. Theaterbetriebszulage vor (Seite 47). Rolf Altmann erläutert, welche versicherungsrechtlichen Regelungen für Minijobber während der Corona-Pandemie fortbestehen und welche Besonderheiten während der Corona-Pandemie gelten (Seite 62).

Ich wünsche Ihnen einen guten Start ins neue Jahr!

Ihr



Heinz Neu



B+P TELEX

Arbeitsrecht

EuGH zur Bedeutung des Begriffs „Arbeitszeit“ für Bereitschaftszeit in Form von Rufbereitschaft	4
Arbeitgeber muss Fahrradlieferanten notwendige Arbeitsmittel zur Verfügung stellen	4
Beendigung der Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung bei Absinken unter den Schwellenwert	5
Gesichtsmaske (OP-Maske) und tariflicher Erschwerungszuschlag in der Reinigungsbranche	5
Unwirksame Befristung eines Arbeitsverhältnisses auf Grund elektronischer Signatur	6
Kein Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds mit negativen PCR-Test an Betriebsräteversammlung unter Verweis auf „2G-Regelungen“	7

Lohnsteuer

Steuerpläne der neuen Bundesregierung	8
Neues BMF-Schreiben zu Vermögensbeteiligungen	10
BFH zur ersten Tätigkeitsstätte eines Müllwerkers	10
Weitere Verlängerung der verfahrensrechtlichen Steuererleichterungen	11

Sozialrecht

Hinzuverdienstgrenzen für Frührentner auch für 2022 erhöht	11
Weitere Sonderregelungen im Zusammenhang mit Kurzarbeit bis 31.3.2022 verlängert	11
Beitragsberechnung im Übergangsbereich	11
Rehabilitationsmaßnahmen für COVID-19-Erkrankte	12
Keine Beitragspflicht für ärztliche Tätigkeiten in Corona-Impfzentren	12

VERANSTALTUNGSHINWEISE

BÜCHERSCHAU

IMPRESSUM



Aktuelle Fragen der Pandemie

Die Neuregelungen im Arbeitsrecht zu 3G und Homeoffice – Ein erster Überblick	19
Corona-Pandemie – Aktuelle Hinweise für Arbeitgeber und Arbeitnehmer	40
Neue sozialrechtliche Regelungen durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes	53
Kurzarbeit bei COVID-19: Anordnung auf Grund Tarifvertrags	56
Mini-Jobs während der Corona-Pandemie	62

PERSONALPRAXIS

Der aktuelle Bericht

Change braucht alle Altersklassen! Die Arbeitswelt in der 4. Welle – Wie viel verkraften wir noch?	15
--	----

ARBEITSRECHT

Der aktuelle Bericht

Die Neuregelungen im Arbeitsrecht zu 3G und Homeoffice – Ein erster Überblick	19
---	----

Kurzbeiträge

Ordentliche krankheitsbedingte Kündigung – Sondervergütung kündigungsrelevante Bedeutung	25
Annahmeverzug – Unterlassener Zwischenverdienst – Böswilligkeit	27
Abmahnung – Nebentätigkeit eines Zeitschriftenredakteurs – Meinungs- und Pressefreiheit	30
Urlaubsabgeltungsanspruch – Vertragliche Ausschlussfrist	33
Schadensersatzanspruch gegen Arbeitnehmer wegen Ermittlungskosten	35
Beginn des Arbeitsverhältnisses: Notwendige Anreisezeit	36

LOHNSTEUER

Der aktuelle Bericht

Corona-Pandemie – Aktuelle Hinweise für Arbeitgeber und Arbeitnehmer	40
--	----

Kurzbeiträge

Neue BFH- und FG-Rechtsprechung zur Annahme einer ersten Tätigkeitsstätte **42**

BFH: Steuerfreiheit der sog. Theaterbetriebszulage gem. § 3b EStG **47**

FG Köln zum Werbungskostenabzug von Aufwendungen für eine Gemeinschaftskasse („Freud- und Leidkasse“) **48**

FG Mecklenburg-Vorpommern zur Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 32 EStG (Sammelbeförderung) bei Überlassung eines Dienstwagens **50**

SOZIALRECHT

Der aktuelle Bericht

Neue sozialrechtliche Regelungen durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes **53**

Kurzbeiträge

Kurzarbeit bei COVID-19: Anordnung auf Grund Tarifvertrags **56**

Neues zur Befreiung von der Rentenversicherungspflicht **58**

Mini-Jobs während der Corona-Pandemie **62**

Einmalzahlungen zum Jahresbeginn **64**

Sozialversicherungspflicht von mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH **66**

B+P STICHWORTVERZEICHNIS 69

DEMNÄCHST IN B+P

TITELTHEMA IM FEBRUAR

- **Elektronische Personalverwaltung**

Arbeitsrecht

- BAG: Arbeitszeugnis: Beurteilung in Tabellenform unzulässig
- BAG: Brückenteilzeit, Verletzung der dreimonatigen Ankündigungsfrist
- BAG: Annahmeverzug bei Leistungsunfähigkeit, Darlegungslast des Arbeitgebers
- BAG: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – Beweiswert
- BAG: Einladung zum Vorstellungsgespräch
- BAG: Annahmeverzug – Leistungsunfähigkeit – Darlegungslast
- BAG: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung – Beweiswert
- LAG Nürnberg: Negatives Arbeitszeitkonto bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- LAG Nürnberg: Neues zur betriebsverfassungsrechtlichen Abmahnung
- LAG Nürnberg: Beendigung von Telearbeit durch Teilkündigung
- LAG Nürnberg: Mitbestimmungsrecht lokaler Betriebsrat bei Gewährung einer konzernweiten Corona-Prämie
- LAG Berlin-Brandenburg: Wirksamkeit Kündigung – künstlerischer Leiter einer Ballettschule – Beziehung zu Schülerin – Kündigungserklärungsfrist
- LAG Mecklenburg-Vorpommern: Wartezeitkündigung – Personalratsanhörung

Lohnsteuer

- BFH: Vergütungen auf Grund eines Long-Term-Incentive-Modells als außerordentliche Einkünfte
- BFH: Zufluss von Tantiemen bei beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführern
- FG Niedersachsen: Erste Tätigkeitsstätte bei einem Leiharbeitnehmer
- FG Baden-Württemberg: Keine Einbeziehung der Beiträge an eine Unterstützungskasse in die Berechnung des Grundlohns nach § 3b Abs. 2 Satz 1 EStG
- FG München: Keine Sonderausgaben bei Barzahlung von Kinderbetreuungskosten

Sozialrecht

- Versicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern: Reichen Regelungen in Geschäftsordnung?
- Probleme bei divergierenden Verfahren und Entscheidungen zur Versicherungspflicht
- Wegeunfall bei Rückkehr aus dem Urlaub
- BSG: Krankengeld freiwillig Versicherter

Arbeitsrecht

+++ EuGH zur Bedeutung des Begriffs „Arbeitszeit“ für Bereitschaftszeit in Form von Rufbereitschaft

+++

In einem Vorabentscheidungsverfahren hat der EuGH die Bedeutung des Begriffs „Arbeitszeit“ für Bereitschaftszeit in Form von Rufbereitschaft erläutert. Kann ein Arbeitnehmer während der Bereitschaftszeit seine Zeit ohne objektiv erhebliche Beeinträchtigung frei gestalten, insbesondere einer selbständigen Tätigkeit als Taxifahrer nachkommen, stellt die Bereitschaftszeit keine „Arbeitszeit“ dar (EuGH v. 11.11.2021, C-214/20, www.stotax-first.de).

Der Arbeitnehmer, ein in Teilzeit beschäftigter Reserve-Feuerwehrmann, steht der Einsatzstelle der Feuerwache, von der er geschult wurde, nach einem Bereitschaftssystem in Form von Rufbereitschaft zur Verfügung. Er ist verpflichtet, an 75 % der Einsätze dieser Feuerwache teilzunehmen, und hat die Möglichkeit, an den übrigen Einsätzen nicht teilzunehmen. Er muss während seiner Bereitschaftszeiten nicht an einem bestimmten Ort sein, hat aber, wenn er einen Notruf zur Teilnahme an einem Einsatz erhält, innerhalb von zehn Minuten an der Feuerwache einzutreffen. Die Bereitschaftszeit in Form von Rufbereitschaft umfasst grundsätzlich sieben Tage in der Woche und 24 Stunden am Tag und wird nur durch die im Voraus mitgeteilten Urlaubszeiten und Zeiten der Nichtverfügbarkeit unterbrochen. Der Arbeitnehmer darf jedoch eine berufliche Tätigkeit ausüben, sofern sie im Durchschnitt 48 Stunden pro Woche nicht überschreitet. Dementsprechend ist er selbständig als Taxifahrer tätig.

Der Gerichtshof weist zunächst darauf hin, dass unter den Begriff „Arbeitszeit“ in Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88 sämtliche Bereitschaftszeiten einschließlich Rufbereitschaften fallen, während derer dem Arbeitnehmer Einschränkungen von solcher Art auferlegt werden, dass sie seine Möglichkeit, während der Bereitschaftszeiten die Zeit, in der seine beruflichen Leistungen von seinem Arbeitgeber nicht in Anspruch genommen werden, frei zu gestalten und sie seinen eigenen Interessen zu widmen, objektiv gesehen ganz erheblich beeinträchtigen. Dass sich der Arbeitnehmer während seiner Bereitschaftszeiten zu keinem Zeitpunkt an einem bestimmten Ort aufhalten muss, dass er nicht verpflichtet ist, an allen von seiner Dienstwache aus durchgeführten Einsätzen teilzunehmen, von denen im vorliegenden Fall ein Viertel in seiner Abwesenheit erfolgen kann, und dass er eine andere berufliche Tätigkeit ausüben darf, könnten objektive Umstände sein, die den Schluss zulassen, dass er in der Lage ist, diese andere berufliche Tätigkeit während der Bereitschaftszeiten nach seinen eigenen Interessen zu entfalten und ihr einen erheblichen Teil dieser Zeiten zu widmen, es sei denn, die durchschnittliche Häufigkeit der Notrufe und die durchschnittliche Dauer der Einsätze verhindern die tatsächliche Ausübung einer beruflichen Tätigkeit, die sich mit der Beschäftigung als Reserve-Feuerwehrmann verbinden lässt.

Organisatorische Schwierigkeiten, die sich möglicherweise aus den Entscheidungen des betreffenden Arbeitnehmers ergeben, wie z.B. die Wahl eines Wohnorts oder von Orten für die Ausübung einer anderen beruflichen Tätigkeit, die mehr oder weniger weit von dem Ort entfernt sind, der für ihn innerhalb der im

Rahmen seiner Beschäftigung als Reserve-Feuerwehrmann festgesetzten Frist erreichbar sein muss, können nicht berücksichtigt werden.

Deshalb ist Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88 dahin auszulegen, dass Bereitschaftszeit, die ein Reserve-Feuerwehrmann in Form von Rufbereitschaft leistet und während deren dieser Arbeitnehmer mit Genehmigung seines Arbeitgebers eine selbständige berufliche Tätigkeit ausübt, aber im Fall eines Notrufs innerhalb einer maximalen Frist von zehn Minuten seine Dienstwache erreichen muss, keine „Arbeitszeit“ im Sinne dieser Bestimmung darstellt, wenn eine Gesamtbeurteilung aller Umstände des Einzelfalls ergibt, dass die dem Arbeitnehmer während der Bereitschaftszeit auferlegten Einschränkungen nicht von solcher Art sind, dass sie seine Möglichkeit, während der Bereitschaftszeit die Zeit, in der seine beruflichen Leistungen als Feuerwehrmann nicht in Anspruch genommen werden, frei zu gestalten, objektiv ganz erheblich beeinträchtigen.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung macht einmal mehr deutlich, dass bloße Begrifflichkeiten und die Benennung von Arbeitszeiten als Rufbereitschaft oder Bereitschaftszeit nicht ausreichend sind. Die Gerichte prüfen stets die Umstände des Einzelfalls. Für die Einordnung als Arbeitszeit kommt es dabei insbesondere auf die Zeiten an, innerhalb derer ein Arbeitnehmer seine Tätigkeit aufnehmen muss. Auch die Erreichbarkeit und die Möglichkeit, die freie Zeit privat nutzen und frei gestalten zu können, sind maßgeblich. Es kommt also immer auf eine Gesamtbeurteilung an. (Quelle: PM Nr. 201/21 des EuGH v. 11.11.2021) *Bn.*

+++ Arbeitgeber muss Fahrradlieferanten notwendige Arbeitsmittel zur Verfügung stellen +++

Zu den essentiellen Arbeitsmitteln, die Arbeitgeber ihren Fahrradlieferanten, die Speisen und Getränke ausliefern und ihre Aufträge über eine Smartphone-App erhalten, gehören ein verkehrstüchtiges Fahrrad und ein geeignetes internetfähiges Mobiltelefon. Auf die Ausstattung mit diesen Arbeitsmitteln haben die sog. „Rider“ einen Anspruch gegenüber ihrem Arbeitgeber. Wird von diesem Grundsatz durch Allgemeine Geschäftsbedingungen abgewichen, sind diese nur dann wirksam, wenn dem Arbeitnehmer für die Nutzung des eigenen Fahrrads und Mobiltelefons eine angemessene finanzielle Kompensationsleistung zugesagt wird (BAG v. 10.11.2021, 5 AZR 334/21, www.stotax-first.de).

Der Kläger ist bei der Beklagten als Fahrradlieferant beschäftigt. Er liefert Speisen und Getränke aus, die Kunden über das Internet bei verschiedenen Restaurants bestellen. Er benutzt für seine Lieferfahrten sein eigenes Fahrrad und sein eigenes Mobiltelefon. Die Verpflichtung hierzu ergibt sich aus den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, bei denen es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Die Beklagte gewährt den bei ihr tätigen Fahrradlieferanten eine Reparaturgutschrift von 0,25 € pro gearbeiteter Stunde, die ausschließlich bei einem von ihr bestimmten Unternehmen eingelöst werden kann. Mit seiner Klage hat der Kläger verlangt, dass die Beklagte ihm ein verkehrstüchtiges Fahrrad und ein geeignetes Mobiltelefon für seine vertrag-

lich vereinbarte Tätigkeit zur Verfügung stellt. Er hat gemeint, die Beklagte sei hierzu verpflichtet, weil es in den Aufgaben- und Verantwortungsbereich des Arbeitgebers falle, die notwendigen Arbeitsmittel bereitzustellen. Dieser Grundsatz sei vertraglich nicht wirksam abbedungen worden. Dagegen hat die Beklagte Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, die vertragliche Regelung sei wirksam. Da die bei ihr als Fahrradlieferanten beschäftigten Arbeitnehmer ohnehin über ein Fahrrad und ein internetfähiges Mobiltelefon verfügten, würden sie durch die Verwendung ihrer eigenen Geräte nicht bzw. nicht erheblich belastet. Darüber hinaus seien etwaige Nachteile durch die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit, Aufwendungsersatz geltend machen zu können, und – bezüglich des Fahrrads – durch das von ihr gewährte Reparaturbudget ausgeglichen.

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Nutzung des eigenen Fahrrads und Mobiltelefons benachteiligt den Kläger unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 BGB und ist daher unwirksam. Die Beklagte wird durch diese Regelung von entsprechenden Anschaffungs- und Betriebskosten entlastet und trägt nicht das Risiko, für Verschleiß, Wertverfall, Verlust oder Beschädigung der essentiellen Arbeitsmittel eintreten zu müssen. Dieses liegt vielmehr beim Kläger. Das widerspricht dem gesetzlichen Grundgedanken des Arbeitsverhältnisses, wonach der Arbeitgeber die für die Ausübung der vereinbarten Tätigkeit wesentlichen Arbeitsmittel zu stellen und für deren Funktionsfähigkeit zu sorgen hat. Eine ausreichende Kompensation dieses Nachteils ist nicht erfolgt. Die von Gesetzes wegen bestehende Möglichkeit, über § 670 BGB Aufwendungsersatz verlangen zu können, stellt keine angemessene Kompensation dar. Es fehlt insoweit an einer gesonderten vertraglichen Vereinbarung. Zudem würde auch eine Klausel, die nur die ohnehin geltende Rechtslage wiederholt, keinen angemessenen Ausgleich schaffen. Die Höhe des dem Kläger zur Verfügung gestellten Reparaturbudgets orientiert sich nicht an der Fahrleistung, sondern an der damit nur mittelbar zusammenhängenden Arbeitszeit. Der Kläger kann über das Budget auch nicht frei verfügen, sondern es nur bei einem vom Arbeitgeber bestimmten Unternehmen einlösen. In der Wahl der Werkstatt ist er nicht frei. Für die Nutzung des Mobiltelefons ist überhaupt kein finanzieller Ausgleich vorgesehen. Der Kläger kann deshalb von der Beklagten nach § 611a Abs. 1 BGB verlangen, dass diese ihm die für die vereinbarte Tätigkeit als „Rider“ notwendigen essentiellen Arbeitsmittel – ein geeignetes verkehrstüchtiges Fahrrad und ein geeignetes Mobiltelefon, auf das die Lieferaufträge und -adressen mit der hierfür verwendeten App übermittelt werden – bereitstellt. Er kann nicht auf nachgelagerte Ansprüche wie Aufwendungsersatz oder Annahmeverzugslohn verwiesen werden.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung ist von großer Bedeutung für die genannte Berufsgruppe, durchaus aber auch darüber hinaus. Das Arbeitsverhältnis wird dadurch geprägt, dass der Arbeitgeber die wesentlichen Arbeitsmittel zur Verfügung stellt. Dieses Grundprinzip kann er in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht auf den Arbeitnehmer verlagern. Solche AGB sind unzulässig. Dies schließt einzelvertragliche und individuelle Vereinbarungen hierüber nicht generell aus. Den Nachweis für solche Einzelvereinbarungen muss

dann aber der Arbeitgeber bringen. (Quelle: PM Nr. 38/21 des BAG v. 10.11.2021) *Bn.*

+++ Beendigung der Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung bei Absinken unter den Schwellenwert +++

Wird der Schwellenwert des § 177 Abs. 1 SGB IX von fünf schwerbehinderten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unterschritten, endet unter Anwendung der Grundsätze des Betriebsverfassungsrechts die Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung. Dies hat das LAG Köln mit Beschluss v. 31.8.2021, 4 TaBV 19/21, www.stotax-first.de, festgestellt.

Die Beteiligten stritten um die Fortdauer der Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung, nachdem die Anzahl der schwerbehinderten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in ihrem Betrieb unter die Zahl von fünf abgesunken war. Bei der Wahl der Schwerbehindertenvertretung am 13.11.2019 waren fünf Schwerbehinderte und ihnen Gleichgestellte in dem Betrieb beschäftigt. Zum 1.8.2020 sank diese Zahl auf vier ab. Nachdem die Arbeitgeberin die Auffassung vertreten hatte, die Amtszeit der Schwerbehindertenvertretung sei deshalb beendet, begehrte die Schwerbehindertenvertretung beim Arbeitsgericht die Feststellung, dass ihre Amtszeit nicht am 1.8.2020 auf Grund des Herabsinkens der Anzahl der schwerbehinderten Mitarbeiter in dem Betrieb unter fünf beendet ist.

Das LAG Köln hat diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, der Grundsatz im Betriebsverfassungsrecht, dass bei Absinken der wahlberechtigten Beschäftigtenzahl unter fünf die Amtszeit des Betriebsrats ende, sei auf die Schwerbehindertenvertretung übertragbar.

Hinweis für die Praxis:

Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das LAG Köln zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen. Aus der Formulierung des § 177 Abs. 1 SGB IX lässt sich nicht entnehmen, dass hinsichtlich der erforderlichen Anzahl an schwerbehinderten Beschäftigten nur auf den Zeitpunkt der Wahl abzustellen ist. Auch die Systematik sowie Sinn und Zweck des Gesetzes sprechen für eine Übertragung des im Betriebsverfassungsrecht geltenden Grundsatzes, wonach bei einem Absinken der Mitarbeiterzahl unter den Schwellenwert die Amtszeit endet, auf die Schwerbehindertenvertretung. Im Hinblick auf die Beteiligungsrechte beider Gremien ist ein Gleichlauf geboten. (Quelle: PM Nr. 7/21 des LAG Köln v.2.11.2021) *Bn.*

+++ Gesichtsmaske (OP-Maske) und tariflicher Erschwerniszuschlag in der Reinigungsbranche +++

Das LAG Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass medizinische Gesichtsmasken, wie sie vorwiegend während der Dauer der Corona-Pandemie getragen werden, nicht unter die persönliche Schutzausrüstung des Arbeitnehmers fallen und damit keinen Anspruch auf einen tariflichen Erschwerniszuschlag be-

gründen (LAG Berlin-Brandenburg v. 17.11.2021, 17 Sa 1067/21, www.stotax-first.de).

Der Kläger ist bei der Beklagten als Reinigungskraft tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der für allgemeinverbindlich erklärte Rahmentarifvertrag für die gewerblichen Beschäftigten in der Gebäudereinigung vom 31.10.2019 (RTV) Anwendung. Dieser sieht bei Arbeiten mit persönlicher Schutzausrüstung, bei denen eine vorgeschriebene Atemschutzmaske verwendet wird, einen Zuschlag von 10 % vor.

Der Kläger hatte ab August 2020 bei der Arbeit eine OP-Maske zu tragen. Er hat mit seiner Klage den genannten Erschwerniszuschlag geltend gemacht.

Das LAG hat die Klage – wie bereits das Arbeitsgericht – abgewiesen. Der geforderte Erschwerniszuschlag sei nur zu zahlen, wenn die Atemschutzmaske Teil der persönlichen Schutzausrüstung des Arbeitnehmers sei. Dies sei bei einer OP-Maske nicht der Fall, weil sie – anders als eine FFP2- oder FFP3-Maske – nicht v.a. dem Eigenschutz des Arbeitnehmers, sondern dem Schutz anderer Personen diene.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung ist nachvollziehbar und zutreffend. Allerdings tragen viele Arbeitnehmer auch die besser wirkenden FFP2-Masken. Allein die Tatsache, dass ein solcher Arbeitnehmer diese Maske freiwillig trägt, löst noch keine Zuschläge aus. Etwas anderes gilt aber dann, wenn der Arbeitgeber das Tragen von FFP2-Masken anordnet. (Quelle: PM Nr. 45/21 des ArbG Berlin v. 17.11.2021) *Bn.*

+++ Unwirksame Befristung eines Arbeitsverhältnisses auf Grund elektronischer Signatur +++

Das Arbeitsgericht Berlin hat entschieden, dass ein von beiden Seiten nur in elektronischer Form unterzeichneter Arbeitsvertrag den Formvorschriften für eine wirksame Vereinbarung einer Befristung nicht genügt. Auf Grund der Missachtung des § 14 Abs. 4 TzBfG gilt der zugrundeliegende Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen (ArbG Berlin v. 28.9.2021, 36 Ca 15296/20, www.stotax-first.de).

Gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG bedarf die Befristung eines Arbeitsvertrags zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall haben der Arbeitnehmer und die Arbeitgeberin einen befristeten Arbeitsvertrag als Mechatroniker nicht durch eigenhändige Namensunterschrift auf dem Vertrag abgeschlossen, sondern unter Verwendung einer elektronischen Signatur. Das Arbeitsgericht hat entschieden, dass jedenfalls die hier verwendete Form der Signatur dem Schriftformerfordernis nicht genüge. Auch wenn man annehme, dass eine qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. § 126a BGB zur wirksamen Vereinbarung einer Befristung ausreiche, liege in diesem Fall keine solche vor. Für eine qualifizierte elektronische Signatur sei eine Zertifizierung des genutzten Systems gem. Art. 30 der Verordnung (EU) vom 23.7.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt erforderlich. Eine solche Zertifizierung durch die gem. § 17 Vertrauensdienstgesetz zuständige Bun-

desnetzagentur biete das verwendete System nicht. Entsprechend sei die Vereinbarung der Befristung mangels Einhaltung der Schriftform unwirksam, der Arbeitsvertrag gelte gem. § 16 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung ist missverständlich zu verstehen. Keinesfalls ist die Einhaltung der Schriftform auf Grund elektronischer Signatur generell unzulässig. Lediglich in der hier konkreten Entscheidung waren die Voraussetzungen nicht gegeben. Die Wirksamkeit einer Befristung bedarf nach § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform. Die Schriftform wird auch durch qualifizierte Signatur gem. § 126a BGB gewahrt. Dann müssen aber insbesondere die erforderlichen Zertifizierungen vorliegen. (Quelle: PM Nr. 43/21 des ArbG Berlin vom 26.10.2021)

Bn.

+++ Kein Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds mit negativen PCR-Test an Betriebsräteversammlung unter Verweis auf „2G-Regelungen“ +++

Einem Betriebsratsmitglied kann die Teilnahme an einer Betriebsräteversammlung nicht unter Hinweis auf die sog. „2G-Regelungen“ versagt werden, wenn zu Beginn der Sitzung ein negativer PCR-Test vorgelegt wird, der nicht älter als 24 Stunden ist. Dies hat das Arbeitsgericht Bonn im einstweiligen Verfügungsverfahren entschieden (ArbG Bonn v. 15.11.2021, 5 BVGa 8/21, www.stotax-first.de).

Der Gesamtbetriebsrat hat die Betriebsräte zu einer in Berlin stattfindenden Betriebsräteversammlung eingeladen und darauf hingewiesen, dass die Versammlung unter „2G-Bedingungen“ durchgeführt werde. Die Antragstellerin ist stellvertretende Betriebsratsvorsitzende und begehrt im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens die Teilnahme an der Betriebsräteversammlung unter Vorlage eines negativen PCR-Tests. In der Festlegung von 2G-Bedingungen liege ein unzulässiger Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte und eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen geimpften und nicht geimpften Personen. Mit Beschluss vom 15.11.2021 hat das Arbeitsgericht Bonn entschieden, dass der Gesamtbetriebsrat der Antragstellerin die Teilnahme an der Betriebsräteversammlung nicht mit der Begründung versagen darf, dass sie nicht gegen Covid19 geimpft bzw. von Covid19 genesen sei, wenn sie durch Vorlage eines negativen PCR-Tests, der nicht älter als 24 Stunden ist, nachweist, dass sie nicht am Coronavirus erkrankt ist. Die Antragstellerin hat aus der Sicht des Arbeitsgerichts Bonn einen Anspruch auf Teilnahme an der Betriebsräteversammlung, da dieser Teil der Ausübung ihres Betriebsratsmandats ist und damit dem Schutz des Mandats unterfällt. Die Ausübung des Betriebsratsmandats könne nicht von der Vorlage eines Impf- oder Genesungsnachweises abhängig gemacht werden. Die derzeit geltende Infektionsschutzverordnung des Landes Berlin sei hierfür keine ausreichende Grundlage. Die Anordnung weiterer Schutzmaßnahmen, wie etwa Maskenpflicht auch am Sitzplatz, werde durch den Beschluss des Arbeitsgerichts Bonn nicht eingeschränkt.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts Bonn wird durch die zwischenzeitlich neu eingeführte Regelung des § 28b IfSG gestützt. Arbeitnehmer haben Zutritt zum Betrieb nur dann, wenn sie einen 3G-Nachweis erbringen. Eine Verschlechterung ist nicht zulässig (siehe dazu auch den aktuellen Bericht in diesem Heft). Für die Teilnahme an Betriebsversammlungen kann nichts anderes gelten. (Quelle: PM Nr. 3/2021 des ArbG Bonn v. 18.11.2021) *Bn.*

Lohnsteuer**+++ Steuerpläne der neuen Bundesregierung +++**

Nach dem **Koalitionsvertrag** zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen/FDP v. 24.11.2021 sind in der nächsten Legislaturperiode für Arbeitgeber und Arbeitnehmer folgende steuerlichen Änderungen zu erwarten, auch wenn konkrete zeitliche Festlegungen fehlen (Aufzählung in ABC-Form):

▶ 1. Ausbildungsfreibetrag

Der Freibetrag nach § 33a Abs. 2 EStG zur Abgeltung des Sonderbedarfs eines sich in Berufsausbildung befindenden, auswärtig untergebrachten, volljährigen Kindes (sog. Ausbildungsfreibetrag) soll erstmals nach 2001 von 924 € **auf 1 200 € erhöht** werden.

▶ 2. Bonus

Die **Steuerbefreiung des § 3 Nr. 11a EStG** für zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn vom Arbeitgeber in der Zeit vom 1.3.2020 bis zum 31.3.2022 auf Grund der Corona-Krise an seine Arbeitnehmer in Form von Zuschüssen und Sachbezügen gewährte Beihilfen und Unterstützungen bis zu einem Betrag von 1 500 € soll **auf 3 000 € angehoben** werden. Damit sollen die herausragenden Leistungen der Pflegekräfte in Deutschland anerkannt werden.

Unklar ist, ob auch eine Verlängerung der Regelung etwa bis Ende 2022 geplant ist und auch andere Arbeitnehmer (also nicht nur Pflegekräfte) begünstigt werden sollen.

Nach der Einigung im Tarifkonflikt mit den Ländern v. 29.11.2021 erhalten die 1,1 Mio Tarifbeschäftigten der Bundesländer (außer Hessen) Anfang kommenden Jahres eine nach § 3 Nr. 11a EStG steuerfreie Zahlung i.H.v. 1 300 €. Auszubildende, Praktikanten und Studierende erhalten zur gleichen Zeit 650 € steuerfrei.

Der o.g. Betrag von bisher 1 500 € ist ein Höchstbetrag. Sollten die Arbeitnehmer schon im Jahr 2020 oder 2021 einen Betrag von 1 500 € steuerfrei erhalten haben, können nun nicht nochmal 1 300 € bzw. 650 € steuerfrei gewährt werden.

▶ 3. Dienstwagen

Die bestehende Besserstellung von Plug-In-Hybridfahrzeugen bei der sog. Dienstwagenbesteuerung soll für neu zugelassene Fahrzeuge stärker auf die rein elektrische Fahrleistung ausgerichtet werden. Hybridfahrzeuge sollen zukünftig nur noch privilegiert werden (Entnahmewert 0,5 %), wenn das Fahrzeug überwiegend (mehr als 50 %) auch im rein elektrischen Fahrtrieb betrieben wird. **Wird das Fahrzeug nicht überwiegend im elektrischen Fahrbetrieb genutzt oder der rein elektrische Fahranteil**

nicht nachgewiesen, entfällt der Vorteil und die Nutzung des Dienstwagens wird regelbesteuert (1 %-Regelung). Mit dieser Regelung sollen Anreize gesetzt werden, diese Fahrzeuge möglichst emissionsfrei elektrisch angetrieben zu nutzen und ihre ökologischen Vorteile auch auszuspielen. Auch diese Kfz sollen nachweislich einen positiven Klimaschutzeffekt haben müssen, der nur über einen elektrischen Fahranteil und eine elektrische Mindestreichweite definiert wird.

Die elektrische Mindestreichweite der Fahrzeuge soll bereits ab dem 1.8.2023 80 km betragen (bisher 1.1.2025). **Nach dem Jahr 2025 soll die Pauschalsteuer für emissionsfreie Fahrzeuge (Elektro) dann 0,5 % betragen.** Für CO₂-neutral betriebene Fahrzeuge soll analog zu voll-elektrisch betriebenen Fahrzeugen verfahren werden.

▶ 4. Ehrenamt

Ehrenamt und demokratisches Engagement stärken den gesellschaftlichen Zusammenhalt und sollen deshalb weiter gefördert werden. Denkbar ist eine weitere Anhebung der **Übungsleiterpauschale** (§ 3 Nr. 26 EStG, ab 2021 3 000 €) sowie der allgemeinen **Ehrenamtspauschale** (§ 3 Nr. 26a EStG, ab 2021 840 €).

▶ 5. Haushaltsnahe Dienstleistungen

Die Förderung sog. haushaltsnaher Dienstleistungen soll ausgebaut werden, um die Vereinbarung von Familie und Beruf und die Erwerbsbeteiligung von Ehe- und Lebenspartnern zu unterstützen sowie gleichzeitig mehr sozialversicherte Arbeitsplätze zu schaffen. Die Inanspruchnahme familien- und alltagsunterstützender Dienstleistungen sollen durch ein **Zulagen- und Gutscheinsystem und die Möglichkeit für flankierende steuerfreie Arbeitgeberzuschüsse erleichtert werden. Die Zulagen und die bestehende steuerliche Förderung (§ 35a EStG) sollen verrechnet werden.** Profitieren sollen zunächst Alleinerziehende, Familien mit Kindern und zu pflegenden Angehörigen, schrittweise alle Haushalte.

Denkbar ist an eine Erweiterung des § 35a EStG und die Einführung einer **neuen Steuerbefreiung für entsprechende Arbeitgeberzuschüsse.**

▶ 6. Home-Office

Die steuerliche Regelung des Home-Office nach § 4 Abs. 5 Nr. 6b Satz 4 i.V.m. § 9 Abs. 5 EStG (Abzug von 5 € täglich, höchstens für 120 Tage im Jahr, Höchstbetrag also 600 €) soll **bis zum 31.12.2022 verlängert** und evaluiert werden (siehe hierzu auch B+P 2022, 19, in diesem Heft!).

▶ 7. Kinderbetreuung

Die partnerschaftliche Betreuung der Kinder nach der Trennung soll gefördert werden, indem die umgangs- und betreuungsbedingten Mehrbelastungen im **Sozial- und Steuerrecht** besser berücksichtigt werden. Allen Familien soll eine am Kindeswohl orientierte partnerschaftliche Betreuung minderjähriger Kinder auch nach Trennung und Scheidung der Eltern ermöglicht werden.

Denkbar ist eine Ausweitung des Sonderausgabenabzugs von Kinderbetreuungskosten nach § 10 Abs. 1 Nr. 5 EStG.

▶ 8. Kindergrundsicherung

Die Kindergrundsicherung soll aus zwei Komponenten bestehen:

- Einem einkommensunabhängigen **Garantiebetrag**, der für alle Kinder und Jugendlichen gleich hoch ist,
- und einem vom Elterneinkommen abhängigen, gestaffelten **Zusatzbetrag**.

Volljährige Anspruchsberechtigte sollen die Leistung direkt erhalten.

Der **verfassungsrechtlichen Vorgabe** nach Freistellung des kindlichen sächlichen Existenzminimums und des Freibetrags für Betreuung, Erziehung und Ausbildung bei der Besteuerung des Elterneinkommens soll dabei entsprochen werden. **D.h., dass die Kinderfreibeträge für die sog. Besserverdiener entfallen könnten.**

Alleinerziehende, die heute am stärksten von Armut betroffen sind, sollen mit einer **Steuergrüßchrift** entlastet werden. Der bisherige Freibetrag nach § 24b EStG (sog. Entlastungsbetrag für Alleinerziehende, ab 2022 4 008 €) würde dann entfallen, die steuerliche Auswirkung wäre für alle gleich.

► 9. Mini- und Midijobs

Die sog. **Midi-Job-Grenze** von zurzeit 1 300 € soll auf **1 600 € erhöht** werden.

Die **Minijob-Grenze** soll sich künftig an einer Wochenarbeitszeit von 10 Stunden zu Mindestlohnbedingungen (künftig 12 €/Stunde) orientieren. Sie soll dementsprechend mit der Anhebung des Mindestlohns von bisher 450 € auf **520 € erhöht** werden. Gleichzeitig soll verhindert werden, dass Minijobs als Ersatz für reguläre Arbeitsverhältnisse missbraucht oder zur Teilzeitfalle insbesondere für Frauen werden. Die Einhaltung des geltenden Arbeitsrechts bei Mini-Jobs soll stärker kontrolliert werden.

Die Anhebung der **Minijob-Grenze** hat gleichzeitig Bedeutung für die **Pauschalierung der Lohnsteuer für geringfügig Beschäftigte nach § 40a EStG**.

► 10. Mitarbeiterkapitalbeteiligung

Nach **§ 3 Nr. 39 EStG** ist der Vorteil des Arbeitnehmers im Rahmen eines gegenwärtigen Dienstverhältnisses aus der unentgeltlichen oder verbilligten Überlassung von Vermögensbeteiligungen unter weiteren Voraussetzungen bis höchstens 1 440 € im Jahr steuerfrei (s. ausführlich BMF v. 16.11.2021, IV C 5 – S 2347/21/10001 :006, www.stotax-first.de).

Die Mitarbeiterkapitalbeteiligung soll attraktiver gemacht werden, u.a. durch eine **weitere Anhebung des Steuerfreibetrags von zurzeit 1 440 €**.

► 11. Rentenbesteuerung

Die BFH-Rechtsprechung zum Alterseinkünftegesetz (s. zuletzt B+P 2021, 585) soll umgesetzt werden. Eine doppelte Rentenbesteuerung soll auch in Zukunft vermieden werden. Deshalb soll der **Vollabzug der Rentenversicherungsbeiträge als Sonderausgaben** – statt nach dem Stufenplan ab 2025 – vorgezogen werden und bereits **ab 2023 erfolgen**.

Zudem soll der steuerpflichtige Rentenanteil ab 2023 nur noch um einen halben Prozentpunkt steigen. **Eine Vollbesteuerung der Renten soll damit erst ab 2060 (bisher 2040) erreicht werden.**

► 12. Riester-Verträge

Das bisherige System der **privaten Altersvorsorge** soll grundlegend reformiert werden. Dazu soll das Angebot eines öffentlich verantworteten Fonds mit einem effektiven und kostengünstigen Angebot mit Abwalmöglichkeit geprüft werden. Daneben soll die gesetzliche **Anerkennung privater Anlageprodukte** mit höheren Renditen als Riester geprüft werden. Eine Förderung soll Anreize für untere Einkommensgruppen bieten, diese Produkte in Anspruch zu nehmen. **Es gilt ein Bestandschutz für laufende Riester-Verträge.**

► 13. Sparer-Pauschbetrag

Der Sparer-Pauschbetrag nach § 20 Abs. 6 EStG soll von 801/1 602 € auf **1 000 €/2 000 € (Alleinstehende/Ehegatten) erhöht** werden.

► 14. Steuerklassen

Die Familienbesteuerung soll so weiterentwickelt werden, dass die partnerschaftliche Verantwortung und wirtschaftliche Unabhängigkeit mit Blick auf alle Familienformen gestärkt wird. Im Zuge einer verbesserten digitalen Interaktion zwischen Stpfl. und Finanzverwaltung soll die **Kombination aus den Steuerklassen III und V in das Faktorverfahren der Steuerklasse IV überführt werden (§ 39f EStG)**, das dann einfach und unbürokratisch anwendbar ist und mehr Fairness schafft.

► 15. Steuererhöhungen und -senkungen

Sind bisher nicht geplant. Das schließt jedoch nicht aus, dass sobald der **14. Existenzminimumbericht** vorliegt (zu erwarten für den Herbst d.J.), der die maßgebenden Beträge für die Bemessung der verfassungsrechtlich steuerfrei zu stellenden Existenzminima der Veranlagungsjahre 2023 und 2024 festlegt, **Grund- und Kinderfreibetrag bzw. das Kindergeld entsprechend angehoben** werden.

► 16. Steuerbürokratie

Soll spürbar verringert werden, beispielsweise durch höhere Schwellenwerte und volldigitalisierte Verfahren.

► 17. Subventionen

Um zusätzliche Haushaltsspielräume zu gewinnen, sollen im Haushalt überflüssige, unwirksame und umwelt- und klimaschädliche Subventionen und Ausgaben abgebaut werden.

Ob hiervon auch Steuervergünstigungen im Arbeitnehmerbereich betroffen sein werden (evtl. Wegfall der o.g. Home-Office-Pauschale ab 2023?), bleibt abzuwarten.

► 18. Verfahren

Durch digitale Verfahren soll die Erfüllung der steuerlichen Pflichten für die Bürgerinnen und Bürger erleichtert werden, wie z.B. durch **vorausgefüllte Steuererklärungen (Easy Tax)**. Die Digitalisierung des Besteuerungsverfahrens soll konsequent weiter vorangetrieben werden und dafür sorgen, dass steuerliche Regelungen grundsätzlich auch digital umsetzbar sind. Die gesamte Interaktion zwischen Stpfl. und Finanzverwaltung soll digital möglich sein.

Die **Betriebsprüfung** soll modernisiert und beschleunigt werden.

Hinweis für die Praxis:

Sobald konkrete Gesetzentwürfe vorliegen, werden wir Sie unterrichten. *Ma.*

+++ Neues BMF-Schreiben zu Vermögensbeteiligungen +++

Wir hatten Sie in B+P 2021, 79 und 368 über das sog. **Fondsstandortgesetz** v. 3.6.2021 (BGBl. I 2021, 1498; BStBl I 2021, 803) informiert. Wesentlicher Inhalt:

- Vorteile des Arbeitnehmers aus der unentgeltlichen oder verbilligten Überlassung von Vermögensbeteiligungen (Aktien, GmbH-Anteile etc.) sind unter den weiteren Voraussetzungen des **§ 3 Nr. 39 EStG bis zu 1440 € steuerfrei**.
- Zudem gibt es insbesondere für Arbeitnehmer von **Start-up-Unternehmen** eine neue Regelung (§ 19a EStG), nach der die Einkünfte aus der Übertragung von Vermögensbeteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers **zunächst nicht besteuert werden**. Dies gilt auch, wenn die Vermögensbeteiligungen mittelbar über Personengesellschaften gehalten werden. Die Besteuerung erfolgt erst zu einem späteren Zeitpunkt, i.d.R. im Zeitpunkt der Veräußerung, spätestens nach 12 Jahren oder bei einem Arbeitgeberwechsel.

Die Neuregelung gilt für Vermögenbeteiligungen, die nach dem 30.6.2021 übertragen werden.

Die obersten Finanzbehörden haben hierzu ein umfangreiches BMF-Anwendungsschreiben herausgegeben, in dem zu zahlreichen Einzelfragen Stellung genommen wird (BMF v. 16.11.2021, IV C 5 – S 2347/21/10001 :006, BStBl I 2021, 2308).

Hinweis für die Praxis:

1. Das Schreiben ist grundsätzlich ab dem 1.1.2021 anzuwenden.
2. Nach dem o.g. Koalitionsvertrag soll die Mitarbeiterkapitalbeteiligung attraktiver gemacht werden, u.a. durch eine weitere Anhebung des Steuerfreibetrags von zurzeit 1440 €. *Ma.*

+++ BFH zur ersten Tätigkeitsstätte eines Müllwerkers +++

In B+P 2022, 42, (in diesem Heft!), haben wir auf neue BFH- und FG-Rechtsprechung zur ersten Tätigkeitsstätte hingewiesen. Inzwischen ist noch ein weiteres BFH-Urteil ergangen:

Wir hatten in B+P 2019, 688, auf das mit der Revision angefochtene Urteil des **FG Berlin-Brandenburg** hingewiesen, das entschieden hatte, dass der Betriebshof des Arbeitgebers für einen Müllwerker (der arbeitstäglich als einer von zwei sog. Läufern neben dem Kraftfahrer auf dem Lkw mitfährt und die Mülltonnen der Kunden entleert) die „erste Tätigkeitsstätte“ i.S.d. § 9 Abs. 4 EStG darstellt, wenn er nach Weisung des Arbeitgebers morgens immer in dessen Betriebshof kommen muss, um sich umzukleiden, die Ansage der Einsatzleitung entgegenzunehmen, das Tourenbuch und die Fahrzeugschlüssel abzuholen und die Beleuchtung des Müllfahrzeugs zu kontrollieren.

Der BFH hat dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückverwiesen (BFH v. 2.9.2021, VI R 25/19, www.stotax-first.de). Die tatsächlichen Feststellungen des FG trügen nicht die Schlussfolgerung, dass der Kläger am Betriebshof in der Y-Straße seine erste Tätigkeitsstätte hatte. Zudem fehle es an ausreichenden Feststellungen zur Dauer der Abwesenheit des Klägers von der Wohnung bzw. der ersten Tätigkeitsstätte.

Begründung: Ist der Arbeitnehmer einer bestimmten Tätigkeitsstätte arbeitsrechtlich zugeordnet, kommt es auf Grund des Direktionsrechts des Arbeitgebers für das Auffinden der ersten Tätigkeitsstätte auf den qualitativen Schwerpunkt der Tätigkeit, die der Arbeitnehmer dort ausübt oder ausüben soll, nicht mehr an.

Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass der Arbeitnehmer am Ort der ersten Tätigkeitsstätte zumindest **in geringem Umfang Tätigkeiten** zu erbringen hat, die er arbeitsvertraglich oder dienstrechtlich schuldet und die zu dem von ihm ausgeübten Berufsbild gehören.

Der Senat kann auf Grund der Feststellungen des FG nicht beurteilen, ob der Kläger auf dem Betriebshof in der Y-Straße in dem erforderlichen Umfang tätig geworden ist, um den Betriebshof als erste Tätigkeitsstätte i.S.d. § 9 Abs. 4 EStG einzuordnen. **Das FG hat insoweit lediglich festgestellt, dass er sich dort umkleidete, sich die Ansage der Einsatzleitung anhörte, das Tourenbuch, die Fahrzeugpapiere und die Fahrzeugschlüssel abholte und danach mit seinen Kollegen die Blinker sowie die Beleuchtung des Müllfahrzeugs kontrollierte. Diese geringfügigen Tätigkeiten allein reichen nicht aus, um den Betriebshof als erste Tätigkeitsstätte anzusehen.**

Allerdings hat der Kläger angegeben, für die vorbereitenden Tätigkeiten auf dem Betriebshof 45 Minuten (von 05:30 Uhr bis 06:15 Uhr) aufgewandt zu haben. Dieser Zeitaufwand erschließt sich dem Senat auf Grund der Geringfügigkeit der vorgenannten Tätigkeiten nicht, zumal vorgetragen wurde, die Fahrzeugprüfung dauere nur wenige Minuten. Das FG hat bislang auch keine Feststellungen dazu getroffen, welche Tätigkeiten der Kläger nach Rückkehr zum Betriebshof ausgeübt hat, wo er nach seinen Angaben **weitere 30 Minuten verbracht hat.**

Hinweis für die Praxis:

1. Im zweiten Rechtsgang soll das FG feststellen, welche Tätigkeiten der Kläger in den von ihm angegebenen Zeiträumen auf dem Betriebshof tatsächlich ausgeführt hat und ob er diese arbeitsrechtlich schuldet, sowie prüfen, ob sie zum Berufsbild des Klägers gehören.

2. Zur Annahme einer ersten Tätigkeitsstätte sind noch weitere Verfahren beim BFH anhängig, und zwar die Verfahren VI R 48/20 betr. einen Feuerwehrmann (s. B+P 2020, 81) und VI R 6/21 betr. Zeitsoldaten (s. B+P 2021, 513).

Die weiteren Entscheidungen des BFH bleiben abzuwarten. *Ma.*

+++ Weitere Verlängerung der verfahrensrechtlichen Steuererleichterungen +++

Das BMF hat mit aktuellem Schreiben v. 7.12.2021, IV A 3 – S 0336/20/10001 :045, BStBl I 2021, 2228 im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder eine weitere Verlängerung der Regelungen erlassen, die für die von den Folgen der Corona-Krise betroffenen Steuerpflichtigen steuerliche Erleichterungen vorsehen. Von besonderer Bedeutung ist die Möglichkeit, Steuerforderungen weiterhin zinslos zu stunden. Das aktuelle BMF-Schreiben ergänzt BMF v. 19.3.2020, IV A 3 – S 0336/19/10007: 002, BStBl I 2020, 262 und tritt an die Stelle v. BMF v. 18.3.2021, IV A 3 – S 0336/20/10001 :037, BStBl I 2021, 337. Zu den weiteren durch die neue Regierung geplanten Maßnahmen s.a. B+P 2022, 40, in diesem Heft! *Ma.*

Sozialrecht

+++ Hinzuverdienstgrenzen für Frührentner auch für 2022 erhöht +++

Regelaltersrentner dürfen neben ihrer Rente soviel hinzuverdienen, wie sie wollen. Eine Anrechnung des Nebenverdienstes auf die Rente erfolgt nicht.

Anders ist es bei Beziehern von vorgezogenen Altersrentnern, auch als Frührentner bezeichnet. Für sie ist der zulässige Hinzuverdienst begrenzt. Bis Ende des Jahres 2019 mussten Bezieher einer Alters-Frührefente, die im Kalenderjahr mehr als 6 300 € brutto verdienten, mit einer Kürzung ihrer Rente rechnen. Für die Jahre 2020 und 2021 wurde diese Verdienstgrenze im Hinblick auf die Folgen der Corona-Pandemie auf 46 060 € brutto erhöht. Mit Art. 6a des Gesetzes v. 22.11.2021, BGBl. I 2021, 4906, wurde § 302 Abs. 8 SGB VI dahingehend geändert, dass diese Hinzuverdienstgrenze auch für das Jahr 2022 gilt.

Bei einem höheren Hinzuverdienst als 46 060 € wird die Rente anteilig gekürzt. Das über die Verdienstgrenze hinaus gehende Brutto-Einkommen wird zu 40 % auf die Rente angerechnet. Dabei kommt es nicht auf das monatliche Einkommen, sondern auf das Einkommen des gesamten Kalenderjahres an.

Wer also im Jahr 2022 neben seiner Rente ein Bruttoeinkommen i.H.v. beispielsweise 50 860 € erzielt, liegt mit 4 000 € über der Hinzuverdienstgrenze von 46 060 €. Auf den Monat umgerechnet sind das 400 €. 40 % davon werden auf die Rente angerechnet, das sind 160 €. Die Rente wird also monatlich um 160 € gekürzt. Im Gegenzug fällt die spätere reguläre Altersrente etwas höher aus, weil auf Grund der neuen Beschäftigung Beiträge zur Rentenversicherung entrichtet werden. Außerdem fallen auf den nicht beanspruchten Teil der Rente keine Abschläge an.

Auf Grund der Rechtslage besteht für den Hinzuverdienst eines Frührentners eine Meldepflicht. Die Aufnahme einer Beschäftigung neben dem Bezug einer vorgezogenen Altersrente muss der Deutschen Rentenversicherung gemeldet werden. Nach Wegfall der Beschäftigung wird wieder die volle Rente gezahlt.

Auch Personen, die eine Erwerbsminderungsrente erhalten, dürfen grundsätzlich hinzuverdienen, soweit es ihre Gesundheit erlaubt. Es gelten unterschiedliche Regelungen für volle und teilweise Erwerbsminderung. Bei Beziehern einer vollen Erwerbsminderungsrente sind Jahreseinkünfte i.H.v. maximal 6 300 € brutto anrechnungsfrei. Ist der Verdienst höher, wird 40 % davon auf die

Rente angerechnet. Auswirkungen hat noch ein so genannter Hinzuverdienstdeckel, der individuell berechnet wird. Die Erhöhung der Hinzuverdienstgrenze wie bei Frührentnern auf Grund der Corona-Sonderregeln gilt bei Erwerbsminderungsrenten nicht. Die Deutsche Rentenversicherung prüft allerdings, ob die Tätigkeit noch im Rahmen des „Restleistungsvermögens“ liegt, das der Rente zu Grunde liegt. Wenn eine Rente wegen voller Erwerbsminderung bezogen wird, aber ein Halbtagsjob mit täglich vier Stunden ausgeübt wird, kann es Probleme geben. Denn als „voll erwerbsgemindert“ kann nur gelten, wer täglich weniger als drei Stunden arbeiten kann. Im Regelfall werden geringfügige Beschäftigungen mit einem maximalen Entgelt von 450 € monatlich als rentenunschädlich angesehen.

Bei Bezug einer Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung wird die genaue Hinzuverdienstgrenze individuell berechnet. Dazu wird das Einkommen aus den letzten 15 Kalenderjahren herangezogen. Die Berechnung der Hinzuverdienstgrenze ist sehr komplex, so dass empfohlen wird, sich von den Beratungsstellen der Deutschen Rentenversicherung beraten zu lassen. *A.*

+++ Weitere Sonderregelungen im Zusammenhang mit Kurzarbeit bis 31.3.2022 verlängert +++

Mit dem Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie v. 10.12.2021, BGBl. 2021, 5162, sind die Sonderregeln, die wegen Corona erlassen worden sind, beim Kurzarbeitergeld bis zum 31.3.2022 verlängert worden. Dies betrifft u.a. den anrechnungsfreien Hinzuverdienst aus einer geringfügigen Beschäftigung und den Anspruch auf erhöhtes Kurzarbeitergeld (vgl. § 421c SGB III). Nach § 421c Abs. 2 SGB III bekommen Beschäftigte, die länger als drei Monate in Kurzarbeit sind, weiterhin einen Aufschlag. Ab dem vierten Bezugsmonat beträgt das Kurzarbeitergeld 70 % der Differenz zum bisherigen Nettolohn, ab dem siebten Monat 80 %. Wenn ein Kind im Haushalt lebt, erhöht sich der Leistungssatz auf 77 bzw. 87 %. Die erhöhten Bezüge gelten auch für Personen, die seit April 2021 erstmals in Kurzarbeit gehen mussten. Zu weiteren Änderungen auf Grund der Corona-Pandemie im Sozialrecht s.a. B+P 2022, 53, in diesem Heft! *A.*

+++ Beitragsberechnung im Übergangsbereich +++

Für Beschäftigungen im sog. Übergangsbereich gelten für die Beitragsberechnung besondere Regelungen. Ein Beschäftigungsverhältnis im Übergangsbereich liegt vor, wenn das erzielte Arbeitsentgelt zwischen 450,01 € monatlich und 1 300,00 € monatlich liegt. Im Mittelpunkt der Beitragsberechnung liegt die Regelung, dass Arbeitnehmer im Übergangsbereich nur einen reduzierten Beitragsanteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen haben. Der Arbeitgeberbeitrag ist vom tatsächlichen Arbeitsentgelt zu berechnen.

Auswirkungen auf die Beitragsberechnung haben die Beitragsätze in den einzelnen Sozialversicherungszweigen. Diese haben sich zum 1.1.2022 ganz geringfügig verändert. Deshalb verändert sich z.T. auch die Beitragsberechnung für Beschäftigte im Übergangsbereich.

Für das Jahr 2022 beträgt wie für 2021 der Gesamtsozialversicherungsbeitragssatz 39,95 % (Rentenversicherung 18,60 %; Ar-

beitslosenversicherung 2,40 %; Pflegeversicherung 3,05 %; Krankenversicherung 15,90 %).

Der Beitragssatz zur Krankenversicherung setzt sich zusammen aus dem gesetzlichen Beitragssatz von 14,60 % und dem durchschnittlichen Zusatzbeitragssatz von 1,3 %. Bei der Beitragsberechnung wird dann allerdings mit dem krankenkassenindividuellen Zusatzbeitrag des Arbeitnehmers gerechnet.

Der sog. vom Bundesministerium für Gesundheit bekannt gegebene Faktor F liegt weiterhin wie im Vorjahr bei 0,7509. Er ergibt sich, wenn der Wert 30 durch den Gesamtsozialversicherungsbeitrag des Kalenderjahres, in dem der Anspruch auf das Arbeitsentgelt entstanden ist, geteilt wird. Die Bestimmung der fiktiven beitragspflichtigen Einnahmen erfolgt im Jahr 2022 nach folgender Formel:

$$F * 450 + ([1300/(1300-450)] - [450/(1300-450)] * F) * (\text{Arbeitsentgelt} - 450)$$

Die Beitragsberechnung im Übergangsbereich erfordert mehrere Rechenschritte. In der nächsten Ausgabe werden wir diese nochmal ausführlich erläutern. A.

+++ Rehabilitationsmaßnahmen für COVID-19-Erkrankte +++

Nach einer COVID-19-Erkrankung klagen Betroffene nicht selten über eine reduzierte Leistungsfähigkeit sowie Funktionseinschränkungen. Die Deutsche Rentenversicherung weist darauf hin, dass solche Auswirkungen durch medizinische Rehabilitationsmaßnahmen gezielt therapiert werden können. Eine medizinische Rehabilitation bietet sich für Personen an, bei denen die Genesung nicht weiter voranschreitet oder bei denen Post-COVID-typische Beschwerden auftreten.

Die Deutsche Rentenversicherung appelliert an Ärztinnen und Ärzte, erwerbsfähige Patienten mit Post-COVID-Beschwerden zu motivieren, einen Rehabilitationsantrag bei der Rentenversicherung zu stellen. Ratsam sei eine solche Maßnahme bei COVID-19-bedingten Funktionseinschränkungen, die sich auf die Erwerbsfähigkeit auswirken könnten, die sich trotz ambulanter Behandlung nicht weiter besserten und die nicht krankenhauspflichtig sind. Eine Voraussetzung, damit eine Rehabilitation bewilligt werden könne, sei außerdem eine positive Rehabilitations-Prognose – also, dass eine Besserung durch die Rehabilitation zu erwarten sei. Außerdem müssten die Patientinnen und Patienten ausreichend belastbar sein, an einer Rehabilitation aktiv teilzunehmen. Mindestens Körperpflege, Essen und Gehen sowie die Teilnahme an Gruppentherapien sollten eigenständig möglich sein.

Anders als bei der gesetzlichen Krankenversicherung ist bei der Deutschen Rentenversicherung für die Rehabilitation keine ärztliche Verordnung erforderlich. Den Rehabilitationsantrag stellen die Versicherten selbst. Ärztinnen und Ärzte können Patientinnen und Patienten unterstützen, in dem sie diesen Antrag mit Befundbericht begleiten. Zudem sollten vorhandene Arzt- und Krankenhausberichte beigelegt werden, damit die am besten geeignete Rehabilitations-Einrichtung ausgewählt werden kann.

Wird der Betroffene nach durchgeführter medizinischer Rehabilitation als weiter arbeitsunfähig entlassen, kann eine stufenweise Wiedereingliederung als Instrument zur schrittweisen Heranführung an die volle Arbeitsbelastung in Frage kommen. Dies erleichtert den Übergang von der Arbeitsunfähigkeit zur

dauerhaften vollen Arbeitsleistung und trägt mithin unmittelbar zur nachhaltigen Stabilisierung des Arbeitsverhältnisses und der Gesundheit des Betroffenen bei. Die Dauer der stufenweisen Wiedereingliederung richtet sich nach den gesundheitlichen Gegebenheiten des Betroffenen und kann individuell verlängert oder verkürzt werden. Bei Zuständigkeiten der Rentenversicherung wird das Übergangsgeld für die Zeit der stufenweisen Wiedereingliederung weitergezahlt. A.

+++ Keine Beitragspflicht für ärztliche Tätigkeiten in Corona-Impfzentren +++

Mit dem Gesetz v. 22.11.2021, BGBl. I 2021, 4906 werden auch arbeitsrechtliche und arbeitsschutzrechtliche Regelungen sowie Unterstützungsleistungen festgelegt.

Damit für die Impfkampagne weiterhin ausreichend ärztliches Personal zur Verfügung steht, wurde die Befreiung von der Sozialversicherungspflicht für Ärzte im Impfzentrum bis zum 30.4.2022 verlängert. Diese Regelung wurde im § 130 SGB IV gesetzlich normiert. Danach sind Einnahmen aus Tätigkeiten als Ärztin oder Arzt in einem Impfzentrum i.S.d. Coronavirus-Impfverordnung oder einem dort angegliederten mobilen Impfteam in der Zeit vom 15.12.2020 bis zum 30.4.2022 nicht beitragspflichtig. Ursprünglich sollte diese Regelung mit dem 31.12.2021 auslaufen. Für Tätigkeiten, bei denen die Einnahmen nicht beitragspflichtig sind, besteht auch keine Meldepflicht nach dem SGB IV. A.



Arbeits- und Gesundheitsschutz 4.0 (NEU) 02.05.2022 (online)

■ Anmeldung unter: www.kbw.de/-WEPEA483

Zielgruppe: Alle Einsteiger und Interessierte, die mit der Thematik und der Gestaltung von Arbeits- und Gesundheitsschutz befasst sind und die in der aktuellen Situation einen Überblick über die Mindmap benötigen.

Top aktuell Arbeitsrecht und Tarifrecht rund um Homeoffice und Pandemiebeschränkungen. Corona Spezial – Gesamtkurs (Rechtliche Grundlagen und aktuelle Rechtsprechung)
28.09.2022 (online)

■ Anmeldung unter: www.kbw.de/-WEPEA755N

Zielgruppe: Dienstkräfte aus dem Personalservice und mit Personalangelegenheiten befasste Mitarbeiter anderer Bereiche, Personalratsmitglieder; sonstige Interessenten, z.B. Gleichstellungsbeauftragte.



Berliner Allee 125 · 13088 Berlin
Tel.: 030-293350-0 · info@kbw.de

Homeoffice und mobiles Arbeiten

Rechtssicher gestalten: Arbeitsrecht & Datenschutz

Inhalt:

Die Corona-Krise macht aus einem seit Jahren bestehenden Trend ein flächendeckendes Phänomen. Homeoffice als Krisenmaßnahme könnte ganz neue Maßstäbe setzen und auch danach zum New Normal werden. Im Rahmen der Gewährung von Homeoffice/Mobileoffice sind jedoch auch zwingende Vorkehrungen des Arbeitsrechts und Datenschutzes zu beachten. Das Seminar besteht aus einer Vielzahl von Checklisten, Praxisbeispielen und konkreten Handlungsempfehlungen.

Themen:

- ▶ Homeoffice oder mobiles Arbeiten
- ▶ Arbeitsvertragliche Rahmenbedingungen
- ▶ Einrichtung von Homeoffice/Mobileoffice
- ▶ Beendigung von Homeoffice/Mobileoffice
- ▶ Besonderheiten bei BYOD/COPE

Referenten:

Dr. André Schmidt, Rechtsanwalt, Partner, Fachanwalt für IT-Recht, LUTZ | ABEL, Hamburg und **Claudia Knuth**, Rechtsanwältin, Partnerin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, LUTZ | ABEL, Berlin

Teilnehmer:

Personalleiter, Mitarbeiter von Personalabteilungen, Unternehmensjuristen sowie Rechtsanwälte

Termin | Ort

10.05.2022 Online Live-Webinar Virtueller Raum (Microsoft Teams)

Zeit

1. Block: 09.30–12:00 Uhr, 2. Block: 12:30–14:30 Uhr

5 Zeitstunden

Teilnehmergebühr

449,00 € zzgl. gesetzl. MwSt.

Kontakt

Tel.: 089/38189-503

Fax: 089/38189-547

E-Mail: seminare@beck.de

Abmahnung – eine Herausforderung für die Praxis

Inhalt:

Die Erstellung einer Abmahnung – scheinbar so einfach und doch eine Kunst für sich. In diesem Seminar erfahren Sie, wie

man rechtswirksam eine Abmahnung und einen oftmals komplexen Sachverhalt präzise und rechtssicher formuliert. Es beschäftigt sich mit verschiedenen Fallgruppen und beleuchtet den strategischen Umgang mit der Abmahnung. Abmahnungen sind die Reaktion auf ein arbeitsvertragliches Fehlverhalten und das deutsche Arbeitsrecht etabliert sie als unverzichtbare Voraussetzung einer verhaltensbedingten Kündigung, die oftmals erst im Kündigungsschutz auf dem Prüfstand steht. Sie ist ein wesentliches Signal an einen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis bereits in Schieflage ist. Die Formulierung einer rechtswirksamen Abmahnung stellt die Mitarbeitenden der Personalabteilung vor wesentliche Herausforderungen. Oftmals ist ihnen der Lebenssachverhalt nur unzureichend bekannt und die rechtliche Bewertung herausfordernd.

Themen:

- ▶ Wesentliche Rechtsgrundlagen
- ▶ Inhalt der Abmahnung und rechtssichere Formulierung
- ▶ Prozessuales und Dokumentation durch die Führungskraft
- ▶ Abmahnung als zentrales Führungsinstrument
- ▶ Beispiele und Fallgruppen
- ▶ Interaktive Q&A-Session

Referentin:

Dr. Susanne Giesecke, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Partner, Eversheds Sutherland (Germany) Rechtsanwälte Steuerberater Solicitors Partnerschaft mbB, München

Teilnehmer:

Arbeitgeber, Geschäftsführer, Personalverantwortliche und -leiter aller Bereiche, Fach- und Führungskräfte, Mitarbeiter in Personalabteilungen, Unternehmensjuristen, Rechtsanwälte, Fachanwälte für Arbeitsrecht

Termin | Ort

28.4.2022 Online Live-Webinar Virtueller Raum (Microsoft Teams)

Zeit

09.30–12:00 Uhr – 2,5 Zeitstunden

Teilnehmergebühr

249,00 € zzgl. gesetzl. MwSt.

Kontakt

Tel.: 089/38189-503

Fax: 089/38189-547

E-Mail: seminare@beck.de

Change braucht alle Altersklassen! Die Arbeitswelt in der 4. Welle – Wie viel verkraften wir noch?

Claudia Schmidt, Geschäftsführerin der Mutaree GmbH und Expertin für Veränderungsmanagement, Eltville-Erbach

Das Team der Mutaree GmbH unterstützt Unternehmen bei der Planung, Steuerung und Umsetzung von Veränderungsprozessen. Die aktuelle Mutaree Change-Fitness-Studie wirft einen Blick auf die signifikanten Unterschiede im Umgang mit Veränderungen getrennt nach vier Altersgruppen und fast alle Unternehmen waren in den vergangenen zwei Jahren mehr oder weniger von Veränderungen betroffen. Daran besteht weitestgehend Einigkeit. Es ergeben sich allerdings keine guten Werte für die Erfolgsfaktoren „Reaktionsgeschwindigkeit“ und „Umsetzung relevanter Vorgaben“ im Change.

I. Ergebnis der Mutaree Change-Fitness-Studie

Die Reaktionsgeschwindigkeit auf die sich anbahnende Veränderungen in vielen Unternehmen ist noch viel zu niedrig, so jedenfalls die Auffassung der Altersgruppen >35-45 und >25-35 Jahre (siehe hierzu die folgende Abbildung zu Betroffenheit und Reaktionsgeschwindigkeit).

Wie die 2. Abbildung zu Messung von Veränderungsergebnissen und Umsetzung von Vorgaben durch Mitarbeiter zeigt, bestehen noch deutlichere Unterschiede bei der Umsetzung relevanter Vorgaben durch die Mitarbeitenden. Die Altersgruppe >35-45 Jahre (Mittelwert 3,51) nimmt hier eine sehr kritische Position ein. Sie bildet die Gruppe mit dem niedrigsten Zustimmungswert ab. Gerade für diese Altersgruppe, die im Veränderungsprozess häufig sehr stark gefordert ist und in den meisten Unternehmen einen sehr großen Teil der Mitarbeiterschaft stellt, vertritt die Auffassung, dass die Umsetzung von Veränderungen eher nicht mitgetragen werden. Zudem wird der Veränderungserfolg noch viel zu wenig anhand von konkreten Messgrößen gemonitort und gesteuert.

Konsequenz:

Von Veränderungen betroffen sind wir alle und dies wird in Zukunft auch nicht weniger werden. An harten Zahlen wird der Erfolg des Changes und die wirksame Umsetzung jedoch so gut wie gar nicht gemessen. Und – wir reagieren immer noch viel zu behäbig auf ein sich änderndes Umfeld und relevante Vorgaben im Change setzen wir nicht konsequent genug um. Was heißt das für die Arbeitswelt nach der 4. Welle?

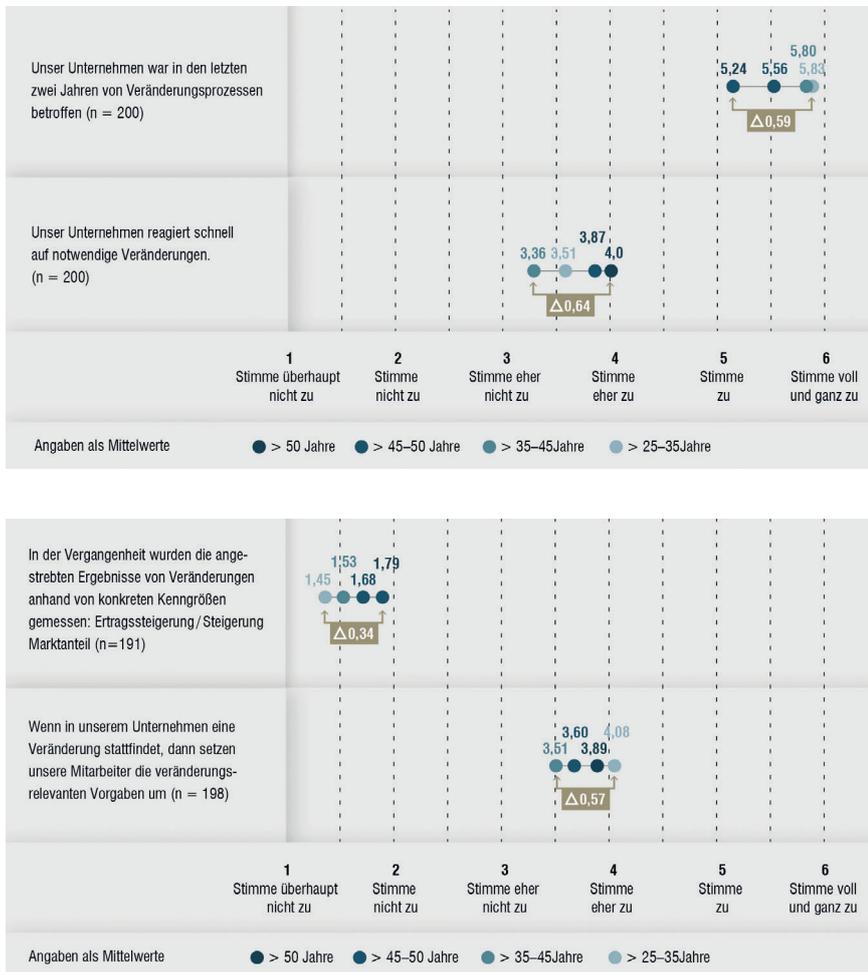
II. Die Arbeitswelt nach der 4. Welle

1. GenX und GenY – die Macher der Zukunft?

Gerade die Altersgruppe zwischen 35 und 45 Jahren ist heute mehr denn je gefordert. Ihre Haltung zum Thema Change ist entscheidend, um die Herausforderungen Digitalisierung und Demographie (Fachkräftemangel) nicht nur, aber v.a. auch im Kontext der Pandemie zu meistern. Neue Technologien verändern unsere Arbeitswelten und die Kundenbedürfnisse steigen stetig, nicht zuletzt verursacht durch die rasant voranschreitende Digitalisierung. Die Altersgruppe zwischen 35 und 45 ist es, die die Organisationen in die Lage versetzen muss, sich deutlich schneller auf veränderte Rahmenbedingungen einzustellen. Beide Generationen streben aber eher nach Individualität und Wertschätzung. Der Fokus dieser Altersgruppen liegt, gerade in Zeiten der Pandemie, stärker auf Familie und weniger auf Beruf und Karriere. Was fehlt ist Nähe und persönlicher Austausch – virtuelle Zusammenarbeit erzeugt räumliche Distanz und Corona zwingt uns weiter dazu auf Abstand zu bleiben.

2. Baby Boomer – Best-Ager oder altes Eisen?

Viel besser sieht es bei den Baby Boomern auch nicht aus. Der Fokus liegt bei ihnen



nicht mehr unbedingt auf der Familie. Für die karriereorientierten Baby Boomer hat Arbeit immer noch den höchsten Stellenwert. Es geht also nicht ums Wollen, sondern vielmehr ums Können oder besser Nicht-Können. Neue Technologien, die zunehmende Aufweichung von privater und beruflicher Sphäre sowie die enorme Veränderungsgeschwindigkeit macht den Digital Immigrants zu schaffen. Und – wir gehören zu den Ländern, in denen sich die Alterspyramide am schnellsten umkehrt. Das heißt, die Generation Baby Boomer scheidet nach und nach aus dem aktiven Berufsleben aus. Erstaunlich jedoch, dass die Pandemie nicht dazu geführt hat, dass diese Gruppe früher in den Ruhestand gegangen ist. Auch die Arbeitszeiten wurden weniger reduziert als in den jüngeren Altersklassen.

Zwischenergebnis:

Die jungen Generationen werden jetzt mit Ihrer Kraft und digitalen Kompetenz mehr denn je gebraucht, können familienbedingt oder wollen einfach nicht um jeden Preis im geforderten Umfang die notwendigen Veränderungen voranzutreiben. Die ältere Generation will vielleicht noch, aber kann nicht oder verabschiedet sich in Bälde in den Ruhestand – ein Dilemma, denn ihr Ausscheiden aus dem Berufsleben ist weder im Umfang noch im Bereich der Erfahrung alleine durch die jungen Generationen aufzufangen. Die Unternehmen sind damit jetzt noch stärker unter Handlungsdruck geraten, der zusätzlich durch den voranschreitenden Fach- und Führungskräftemangel befeuert wird. Damit wird die Bindung ans Unternehmen zu einem noch wichtigeren Erfolgsfaktor

III. Was tun?

1. Alle Altersklassen fit halten, auf altersbezogene Diversity setzen und Organisationen beweglicher machen

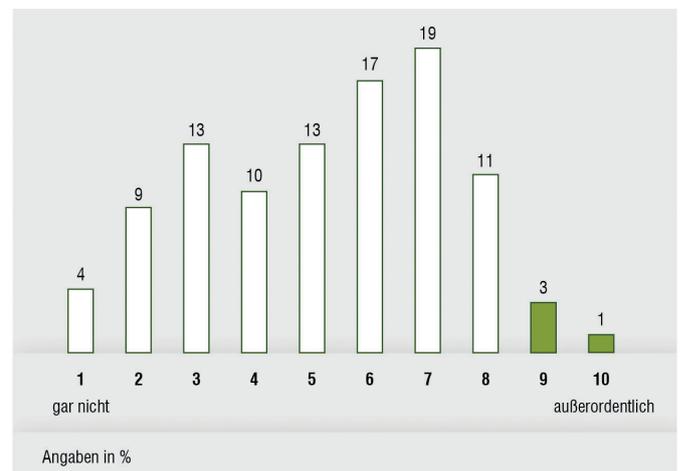
Es geht darum gerade in der Zeit des digitalen Umbruchs die Mitarbeiter zu qualifizieren, um den Anschluss nicht zu verlieren. Die Pandemie fordert einen schnellen und tiefgreifenden Change der Arbeitswelt. Die digitale Kompetenz laufend auf dem aktuellen Stand zu halten, ist Grundvoraussetzung für die Teilnahme am Arbeitsleben, und zwar für alle Altersgruppen. Zudem ist es schlau auf altersgemischte Teams zu setzen und die Kombination von jungen Wilden und klugen Alten zu fördern. Deren Zusammenspiel und Auseinandersetzung setzt realisierbare Innovationen frei, die heute jedes Unternehmen braucht. Für all das braucht es pfiffige, innovative, flexible Beschäftigungsmodelle und ein stimmige Arbeitsumgebung, die lebenslanges Lernen unterstützt, um die gesamte Mannschaft langfristig an das Unternehmen zu binden.

Digitalisierung und Demographie haben Unternehmen und Gesellschaft in einen Paradigmenwechsel getrieben und die Pandemie wirkt als Evolutionsbeschleuniger nach. Die Organisationen von morgen müssen viel beweglicher werden, um in angemessener Geschwindigkeit auf neue Herausforderungen reagieren zu können. Dabei können in vielen Fällen neue Formen der Zusammenarbeit helfen – Teams, die autonom handeln können und dürfen, interdisziplinäre besetzt und in der Lage



sind, die neuen Technologien effektiv zu nutzen, werden am ehesten in der Lage sein der wachsenden Veränderungsdynamik standzuhalten. Für die Entwicklung solcher Formen der Zusammenarbeit braucht es Erfahrung, Innovation und den richtigen Mindset, und zwar in allen Altersklassen.

Diese Drehung in eine bewegliche Organisation gleicht in manchem Unternehmen der Kehrtwende eines Tankers – zunächst langsam und teuer, aber doch überlebensnotwendig. Und es trifft eine große Zahl von Unternehmen. Wie die Ergebnisse der Mutaree-Change-Fitness-Studie zeigen, ist es aber um die Change-Fitness vieler Organisationen derzeit nicht gut bestellt, wie man an der folgenden Grafik erkennt. Hier wurde gefragt, wie „change-fit“ schätzen Sie Ihr Unternehmen auf einer Skala von 1 (gar nicht) bis 10 (außerordentlich) ein (n=197)?



2. Personalplanung strategisch angehen, Revers-Coaching nutzen und die Arbeitgeberattraktivität steigern.

Zunächst mal heißt es, Klarheit bezogen auf die derzeit vorhandenen, aber auch die zukünftig benötigten Kompetenzen und Qualifikation schaffen. Wenn ich weiß, welches Know-how da ist und welches (perspektivisch) fehlt, hilft das nicht nur bei der Rekrutierung, sondern auch bei der Personalentwicklung und v.a. bei einem effektiven Wissenstransfer zwischen Kollegen und Kolleginnen.

Die klassische Rollenverteilung mal umdrehen und jüngere Mitarbeiter in die Mentoren-Rolle schicken, um den Best Ager z.B. neue Formen der digitalen Zusammenarbeit näher zu bringen. Umgekehrt lernen die Jungen aus den Erfahrungen der Best Ager. Das fördert den intergenerationalen Austausch und sorgt für ein besseres Verständnis und den Transfer von Fähigkeiten und Erfahrungen.

Die jungen Wilden fragen heute mehr denn je nach der Qualität der Zusammenarbeit und der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben – Geld und Karriere liegen nicht zwingend im Fokus. Flexibilität bezogen auf Arbeitszeit und -ort sowie ein effektives Gesundheitsmanagement sowie eine partizipative Kultur sind entscheidend und wichtige Bausteine zur Bindung an Unterneh-

men. Führung muss Potenziale fördern und den Wandel gestalten. Insbesondere in der jetzigen Zeit der Pandemie hat sich noch mal mehr gezeigt, ob die Führung diesem Anspruch gerecht wird. Das Personalmanagement wird sich zukünftig auch als Nebenwirkung der Pandemie an einem lebensphasenorientierten Konzept ausrichten und Führung zukunftsfähig gestalten müssen.

IV. Fazit

HR hat die Chance den Change als maßgeblicher Player mitzuprägen und die eigene Rolle im Unternehmen aufzuwerten. HR muss Strategien für eine bewegliche Organisation entwickeln in der sowohl Rekrutierung, Mitarbeiterbindung und -entwicklung, als auch die Balance zwischen Beruf und Privatleben in ein lebensphasenorientiertem Personalmanagement münden und in dem jeder in seiner Persönlichkeit, seinen Umständen und Präferenzen wahrgenommen und gefördert wird. Dafür braucht es Werkzeuge für alle Generationen, die flexibel eingesetzt werden können und die die unterschiedlichen Bedarfe abdecken. Die Lebensphasenorientierung im Personalmanagement wird damit zu einem entscheidenden Einflussfaktor für die Zukunftsfähigkeit von Unternehmen – HR hat die Chance diesen Change mitzugestalten und die Performance der Organisation entscheidend positiv zu beeinflussen.



Titelthema

AKTUELLE FRAGEN DER PANDEMIE

Die Neuregelungen im Arbeitsrecht zu 3G und Homeoffice – Ein erster Überblick

Prof. Dr. Nicolai Besgen, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn

Die Ampelkoalition hat im November einen Gesetzentwurf vorgelegt, der nach Ende der epidemischen Lage am 25.11.2021 bestehende Regelungen im Infektionsschutzgesetz (IfSG) ablösen sollte. In kurzer Zeit wurde der Gesetzentwurf in Bundestag und Bundesrat verabschiedet und ist dann am 24.11.2021 in Kraft getreten. Seit diesem Zeitpunkt ist von allen Arbeitgebern in Deutschland eine 3G-Regel am Arbeitsplatz zu beachten. Zudem gelten seitdem nun auch wieder bestimmte Verpflichtungen, Arbeitnehmern Homeoffice anzubieten. Wir möchten die wesentlichen Regelungen und ihre Auswirkungen für die Praxis, die zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Beitrages bereits einige Wochen in Kraft sind, vorstellen und besprechen.

I. Die Regelung in § 28b Abs. 1 und 3 IfSG

Die gesetzlichen Regelungen finden sich nun in § 28b IfSG. Die Texte sind, wie generell alle Gesetze und Verordnungen in der Pandemiezeit, recht lang und nicht ohne Weiteres verständlich, da vielfach auf andere Vorschriften und Verordnungen verwiesen wird. Dennoch ist es stets hilfreich, einmal den genauen Gesetzestext zu lesen und in Zweifelsfällen auf den Wortlaut zurückzugreifen. Insoweit möchten wir die relevanten Absätze des § 28b IfSG im Wortlaut wiedergeben und dann auf dieser Basis die Voraussetzungen und etwaige Fragen besprechen.

Die Absätze 1 und 3 des § 28b IfSG mit der Überschrift „**Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)**“ lauten wie folgt:

„(1) ¹Arbeitgeber und Beschäftigte dürfen Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten und Arbeitgeber dürfen Transporte von mehreren Beschäftigten zur Arbeitsstätte oder von der Arbeitsstätte nur durchführen, wenn sie geimpfte Personen, genesene Personen oder getestete Personen i.S.d. § 2 Nr. 2, Nr. 4 oder Nr. 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung v. 8.5.2021 sind und einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis i.S.d. § 2 Nr. 3, Nr. 5 oder Nr. 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8.5.2021 mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben.
²Sofern die dem Testnachweis zu Grunde liegende Testung mit-

tels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist, darf diese abweichend von § 2 Nr. 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8.5.2021 maximal 48 Stunden zurückliegen. ³Abweichend von Satz 1 ist Arbeitgebern und Beschäftigten ein Betreten der Arbeitsstätte erlaubt, um

1. unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Nachweises i.S.d. § 4 Abs. 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 25.6.2021, die durch Art. 1 der Verordnung vom 6.9.2021 geändert worden ist, wahrzunehmen oder

2. ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen.

⁴Der Arbeitgeber hat seine Beschäftigten bei Bedarf in barrierefrei zugänglicher Form über die betrieblichen Zugangsregelungen zu informieren. ...

(3) ¹Alle Arbeitgeber sowie die Leitungen der in Abs. 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, die Einhaltung der Verpflichtungen nach Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. ²Alle Arbeitgeber und jeder Beschäftigte sowie Besucher der in Abs. 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, einen entsprechenden Nachweis auf Verlangen vorzulegen. ³Soweit es zur Erfüllung der Pflichten aus Satz 1 erforderlich ist, darf der Arbeitgeber sowie die Leitung der in Abs. 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen zu diesem Zweck personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten. ⁴Die Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gem. den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes verwendet werden, soweit dies erforderlich ist. ⁵§ 22 Abs. 2 des BDSG gilt entsprechend. ⁶Die zuständige Behörde kann von jedem Arbeitgeber sowie von den Leitungen der in Abs. 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen die zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgabe erforderlichen Auskünfte verlangen. ⁷Die in Abs. 2 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen sind verpflichtet, der zuständigen Behörde zweiwöchentlich folgende Angaben in anonymisierter Form zu übermitteln:

1. Angaben zu den durchgeführten Testungen, jeweils bezogen auf Personen, die in der Einrichtung oder dem Unternehmen beschäftigt sind oder behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind, sowie bezogen auf Besuchspersonen und

2. Angaben zum Anteil der Personen, die gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft sind, jeweils bezogen auf die Personen, die in der Einrichtung oder dem Unternehmen beschäftigt sind oder behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind.

⁸Die in Abs. 2 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen dürfen den Impf- und Teststatus der Personen, die dort behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind, erheben; diese Daten dürfen nur zur Beurteilung der Gefährdungslage in der Einrichtung oder dem Unternehmen im Hinblick auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) und zur Vorbereitung der Berichterstattung nach Satz 7 verarbeitet werden. ⁹Die nach Satz 3 und nach Satz 8 erhobenen Daten sind spätestens am Ende des sechsten Monats nach ihrer Erhebung zu löschen; die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts bleiben unberührt.“

II. Die Voraussetzungen im Einzelnen

1. Für wen gelten die Regeln?

Der Geltungsbereich der neuen Regelungen ist zunächst in § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG unmittelbar angesprochen, nämlich mit „Arbeitgeber und Beschäftigte“. Auffällig ist hier zunächst, dass auch von den Arbeitgebern die Rede ist. Arbeitgeber i.S.d. Vorschrift sind die Organe der Gesellschaft, also z.B. der Geschäftsführer einer GmbH oder der Vorstand eines Vereins oder einer Aktiengesellschaft. Die im Betrieb mitarbeitenden Arbeitgeber fallen also auch in Person selbst unter den Anwendungsbereich.

Der weitere Begriff des Beschäftigten ist denkbar weit gefasst. Erfasst werden hier alle Arbeitnehmer. Dazu gehören auch die Auszubildenden. Beschäftigte i.S.d. Vorschrift sind auch **Leiharbeitnehmer**. Hingegen werden **freie Mitarbeiter nicht erfasst**.

Hinweis für die Praxis:

Freie Mitarbeiter oder andere Selbständige oder durch Werk- bzw. Dienstvertrag beauftragte Dritte können allerdings durch Hausregeln beschränkt werden. Es steht jedem Unternehmen frei, den Zutritt zum Betrieb nur solchen Personen zu gewähren, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Das hat dann aber nichts mit arbeitsrechtlichen Rechtsbeziehungen zu tun, sondern ist Ausdruck des Hausrechts und einer etwaigen Kundenbeziehung.

2. Wo gelten die Regeln?

Das Betretungsrecht für Arbeitgeber und Beschäftigte bezieht sich auf „Arbeitsstätten“. Die Definition der Arbeitsstätte findet sich in § 2 der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV).

Die Vorschrift des § 2 ArbStättV lautet im Wortlaut wie folgt:

„§ 2 Begriffsbestimmungen

(1) Arbeitsstätten sind:

1. Arbeitsräume oder andere Orte in Gebäuden auf dem Gelände eines Betriebes,

2. Orte im Freien auf dem Gelände eines Betriebes,

3. Orte auf Baustellen,

sofern sie zur Nutzung für Arbeitsplätze vorgesehen sind.

(2) Zur Arbeitsstätte gehören insbesondere auch:

1. Orte auf dem Gelände eines Betriebes oder einer Baustelle, zu denen Beschäftigte im Rahmen ihrer Arbeit Zugang haben,

2. Verkehrswege, Fluchtwege, Notausgänge, Lager-, Maschinen- und Nebenräume, Sanitärräume, Kantinen, Pausen- und Bereitschaftsräume, Erste-Hilfe-Räume, Unterkünfte sowie

3. Einrichtungen, die dem Betreiben der Arbeitsstätte dienen, insbesondere Sicherheitsbeleuchtungen, Feuerlöscheinrichtungen, Versorgungseinrichtungen, Beleuchtungsanlagen, raumlufttechnische Anlagen, Signalanlagen, Energieverteilungsanlagen, Türen und Tore, Fahrsteige, Fahrtreppen, Laderampen und Steigleitern.“

Der **Geltungsbereich der Arbeitsstätte ist damit denkbar weit**. Nur in seltenen Ausnahmefällen werden bestimmte betriebliche Bereiche nicht erfasst sein. Im Regelfall ist der Begriff der Arbeitsstätte also erfüllt.

3. Was sind physische Kontakte?

In der Begründung findet sich zu der Frage, was unter physischen Kontakten zu verstehen ist, folgende Definition:

„Physische Kontakte sind gegeben, wenn in der Arbeitsstätte ein Zusammentreffen mit anderen Personen nicht ausgeschlossen werden kann, auch wenn es zu keinem direkten Körperkontakt kommt. Nicht erheblich ist, ob Beschäftigte tatsächlich auf andere Personen treffen.“

Hinweis für die Praxis:

Der physische Kontakt ist damit stets gegeben. Der Einwand, in einem großen Gebäude säßen etwa alle Beschäftigten vor Ort nur in einem Einzelbüro und würden sich daher nicht treffen, greift nicht durch. Die bloße Möglichkeit eines Aufeinandertreffens reicht aus, das entspricht auch dem Schutzzweck der Norm. Dort, wo Menschen arbeiten, sollen die Schutzvorschriften unabhängig von tatsächlichem Kontakt greifen.

4. Welche Nachweise für 3G sind erforderlich?

Für die Arbeitgeber und Beschäftigten, die damit auf der Arbeitsstätte diese physischen Kontakte haben, gilt ein Betretungsverbot, wenn sie nicht die 3G-Regel erfüllen. 3G bedeutet 1. vollständig geimpft, 2. genesen oder 3. getestet.

Die Nachweise sind dann ein 1. Impfnachweis, 2. ein Genesennachweis oder 3. ein Testnachweis.

Der Impf- und/oder Genesennachweis ist einfach digital oder durch physische Vorlage des Impfausweises zu erfüllen und nachzuweisen.

Hinweis für die Praxis:

Bei dem Impfnachweis und auch dem Genesenennachweis ist der Praxis zu empfehlen, die genauen Daten zu prüfen. Ein Genesenenzertifikat gilt nur für die Dauer von sechs Monaten. Es kann also gut sein, dass ein solches Zertifikat bzw. ein Genesenennachweis in seiner Geltungsdauer ausläuft. Im Anschluss muss dann der betroffene Mitarbeiter entweder einen anderen Impfausweis vorlegen oder aber auf die tägliche Testung, dazu sogleich, ausweichen. Der Arbeitgeber ist befugt, die Ablaufdaten zu kontrollieren.

5. Welche Testnachweise sind erforderlich?

Die Vorschrift des § 28b Abs. 1 IfSG verweist hinsichtlich der Testnachweise auf § 2 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung vom 8.5.2021 (SchAusnahmV). Es handelt sich dort um die Begriffsbestimmung, was unter einem Testnachweis zu verstehen ist.

§ 2 Nr. 7 SchAusnahmV enthält zu den Testnachweisen folgende Regelung:

„... 7. ein Testnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zu Grunde liegende Testung durch In-vitro-Diagnostika erfolgt ist, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gem. § 11 Abs. 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind, die zu Grunde liegende Testung maximal 24 Stunden zurückliegt und

- a) vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist,*
- b) im Rahmen einer betrieblichen Testung i.S.d. Arbeitsschutzes durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, erfolgt oder*
- c) von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 der Coronavirus-Testverordnung vorgenommen oder überwacht wurde.“*

Die Testnachweise können dadurch durch die üblichen Stellen, Testzentren, etc., ausgestellt werden.

Hinweis für die Praxis:

Wichtig ist, dass die vorgenannten Voraussetzungen durch das Testzentrum beachtet werden. Davon muss erst einmal ausgegangen werden, wenn ein Arbeitnehmer von einem Testzentrum eine Bestätigung vorlegt. Selbsttest sind keinesfalls und nie ausreichend.

6. Sind Tests beim Arbeitgeber zulässig?

Die vorgenannte Regelung in § 2 Nr. 7 Buchstabe b SchAusnahmV lässt betriebliche Testungen ausdrücklich zu. Das ergibt sich auch aus der Corona-Arbeitsschutzverordnung und ein-

schlägigen landesrechtlichen Verordnungen (z.B. die Corona-Schutzverordnung des Landes NRW).

Wichtig ist, dass auch beim Arbeitgeber nicht ein bloßer Selbsttest ohne Aufsicht vorgenommen wird. Es reicht also nicht aus, wenn Mitarbeiter sich beim Arbeitgeber z.B. in einen Raum begeben und dort einen Selbsttest durchführen und das Ergebnis dem Arbeitgeber mitteilen. Erforderlich ist, dass der Test unter **Aufsicht** durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, erfolgt. Insoweit muss eine gewisse Unterweisung und Kenntnis vorhanden sein. Dies ist auch zu dokumentieren. Überzogene Anforderungen sind hier allerdings nicht zu stellen. Der Mitarbeiter muss aber das Testverfahren und auch die Anwendung kennen und sich damit vertraut gemacht haben. Zudem muss er die Testung überwachen und sicherstellen, dass keine Manipulationen erfolgen. Das Ergebnis ist vom testenden Mitarbeiter zu dokumentieren.

Hinweis für die Praxis:

In zahlreichen Ländern sind zu der Frage der betrieblichen Testung ergänzende Verordnungen erlassen worden. Daher sollte je nach Bundesland zusätzlich auch geprüft werden, ob es für die betriebliche Testung weitere Voraussetzungen gibt. Siehe z.B. § 4 der Corona-Test- und Quarantäneverordnung NRW.

7. Erfolgen betriebliche Tests während der Arbeitszeit?

Der Wortlaut des § 28b IfSG sieht vor, dass die Testnachweise **vor dem Betreten** der Arbeitsstätte vorliegen müssen. Die Testnachweise, die beim Arbeitgeber erbracht werden, müssen damit **nicht während der Arbeitszeit** erfolgen. Sie sind vorher durchzuführen. Nur die testende Person selbst führt eine betriebliche Tätigkeit aus und testet damit die Kollegen während der eigenen Arbeitszeit.

Die testende Person kann dazu auch im Wege des **Direktionsrechts** zu dieser Tätigkeit angewiesen werden, wenn die Testung zum üblichen Berufsbild gehört. Das ist z.B. bei einem Personalreferenten oder einem in der Personalabteilung tätigen Mitarbeiter nach unserer Auffassung der Fall. Für diese Personen gehören diese arbeitsrechtlichen Maßnahmen zum erweiterten Berufsbild.

8. Darf der Arbeitgeber die betrieblichen Tests auf ein Testzentrum verlagern?

Arbeitgeber sind nicht verpflichtet, die betrieblichen Tests selbst durchzuführen. Sie können auch darauf verweisen, dass sie kein entsprechendes Personal fachkundig oder geschult zur Verfügung haben. Sie können daher Mitarbeiter auch auf ein Testzentrum verweisen. In diesen Fällen müssten dann aber die Arbeitgeber jedenfalls die beiden betrieblichen Tests, die auf die jeder Mitarbeiter einen Anspruch hat, kostenmäßig übernehmen.

Hinweis für die Praxis:

Nach § 4 der Corona-Test- und Quarantäneverordnung NRW ist der Arbeitgeber in diesen Fällen verpflichtet, mit dem Testzentrum vorher eine Abrede zu treffen, dass die Kosten übernommen werden. Ein Arbeitnehmer könnte also theoretisch darauf verweisen, dass er nicht verpflichtet ist, in einem Testzentrum statt des betrieblichen Tests einen Test durchführen zu lassen, wenn der Arbeitgeber nicht **zuvor** die Kostenübernahme dort erklärt hat. In der Praxis wird sich dieser Fall nur kaum bemerkbar machen. Viele Arbeitgeber lassen die Tests in einem Testzentrum vornehmen und erstatten die Kosten gegen Quittungsbeleg.

9. Müssen weitere Kosten übernommen werden?

Der Arbeitgeber ist nur verpflichtet, zwei betriebliche Tests anzubieten oder aber alternativ für zwei Tests die Kosten zu übernehmen. Alle weiteren Kosten muss der Arbeitnehmer selbst tragen, es sei denn, er bekommt auf anderem Wege eine Kostenerstattung. So hat nach aktueller Lage jeder in Deutschland Anspruch auf einen kostenlosen Bürgertest. Damit sind bereits drei der erforderlichen Wochentests kostenmäßig nicht vom Arbeitnehmer zu zahlen. Alle weiteren Tests muss hingegen der Arbeitnehmer auf seine Kosten durchführen lassen. Die Anzahl der Wochentests hängt dann von der vereinbarten Wochenarbeitszeit und den Arbeitstagen ab.

Hinweis für die Praxis:

In vielen Fällen ist auch eine mehrfache Inanspruchnahme von Bürgertests möglich. Dies hängt offenbar von den Kapazitäten ab und wird nicht kontrolliert. So hat das NRW-Gesundheitsministerium auf Anfrage des WDR mitgeteilt, dass „mindestens einmal pro Woche“ bedeutet, dass es sich hierbei um die Mindestanzahl an kostenlosen Tests handelt. Wie oft man sich tatsächlich kostenlos testen lassen kann, hängt, so das Gesundheitsministerium von der Testkapazität der Teststellen ab. Die Ministeriumssprecherin hat das wie folgt gegenüber dem WDR bestätigt:

„Solange Kapazitäten vorhanden sind, kann man sich im Prinzip auch täglich testen lassen.“

10. Wie lange gilt ein Test?

Ein Testnachweis gilt 24 Stunden, ein PCR-Test 48 Stunden. Damit ist es möglich, einen Testnachweis auch schon am **Vortag** machen zu lassen, wenn die 24 Stunden am nächsten Tag noch nicht abgelaufen sind. Hier stellen sich vielfältige Detailfragen. Ist es z.B. möglich, dass ein Mitarbeiter sich damit eine Testung für zwei Arbeitstage mit nur einem Test ermöglicht? Denkbar wäre insoweit, dass ein Mitarbeiter bei gleitender Arbeitszeit oder Vertrauensarbeitszeit an einem Tag den Test morgens um 08:00 Uhr macht und im Anschluss seine Arbeit beginnt. Am nächsten Tag beginnt er dann die Arbeit früher, schon um 07:00 Uhr morgens, da zu diesem Zeitpunkt der Test vom Vortag noch eine Stunde gilt. Würde man hier streng auf den Wortlaut des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG abstellen, wäre ein Testnachweis erbracht. Dort ist nämlich geregelt, dass Mitarbeiter die Arbeits-

stätte nur **betreten** dürfen, wenn sie einen Testnachweis vorlegen. Zum Zeitpunkt dieses *Betretens* wäre aber ein Testnachweis noch gültig gewesen.

Dieses Vorgehen entspricht allerdings nicht dem Sinn und Zweck der Regelung. Gewollt und gemeint war eine tägliche Testung und nicht eine Testung, die dann zwei Tage abdeckt, wenn man nur auf das Betreten abstellt. Insoweit besteht eine unklare Gesetzeslücke. Gemeint ist nach unserer Auffassung, dass diese nur so gelöst werden kann, dass der Testnachweis für die volle Arbeitszeit gültig sein muss. Insoweit bleibt aber abzuwarten, ob hierzu ergänzende Vorschriften erlassen werden.

11. Darf der Mitarbeiter sich weigern, einen Nachweis vorzulegen?

Hier muss man unterscheiden. Der Mitarbeiter kann nicht gezwungen werden, einen 3G-Nachweis vorzulegen. Allerdings muss er dann die Konsequenzen dieser Weigerung voll tragen. Dies bedeutet, dass er die Arbeitsstätte nicht betreten darf. Das regelt die neue Vorschrift des § 28b IfSG eindeutig.

12. Muss alternativ Homeoffice angeboten werden?

Die neuen Regelungen zum Homeoffice besprechen wir weiter unten noch ausführlich. Sie spielen allerdings hier schon eine Rolle. Ist der Arbeitsplatz grundsätzlich homeofficefähig und bestehen auch keine entgegenstehenden zwingenden betrieblichen Gründe, kann bei einer Weigerung eines Mitarbeiters, einen 3G-Nachweis vorzulegen, dieser Punkt von großer Bedeutung werden. Es besteht dann die Möglichkeit, dem Mitarbeiter im Homeoffice ohne Weiteres weiter zu beschäftigen. In so einem Fall kann der Arbeitgeber sich nicht darauf berufen, den Mitarbeiter nicht im Homeoffice beschäftigen zu wollen und ihm bei Nichtvorlage eines 3G-Nachweises auch kein Lohn zahlen zu wollen. Hier müssen die wechselseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden.

Hinweis für die Praxis:

Dies kann im Einzelfall durchaus problematisch sein. Hat der Arbeitgeber hingegen zwingende betriebliche Gründe, die eine Tätigkeit in der Arbeitsstätte erforderlich machen, kann der Mitarbeiter den alternativen Homeoffice-Arbeitsplatz nicht wirksam einfordern.

13. Was gilt sonst bei unberechtigter Weigerung?

Besteht kein Homeoffice-Arbeitsplatz und weigert sich der Mitarbeiter, einen Nachweis vorzulegen, gerät der Arbeitgeber **nicht in Annahmeverzug**. Das bedeutet, dass der Arbeitgeber keinen Lohn mehr zahlen muss. Der Mitarbeiter kann nicht beschäftigt werden und es liegt Eigenverschulden vor, das der Arbeitnehmer auch zu vertreten hat. Die persönlichen Motive des Arbeitnehmers spielen dann auch keine Rolle.

14. Darf bei dauerhafter Weigerung abgemahnt werden oder sogar gekündigt werden?

Das ist ebenfalls zu bejahen. Es handelt sich um eine Pflichtverletzung. Damit liegt ein Fehlverhalten vor, das nach den all-

gemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen sanktioniert werden kann. Dies betrifft also zunächst die Pflicht, den Mitarbeiter abzumahnen. Im Wiederholungsfall kann dann – ggf. sogar fristlos – gekündigt werden.

Aber: Hier ist sehr auf den Einzelfall zu achten. Der Arbeitgeber sollte zunächst alle **milderen Mittel ausschöpfen**, zu denken ist hier an eine Urlaubsgewährung, Überstundenabbau oder die Gewährung von Homeoffice. Nur in solchen Fällen, wo dies nicht möglich ist und der Mitarbeiter eindeutig erklärt, seiner 3G-Verpflichtung nicht nachkommen zu wollen, ist die Abmahnung und dann auch eine Kündigung möglich, dann aber auch zulässig.

15. Beinhaltet das neue Recht ein zulässiges Frage-recht?

Die neuen Regelungen können nur umgesetzt, kontrolliert und auch dokumentiert werden, wenn dem Arbeitgeber das Recht zusteht, einen 3G-Nachweis zu erfragen und zu prüfen. Dies bedeutet aber nicht, dass damit dem Arbeitgeber ein Recht zugestanden wird, nach dem Impfstatus zu fragen. Das Recht bezieht sich nur auf **3G** und nicht auf **2G**. So kann sich (sehr theoretisch) ein Mitarbeiter, der zwar geimpft ist, diesen Status aber dem Arbeitgeber nicht preisgeben möchte, jeden Tag testen lassen, um so der Vorlage eines Impfnachweises in zulässiger Weise auszuweichen. Das Gesetz lässt dies zu. Ein Fragerecht nach dem Impfstatus steht daher dem Arbeitgeber nach der neuen Rechtslage nach herrschender Meinung nicht zu.

16. Darf ich Neueinstellungen jedenfalls nur als 2G vornehmen?

Viele Arbeitgeber überlegen aktuell, jedenfalls Neueinstellungen nur als 2G zuzulassen. Es sollen also nur geimpfte Mitarbeiter eingestellt werden. Auch hier ist aber zu berücksichtigen, dass ein solches Vorgehen beinhalten würde, dass die Bewerber nach ihrem Impfstatus gefragt werden. Dies ist aber nach herrschender Auffassung gerade (noch) nicht zulässig. Bei einer unzulässigen Frage steht dem Bewerber ein Recht zur Lüge zu. Daraus könnten dann keine negativen Konsequenzen gezogen werden.

Aber: Eine unzulässige Frage nach dem Impfstatus ist nach aktueller Rechtslage jedenfalls nicht sanktioniert. Der Impfstatus ist kein Diskriminierungsmerkmal i.S.v. § 1 AGG. Einem Arbeitgeber, der einen Bewerber nach dem Impfstatus fragt, drohen damit keine Diskriminierungsvorwürfe und Entschädigungsansprüche nach dem AGG. Zudem kann im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens der Zugang zum Betrieb als 2G ausgestaltet werden. Die Risiken bei einem solchen Vorgehen sind daher für den Arbeitgeber nach aktueller Rechtslage (Stand: 30.11.2021) überschaubar.

17. Wie ist zu dokumentieren und kontrollieren?

Die Kontrolle der Impfnachweise ist nicht geregelt. Dem Arbeitgeber stehen daher alle denkbaren und üblichen Wege offen. So kann in großen Betrieben die elektronische Erfassung sinnvoll sein. Zudem müssen Geimpfte und Genesene regelmäßig nur einmal ihren Nachweis vorzeigen.

Hinweis für die Praxis:

Wartezeiten, die vor Arbeitsantritt durch eine massenhafte Testung im Betrieb entstehen, können sich nachteilhaft auf die betriebliche Organisation und die Arbeitsabläufe auswirken. Daher sollten Arbeitgeber darauf achten, dass solche Wartezeiten nicht entstehen. Sind Arbeitnehmer rechtzeitig vor Arbeitsantritt für eine angebotene betriebliche Testung anwesend und kann der Arbeitgeber dann diese Testung nicht zeitlich ermöglichen, bietet der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung korrekt an. Der Arbeitgeber wird dann in Annahmeverzug geraten.

18. Wie lange darf ich die Dokumentation speichern?

Die Datenspeicherung ist ausdrücklich in § 28b Abs. 3 IfSG vorgesehen. Allerdings müssen die dokumentierten Daten nach sechs Monaten gelöscht werden. Zudem ist darauf zu achten, dass es sich um sensible Gesundheitsdaten handelt. Es gelten daher die allgemeinen Grundsätze für den Zugriff auf solche Daten, wie sie auch für Personalakten gelten.

19. Bin ich als Arbeitgeber zur Auskunft verpflichtet?

Das sieht § 28b Abs. 3 IfSG im letzten Satz ausdrücklich vor. Dort ist geregelt, dass die zuständigen Behörden von jedem Arbeitgeber die zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgabe erforderlichen Auskünfte verlangen können. Arbeitgeber sind daher verpflichtet, die Dokumentation so vorzuhalten, dass sie durch die zuständigen Behörden auch prüfungsfähig eingesehen werden kann.

20. Muss der Betriebsrat beteiligt werden?

Der Betriebsrat ist immer dann zu beteiligen, wenn gesetzliche Regelungen weiter konkretisiert werden. Die Verpflichtung, 3G zu prüfen, ist daher nicht mitbestimmungspflichtig. Mitbestimmungspflichtig ist aber, wenn der Arbeitgeber z.B. eine elektronische Erfassung einführt, um die Testnachweise elektronisch zu überprüfen und zu dokumentieren (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Eine Mitbestimmungspflicht kann auch dann bestehen, wenn wegen der Wartezeiten durch betriebliche Prüfungen die Arbeitszeiten geändert werden, § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG. Denkbar ist weiter, dass z.B. die Regelung der Testungen der Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG unterliegt. Auch allgemeine Regeln zum Ordnungsverhalten sind mitbestimmungspflichtig, § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Die Frage der Mitbestimmung hängt daher sehr davon ab, wie der Arbeitgeber konkret die Umsetzung regeln möchte und welche allgemeinen Kontrollen und Regeln er einführt.

Hinweis für die Praxis:

Der Betriebsrat sollte daher frühzeitig eingebunden werden. Idealerweise stimmt er den Maßnahmen zu. Die Zustimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG muss nicht zwingend durch eine Betriebsvereinbarung geregelt werden. Eine Zustimmung des Betriebsrats ist ausreichend.

III. Die neuen Regelungen zum Homeoffice

Die neuen Regelungen zum Homeoffice sind nunmehr in § 28b Abs. 4 IfSG geregelt. Wir möchten daher auch diese Regelungen hier vorstellen und besprechen.

1. Die Regelung in § 28 Abs. 4 IfSG

§ 28b Abs. 4 lautet wie folgt:

„4) ¹Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. ²Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. ³Die zuständigen Behörden für den Vollzug der Sätze 1 und 2 bestimmen die Länder nach § 54 Satz 1.“

Zum Homeoffice finden sich **keine weiteren Regelungen**. Alle Fragen sind auf Basis des vorstehenden Textes zu lösen.

2. Angebotspflicht für Arbeitgeber

Aus Satz 1 der Vorschrift folgt zwingend, dass der Arbeitgeber jetzt Homeoffice anbieten muss. Ungeregelt ist, auf welchem Wege das Angebot zu erfolgen hat. Hier reicht eine allgemeine Mitteilung an alle Arbeitnehmer aus, z.B. durch eine E-Mail oder eine sonstige Nachricht. Der Arbeitgeber muss lediglich sicherstellen, dass das Angebot tatsächliche alle Arbeitnehmer erreicht.

3. Für wen gilt die Angebotspflicht?

Die Angebotspflicht gilt „**im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten**“. Die Angebotspflicht gilt damit nicht uneingeschränkt für alle Beschäftigten. Hier eine auszugsweise Erläuterung der FAQ des BMAS zur Vorgängerregelung:

„Viele Tätigkeiten in Produktion, Dienstleistung, Handel, Logistik etc. lassen eine Ausführung im Homeoffice nicht zu. Auch in anderen Bereichen können nachvollziehbare betriebstechnische Gründen vorliegen, die gegen eine Verlagerung ins Homeoffice sprechen. Dies kann z.B. in Betracht kommen, wenn die **Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt** würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. **Beispiele** können sein: mit einer Büro(-Tätigkeit) verbundene Nebentätigkeiten wie die Bearbeitung und Verteilung der eingehenden Post, die Bearbeitung des Wareneingangs und -Ausgangs, Schaltdienste bei weiterhin erforderlichen Kunden- und Mitarbeiterkontakten, Materialausgabe, Reparatur- und Wartungsaufgaben (z.B. IT-Service), Hausmeisterdienste und Notdienste zur Aufrechterhaltung des Betriebes, u.U. auch die Sicherstellung der Ersten Hilfe im Betrieb.“

4. Teilweise Homeofficetätigkeit denkbar?

Sind nur Teile der Tätigkeit für Homeoffice geeignet, kann es auch eine Pflicht zum teilweisen Homeoffice geben. Dem Gesetz lässt sich nicht entnehmen, dass nur zu 100 % Homeoffice oder gar nicht möglich sein sollen. Das hängt letztlich dann von der Absprache der Arbeitsvertragsparteien im Einzelnen ab. Gegen eine teilweise Tätigkeit im Homeoffice sprechen keine rechtlichen Hinderungsgründe.

5. Annahmepflicht für Arbeitnehmer!

Die gesetzliche Regelung ist so ausgestaltet, dass der Arbeitgeber eine Angebotspflicht hat und den Arbeitnehmer eine Annahmepflicht trifft. Allerdings kann auch der Arbeitnehmer entgegenstehende Gründe anführen. Solche entgegenstehenden Gründe können sich ergeben aus

- räumliche Enge,
- Störungen durch Dritte,
- unzureichende technische Ausstattung,
- psychische Belastungen

Die vorstehende Aufzählung ist nicht abschließend. Das Gesetz nennt keine konkreten Gründe. Es reicht daher wohl aus, wenn der Beschäftigte mitteilt, dass ihm das Arbeiten von zu Hause nicht möglich ist. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, die Schwere und Bedeutung der Gründe zu überprüfen, abzuwägen oder mit dem Mitarbeiter in eine Diskussion einzutreten, ob die entgegenstehenden Gründe des Mitarbeiters ausreichend sind. Diese Prüfung ist dem Arbeitgeber nicht zumutbar.

Hinweis für die Praxis:

Arbeitgeber sollten ihr Angebot ausreichend dokumentieren. Soweit möglich, ist auch die Ablehnung durch Arbeitnehmer zu dokumentieren und aufzuzeichnen. Eine Pflicht, für eine solche Dokumentation besteht aber nach unserer Auffassung nicht. Aus der gesetzlichen Formulierung lässt sich dies nicht ableiten.

6. Welche Sanktionen bestehen?

Die Neuregelung in § 28b Abs. 3 IfSG enthält **keine Sanktionen**, weder für Arbeitgeber noch für Arbeitnehmer. Wird daher kein Homeoffice, obwohl eine Angebotspflicht besteht, angeboten bzw. lehnen Arbeitnehmer ohne Gründe das Homeoffice ab, können hieraus keine nachteilhaften Sanktionen verhängt werden.

7. Welche Rechte haben Arbeitnehmer bei fehlendem Angebot durch Arbeitgeber?

Arbeitnehmer können unter den genannten Voraussetzungen den Homeofficeanspruch einfordern. Damit besteht sogar die Möglichkeit, den Homeofficeanspruch gerichtlich durchzusetzen. Bisher sind noch keine Fälle bekannt geworden, in denen Streitigkeiten hierüber arbeitsgerichtlich ausgeurteilt werden mussten.

8. Kein einseitiges Versetzungsrecht des Arbeitgebers

Es bleibt weiterhin dabei, dass gegen den Willen des Arbeitnehmers eine Versetzung in das Homeoffice nicht möglich ist. Das Weisungsrecht nach § 106 Gewerbeordnung (GewO) lässt dies nicht zu. Das entspricht der aktuellen Auffassung in Rechtsprechung¹⁾ und Literatur.

1) Z.B.: LAG Berlin-Brandenburg v. 14.11.2018, 17 Sa 562/18, www.stotax-first.de.

9. Muss der Betriebsrat beteiligt werden?

Im Rahmen des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes hat der Gesetzgeber eine neue Regelung in § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG eingefügt.²⁾

Die Neuregelung in § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG hat folgenden Wortlaut:

„(1) Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen:

[...] 14. Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird.“

Der Gesetzgeber begrenzt die Mitbestimmung auf das „Wie“ und nicht auf das „Ob“. Nur die *Ausgestaltung* von mobiler Arbeit ist mitbestimmungspflichtig, nicht die Einführung. Eine weitere Begrenzung findet sich darin, dass nur die mobile Arbeit erfasst wird, die mittels „Informations- und Kommunikationstechnik“ erbracht wird. Soweit also die konkrete Ausgestaltung geregelt wird, unterliegt diese dann der Mitbestimmung des Betriebsrats.³⁾

10. Handelt es sich um eine mitbestimmungspflichtige Versetzung?

Der Wechsel in das Homeoffice ist grundsätzlich eine Versetzung nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Der Betriebsrat muss daher beteiligt werden. Fraglich ist allerdings, ob hier nicht die Verpflichtung des Arbeitnehmers, ein Angebot des Arbeitnehmers nach § 28b Abs. 4 IfSG anzunehmen, eine weitere Mitbestimmung des Betriebsrats ausschließt. Schließlich erfolgt hier die Versetzung auf Grundlage einer gesetzlichen Vorschrift und gerade nicht auf Basis einer Weisung des Arbeitgebers. Wir halten daher die Mitbestimmung nach § 99 BetrVG nicht für einschlägig.

2) Vgl. dazu auch Nicolai Besgen, B+P 2021, 595.

3) Zur Musterbetriebsvereinbarung für die Einführung von Homeoffice siehe Nicolai Besgen, B+P 2021, 19.

Ordentliche krankheitsbedingte Kündigung – Sondervergütung kündigungsrelevante Bedeutung

Die Wirksamkeit einer auf krankheitsbedingte Fehlzeiten gestützten ordentlichen Kündigung setzt zunächst eine negative Gesundheitsprognose voraus. Im Kündigungszeitpunkt müssen objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis weiterer Erkrankungen im bisherigen Umfang befürchten lassen (erste Stufe). Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung zu rechtfertigen, wenn sie zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen (zweite Stufe). Ist dies der Fall, ist im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung zu prüfen, ob die Beeinträchtigungen vom Arbeitgeber billigerweise nicht mehr hinge-

nommen werden müssen (dritte Stufe).¹⁾ Im Rahmen der Prüfung der zweiten Stufe ist auch zu prüfen, welche kündigungsrelevante Bedeutung wirtschaftlichen Belastungen durch die Gewährung von Sondervergütungen zukommt. Die Grundsätze der Entscheidung des BAG vom 22.7.2021²⁾ hierzu sind nachstehend dargestellt.

? Der Fall:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung.

Die einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Klägerin ist bei der Beklagten, die regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, seit Januar 1999 tätig.

Die Klägerin war im Jahr 2012 an 52, im Jahr 2013 an 33 und im Jahr 2014 an 47 Arbeitstagen, in den Jahren 2015 und 2016 durchgehend sowie im Jahr 2017 an 112 Arbeitstagen und im Jahr 2018 bis zum 18.7. wiederum durchgängig arbeitsunfähig krank. Die Beklagte leistete Entgeltfortzahlung für alle Krankheitstage in den Jahren 2012 und 2013 sowie für 44 Krankheitstage im Jahr 2014 und 71 Krankheitstage im Jahr 2017. In den Jahren 2015, 2016 und 2018 (bis zum 18. Juli) bestand keine Entgeltfortzahlungspflicht. Von den Entgeltfortzahlungskosten für das Jahr 2017 i.H.v. insgesamt 11 434 € entfielen 2 870,71 € auf eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin infolge eines Sturzes.

Im Jahr 2015 gewährte die Beklagte der Klägerin Zuschüsse zum Krankengeld i.H.v. 3 317,47 € und eine tarifliche Einmalzahlung i.H.v. 120 € sowie im Jahr 2016 den Bezug sog. Jubiläumsaktien im Wert von 147,75 €. Zudem erhielt die Klägerin in den Jahren 2015 bis 2017 jeweils ein Urlaubsgeld i.H.v. 1 150 €, ein Weihnachtsgeld i.H.v. durchschnittlich 5 278 € und ein Tankdeputat i.H.v. 1 125 € sowie für das Jahr 2015 einen Bonus i.H.v. 2 425 € und für das Jahr 2016 i.H.v. 2 240 €. Die Zahlung der Krankengeldzuschüsse sowie des Urlaubs- und Weihnachtsgeldes beruhte auf einer mit dem Betriebsrat vereinbarten Betriebsordnung, die Gewährung des Tankdeputats, der Jubiläumsaktien und des Bonus jeweils auf Vereinbarungen mit dem Gesamtbetriebsrat.

In den Jahren 2012 bis 2017 bildete die Beklagte im Hinblick auf die der Klägerin zugesagte betriebliche Altersversorgung Rückstellungen i.H.v. insgesamt 14 600 €.

Die Beklagte kündigte – nach Anhörung der Schwerbehindertenvertretung und des Betriebsrats sowie mit Zustimmung des Integrationsamts – das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 17.7.2018 ordentlich zum 28.2.2019 und berief sich zur Begründung auf die wirtschaftlichen Belastungen im Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

1) Zuletzt BAG v. 25.4.2018, 2 AZR 6/18, BAGE 162, 327.

2) BAG v. 22.7.2021, 2 AZR 125/21, www.stotax-first.de.

Leitsatz:

Sondervergütungen i.S.v. § 4a EFZG begründen selbst in Jahren, in denen der Arbeitnehmer durchgehend arbeitsunfähig war, keine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung für den Arbeitgeber.

→ Die Entscheidung:

Das BAG hat die Vorinstanzen bestätigt.

Dabei hat es zunächst die von den Vorinstanzen bejahte negative Gesundheitsprognose ebenso bestätigt wie deren Annahme, dass Betriebsablaufstörungen infolge der krankheitsbedingten Ausfälle der Klägerin nicht hinreichend konkret vorgetragen waren.

In Bezug auf die kündigungsrelevante Bedeutung der Zahlung von Sondervergütung bei der Prüfung einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen (zweite Stufe) ergibt sich aus der Entscheidung folgendes:

1. Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers

Für die Erstellung einer Prognose, mit welchen wirtschaftlichen Belastungen der Arbeitgeber auf Grund künftiger krankheitsbedingter Ausfallzeiten des Arbeitnehmers zu rechnen hat, ist vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls ein (vergangenheitsbezogener) Referenzzeitraum von drei Jahren maßgeblich. Ist eine Arbeitnehmervertretung gebildet, ist auf die letzten drei Jahre vor Einleitung des Beteiligungsverfahrens abzustellen. Die Prognose muss eine erhebliche künftige Beeinträchtigung des Austauschverhältnisses ergeben. Die berechnete Gleichwertigkeitserwartung des Arbeitgebers muss in einem Maß unterschritten sein, dass es ihm unzumutbar ist, über die Dauer der Kündigungsfrist hinaus an dem (unveränderten) Arbeitsverhältnis festzuhalten.³⁾

Eine kündigungsrelevante wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers liegt – vorbehaltlich einer Interessenabwägung auf der dritten Stufe – vor, wenn prognostisch die zulasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden Kosten jährlich insgesamt den Betrag übersteigen, der gem. §§ 3, 4 EFZG als Entgeltfortzahlung für sechs Wochen geschuldet ist.⁴⁾

Für die Beurteilung der zu erwartenden wirtschaftlichen Belastungen sind v.a. Entgeltfortzahlungskosten gem. §§ 3, 4 EFZG im Referenzzeitraum beachtlich.

Sie sind Ausdruck einer Störung des Synallagmas zwischen der Arbeitsleistung auf der einen und der vereinbarten Vergütung auf der anderen Seite. Soweit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet ist, steht der allein für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers versprochenen laufenden Vergütung kein Pendant gegenüber. Dieser Belastung können Arbeitgeber sich nicht durch abweichende Regelungen „entziehen“ (§ 12 EFZG). Unter §§ 3, 4 EFZG fallen auch „arbeitsleistungsbezogene“ Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter.⁵⁾

Zuschüsse zum Krankengeld sind grundsätzlich nicht zulasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Ihre Zahlung beruht – anders als die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach §§ 3, 4 EFZG – nicht auf einer zwingenden gesetzlichen Verpflichtung. Mit der Zusage derartiger Zuschüsse übernimmt der Arbeitgeber vielmehr „freiwillig“ ein nach dem Gesetz dem Arbeitnehmer zugewiesenes Risiko.⁶⁾ Verwirklicht es sich, soll dies – in finanzieller Hinsicht – allein zu seinen Lasten gehen und regelmäßig nicht den Bestandsschutz des Arbeitnehmers mindern.

Leistungen, mit denen ausschließlich erbrachte und/oder künftig erwartete Betriebstreue und nicht auch eine bestimmte Arbeitsleistung honoriert werden soll, gehen kündigungsrechtlich ebenfalls nicht zulasten des Arbeitnehmers. Der mit diesen Leistungen vom Arbeitgeber verfolgte Zweck wird durch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht gestört. Der hierfür notwendige Bestand des Arbeitsverhältnisses bleibt von dem krankheitsbedingten Ausfall unberührt, der Arbeitgeber erhält gleichwohl die volle von ihm angestrebte Gegenleistung.

Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (Sondervergütungen, § 4a EFZG), stellen selbst dann keine „kündigungsrelevante“ wirtschaftliche Belastung dar, wenn sie nicht allein für den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch für eine Arbeitsleistung im Bezugszeitraum gezahlt werden. Zwar führt die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers insofern zu einer – teilweisen – Störung des Austauschverhältnisses. Doch ist diesbezüglich durch § 4a EFZG eine abschließende Risikozuweisung erfolgt. Nach Satz 1 der Vorschrift sind Vereinbarungen über die Kürzung von Sondervergütungen auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zulässig; nach ihrem Satz 2 darf die Kürzung für jeden Tag der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit bis zu einem Viertel des Arbeitsentgelts betragen, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt. Mit einer entsprechenden Kürzung sind Störungen im „Arbeitsleistungsanteil“ der Sondervergütung als behoben anzusehen. Fehlt es an einer Kürzungsregelung, hat der Arbeitgeber das Risiko der unverminderten Zahlung zu tragen.⁷⁾

2. Nicht zu berücksichtigende Leistungen im Streitfall

Das sich nur im Jahr 2015 für die Beklagte verwirklichte Risiko, Krankengeldzuschüsse zahlen zu müssen, ist von der Beklagten in der Betriebsordnung „freiwillig“ übernommen worden.

Die Zuwendung sog. Jubiläumsaktien im Jahr 2016 erfolgte nach der betreffenden Betriebsvereinbarung allein wegen der Zurücklegung einer bestimmten Dienstzeit. Diese Gegenleistung hat die Beklagte ungeachtet der Krankheitszeiten der Klägerin voll erhalten.

Das Urlaubs- und Weihnachtsgeld sowie das Tankdeputat sind auch für die Jahre 2015 und 2016, in denen die Klägerin durchgehend arbeitsunfähig war, nicht zu ihren Lasten zu berücksichtigen. Es spricht schon vieles dafür, dass mit diesen Leistungen allein der Bestand eines nicht ruhenden Arbeitsverhältnisses und nicht auch eine Arbeitsleistung im Bezugszeitraum honoriert werden sollte und deshalb durch die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin überhaupt keine Störung im Austauschverhältnis eingetreten ist. Jedenfalls hat nach § 4a EFZG die Beklagte das Risiko zu tragen, diese Leistungen ungeachtet der ganzjährigen Arbeitsunfähigkeit der Klägerin erbringen zu müssen.

3) BAG v. 25.4.2018, 2 AZR 6/18, BAGE 162, 327.

4) BAG v. 25.4.2018, 2 AZR 6/18, BAGE 162, 327.

5) BAG v. 21.3.2001, 10 AZR 28/00, BAGE 97, 211.

6) BAG v. 25.4.2018, 2 AZR 6/18, BAGE 162, 327.

7) Vgl. Däubler/Deinert/Zwanziger/Deinert, KSchR, 11. Aufl., § 1 KSchG Rz. 128.

Die nach der zu Grunde liegenden Betriebsvereinbarung vom Erreichen persönlicher Ziele und dem Unternehmenserfolg abhängigen Boni für das Jahr 2015 i.H.v. 2 425 € und das Jahr 2016 i.H.v. 2 240 € dürften als „arbeitsleistungsbezogene“ Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter unter §§ 3, 4 EFZG gefallen und deshalb nicht für Zeiträume geschuldet gewesen sein, in denen – wie in den gesamten Jahren 2015 und 2016 – kein Anspruch der Klägerin auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bestand. Andernfalls wirkten sie nach der Risikozuweisung des § 4a EFZG gleichermaßen nicht „kündigungsbegründend“.

Die tarifliche Einmalzahlung im Jahr 2015 i.H.v. 120 € hat ebenfalls kündigungsrechtlich außer Betracht zu bleiben, weil sie entweder für eine Zeit vor dem bis maximal zum 1.1.2015 zurückreichenden Referenzzeitraum oder als pauschalierte Nachzahlung laufenden Arbeitsentgelts für das Jahr 2015 und damit nach §§ 3, 4 EFZG ohne Rechtsgrund oder aber als eine von einer konkreten Gegenleistung unabhängige Sonderzahlung erbracht wurde.

→ Fazit:

Nach diesen Grundsätzen hat das BAG eine erhebliche wirtschaftliche Belastung der Beklagten durch künftig zu erwartende Krankheitszeiten der Klägerin verneint.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung schafft Rechtssicherheit in Bezug auf die Frage der kündigungsrelevanten Bedeutung wirtschaftlicher Belastungen durch die Gewährung von Sondervergütungen bei ordentlicher krankheitsbedingter Kündigung wie folgt:

1. Für die Beurteilung der zu erwartenden kündigungsrelevanten wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers sind v.a. Entgeltfortzahlungskosten gem. §§ 3, 4 EntgFG im Referenzzeitraum beachtlich. Sie sind Ausdruck einer Störung des Synallagmas zwischen der Arbeitsleistung auf der einen und der vereinbarten Vergütung auf der anderen Seite. Soweit Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geschuldet ist, steht der allein für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers versprochenen laufenden Vergütung kein Pendant gegenüber. Dieser Belastung können Arbeitgeber sich nicht durch abweichende Regelungen „entziehen“ (§ 12 EntgFG).
2. Unter §§ 3, 4 EntgFG fallen auch „arbeitsleistungsbezogene“ Sondervergütungen mit reinem Entgeltcharakter.
3. Leistungen, mit denen ausschließlich erbrachte und/oder künftig erwartete Betriebstreue und nicht auch eine bestimmte Arbeitsleistung honoriert werden soll, gehen demgegenüber kündigungsrechtlich nicht zulasten des Arbeitnehmers. Der mit diesen Leistungen vom Arbeitgeber verfolgte Zweck wird durch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nicht gestört. Der hierfür notwendige Bestand des Arbeitsverhältnisses bleibt von dem krankheitsbedingten Ausfall unberührt, der Arbeitgeber erhält gleichwohl die volle von ihm angestrebte Gegenleistung. *Jü.*

Annahmeverzug – Unterlassener Zwischenverdienst – Böswilligkeit

Für Zeiten einer Nichtbeschäftigung im Annahmeverzug des Arbeitgebers ist das Arbeitsentgelt grundsätzlich nachzuzahlen. Gem. § 615 Satz 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer allerdings den Wert desjenigen anrechnen lassen, was zu erwerben er böswillig unterlässt. In seinem Urteil vom 19.5.2021¹⁾ befasst sich das BAG mit der Frage, ob, unter welchen Bedingungen und für welche Ansprüche § 615 Satz 2 BGB im Falle eines Betriebsübergangs in Bezug auf eine vom Arbeitnehmer abgelehnte Erwerbsmöglichkeit beim Betriebserwerber eingreift, wenn der Arbeitnehmer, der dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses wirksam widersprochen hatte, im Rechtsstreit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsveräußerer erzielt. Die wesentlichen Grundsätze der Entscheidung sind nachstehend dargestellt.

? Der Fall:

Die Parteien streiten über Vergütung wegen Annahmeverzugs, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsentgelt sowie weiteres tarifliches Urlaubsgeld und restliche tarifliche Jahresleistung.

Die Klägerin ist seit 2008 bei der Beklagten, einem Unternehmen des E-Konzerns, als kaufmännische Arbeitnehmerin tätig. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Tarifverträge für die chemische Industrie in ihrer jeweiligen Fassung Anwendung.

Anfang März 2019 verkaufte die Beklagte den Methacrylat-Verband an einen Investor, wobei der abschließende Vollzug des Kaufvertrags (sog. Closing) mit Ablauf des 31.7.2019 erfolgen sollte. Davon war auch der Arbeitsplatz der Klägerin betroffen.

Mit Schreiben vom 17.5.2019 unterrichtete die Beklagte die Klägerin über den anstehenden Betriebsteilübergang und einen damit einhergehenden Übergang ihres Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB. Die Klägerin widersprach dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses. Daraufhin wies sie die Beklagte mit Schreiben vom 15.7.2019 darauf hin, mit der Erwerblerin des Methacrylat-Verbunds sei vereinbart, dass im Falle eines Widerspruchs gegen den Betriebsübergang die bei der Erwerblerin entstehende Vakanz für einen Zeitraum von zwölf Monaten im Wege der Arbeitnehmerüberlassung kompensiert werden soll. Sie bot daher der Klägerin an, vom 1.8.2019 bis zum 31.7.2020 zu ansonsten unveränderten Bedingungen mit ihrer bisherigen Tätigkeit als Leiharbeitnehmerin bei der Erwerblerin zu arbeiten. Das lehnte die Klägerin ab. Mit Schreiben vom 29.7.2019 informierte die Beklagte die Klägerin darüber, sie wegen des Teilbetriebsübergangs ab dem 1.8.2019 nicht mehr beschäftigen und keinen Zugang zu den Betriebsstätten ermöglichen zu können. Weil sie das Angebot einer zumutbaren und gleichwertigen Beschäftigung abgelehnt habe, werde die Klägerin ab dem 1.8.2019 keine Gehaltszahlungen mehr erhalten.

1) BAG v. 19.5.2021, 5 AZR 420/20, NZA 2021, 1324.

Sollte sich ihre Einschätzung ändern, möge sie sich kurzfristig mit der Beklagten in Verbindung setzen.

Vom 30.7. bis zum 9.8.2019 war die Klägerin arbeitsunfähig krank, anschließend nahm sie vom 12. bis zum 16.8.2019 einen von der Beklagten gewährten Urlaub. Am 19.8.2019 erschien sie im Betrieb der Beklagten, wurde jedoch von der für sie zuständigen HR-Managerin nach Hause geschickt. Für die Zeit ab August 2019 stellte die Beklagte wie angekündigt die Gehaltszahlung ein, von der tariflichen Jahresleistung zahlte sie anteilig 7/12, tarifliches Urlaubsgeld gewährte sie für 20 Urlaubstage.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 29.8.2019 zum 31.1.2020. In dem von der Klägerin angestregten Kündigungsschutzverfahren schlossen die Parteien am 21.1.2020 einen gerichtlichen Teilvergleich, in welchem sich die Beklagte u.a. dazu verpflichtete, die Klägerin „zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen ab dem 1.2.2020 als Senior Referent Cost Accounting“ zu beschäftigen.

Im Wege mehrfacher Klageerweiterungen im Kündigungsschutzprozess hat die Klägerin Vergütung für den Zeitraum August 2019 bis Januar 2020 verlangt. Sie hat gemeint, nicht böswillig Zwischenverdienst unterlassen zu haben. Die angebotene Tätigkeit als Leiharbeiterin sei ihr nicht zumutbar gewesen. Neben der Vergütung wegen Annahmeverzugs stünden ihr Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den Zeitraum ihrer Erkrankung und Urlaubsentgelt für den von der Beklagten gewährten Urlaub im August 2019 zu. Ferner könne sie das tarifliche Urlaubsgeld und die tarifliche Jahresleistung jeweils in voller Höhe beanspruchen.

Die Beklagte meint, die Klägerin habe böswillig anderweitigen Zwischenverdienst unterlassen. Mangels Arbeitswilligkeit könne sie auch keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und kein Urlaubsentgelt beanspruchen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat auf die Berufung der Klägerin dieser Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsentgelt und ein weiteres Zwölftel der tariflichen Jahresleistung zugesprochen und im Übrigen die Berufung zurückgewiesen.

→ Die Entscheidung:

Das BAG hat die Entscheidung des LAG bestätigt.

1. Annahmeverzug – böswillig unterlassener Zwischenverdienst (Grundsätze)

Im vorliegenden Fall befand sich die Beklagte unstreitig in Annahmeverzug, der Streit Parteien geht in der Sache ausschließlich darüber, ob die Klägerin im Annahmeverzugszeitraum ab 1.8.2019 böswillig anderweitigen Verdienst unterlassen hat.

Nach § 615 Satz 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer den Wert desjenigen anrechnen lassen, was zu erwerben er böswillig unterlässt, wobei die Anrechnung bereits die Entstehung des Annahmeverzugsanspruchs hindert und nicht nur zu einer Aufrechnungslage führt.²⁾

Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig i.S.v. § 615 Satz 2 BGB anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig

bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert.³⁾

Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der anderweitigen Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, so kann sie etwa ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen. Dabei schließt die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber, der sich mit der Annahme der geschuldeten Dienste des Arbeitnehmers in Verzug befindet, eine Anrechnung nicht grundsätzlich aus.⁴⁾

Dasselbe gilt beim Betriebsübergang für eine Erwerbsmöglichkeit beim neuen Betriebsinhaber, selbst wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses wirksam widersprochen hat.⁵⁾

2. Zumutbares Beschäftigungsangebot

Die von der Beklagten angebotene, auf zwölf Monate befristete anderweitige Beschäftigung war als solche der Klägerin an sich zumutbar. Es sollten sich weder die Art der Tätigkeit noch der Arbeitsort, noch die von der Klägerin bezogene Vergütung ändern. Sie hätte nicht vorübergehend in ein „klassisches“ Leiharbeitsverhältnis wechseln müssen, sondern lediglich ihre bisherige Arbeitsleistung zu den bisherigen Konditionen für einen Dritten erbringen müssen. Dabei wäre sie zwar, soweit es die Erbringung der Arbeitsleistung betrifft, (auch) dessen Direktionsrecht unterworfen gewesen. Die Klägerin hat aber keine Bedenken gegen die Person der Erwerberin geltend gemacht. Es war im Streitfall nicht ersichtlich, welche konkreten und unzumutbaren Nachteile mit dem „gespaltenen Direktionsrecht“ für die Klägerin verbunden gewesen wären.

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit der Beklagten sollte zum Zeitpunkt des Angebots vorübergehender anderweitiger Beschäftigung nicht beendet werden, sie hätte dem Betrieb der Beklagten weiterhin angehört. Es ist nicht ersichtlich, welche konkreten und unzumutbaren „betriebsverfassungsrechtlichen Nachteile“ der Klägerin bei der auf zwölf Monate befristeten Ausübung ihrer bisherigen Tätigkeit bei der Erwerberin entstanden wären.

3. Zur unterstellten fehlenden Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung

Die Klägerin hat zwar das behauptete Vorliegen einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, die die Beklagte in Kopie zur Akte gereicht hat, im Prozess mit Nichtwissen bestritten. Sie hat sich aber weder zum maßgeblichen Zeitpunkt des Angebots der Beklagten noch im Verlauf des Verfahrens darauf berufen, die angebotene anderweitige Beschäftigung sei ihr gerade wegen

2) BAG v. 23.2.2021, 5 AZR 213/20, NZA 2021, 938.

3) BAG v. 23.2.2021, 5 AZR 213/20, NZA 2021, 938.

4) BAG v. 23.2.2021, 5 AZR 213/20, NZA 2021, 938.

5) BAG v. 19.3.1998, 8 AZR 139/97, BAGE 88, 196.

der fehlenden Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung unzumutbar gewesen.⁶⁾

Außerdem hätte sie keine Nachteile erleiden können. Denn selbst wenn für den vorgesehenen Zeitraum von zwölf Monaten entsprechend § 10 Abs. 1 AÜG ein befristetes Arbeitsverhältnis mit der Entleiherin begründet worden wäre, hätte dies nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags geführt und damit den Fortbestand ihres (Dauer-)Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten nicht berührt.⁷⁾

Zumindest hätte die Klägerin – hielte man dies für erforderlich – eine Festhaltungserklärung abgeben können, § 9 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 AÜG.

4. Zur vereinbarten Beschäftigung im gerichtlichen Teilvergleich

Ob die Klägerin, wie sie meint, schon ab August 2019 mit der im Prozessvergleich ab Februar 2020 vereinbarten Tätigkeit hätte betraut werden können, ist unbeachtlich. Denn § 615 Satz 2 BGB betrifft nicht den arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch, sondern die Obliegenheit, aus Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) vorübergehend eine nicht vertragsgerechte Arbeit zu verrichten und dadurch einen zumutbaren anderweitigen Verdienst zu erzielen.⁸⁾

Im Übrigen kann aus § 615 Satz 2 BGB nicht abgeleitet werden, der Arbeitnehmer dürfe auf jeden Fall ein zumutbares Angebot abwarten.⁹⁾

Von der Klägerin hätte deshalb erwartet werden können, dass sie das Angebot der Beklagten zumindest unter dem Vorbehalt einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit annimmt. Sie ist in dieser Hinsicht jedoch untätig geblieben, hat sich nicht auf zum damaligen Zeitpunkt im Intranet der Beklagten ausgeschriebene Stellen beworben, sondern lediglich im späteren Kündigungsschutzprozess ihre unveränderte Weiterbeschäftigung beantragt. Bewerbungen auf ausgeschriebene freie Stellen oder eine Beschäftigungsklage hätte sie aber auch bei Annahme des Angebots der Beklagten unter Vorbehalt in Angriff nehmen können.

Hinweis für die Praxis

Das Unterlassen von Zwischenverdienst ist im Streitfall als böswilliges Unterlassen zu werten und der Klägerin vorwerfbar. Sie kannte die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit und deren Konditionen und ist vorsätzlich untätig geblieben. Hinreichende tatsächliche Umstände, aus denen ableitet, dass der Klägerin die Beschäftigung unzumutbar erscheint waren von der Klägerin nicht vorgetragen.

Da die böswillig unterlassene Beschäftigung eines solche zu den bisherigen Bedingungen gewesen wäre, scheiden Ansprüche auf Arbeitsentgelt für den gesamten Zeitraum des Annahmeverzugs insgesamt aus.

5. Zu den weitergehend geltend gemachten Ansprüchen

In Bezug auf die weitergehend geltend gemachten Ansprüche gilt Folgendes:

Ist der **Arbeitnehmer arbeitsunfähig krank**, trifft ihn für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit keine Obliegenheit zur anderweitigen Arbeit mit der Folge, dass in dieser Zeit ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs i.S.v. § 615 Satz 2 BGB grundsätzlich ausscheidet und § 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 EFZG dem Arbeitnehmer den arbeitsvertraglichen Vergütungsanspruch aufrechterhalten.

Dem **Anspruch auf Urlaubsentgelt** steht § 615 Satz 2 BGB nicht entgegen. Während des Urlaubs besteht keine Obliegenheit des Arbeitnehmers, im Urlaub anderweitigen Verdienst zu erzielen. Einer solchen stünde das Verbot der Erwerbstätigkeit während des Urlaubs nach § 8 BUrIG entgegen.

Die Klägerin hat nur **Anspruch auf ein weiteres Zwölftel der tariflichen Jahresleistung**. Nach § 5 Tarifvertrag über Einmalzahlungen und Altersvorsorge i.d.F. vom 20.9.2018 (TVEA), der nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar ist, beträgt die volle Jahresleistung 95 % eines monatlichen Tarifentgelts. In den dem Eintrittsjahr nachfolgenden Kalenderjahren besteht ein Anspruch i.H.v. einem Zwölftel der Jahresleistung für jeden Kalendermonat, in dem der Berechtigte für mindestens zwölf Arbeitstage Anspruch auf Entgelt, Ausbildungsvergütung oder Entgeltfortzahlung hat, § 5 Nr. 3 TVEA. Danach steht der Klägerin ein weiteres Zwölftel der tariflichen Jahresleistung zu, denn sie hat im August 2019 für mindestens zwölf Arbeitstage Anspruch auf (Urlaubs-)Entgelt bzw. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle. Dagegen kann sie die volle tarifliche Jahresleistung nicht beanspruchen, weil sie in den Monaten September bis Dezember 2019 wegen § 615 Satz 2 BGB nicht für mindestens zwölf Arbeitstage Anspruch auf Entgelt oder Entgeltfortzahlung hat.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf **weiteres tarifliches Urlaubsgeld**. Nach § 10 TVEA erhalten Arbeitnehmer neben dem Urlaubsentgelt für jeden tariflichen Urlaubstag ein Urlaubsgeld von 40 €, dessen Auszahlung gem. § 11 TVEA in zeitlichem Zusammenhang mit tatsächlich gewährtem Urlaub stehen muss. Der Anspruch auf tarifliches Urlaubsgeld entsteht damit nur für tatsächlich genommenen Urlaub. Die Klägerin hat jedoch nicht behauptet, im Urlaubsjahr 2019 mehr Urlaub als die 20 Tage, für die die Beklagte unstreitig Urlaubsgeld gezahlt hat, genommen zu haben.

➔ Fazit:

Die Entscheidung schafft Rechtssicherheit. Sie stellt klar, dass § 615 Satz 2 BGB auch beim Betriebsübergang für eine Erwerbsmöglichkeit beim neuen Betriebsinhaber gilt, selbst wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses wirksam widersprochen hat.

Soweit der bisherige Arbeitgeber ein Beschäftigungsangebot unterbreitet ist auf die Angemessenheit für den Arbeitnehmer

6) Zu einem solchen Erfordernis bei fehlender Mitbestimmung des Betriebsrats zur angebotenen anderweitigen Beschäftigung BAG v. 23.2.2021, 5 AZR 213/20, NZA 2021, 938.

7) Vgl. dazu im Einzelnen Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 5. Aufl., § 9 Rz. 47 ff. m.w.N.

8) BAG v. 23.2.2021, 5 AZR 213/20, NZA 2021, 938.

9) So zum inhaltsgleichen § 11 Nr. 2 KSchG: BAG v. 22.3.2017, 5 AZR 337/16, NZA 2017, 988.

zu achten. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Bedenken gegen die anderweitige Arbeit können sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, so können sie etwa ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen.

Ein Angebot des Arbeitgebers an einen Arbeitnehmer im Rahmen eines Betriebsübergangs bei dem Betriebserwerber als Leiharbeitnehmer die bisherige Tätigkeit zu unveränderten Konditionen befristet weiterzuführen, ist dem Arbeitnehmer zumutbar. Er muss sich, auch wenn er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat, den durch das Angebot zu erzielbaren böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienst auf seinen Annahmeverzugsanspruch anrechnen lassen, wenn er dieses Angebot nicht annimmt.

Aus § 615 Satz 2 BGB kann nicht abgeleitet werden, der Arbeitnehmer dürfe in jedem Fall ein zumutbares vertragsgemäßes Angebot abwarten. § 615 Satz 2 BGB betrifft nämlich nicht den arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch, sondern die Obliegenheit, aus Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) vorübergehend eine nicht vertragsgerechte Arbeit zu verrichten und dadurch einen zumutbaren anderweitigen Verdienst zu erzielen.

Allerdings gilt:

§ 615 Satz 2 BGB steht einem Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bzw. auf Urlaubsentgelt für bewilligten und genommenen Urlaub nicht entgegen.

Krankheitstage bzw. Urlaubstage sind zudem anspruchsbegründend zu berücksichtigen, wenn ein Tarifvertrag für eine zusätzliche Jahresleistung bestimmt, dass die Jahresleistung zu je 1/12 davon abhängt, ob der Arbeitnehmer im jeweiligen Monat eine bestimmte Anzahl an Tagen Anspruch auf Entgelt oder Entgeltfortzahlung hat.

Ein tarifvertraglicher Anspruch auf zusätzliches Urlaubsgeld richtet sich ausschließlich nach den diesbezüglichen Festlegungen des Tarifvertrags. *Jü.*

Abmahnung – Nebentätigkeit eines Zeitschriftenredakteurs – Meinungs- und Pressefreiheit

Unter Berücksichtigung der Grundrechte eines Redakteurs aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 GG prüft das BAG in seinem Urteil v. 15.6.2021¹⁾, unter welchen Voraussetzungen eine Veröffentlichung des Redakteurs bei einem Konkurrenzunternehmen des Arbeitgebers eine Abmahnung rechtfertigen kann. Die wesentlichen Grundsätze der Entscheidung sind nachstehend dargestellt.

Der Fall:

Die Parteien streiten über die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte.

Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 1.4.1987 als Redakteur für die Zeitschrift „W“ beschäftigt. Vom 11.–19.9.2017 nahm er im Rahmen einer Dienstreise in die USA an der Standorteröffnung eines deutschen Unternehmens teil, um darüber für die Beklagte zu berichten. In seinem Artikel beschrieb der Kläger einen Vorfall, der sich während der Eröffnungsveranstaltung am abendlichen Buffet zwischen ihm und der ausrichtenden Unternehmerin im Beisein von Redakteuren anderer Zeitschriften zugetragen hatte. Auf seine Bemerkung, er verzichte darauf, etwas zu essen, da er „zu viel Speck überm Gürtel“ habe, kniff die Unternehmerin dem Kläger in die Hüfte. Die Online-Redaktion strich diese Passage aus dem Bericht des Klägers, den die Beklagte in der gekürzten Fassung am 13.9.2017 in der Zeitschrift „W“ veröffentlichte.

Im Dezember 2017 fragte der Kläger den Chefredakteur, ob der Vorfall nicht doch noch im Rahmen der „#MeToo-Debatte“ veröffentlicht werden könne. Dies lehnte der Chefredakteur ab. Der Ankündigung des Klägers, den Beitrag anderweitig zu publizieren, begegnete der Chefredakteur mit einem Hinweis auf das Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag der Parteien; der Kläger möge Rücksprache beim Leiter Personal und Recht nehmen.

Im März 2018 erschien – ohne vorherige Unterrichtung der Beklagten – in der „T“ ein Beitrag des Klägers mit dem Titel „Ran an den Speck“. Darin schilderte der Kläger den Vorfall am Buffet, ohne Ort und Zeit des Geschehens sowie den Namen der Unternehmerin zu nennen. Der Artikel war mit dem Hinweis versehen, dass der Kläger regelmäßig als Journalist über Wirtschaftsthemen berichte.

Die Beklagte erteilte dem Kläger mit Schreiben vom 14.3.2018 eine Abmahnung, weil er es unterlassen hatte, vor der Veröffentlichung die schriftliche Einwilligung der Chefredaktion einzuholen, und kündigte an, der Kläger müsse mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen, sollte sich das von ihr gerügte Verhalten wiederholen oder der Kläger „in ähnlicher Art und Weise gegen ... arbeitsvertragliche Pflichten verstoßen ...“.

Nach dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Manteltarifvertrag (MTV) ist dem Arbeitgeber das Urheberrecht an den von den Redakteuren eingereichten Beiträgen eingeräumt. Übt der Arbeitgeber dies nicht oder nur unzureichend aus, so kann die/der Redakteurin/Redakteur das Nutzungsrecht frühestens zwölf Monate nach Ablieferung des Beitrags zurückrufen.

Gem. § 13 Nr. 3 MTV ist geregelt, dass die/der Redakteurin/Redakteur zur anderweitigen Verarbeitung, Verwertung und Weitergabe der ihr/ihm bei ihrer/seiner Tätigkeit für den Verlag bekannt gewordenen Nachrichten und Unterlagen der schriftlichen Einwilligung des Verlages bedarf.

In Bezug auf Nebentätigkeiten verlangt Nr. 10 Abs. 3 des zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrags anstelle der schriftlichen Einwilligung des Verlages die Einwilligung der Chefredaktion.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Entfernung der Abmahnung aus seiner Personalakte. Er hat im Wesentlichen die Auffassung vertreten, der Erlaubnisvorbehalt in § 13 Nr. 3 MTV verleihe ihm als Redakteur in seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG

1) BAG v. 15.6.2021, 9 AZR 413/19, www.stotax-first.de.

geschützten Berufsfreiheit sowie in den weiteren Grundrechten auf freie Meinungsäußerung und Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, außerdem in seinen Rechten aus Art. 10 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Es sei nicht erforderlich gewesen, die Einwilligung der Chefredaktion einzuholen, nachdem die Beklagte eine Veröffentlichung endgültig abgelehnt habe. Die Abmahnung sei jedenfalls angesichts der langjährigen störungsfreien Vertragsdauer unverhältnismäßig.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

→ Die Entscheidung:

Das BAG hat die Vorinstanzen bestätigt und die Abmahnung für wirksam erklärt.

1. Anspruch auf Entfernung einer Abmahnung (Grundsatz)

Arbeitnehmer können in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt.²⁾

2. Bedeutung der Regelung in § 13 Nr. 3 MTV

§ 13 Nr. 3 MTV begründet mit dem Einwilligungsvorbehalt eine Anzeigepflicht des Redakteurs, denn die Einholung der schriftlichen Einwilligung des Verlags setzt notwendigerweise dessen Unterrichtung über die beabsichtigte Verwertung der Nachricht voraus. Zum anderen räumt die tarifliche Bestimmung dem Verlag das Recht ein, die Verwertung zu untersagen, indem er die Einwilligung nicht erteilt. Sie setzen ein berechtigtes Interesse des Verlags voraus und entfallen, wenn überwiegend schutzwürdige Interessen des Redakteurs und/oder der Öffentlichkeit an der unmittelbaren Verwertung der Nachricht bestehen. Dieses Verständnis wird durch eine gesetzeskonforme Auslegung des § 13 Nr. 3 MTV bestätigt. Tarifnormen sind möglichst so auszulegen, dass sie nicht im Widerspruch zu höherrangigem Recht stehen und damit Bestand haben.³⁾ Eine rechtfertigungslose Beschränkung oder Untersagung des Rechts, eine Nebentätigkeit – wie vorliegend in Gestalt der anderweitigen Verwertung einer Nachricht i.S.v. § 13 Nr. 3 MTV im Rahmen einer journalistischen und publizistischen Nebentätigkeit – auszuüben, wäre mit den Grundrechten eines Redakteurs nicht zu vereinbaren.

Soweit Nr. 10 Abs. 3 des Arbeitsvertrags die Ausübung des Einwilligungsvorbehalts der Chefredaktion überträgt, handelt es sich um **eine innerorganisatorische Aufgabenzuweisung**, die von den tariflichen Vorgaben nicht abweicht.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des in § 13 Nr. 3 MTV geregelten tariflichen Einwilligungsvorbehalts sind erfüllt. Der MTV findet kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit auf das Arbeitsverhältnis Anwendung (§ 4 Abs. 1 TVG). Der Kläger war

nach der tariflichen Regelung verpflichtet, dem Verlag durch Einholung der schriftlichen Einwilligung die beabsichtigte Verwertung der Nachricht in seinem Gastbeitrag anzuzeigen. Diese Anzeigepflicht hat der Kläger nicht erfüllt.

Der Kläger verwertete mit dem in der Zeitschrift „T“ veröffentlichten Artikel eine ihm bei seiner Tätigkeit für den Verlag bekannt gewordenen Nachricht. Die Nachricht ist dem Kläger „bei ... seiner Tätigkeit für den Verlag bekannt geworden“, auch wenn sie nur ein Randgeschehen betrifft. Die Abendveranstaltung war Teil der Standorteröffnung, über die der Kläger im Auftrag der Beklagten berichten sollte. Der Kläger hat die Nachricht unter seinem Namen im Rahmen seines in der Zeitschrift „T“ erschienenen Artikels anderweitig verwertet. Er hat damit keinen allgemeinen Debattenbeitrag geleistet, der auf ein fiktives Geschehen Bezug nimmt, sondern den Vorfall konkret geschildert, als Aufhänger benutzt und dabei auf die Prominenz der Hauptakteurin abgestellt. Der Artikel schildert den Anlass und die Umstände des Firmenevents verbunden mit Angaben zum einladenden Unternehmen und schließt mit dem Hinweis, dass der Kläger regelmäßig als Journalist über Wirtschaftsthemen berichtet. Der Beitrag kann, obwohl Ort und Zeit des Geschehens sowie der Name der Unternehmerin nicht genannt sind, von Interessierten – wie der Kläger selbst einräumt – durch eine Recherche im Internet unter Zuhilfenahme der Berichterstattung in der Zeitschrift „W“ dem konkreten Vorfall zugeordnet werden.

Die Tarifvertragsparteien als Normgeber sind bei der tariflichen Normsetzung zwar nicht unmittelbar, jedoch mittelbar grundrechtsgebunden.⁴⁾

Die Verpflichtung des angestellten Redakteurs, seinen Verlag vor der Verwertung einer Nachricht i.S.v. § 13 Nr. 3 MTV im Rahmen eines Gastbeitrags in einer anderen Zeitschrift zu unterrichten, und ihn aufzufordern, die Einwilligung zur Verwertung zu erteilen, berührt die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit des Redakteurs. Zugleich schränkt der tarifliche Einwilligungsvorbehalt die Meinungs- und Pressefreiheit des Redakteurs ein. Die Verbreitung von Berichten über Vorgänge des öffentlichen Lebens unterfällt der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; sie schützt die Verbreitung von Meinungen und Tatsachen ohne Rücksicht auf Form und Kommunikationsmittel. Mit der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, die als subjektives Recht sowohl dem Verleger als auch dem Redakteur zusteht, wird die Presse über die Meinungsäußerungsfreiheit hinaus in ihrer institutionellen Eigenständigkeit geschützt. Sie reicht von der Beschaffung der Informationen bis zu deren Verbreitung.⁵⁾

Die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 GG sind nicht schrankenlos gewährleistet, sondern können durch die allgemeinen Gesetze beschränkt werden. Ein Redakteur, der während des bestehenden Arbeitsverhältnisses Konkurrenzaktivitäten entfaltet, verstößt gegen seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Verlags aus § 241 Abs. 2 BGB. Außerhalb der Arbeitszeit steht dem Redakteur die Verwendung seiner Ar-

2) Ständige Rspr., z.B. BAG v. 18.10.2017, 10 AZR 330/16, BAGE 160, 296.

3) BAG v. 1.12.2020, 9 AZR 104/20, NZA 2021, 970.

4) Ständige Rspr., z.B. BAG v. 19.12.2019, 6 AZR 563/18, BAGE 169, 163.

5) BVerfG v. 6.11.2019, 1 BvR 16/13, BVerfGE 152, 152.

beitskraft zwar grundsätzlich frei, er hat jedoch jede Nebentätigkeit zu unterlassen, die gegen das vertragliche Wettbewerbsverbot verstößt. Dabei ist dem Redakteur auf Grund des Wettbewerbsverbots nicht nur eine Konkurrentätigkeit im eigenen Namen und Interesse untersagt. Es ist ihm ebenso wenig gestattet, einen Wettbewerber des Verlags zu unterstützen.⁶⁾

3. Die erforderliche Interessenabwägung

Das Interesse des Verlags, die Unterstützung einer anderen Zeitschrift durch einen Gastbeitrag des angestellten Redakteurs zu vermeiden, überwiegt, wenn in dem Beitrag Nachrichten verwertet werden, die dem Redakteur bei seiner Tätigkeit für den Verlag bekannt geworden sind, regelmäßig das Interesse des Redakteurs an der unmittelbaren Verwertung der Nachricht. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verlag bei objektiver Betrachtung ein berechtigtes Interesse daran hat, seine Einwilligung zu versagen oder der Redakteur eine Erklärung i.S.v. § 13 Nr. 3 MTV verlangen kann. Denn erst durch die Anzeige wird der Verlag in die Lage versetzt zu prüfen, ob die beabsichtigte Verwertung der Nachricht seine Interessen beeinträchtigen könnte⁷⁾ und er ggf. eine Verwertung – wenn erforderlich, unter Ausschöpfung seiner rechtlichen Möglichkeiten – verhindern möchte. Dahinter muss das Interesse des Redakteurs, die Nachricht ohne vorherige Einbindung des Verlags zu veröffentlichen, regelmäßig zurücktreten.

Zu einem anderen Abwägungsergebnis kann es führen, wenn bei einer objektiven Betrachtung und unter Beachtung aller Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise ein besonders gesteigertes Interesse des Redakteurs oder der Öffentlichkeit an der Verwertung der Nachricht besteht. Geht es bei der Nachricht um einen Vorfall, der den Redakteur selbst betrifft und dessen Persönlichkeitsrecht tangiert, ist das Interesse des Redakteurs unter Beachtung des Gewichts, das der Beeinträchtigung bei einer objektiven Betrachtung beizumessen ist, zu würdigen. Auch das Interesse der Öffentlichkeit ist unter Berücksichtigung der Intensität des Eingriffs zu beurteilen. Dabei kann von Bedeutung sein, ob es sich bei dem Verursacher des Eingriffs um eine Person des öffentlichen Lebens handelt.⁸⁾

4. Kein Verzicht des Arbeitgebers auf die Rechte aus § 13 Nr. 3 MTV

Die Anzeige der beabsichtigten Verwertung – obwohl der Kläger eine anderweitige Veröffentlichung angekündigt hatte – war nicht als „bloße Förmerei“ entbehrlich. Der Kläger hat die Beklagte vor der Veröffentlichung des Gastbeitrags über Ort, Zeit und inhaltliche Gestaltung der Veröffentlichung nicht unterrichtet. Erst auf Grundlage dieser Unterrichtung wäre es der Beklagten möglich gewesen, eine Prognose vorzunehmen, inwieweit ihre berechtigten wirtschaftlichen Interessen durch die Veröffentlichung berührt oder beeinträchtigt würden, und zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Versagung der Einwilligung erfüllt sind.

5. Kein gegenteiliges Ergebnis nach Maßgabe der EMRK

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) vermittelt einem Redakteur keinen Schutz, der – als Ergebnis einer völker-

rechtsfreundlichen Auslegung der Grundrechte – zu einer einschränkenden Auslegung oder der Nichtanwendung von § 13 Nr. 3 i.V.m. § 13 Nr. 1 MTV führen könnte.

Eine völkerrechtsfreundliche Auslegung darf nicht zu einer Beschränkung des durch das Grundgesetz gewährleisteten Grundrechtsschutzes führen. Das schließt auch Art. 53 EMRK aus.⁹⁾

6. Vorrangige Interessen des Arbeitgebers im Streitfall

Der Arbeitgeber hatte im Streitfall ein vorrangiges berechtigtes Interesse an der Einholung der Einwilligung, weil der Kläger die Nachricht in einem Gastbeitrag für ein Konkurrenzunternehmen verwertete. Die Pflicht, der Beklagten die beabsichtigte Verwertung entsprechend den Anforderungen von § 13 Nr. 3 MTV anzuzeigen und sie aufzufordern, die Einwilligung zu erteilen, belastete den Kläger nur geringfügig. Sie ist weder unter Beachtung des Ausmaßes der mit ihr verbundenen Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des Klägers und des Gewichts seiner persönlichen Betroffenheit durch den Vorfall auf der Abendveranstaltung noch wegen eines besonderen Interesses der Öffentlichkeit an dessen Veröffentlichung entfallen.

Eine abweichende Bewertung ist auch nicht mit Blick auf die „innere“ Pressefreiheit des Klägers geboten. Die Pflicht des Klägers, vor der Veröffentlichung des Gastbeitrags die Beklagte über die beabsichtigte Verwertung der Nachricht entsprechend den Anforderungen von § 13 Nr. 3 MTV zu unterrichten, stellte auf Grund der geringen Belastungen des Klägers, die damit verbunden gewesen wären, das Mindestmaß seiner nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu gewährleistenden grundrechtlichen Freiheit nicht in Frage.

7. Abmahnung nicht unverhältnismäßig

Die Abmahnung – und damit auch die darin enthaltene Kündigungsandrohung – ist verhältnismäßig, weil der Chefredakteur den Kläger zuvor auf seine Vertragspflichten hingewiesen hatte und der Kläger sich dennoch bewusst über seine Pflichten aus § 13 Nr. 3 MTV hinweggesetzt hat.

➔ Fazit:

Der Kläger hat seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, indem er es entgegen § 13 Nr. 3 MTV unterlassen hat, vor der Veröffentlichung seines Gastbeitrags in der Zeitschrift „T“ die Einwilligung der Chefredaktion einzuholen. Die Beklagte war deshalb berechtigt, ihn mit der Abmahnung auf seine Pflichtverletzung hinzuweisen, ihn für die Zukunft zu einem vertragsgetreuen Verhalten aufzufordern und ihm für den Wiederholungsfall individualrechtliche Konsequenzen anzukündigen.

6) Ständige Rspr. BAG v. 29.6.2017, 2 AZR 597/16, BAGE 159, 278.

7) Ständige Rspr. BAG v. 29.6.2017, 2 AZR 597/16, BAGE 159, 278.

8) BGH v. 10.11.2020, VI ZR 62/17, GRUR 2021, 879.

9) BVerfG v. 4.5.2011, 2 BvR 2333/08 u.a. [Sicherungsverwahrung], BVerfGE 128, 326; BAG v. 20.11.2012, 1 AZR 611/11, BAGE 144, 1.

Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung arbeitet überzeugend heraus, dass die Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 GG nicht schrankenlos gewährleistet sind, sondern durch die allgemeinen Gesetze beschränkt werden können. Ein Redakteur, der während des bestehenden Arbeitsverhältnisses Konkurrenzaktivitäten entfaltet, verstößt deshalb gegen seine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen seines Arbeitgebers aus § 241 Abs. 2 BGB.

Ob eine Tätigkeit als Konkurrenzaktivität zu beanstanden ist, ist durch eine Interessenabwägung zu ermitteln. Das Interesse eines Verlags, die Unterstützung einer anderen Zeitschrift durch einen Gastbeitrag des bei ihm angestellten Redakteurs zu vermeiden, überwiegt, wenn in dem Beitrag Nachrichten verwertet werden, die dem Redakteur bei seiner Tätigkeit für den Verlag bekannt geworden sind, regelmäßig das Interesse des Redakteurs an der unmittelbaren Verwertung der Nachricht.

Unter Berücksichtigung dieser gebotenen Interessenabwägung ist es nicht zu beanstanden, wenn durch Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag festgelegt wird, dass ein Redakteur beabsichtigte Veröffentlichungen vorab seinem Arbeitgeber anzuzeigen hat. Erst auf Grundlage dieser Unterrichtung ist es dem Arbeitgeber möglich, eine Prognose vorzunehmen, inwieweit seine berechtigten wirtschaftlichen Interessen durch die Veröffentlichung berührt oder beeinträchtigt werden, und zu entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Versagung einer Einwilligung gegeben sind.

Verstößt der Redakteur gegen eine derartige Anzeigepflicht nach Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag rechtfertigt dies i.d.R. den Ausspruch einer Abmahnung und damit auch die darin enthaltene Kündigungsandrohung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Redakteur zuvor auf seine Vertragspflichten hingewiesen worden war und sich dennoch bewusst über seine Anzeigepflicht hinweggesetzt hat. *Jü.*

Urlaubsabgeltungsanspruch – Vertragliche Ausschlussfrist

Vertragliche Ausschlussfristen sind eine Besonderheit des Arbeitsrechts und in dem weitüberwiegenden Anteil der Arbeitsverträge enthalten. Sie dienen der schnellen Rechtssicherheit, indem sie beiden Parteien des Arbeitsverhältnisses abverlangen, gegeneinander bestehende Ansprüche deutlich schneller geltend zu machen, als dies nach Verjährungsrecht grundsätzlich erforderlich wäre. Wird eine Ausschlussfrist versäumt, führt dies zum Anspruchsverlust. Auf Grund dieser harten Rechtsfolge stellt die Rechtsprechung strenge Anforderungen an die vertragliche Gestaltung. Eine jüngere Entscheidung des BAG zeigt auf, dass diese Vorgaben in der Praxis noch nicht immer umgesetzt sind und welche Folgen dies haben kann.¹⁾

? Der Fall:

Der Kläger war seit dem 1.2.2011 bei der Beklagten zu einem Bruttomonatsgehalt i.H.v. 5 900 € beschäftigt. Vertraglich standen ihm 30 Urlaubstage im Kalenderjahr zu. In seinem Arbeitsvertrag fand sich folgende Regelung:

„§ 12 Verfall-/Ausschlussfristen

Die Vertragsparteien müssen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit schriftlich geltend machen und im Falle der Ablehnung durch die Gegenseite innerhalb von weiteren drei Monaten einklagen. Andernfalls erlöschen sie. Für Ansprüche aus unerlaubter Handlung verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung.“

Das Arbeitsverhältnis endete auf Grund einer Eigenkündigung des Klägers am 31.10.2017.

Der Kläger forderte die Beklagte mit Schreiben vom 20.12.2018 auf, ihm 25 Urlaubstage aus dem Jahr 2017 abzugelten, die ihm bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt worden waren. Die Beklagte wies den Anspruch mit Verweis auf die vertragliche Regelung als verfallen zurück.

Am 18.2.2019 erhob der Kläger Klage, gerichtet auf Zahlung einer Urlaubsabgeltung von 6 807,69 € brutto. Er vertritt die Auffassung, der Anspruch sei nicht verfallen, da die vertragliche Ausschlussfrist unwirksam sei. Denn sie erfasse nach ihrem Wortlaut auch Ansprüche, die nicht in den Anwendungsbereich einer Ausschlussklausel einbezogen werden dürften, insbesondere Haftungsansprüche wegen vorsätzlicher Vertragspflichtverletzung.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

→ Die Entscheidung:

Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

1. Urlaubsabgeltungsanspruch unterliegt der Ausschlussklausel

Der vom Kläger geltend gemachte Urlaubsabgeltungsanspruch folgt aus § 7 Abs. 4 BUrlG. Er kann als reiner Geldanspruch grundsätzlich auch vertraglich vereinbarten Ausschlussklauseln unterliegen.

1) BAG v. 9.3.2021, 9 AZR 323/20, NZA 2021, 1257.

Orientierungssätze:

- Art. 31 Abs. 2 GRCh und die RL 2003/88/EG schließen die Möglichkeit nicht aus, den Anspruch auf Urlaubsabgeltung durch vertragliche Ausschlussfristen einer zeitlich befristeten Geltendmachung zu unterwerfen.
- Eine vertragliche Ausschlussfristenregelung, die entgegen § 202 Abs. 1 BGB die Haftung wegen Vorsatzes begrenzt, ist insgesamt unwirksam, wenn sie insoweit nicht teilbar ist. An ihre Stelle treten die gesetzlichen Bestimmungen unter Aufrechterhaltung des Vertrags im Übrigen (§ 306 Abs. 1 und Abs. 2 BGB).
- Einer nach § 202 Abs. 1 BGB unwirksamen Ausschlussfristenregelung können das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Anwendung von § 310 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 BGB keine Geltung verschaffen.
- Nimmt eine als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte Verfallklausel allein „Ansprüche aus unerlaubter Handlung“ aus ihrem Anwendungsbereich aus, kann der durchschnittliche Vertragspartner des Verwenders regelmäßig nicht annehmen, der Ausnahmetatbestand erfasse auch Haftungsansprüche aus vorsätzlich begangener Vertragspflichtverletzung.

Hinweis für die Praxis:

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Gewährung von Urlaub in natura während des laufenden Arbeitsverhältnisses unterliegt hingegen von vornherein keinen Ausschlussfristen, sondern einem eigenen im BUrlG geregelten Verfallsregime.

Der Urlaubsabgeltungsanspruch unterfällt auch der konkret in diesem Vertrag vereinbarten Ausschlussklausel, da sie sich auf „Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis“ bezieht. Hierunter fallen grundsätzlich alle gesetzlichen, tariflichen und vertraglichen Ansprüche, die die Arbeitsvertragsparteien auf Grund ihrer durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsstellung gegeneinander haben. Es kommt insoweit also nicht maßgeblich auf die Rechtsgrundlage des Anspruchs, sondern auf den Entstehungsbereich an. Deshalb umfasst eine solche Formulierung auch nicht nur vertragliche, sondern auch grundsätzlich deliktische Ansprüche aus unerlaubter Handlung (z.B. § 823 BGB). Die Klausel nimmt von diesem weiten Anwendungsbereich diese „Ansprüche aus unerlaubter Handlung“ wieder aus. Sonst sind aber keine weiteren Einschränkungen formuliert.

2. Ausschlussfrist wurde zwar versäumt

Unstreitig hat der Kläger die in der Klausel vorgesehene Frist von drei Monaten bis zur Geltendmachung auch nicht eingehalten, da der Urlaubsabgeltungsanspruch mit rechtlicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.10.2017 fällig wurde, der Kläger aber erst über ein Jahr später am 20.12.2018 Zahlung verlangt hat. Das BAG war aber – anders als die Vorinstanzen – der Auffassung, dass der Kläger sich an diese Frist nicht halten musste.

3. Kläger musste sich aber nicht an Ausschlussfrist halten

Denn nach § 202 Abs. 1 BGB kann die Verjährung bei Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus durch Rechtsgeschäft erleichtert werden. Es handelt sich um eine Verbotsnorm gem. § 134 BGB. Das Verbot gilt für alle Schadensersatzansprüche aus Delikt und Vertrag. Das Gesetz bezweckt mit § 202 Abs. 1 BGB einen umfassenden Schutz gegen im Voraus vereinbarte Einschränkungen von Haftungsansprüchen aus vorsätzlichen Schädigungen. § 202 Abs. 1 BGB erfasst nicht nur Vereinbarungen über die Verjährung, sondern auch über Ausschlussfristen. Infolge dieses gesetzlichen Verbots kann eine Haftung aus vorsätzlich begangener Vertragspflichtverletzung oder unerlaubter Handlung nicht mehr durch vertragliche Ausschlussfristen ausgeschlossen werden. Eine vertraglich formulierte Ausschlussklausel muss dieser Vorgabe gerecht werden und muss solche Ansprüche aus dem Anwendungsbereich ausnehmen.

4. Ausschlussklausel wird den Vorgaben aus § 202 BGB nicht gerecht

Die hier von der Beklagten verwendete Klausel wird diesen Vorgaben nach Auffassung des BAG nicht gerecht. Ausgenommen sind danach nur Ansprüche „aus unerlaubter Handlung“. Dabei handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der im juristischen Sprachgebrauch eine ganz bestimmte Bedeutung hat nach dem sich die Auslegung mangels anderweitiger Anhaltspunkte zu richten hat. Im Haftungsrecht wird gerade zwischen Ansprü-

chen aus unerlaubter Handlung und vertraglichen Haftungsansprüchen unterschieden. Deliktische Ansprüche „aus unerlaubter Handlung“ beruhen nicht auf einem vertraglichen Versprechen. Da die Klausel Ansprüche aus unerlaubter Handlung ausdrücklich ausschließt, müsse im Umkehrschluss davon ausgegangen werden, dass alle weiteren nicht genannten Ansprüche einbezogen sein sollten, so eben auch Ansprüche wegen vorsätzlicher Vertragspflichtverletzung.

Hinweis für die Praxis:

Weitere typische Fehler bei der Formulierung von Ausschlussklauseln sind:

1. Überschießende Formerfordernisse (seit 30.9.2016 nur noch Textform zulässig, § 309 Nr. 13b BGB)
2. Zu kurze Fristen (Mindestdauer beträgt drei Monate)²⁾
3. Keine Ausnahme für den gesetzlichen Mindestlohn³⁾

Da die verwendete Klausel sprachlich nicht teilbar ist, ist sie wegen dieses Verstoßen insgesamt unwirksam. Sie kann nicht insoweit aufrechterhalten werden, dass sie für Urlaubsabgeltungsansprüche noch Wirkung entfalten würde. Eine sog. geltungserhaltende Reduktion, mit der eine einheitliche und damit auch einer einheitlichen AGB-Kontrolle unterliegende Klausel durch das Gericht in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil getrennt und in ihrem rechtlich nicht zu beanstandenden Teil aufrechterhalten wird, ist im Rechtsfolgensystem des § 306 BGB nicht vorgesehen und wäre auch mit dem Zweck der §§ 305 ff. BGB nicht vereinbar.

Die Beklagte konnte dem Kläger die unwirksame Ausschlussfristenregelung also nicht entgegenhalten und muss den Urlaubsabgeltungsanspruch erfüllen.

→ Fazit:

Ausschlussfristen können und sollten vertraglich vereinbart werden. Bei der Formulierung ist aber den strengen Anforderungen der Rechtsprechung zu genügen. Dies ist besonders wichtig, da Fehler in der Vertragsgestaltung in aller Regel zu einer Gesamtwirksamkeit der Klausel führen. Folge ist, dass der Arbeitgeber sich auf die Verfallklausel überhaupt nicht berufen kann, selbst nicht bei solchen Ansprüchen, die einer Verfallklausel hätten unterworfen werden dürfen.

Hinweis für die Praxis

Eine Klausel, die diesen Anforderungen gerecht wird, könnte etwa lauten:

„Alle Ansprüche des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis und solche, die mit dem Arbeitsverhältnis oder seiner Beendigung im Zusammenhang stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von drei Monaten nach ihrer Fälligkeit gegenüber der anderen Partei in Textform geltend gemacht werden. Nach Ablauf der genannten Frist sind die Ansprüche ausgeschlossen.“

2) BAG v. 16.10.2019, 4 AZR 66/18, NZA 2020, 260.

3) BAG v. 18.9.2018, 9 AZR 162/18, NJW 2019, 456.

Dies gilt nicht für die Haftung auf Grund Vorsatzes, für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, für Mindestentgeltansprüche (z.B. MiLoG) oder für andere Ansprüche des Arbeitnehmers, die kraft Gesetzes der Ausschlussfrist entzogen sind (z.B. AentG, BetrVG, TVG).“ Mc.

Schadensersatzanspruch gegen Arbeitnehmer wegen Ermittlungskosten

Wegen schwerwiegender Pflichtverletzungen kann ein Arbeitsverhältnis verhaltensbedingt gekündigt werden. In der Praxis kommt es indes häufig vor, dass zunächst unklar ist, ob ein Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung tatsächlich begangen hat. Wie der Arbeitgeber einem solchen Verdacht nachgehen kann, ohne gleichzeitig auf den Ermittlungskosten sitzen zu bleiben, lässt sich einer aktuellen Entscheidung des BAG entnehmen.¹⁾

? Der Fall:

Der Kläger war als Leiter des Zentralbereichs Einkauf und Mitglied der Führungsebene mit einem Bruttojahresgehalt von etwa 450 000 € für die Beklagte tätig.

Bei der Beklagten gingen im Mai 2016 zwei anonyme Schreiben ein, in denen der „Einkaufsleiter“ bezichtigt wurde, sich nicht angemessen gegenüber weiblichen Angestellten verhalten zu haben und wiederholt Einladungen von Kunden der Beklagten zu Fußballspielen angenommen zu haben.

Die Beklagte entschied auf Grundlage dieser Hinweisschreiben, eine Untersuchung durchzuführen. Sie beauftragte hierfür eine externe Kanzlei, die auf die Durchführung von Compliance-Ermittlungen spezialisiert ist. Aus dem Untersuchungsbericht ergaben sich Verstöße des Klägers.

So lud der Kläger auf Kosten der Beklagten – insgesamt 1 090,10 € – mehrfach Personen zu Essen ein. Eine dienstliche Veranlassung für diese Einladungen bestand jeweils nicht. Gleichwohl gab der Kläger in der Mehrzahl der Fälle auf den Bewirtungsbelegen unzutreffende Anlässe oder Personen an, die tatsächlich an den Essen gar nicht teilgenommen hatten. Außerdem reiste der Kläger auf Kosten der Beklagten i.H.v. 1 014,35 € zu sechs Fußballspielen. Tickets für diese Spiele hatte er von Geschäftspartner der Beklagten erhalten. Der Kläger unternahm zudem – nach Auffassung der Beklagten ohne dienstliche Veranlassung – eine Reise nach New York. Dabei entstanden Kosten für Flüge, Hotelaufenthalte, den Besuch einer Theateraufführung sowie eines Basketballspiels, Taxifahrten und Restaurantbesuche i.H.v. insgesamt 5 950,60 €, die der Kläger gegenüber der Beklagten abrechnete. Schließlich beauftragte der Kläger auf Kosten der Beklagten i.H.v. über 500 000 € Unternehmensberatungen mit der Erstellung verschiedener Unterlagen, um diese für seine Nebentätigkeit als Lehrbeauftragter zu verwenden. Die Vorwürfe hinsichtlich eines unangemessenen Verhaltens gegenüber weiblichen Angestellten wurden im Laufe der Untersuchung nicht weiterverfolgt.

Bereits während der laufenden Untersuchung kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis am 23.6.2016 auf Grund der bis zu diesem Zeitpunkt gefunden Ergebnisse außerordentlich fristlos und hilfsweise ordentlich fristgemäß

Am 12.8.2016 legte die beauftragte Kanzlei den abschließenden Untersuchungsbericht vor und rechnete hierfür insgesamt 209 679,68 € ab. Daraufhin verlangte die Beklagte auch Ersatz der durch die Ermittlungen entstandenen Kosten.

Der Kläger wendet sich gerichtlich gegen die Kündigung und die Beklagte verlangt widerklagend die Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 209 679,68 €.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Beauftragung der Anwaltskanzlei erforderlich gewesen sei. Sie habe eine fallbezogene Untersuchung auf Grund von konkreten Verdachtshinweisen auf Compliance-Verstöße durchgeführt und damit die Aufklärungspflicht der Unternehmensleitung wahrgenommen. Diese bestehe in der Pflicht zur unverzüglichen Sachverhaltsaufklärung, zum Abstellen der Verstöße sowie zur angemessenen Sanktionierung des festgestellten Fehlverhaltens. Diese Pflichten seien nicht disponibel, ein Verstoß hiergegen könne zur persönlichen Haftung des Vorstands wegen pflichtwidrigen Unterlassens führen. Der Kläger meint, dass sich aus den anonymen Hinweisschreiben kein ausreichender Tatverdacht gegen ihn ergeben habe, der die Einschaltung einer externen Rechtsanwaltskanzlei gerechtfertigt hätte.

Die Vorinstanzen haben die die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Das LAG hatte den Kläger zu einem Schadensersatz i.H.v. rund 66 000 € verurteilt, da der Anspruch auf den Zeitraum von Beginn der Untersuchungen bis zum Ausspruch der Kündigung begrenzt sei. Mit der Revision wendet sich er Kläger ausschließlich gegen den Schadensersatzanspruch. Die Kündigung hat er nicht weiter angegriffen.

→ Die Entscheidung:

Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Die Beklagte hat gegen den Kläger keinen (anteiligen) Anspruch auf Erstattung der Kosten, die ihr von der Anwaltskanzlei für deren Tätigwerden berechnet wurden.

Das BAG stellte zunächst ausführlich dar, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich vom Arbeitnehmer die durch das Tätigwerden einer spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten ersetzt verlangen kann, wenn er die Anwaltskanzlei anlässlich eines konkreten Verdachts einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers mit Ermittlungen gegen diesen beauftragt hat und der Arbeitnehmer einer schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird. Sämtliche dieser Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ein Kostenersatzanspruch gegeben ist.

1) BAG v. 29.4.2021, 8 AZR 276/20, www.stotax-first.de.

Leitsatz:

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber grundsätzlich die durch das Tätigwerden einer spezialisierten Anwaltskanzlei entstandenen notwendigen Kosten zu ersetzen, wenn der Arbeitgeber diese anlässlich eines konkreten Verdachts einer erheblichen Verfehlung des Arbeitnehmers mit Ermittlungen gegen den Arbeitnehmer beauftragt hat und der Arbeitnehmer einer schwerwiegenden vorsätzlichen Vertragspflichtverletzung überführt wird.

Ein konkreter Verdacht einer erheblichen Verfehlung in diesem Sinne erfordere, dass er objektiv durch Tatsachen begründet ist, die so beschaffen sind, dass sie einen verständigen und gerecht abwägenden Arbeitgeber zum Ausspruch einer Kündigung veranlassen können. Der Verdacht müsse darüber hinaus dringend sein. Es müsse also eine große Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Arbeitnehmer die Straftat oder schwerwiegende Vertragsverletzung tatsächlich begangen hat. Außerdem müsse der konkrete und dringende Verdacht gegen den Arbeitnehmer zu dem Zeitpunkt bestehen, in dem die Ermittlungen erfolgen.

Besteht ein solcher Verdacht, kommt ein Ersatzanspruch nur für solche Ermittlungsmaßnahmen in Betracht, die ein vernünftiger, wirtschaftlich denkender Arbeitgeber nach den Umständen des Einzelfalls zur Beseitigung der Störung bzw. zur Schadensverhütung nicht nur als zweckmäßig, sondern auch als erforderlich ergriffen haben würde. Dies gelte sowohl für die Art der Ermittlungsmaßnahmen als auch für den dafür aufgewendeten Kostenumfang.

Hinweis für die Praxis:

Die Ausführungen des BAG zum Zeitpunkt des Verdachts sind von erheblicher praktischer Bedeutung. Arbeitgeber müssen daher darauf achten, dass keine überschießenden Ermittlungen durchgeführt werden. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass die Ergebnisse der Ermittlungen ihrerseits einen (weiteren) konkreten Tatverdacht begründen, der seinerseits Anlass zu weiteren neuen Ermittlungen gibt.

Ein Kostenersatzanspruch kommt sodann aber nur in Betracht, wenn die Ermittlungen den Arbeitnehmer auch tatsächlich einer schweren Verfehlung überführen. Für erfolglose Ermittlungen kann der Arbeitgeber keinen Ersatz verlangen, selbst wenn die Verdachtsmomente belastbar gewesen sind.

Der von der Beklagten widerklagend geltend gemachte Schadensersatzanspruch kann daher zwar grundsätzlich in Betracht kommen. Der Beklagten war es indes nicht gelungen, die Erforderlichkeit der geltend gemachten Kosten zur Überzeugung des BAG darzulegen.

Zweifelhaft sei bereits, ab welchem Zeitpunkt ein hinreichender Verdacht einer erheblichen Verfehlung – strafbaren Handlung oder schwerwiegenden Vertragsverletzung – des Klägers bestand, insbesondere ob ein solcher Verdacht schon zum Zeitpunkt der Beauftragung der Anwaltskanzlei vorlag oder sich erst später im Verlauf der Ermittlungen ergeben hat. Zwar sei aus den anonymen Schreiben ein Rückschluss auf den Kläger auf Grund der Bezeichnung „Einkaufsleiter“ noch nachvollziehbar. Weitere konkrete Angaben zu Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit dem Besuch der Fußballspiele seien darin aber nicht enthalten gewesen. Den Vorwurf unangemessenen Verhaltens gegenüber weiblichen Angestellten hatte die Beklagte später überhaupt nicht mehr verfolgt. Zwar ergab sich im Rahmen der Ermittlungen durch die Anwaltskanzlei dann in deren weiteren Verlauf ein hinreichender Tatverdacht wegen Vertragspflichtverletzungen, auf die die Beklagte später sowohl ihre außerordentliche Kündigung als auch die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche stützte. Wann im Rahmen der

Ermittlungen welche Umstände bekannt wurden und inwieweit diese dann Anlass gaben, weitere Untersuchungen anzustellen, ergab sich aus dem Vorbringen der Beklagten aber nicht, da diese insbesondere den Abschlussbericht der Rechtsanwaltskanzlei nicht vorgelegt hatte.

Die Beklagte hat auch nicht ausreichend dargelegt, welche konkreten Tätigkeiten die Anwaltskanzlei wann und in welchem zeitlichen Umfang wegen welchen konkreten Verdachts ausgeführt hat. Welcher Stundenaufwand auf welche konkreten Ermittlungsschritte entfiel, blieb daher unklar. Insbesondere war problematisch, dass die Beklagte nicht angegeben hatte, in welchem Umfang Ermittlungen wegen des Verdachts des unangemessenen Verhaltens gegenüber weiblichen Angestellten durchgeführt wurden, die nach der ersten Phase der Untersuchung als Gegenstand der Ermittlungen ausgeschieden wurden. Darüber hinaus blieb unklar, in welchem zeitlichen Umfang die Ermittlungen auf Untersuchungen zu einer Täterschaft des Klägers, auf Untersuchungen zur Höhe des Schadens sowie auf die rechtliche Prüfung der Vorwürfe, also rechtsberatende Tätigkeiten entfielen. Die Widerklage war daher abzuweisen.

→ Fazit:

Die Entscheidung zeigt erneut, wie sorgfältig in Prozessen vorgegangen werden muss. Dies gilt auf Grund der typischen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Arbeitsrecht insbesondere für Arbeitgeber. Liegt ein konkreter Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung vor, kann der Arbeitnehmer angemessene Ermittlungsmaßnahmen ergreifen. Führen diese zu Kosten und wird der Arbeitnehmer durch die Ermittlungen überführt, kann der Arbeitgeber Ersatz vom Arbeitnehmer verlangen. *Mc.*

Beginn des Arbeitsverhältnisses: Notwendige Anreisezeit

Der Beginn des Arbeitsverhältnisses ist als Ausgangspunkt für viele arbeitsrechtliche Fragestellungen relevant. Dies gilt in besonderem Maße für das Befristungsrecht. Denn die in der Praxis weitverbreiteten sachgrundlosen Befristungen sind nur für eine Höchstdauer von zwei Jahren zulässig. Wird dieser Zeitraum nur um einen Tag überschritten, ist die Befristung unwirksam. Das BAG hatte sich nun mit einem Fall zu befassen, in dem der Anreisetag vor dem ersten eigentlichen Arbeitstag möglicherweise den entscheidenden Unterschied machte.¹⁾

? Der Fall:

Der Kläger bewarb sich im Juli 2016 auf eine von der Beklagten ausgeschriebene Stelle als sog. Anhörer in der Vorbereitung von Asylentscheidungen.

Die Beklagte teilte dem Kläger im August 2016 per E-Mail mit, dass er zur Einstellung für die auf sechs Monate befristete Stelle ab dem 5.8.2021 vorgesehen sei und bat um Mitteilung, ob der Kläger die Stelle antreten werde. Sie informierte den Kläger

1) BAG v. 28.4.2021, 7 AZR 212/20, www.stotax-first.de.

außerdem darüber, dass vor Beginn der Tätigkeit über einen Zeitraum von drei Wochen Schulungen zur Vorbereitung durchgeführt werden.

Nachdem der Kläger der Beklagten mitteilte, dass er das Angebot annehme, unterzeichnete er am 29.8.2016 einen von der Beklagten bereits am 24.8.2016 unterschriebenen Arbeitsvertrag. In dem Arbeitsvertrag war geregelt, dass der Kläger ab dem 5.9.2016 als Vollzeitbeschäftigter in EG 12 eingestellt wird und das Arbeitsverhältnis ohne sachlichen Grund bis zum 4.3.2017 befristet ist.

Der Kläger reiste am Sonntag, 4.9.2016, mit dem Bus zum Schulungsort und übernachtete dort in einem Hotel. Die Anreise an diesem Tag hatte er der Beklagten vorab mitgeteilt. Ab dem 5.9.2016 nahm er an der dreiwöchigen Schulung für die Tätigkeit als Anhörer im Asylverfahren teil. Die Kosten für die Reise wurden von der Beklagten übernommen.

Im Anschluss an die Schulung wurde der Kläger zunächst als Anhörer im Asylverfahren beschäftigt. Im Februar 2017 nahm er erfolgreich an einer Aufbauschulung teil. Im Anschluss daran vereinbarten die Parteien unter dem 3./7.2.2017, dass die Vertragslaufzeit bis zum 4.9.2018 verlängert wird. Anschließend wurde der Kläger als sog. Entscheider eingesetzt.

Mit seiner Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der im Änderungsvertrag vom 3./7.2.2017 vereinbarten Befristung sowie die vorläufige Weiterbeschäftigung geltend gemacht.

Er hat die Ansicht vertreten, die nach § 14 Abs. 2 TzBfG zulässige zweijährige Höchstbefristungsdauer sei überschritten. Sein Arbeitsverhältnis habe bereits am 4.9.2016 mit der Anreise zum Schulungsort begonnen. Mit dem Antritt der Dienstreise habe er sich den Anweisungen der Beklagten unterstellt und am Dienstreisetag nicht über seine Freizeit verfügen können, sondern vertraglich geschuldete Arbeitsleistung erbracht. Ferner sei der Ausgangsvertrag im Februar 2017 nicht lediglich verlängert worden, da die Parteien zugleich eine Änderung der Arbeitsbedingungen vom Anhörer zum Entscheider vereinbart hätten. Die Beklagte vertritt die Auffassung, das Arbeitsverhältnis habe erst am 5.9.2016 begonnen. Veränderte Arbeitsbedingungen seien im Februar 2017 nicht vereinbart worden, sie habe lediglich von dem ihr zustehenden Direktionsrecht Gebrauch gemacht.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben.

→ Die Entscheidung:

Die Revision der Beklagten hatte Erfolg. Das BAG hielt die Befristung für wirksam.

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Bis zu dieser Gesamtdauer ist nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 TzBfG auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags zulässig. Die zulässige Höchstdauer von zwei Jahren betrifft den Zeitrahmen für den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses, nicht die Zeit vom Abschluss des Arbeitsvertrages bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses.

Nach Auffassung des BAG sind die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt.

Die zulässige Höchstbefristungsdauer von zwei Jahren sei nicht überschritten. Das Arbeitsverhältnis begann erst am 5.9.2016 und nicht bereits am Anreisetag, wie das LAG angenommen hatte. Die vom LAG insoweit vorgenommene Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien hielt das BAG für rechtsfehlerhaft.

Zur Begründung wies das BAG darauf hin, dass ein Arbeitsverhältnis grundsätzlich durch einen Arbeitsvertrag begründet wird, aus dem sich die Verpflichtung zur weisungsgebundenen Tätigkeit ergibt. Der Vertrag muss eine Einigung über den notwendigen Mindestinhalt (sog. essentialia negotii) umfassen, insbesondere die „versprochenen Dienste“ und damit Art und Beginn der Arbeitsleistung. Ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages kann nicht nur durch eine ausdrückliche Erklärung, sondern auch durch schlüssiges Verhalten unterbreitet werden. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Das LAG hatte angenommen, die Beklagte habe den Kläger vor Abschluss des Ausgangsvertrags angewiesen, ab dem 5.9.2016 um 9:00 Uhr an der im dienstlichen Interesse liegenden Schulung teilzunehmen. Dies habe eine Anreise des Klägers bereits am 4.9.2016 erfordert, was der Kläger der Beklagten mitgeteilt habe. Die Beklagte habe die entsprechenden Reise- und Übernachtungskosten übernommen. Daraus ergebe sich, dass der Vertragsbeginn einvernehmlich auf den 4.9.2016 festgelegt worden sei und die Angabe im Arbeitsvertrag fehlerhaft bzw. unbeachtlich sei.

Dies sah das BAG anders und hielt das im Arbeitsvertrag genannte Anfangsdatum für maßgeblich. Die übrige Kommunikation der Parteien führe zu keinem anderen Ergebnis. Die Beklagte habe ausdrücklich die Absicht kundgetan, den Kläger zum 5.9.2016 einzustellen und ihn gebeten, sich für die Schulung am 5.9.2016 am Ort der Schulung zu melden. Der Rückschluss allein aus der Angabe der Uhrzeit „um 9:00 Uhr“ auf einen Willen der Beklagten dahingehend, dass der Kläger am Vortag nach anreist, ist aus Sicht des BAG nicht zwingend. Zum einen sei es nicht ausgeschlossen, dass sich die zuständigen Personen bei der Beklagten über den Zeitpunkt der Anreise des Klägers keine Gedanken gemacht haben. Zum anderen enthält die E-Mail keine Hinweise darauf, warum die Anreise gerade am 4.9.2016 erfolgen sollte und der Kläger gehindert gewesen wäre, bereits an einem anderen Tag vor dem Beginn der Schulung oder auch erst am 5.9.2016 anzureisen.

Auch wenn eine Anreise des Klägers schon am 4.9.2016 dem Willen der Parteien entsprochen haben sollte, könne daraus nicht zugleich ein übereinstimmender Wille gefolgert werden, den Arbeitsvertrag bereits an diesem Tag beginnen zu lassen. Denn eine Anreise des Klägers zu der Schulung sei nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses möglich gewesen. Das anerkannte Rechtsinstitut des „faktischen bzw. fehlerhaften Arbeitsverhältnisses“ zeige, dass die Erbringung von Arbeit nicht notwendig zum Abschluss eines Arbeitsvertrags führt. Auch die Erstattung von Reise- und Übernachtungskosten sei nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gängig. So könne ein Unternehmen rechtlich verpflichtet sein, schon für die Teilnahme an einem Bewerbungsgespräch dem Bewerber Reise- und Über-

nachungskosten zu erstatten, obwohl im Zeitpunkt der Anreise zum Bewerbungsgespräch unzweifelhaft noch kein Arbeitsverhältnis besteht. Andere Gründe, warum das Arbeitsverhältnis entgegen der ausdrücklichen Regelung in § 1 des Arbeitsvertrags nicht am 5.9.2016, sondern schon am 4.9.2016 begonnen haben sollte, seien nicht ersichtlich.

Auch handele es sich bei der Vereinbarung vom 3./7.2.2017 um eine Verlängerung des ursprünglichen Ausgangsvertrags i.S.d. § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG. Dem stehe nicht entgegen, dass der Kläger in der Folgezeit nicht – wie bis dahin – als Anhörer, sondern als Entscheider beschäftigt wurde.

Hinweis für die Praxis:

Damit eine Verlängerung i.S.d. TzBfG vorliegt, muss das Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts noch vor Abschluss der Laufzeit des bisherigen Vertrags in schriftlicher Form vereinbart werden und der Vertragsinhalt ansonsten unverändert bleiben.

Die Zuweisung einer anderweitigen Tätigkeit war in diesem Fall nach Auffassung des BAG unschädlich, da es sich um die Ausübung des Direktionsrechts und nicht um eine vertragliche Ver-

einbarung handelte. Dies folge schon daraus, dass die Parteien im Arbeitsvertrag keine konkrete Tätigkeit, sondern lediglich die Eingruppierung des Klägers vereinbart haben. Die Beklagte konnte daher dem Kläger die Tätigkeit eines Entscheiders im Rahmen ihres Direktionsrechts nach § 106 GewO zuweisen, da ihr Weisungsrecht durch den Vertrag lediglich insoweit beschränkt war, als sie dem Kläger nur Tätigkeiten zuweisen konnte, die nach EG 12 TVöD zu vergüten sind. Unstreitig ist auch die Tätigkeit eines Entscheiders nach dieser Entgeltgruppe zu vergüten.

→ Fazit:

Ein Arbeitsvertrag kann sachgrundlos bis zu einer Dauer von zwei Jahren befristet werden. Der Befristungszeitraum beginnt mit dem rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses, nicht bereits mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrages. Der erste Tag eines Arbeitsverhältnisses kann auch ein Anreisetag sein, wenn der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers seine Tätigkeit am Folgetag so früh zu beginnen hat, dass eine Anreise am selben Tag nicht möglich ist. Ob dies der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Ein allgemeiner Grundsatz, der dies zur Folge hätte, existiert nicht. *Mc.*



Titelthema

AKTUELLE FRAGEN DER PANDEMIE

Corona-Pandemie – Aktuelle Hinweise für Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Klaus Mader, Regierungsoberamtsrat a.D., Laatzen

Zur Abmilderung der Folgen der Corona-Pandemie sind in den letzten beiden Jahren zahlreiche Steuervergünstigungen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschaffen worden, die jedoch auslaufen. Ob die neue Bundesregierung eine Verlängerung plant oder sogar weitergehende Steuervergünstigungen vorschlägt, bleibt abzuwarten (siehe auch B+P 2022, 8, in diesem Heft!). Das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite v. 23.11.2021, BGBl. I 2021, 4906, beinhaltet nur Änderungen im Arbeits- und Sozialrecht (s. B+P 2022, 19 und 53, in diesem Heft!). Nachfolgend soll ein kurzer Überblick in ABC-Form über die wichtigsten steuerlichen Regelungen gegeben werden:¹⁾

I. Arbeitslohn

Corona-Test: Übernimmt der Arbeitgeber die Kosten von Antikörper-Tests oder PCR-Tests, ist es aus Vereinfachungsgründen nicht zu beanstanden, von einem eigenbetrieblichen Interesse auszugehen, Arbeitslohn liegt somit nicht vor.

Gleiches gilt für das Testangebot des Arbeitgebers in Form von POC-Antigen-Schnelltests oder PCR-Tests auf freiwilliger Basis bzw. nach § 5 Corona-ArbSchV sowie die Übernahme der Kosten für diese Tests durch den Arbeitgeber (s. ausführlich B+P 2021, 728).

Impfungen: Wird die Corona-Impfung durch den Betriebsarzt vorgenommen, ist ein ganz überwiegend eigenbetriebliches Interesse des Arbeitgebers und damit kein steuerpflichtiger Arbeitslohn anzunehmen, vgl. die FAQ „Corona“ (Steuern), veröffentlicht auf den Internetseiten des BMF.

Schutzmasken: Stellt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern Schutzmasken zur Ausübung der beruflichen Tätigkeit zur Verfügung, ist ein ganz überwiegend eigenbetriebliches Interesse des Arbeitgebers anzunehmen. Es handelt sich hierbei nicht um steuerpflichtigen Arbeitslohn.

II. Steuerbefreiungen

Bonus: Nach § 3 Nr. 11a EStG können Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern in der Zeit vom 1.3.2020 bis zum 31.3.2022 auf Grund der Corona-Krise Beihilfen und Unterstützungen bis zu einem Betrag von 1500 € nach § 3 Nr. 11a EStG steuerfrei in Form von Zuschüssen und Sachbezügen gewähren. Voraussetzung ist, dass

- die Beihilfen und Unterstützungen zur Abmilderung der zusätzlichen Belastungen durch die Corona-Krise
- und zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn geleistet werden.

Die Steuerbefreiung gilt längstens bis zum 31.3.2022. Eine Verlängerung ist bisher nicht geplant.

Impfärzte und -personal sowie Personal in Testzentren: Die in den regionalen Impfzentren oder mobilen Impfteams Tätigen können unter den weiteren allgemeinen Voraussetzungen entweder die steuerfreie **Übungsleiterpauschale** nach § 3 Nr. 26 EStG bis höchstens 3000 € im Jahr (betrifft die qualifizierte Tätigkeit im Zusammenhang mit der Durchführung der Impfungen oder Tests, d.h. Tätigkeit „mit und gegenüber Menschen“, z.B. Verwaltung und Aufklärung im Impfbereich, Impfung einschließlich Aufbereitung des Impfstoffs, Testung) oder die allgemeine **Ehrenamtspauschale** nach § 3 Nr. 26a EStG bis höchstens 840 € im Jahr (betrifft Personen, die nicht im Impfbereich, sondern nebenberuflich in der Impfzentren-Leitung oder der Infrastruktur, z.B. Personenstrommanagement und Sicherheit, Gebäudemanagement, Logistik tätig sind) in Anspruch nehmen.

Dies gilt zunächst nur für die Kalenderjahre 2020 und 2021. Eine Verlängerung ist bisher nicht geplant.

Zur **Arbeitnehmereigenschaft** dieses Personenkreises und zum **Lohnsteuerabzug** s. B+P 2021, 223. In einigen Bundesländern wird es jedoch nicht beanstandet, dass bei den in der Praxis häufig abgeschlossenen Honorarverträgen der Lohnsteuerabzug auf Grund der getroffenen vertraglichen Vereinbarungen unterbleibt, wenn für die Tätigkeit nach §§ 130, 131 SGB IV keine Beitragspflicht zur Sozialversicherung gegeben ist; die Besteuerung erfolgt dann erst i.R. des **Veranlagungsverfahrens**.²⁾

Kurzarbeitergeldzuschüsse: Entsprechend der sozialversicherungsrechtlichen Behandlung sind nach § 3 Nr. 28a EStG Zuschüsse des Arbeitgebers zum Kurzarbeitergeld und zum Saison-Kurzarbeitergeld steuerfrei, soweit sie zusammen mit dem Kurzarbeitergeld 80 % des Unterschiedsbetrages zwischen dem Soll-Entgelt und dem Ist-Entgelt nach § 106 SGB III nicht übersteigen.

1) Aktuelle Hinweise finden Sie in den sog. FAQ „Corona“ Steuern, zuletzt Stand 15.9.2021, veröffentlicht auf den Internetseiten des BMF und weitergehende Informationen zu den nachfolgend dargestellten Regelungen im „ABC des Lohnbüros“ 2022, Bonn, Stollfuß Verlag.

2) OFD Frankfurt v. 15.3.2021, S 2331 A - 49 - St 210, StEd 2021, 250 = www.sto-tax-first.de.

Die Steuerfreiheit gilt für entsprechende Zuschüsse des Arbeitgebers, die für Lohnzahlungszeiträume, die nach dem 29.2.2020 beginnen und vor dem 1.1.2022 enden, geleistet werden. Eine Verlängerung ist bisher nicht geplant.

III. Werbungskosten allgemein

Corona-Test: Verlangt der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern z.B. nach Rückkehr aus dem Urlaub einen negativen Corona-Test, bevor sie ihre Arbeit wieder aufnehmen dürfen, können u.E. die vom Arbeitgeber nicht ersetzten Aufwendungen als Werbungskosten berücksichtigt werden.

Entfernungspauschale: Wenn Monats-/Jahrestickets für zunächst beabsichtigte Fahrten zur ersten Tätigkeitsstätte erworben wurden und die Fahrten auf Grund coronabedingter tatsächlicher Tätigkeit in der häuslichen Wohnung nicht durchgeführt wurden, sind die Aufwendungen für öffentliche Verkehrsmittel als tatsächliche Kosten (Günstigerprüfung gegenüber der Entfernungspauschale, § 9 Abs. 2 Satz 2 EStG) neben der Home-Office-Pauschale abziehbar. Die tatsächlich geleisteten Aufwendungen für eine Zeitfahrkarte zur Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel für die Wege zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte können als Werbungskosten geltend gemacht werden, soweit sie die insgesamt im Kalenderjahr ermittelte Entfernungspauschale übersteigen. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer eine Zeitfahrkarte in Erwartung der regelmäßigen Benutzung für den Weg zur ersten Tätigkeitsstätte erworben hat, er die Zeitfahrkarte dann aber auf Grund der Tätigkeit im Home-Office nicht im geplanten Umfang verwenden kann. Die Aufwendungen sind nicht auf einzelne Arbeitstage aufzuteilen.

Zeitfahrkarten in diesem Sinne sind z.B. Jahres- und Monatsfahrkarten. Die Berücksichtigung der Home-Office-Pauschale bleibt davon unberührt. Hierfür gilt, dass die Pauschale nur für diejenigen Tage angesetzt werden kann, an denen der Stpfl. ausschließlich im Home-Office tätig geworden ist (s. ausführlich B+P 2021, 626).

Schutzmasken: Die Aufwendungen des Arbeitnehmers für Schutzmasken, die für die berufliche Nutzung angeschafft werden, z.B. auf Grund der Vorgaben des Arbeitgebers (Veranlassungszusammenhang), sind **Werbungskosten**. Für den Werbungskostenabzug ist es in diesem Fall unschädlich, wenn die Schutzmasken auch auf den Wegen zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte getragen werden.

Aufwendungen eines Stpfl., die im Zusammenhang mit dem Erwerb von Schutzmasken zum Schutz vor der Ansteckung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 und Antigen-Selbsttests zum Nachweis einer möglichen Ansteckung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 anfallen, sind typischerweise **Kosten der privaten Lebensführung** nach § 12 Nr. 1 EStG und damit steuerlich nicht berücksichtigungsfähig. Die Regelungen des § 10 EStG sehen keinen Tatbestand für die Geltendmachung dieser Aufwendungen vor, so dass ein **Sonderausgabenabzug** ausgeschlossen ist. Auch ein Abzug als **außergewöhnliche Belastung** nach § 33 EStG scheidet mangels Außergewöhnlichkeit (die Mehrzahl der Bürger muss auf Grund der Corona-Pandemie Masken tragen) aus (s. B+P 2021, 728).

IV. Arbeitszimmer

Kann der Stpfl. seinen betrieblichen oder beruflichen Arbeitsplatz tatsächlich nicht nutzen, z.B. aus Gründen des Gesundheitsschutzes, steht ihm für seine betriebliche oder berufliche Betätigung **kein anderer Arbeitsplatz** zur Verfügung. Dies gilt für die **Zeit der Corona-Pandemie** auch dann, wenn die Entscheidung über das Tätigwerden im Home-Office der Stpfl. auch ohne eine ausdrückliche (schriftliche) Anweisung des Auftraggebers/Arbeitgebers getroffen hat und er der Empfehlung der Bundesregierung/der Länder gefolgt ist. **Als Zeit der Corona-Pandemie wird dabei der Zeitraum vom 1.3.2020 bis zum 31.12.2021 angenommen.**

In diesen Fällen können die Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer – die steuerliche Anerkennung vorausgesetzt (private Nutzung höchstens 10%) – bis **höchstens 1250 € im Jahr** als Werbungskosten berücksichtigt werden.

Für die **Zeit der pandemiebedingten Ausübung** bestimmter Tätigkeiten in der Wohnung (seit März 2020) ist davon auszugehen, dass zu Hause grundsätzlich qualitativ gleichwertige Arbeiten wie beim bisherigen Arbeitsplatz ausgeübt werden, so dass bei quantitativ überwiegender Tätigkeit der **Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit in der Wohnung** angenommen werden kann (s. ausführlich B+P 2021, 626).

In diesen Fällen können die Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer sogar **in voller Höhe als Werbungskosten** berücksichtigt werden.

Als Zeit der Corona-Pandemie wird der Zeitraum vom 1.3.2020 bis zum 31.12.2021 angenommen (s. ausführlich B+P 2021, 626).

V. Home-Office-Pauschale

Liegt kein häusliches Arbeitszimmer vor oder wird auf einen Abzug der Aufwendungen für ein häusliches Arbeitszimmer verzichtet, kann der Stpfl. für jeden Kalendertag, an dem er seine betriebliche oder berufliche Tätigkeit ausschließlich in der häuslichen Wohnung ausübt und keine außerhalb der häuslichen Wohnung belegene Betätigungsstätte aufsucht, für seine gesamte betriebliche und berufliche Betätigung einen **Betrag von 5 € abziehen, höchstens 600 €** im Wirtschafts- oder Kalenderjahr (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 6b Satz 4 EStG, sog. Home-Office-Pauschale; s. ausführlich B+P 2021, 626).

Diese Regelung **gilt zunächst nur für die Veranlagungszeiträume 2020 und 2021** (§ 52 Abs. 6 EStG). Nach dem am 24.11.2021 veröffentlichten Koalitionsvertrag der „Ampelkoalition“ soll die steuerliche Regelung der Home-Office-Pauschale für Arbeitnehmer **aber bis zum 31.12.2022 verlängert** und evaluiert werden.

VI. Entlastungsbetrag für Alleinerziehende

Auf Grund der eingeschränkten Betreuungsmöglichkeiten für Kinder in Zeiten der Corona-Pandemie und der für Alleinerziehende damit verbundenen besonderen Herausforderungen ist i.R. des Zweiten Corona-Steuerhilfegesetzes v. 30.6.2020, BStBl I 2020, 563, der Entlastungsbetrag für Alleinerziehende durch einen zeitlich begrenzten Erhöhungsbetrag i.H.v. 2 100 €

für die Jahre 2020 und 2021 auf insgesamt jeweils 4 008 € pauschal angehoben worden.

Nach dem JStG 2020 v. 21.12.2020, BStB I 2021, 6, wird der „Corona-Erhöhungsbetrag“ i.H.v. 2 100 € ab 2022 dauerhaft gewährt und ist in den Grundentlastungsbetrag von 1 908 € einbezogen worden, neuer Gesamtbetrag, der unmittelbar in die Lohnsteuerklasse II eingearbeitet ist, also **dauerhaft 4 008 €** (§ 24b Abs. 2 Satz 1 EStG sowie § 39a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4a EStG).

VII. Kinderbonus

Mit dem Dritten Corona-Steuerhilfegesetz v. 10.3.2021 (BStBl I 2021, 335) wurde das Kindergeld für 2021 einmalig um 150 € erhöht.

Eine „Neuaufgabe“ für das Jahr 2022 ist bisher nicht geplant.

Hinweis für die Praxis:

Sobald konkrete Gesetzesänderungen bekannt werden, werden wir Sie unverzüglich unterrichten.

Neue BFH- und FG-Rechtsprechung zur Annahme einer ersten Tätigkeitsstätte

Die Annahme einer ersten Tätigkeitsstätte ist in der Praxis immer wieder streitig (s. zuletzt B+P 2021, 799, betr. BFH¹⁾ zu Mitarbeitern eines Ordnungsamtes). Das FG Hessen hatte sich kürzlich mit der Frage zu befassen, wo bei beamtenrechtlichen Abordnungen die erste Tätigkeitsstätte anzunehmen ist. Es hat die Verwaltungsauffassung in dem sog. Reisekostenerlass²⁾ bestätigt, nach der eine Zuordnung „bis auf Weiteres“ eine Zuordnung ohne Befristung und damit dauerhaft ist (s. Abschn. III). Abgeschlossen ist inzwischen auch das Revisionsverfahren VI R 14/19 betr. Fahrten eines Elektroinstallateurs zum Betrieb als sog. Sammelpunkt, d.h. Ansatz der Entfernungspauschale (s. Abschn. IV). Der BFH hat die Entscheidung zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückverwiesen. Das FG Niedersachsen hat entschieden, dass bei einem Leiharbeiter, der unbefristet bei einer Zeitarbeitsfirma beschäftigt ist, die bloße Möglichkeit der jederzeitigen Versetzung an einen anderen Arbeitsort eine „erste Tätigkeitsstätte“ am Arbeitsort der Entleiherfirma nicht ausschließt (s. Abschn. V).

I. Allgemeines

Ob und ggf. wo ein Arbeitnehmer eine erste Tätigkeitsstätte hat, ist in dem erst im letzten Jahr aktualisierten sog. Reisekostenerlass ausführlich dargelegt. Danach liegt eine erste Tätigkeitsstätte vor, wenn der Arbeitnehmer einer solchen Tätigkeitsstätte (§ 9 Abs. 4 Satz 1 EStG) **dauerhaft zugeordnet** ist.

Ist der Arbeitnehmer nur **vorübergehend einer Tätigkeitsstätte zugeordnet**, begründet er dort keine erste Tätigkeitsstätte.

Die Zuordnung durch den Arbeitgeber zu einer Tätigkeitsstätte muss auf Dauer angelegt sein (Prognose). **Typische Fälle einer dauerhaften Zuordnung sind**

- die unbefristete Zuordnung des Arbeitnehmers zu einer bestimmten betrieblichen Einrichtung,
- die Zuordnung für die gesamte Dauer des – befristeten oder unbefristeten – Dienstverhältnisses
- oder die Zuordnung über einen Zeitraum von 48 Monaten hinaus (§ 9 Abs. 4 Satz 3 EStG).

Die Zuordnung „bis auf Weiteres“ ist eine Zuordnung ohne Befristung und damit dauerhaft.

Eine **Zuordnung ist unbefristet**, wenn die Dauer der Zuordnung zu einer Tätigkeitsstätte aus der **maßgeblichen Sicht ex ante** nicht kalendermäßig bestimmt ist und sich auch nicht aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt. Auch der Umstand, dass der Arbeitnehmer jederzeit einer anderen Tätigkeitsstätte zugeordnet werden könnte, führt nicht zur Annahme einer befristeten Zuordnung.³⁾ Entscheidend sind allein die Festlegungen des Arbeitgebers und die dienstlich erteilten Weisungen.

II. Besonderheiten im öffentlichen Dienst

Für den öffentlichen Dienst gilt nach dem o.g. Reisekostenerlass Folgendes:

Dienststelle/Dienststätte i.S.d. öffentlichen Reisekosten-, Umzugskosten- und Trennungsgeldrechts ist die Stelle, bei der der Arbeitnehmer eingestellt oder zu der er versetzt, abgeordnet, zugeteilt, zugewiesen oder kommandiert worden ist. Jede dieser dienstlichen Maßnahmen führt dazu, dass diese Stelle zur neuen dienstrechtlichen Dienststelle/Dienststätte wird, unabhängig davon, ob die Maßnahme dauerhaft oder nur vorübergehend ist.

Für die **steuerrechtliche Beurteilung** der dauerhaften Zuordnung zu einer bestimmten Tätigkeitsstätte gilt insbesondere Folgendes:

- **Versetzung ohne zeitliche Befristung:** dauerhafte Zuordnung, es wird eine neue „erste Tätigkeitsstätte“ begründet.
- **Abordnung ohne zeitliche Befristung:** dauerhafte Zuordnung, es wird eine neue „erste Tätigkeitsstätte“ begründet.
- **Versetzung mit einer zeitlichen Befristung bis zu 48 Monaten:** keine dauerhafte Zuordnung, damit keine neue „erste Tätigkeitsstätte“.
- **Abordnung mit einer zeitlichen Befristung bis zu 48 Monaten, ggf. auch verbunden mit dem Ziel der Versetzung:** keine dauerhafte Zuordnung, damit keine neue „erste Tätigkeitsstätte“.

1) BFH v. 12.7.2021, VI R 9/19, www.stotax-first.de.

2) BMF v. 25.11.2020, IV C 5 – S 2353/19/10011 :006, BStBl I 2020, 1228.

3) Zuletzt BFH v. 17.12.2020, VI R 21/18, BStBl II 2021, 525 betr. erste Tätigkeitsstätte bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerentsendung.

Entsprechendes gilt für **abordnungs- oder versetzungsgleiche Maßnahmen** (z.B. Kommandierung, Zuteilung, Zuweisung).

Der Umstand, dass ein Beamter unter Beachtung der dienstrechtlichen Vorschriften (jederzeit) auch einer anderen Dienststelle zugeordnet werden könnte, führt nicht zur Annahme einer befristeten Zuordnung.⁴⁾

III. Das Urteil des FG Hessen

Das FG Hessen hat die **Verwaltungsauffassung in dem sog. Reisekostenerlass bestätigt, nach der eine Zuordnung „bis auf Weiteres“ eine Zuordnung ohne Befristung und damit dauerhaft ist.**⁵⁾

? Der Fall (stark verkürzt):

Herr A wohnt mit seiner Ehefrau in A-Stadt und ist Beamter. Er arbeitet als Dozent an einer Hochschule des Landes Hessen. Mit Schreiben v. 27.6.2011 **ordnete** der Dienstherr des A ihn mit Wirkung v. 1.8.2011 für die Dauer von 6 Monaten von seiner bisherigen Dienststelle an die Hochschule zur Verwendung als Dozent **ab**. Mit Schreiben v. 12.1.2012 verlängerte der Dienstherr die **Abordnung** bis auf Weiteres. Am 3.3.2013 **versetzte** der Dienstherr A von seiner bisherigen Dienststelle an eine andere Dienststelle. **Auf die laufende Abordnung hatte die Versetzung keine Auswirkung.** A arbeitete im Veranlagungszeitraum 2017 durchgängig als Dozent an der Hochschule. Er suchte die Hochschule an 158 Arbeitstagen und die Dienststelle an 1 Arbeitstag auf.

In der **Einkommensteuererklärung 2017** erklärte A Werbungskosten für Fahrtkosten zur Hochschule nach **Reisekostengrundsätzen** i.H.v. ... € (158 Tage x ... Kilometer x 0,30 €/km x 2). Das **Finanzamt** (FA) setzte nur die **Entfernungspauschale** für Fahrten zwischen Wohnung und Tätigkeitsstätte (0,30 € je Entfernungskilometer) an und berücksichtigte aufgerundet ... € (158 Tage x ... km x 0,30 €). Die beantragten Fahrtkosten seien im Rahmen der Entfernungspauschale zu berücksichtigen, denn die **erste Tätigkeitsstätte sei vom Arbeitgeber an der Hochschule festgelegt** worden. Die Abordnung des A sei zunächst auf eine Dauer von 6 Monaten befristet und anschließend „bis auf Weiteres“ verlängert worden. Damit habe der Arbeitgeber eine Zuordnung ohne Befristung und somit dauerhaft getroffen. Bei der Abordnung handele es sich auch nicht um eine sog. Kettenabordnung, so dass hinsichtlich des A eine dauerhafte Zuordnung erfolgt sei. Der Einspruch hatte keinen Erfolg.

4) BFH v. 4.4.2019, VI R 27/17, BStBl II 2019, 536 betr. erste Tätigkeitsstätte eines Polizeibeamten im Einsatz- und Streifendienst.

5) FG Hessen v. 15.7.2021, 7 K 603/19, www.stotax-first.de, Rev. zugelassen.
Leitsätze:

1. Bei der Beurteilung, ob eine erste Tätigkeitsstätte i.S.d. § 9 Abs. 4 Satz 1 EStG vorliegt, ist entscheidend, ob der Arbeitnehmer aus der ex-ante-Sicht nach den arbeits- oder dienstrechtlichen Festlegungen an einer ortsfesten betrieblichen Einrichtung nach Bestimmung des Arbeitgebers tätig werden sollte; auf den qualitativen Schwerpunkt der Tätigkeit die der Arbeitnehmer dort ausübt, kommt es nicht an.
2. In der Abordnung „bis auf Weiteres“ ist im Gegensatz zu einer befristeten Abordnung ein Ende der Tätigkeit nicht angelegt, so dass der Tätigkeitsort der Abordnung als erste Tätigkeitsstätte zu qualifizieren ist.
3. Zur Qualifizierung als Tätigkeitsstätte bedarf es auch der tatsächlichen Ausübung der Tätigkeit an dem zugewiesenen Ort.

Im **Klageverfahren** vertritt A weiterhin die Ansicht, dass die Fahrtkosten zur Hochschule nach **Reisekostengrundsätzen** und nicht im Rahmen der Entfernungspauschale zu berücksichtigen seien, da **seine erste Tätigkeitsstätte die Dienststelle** wäre. Sein Arbeitgeber habe ihn dauerhaft der Dienststelle zugeordnet, weil er am 3.3.2013 dorthin unbefristet versetzt wurde. Eine Beurteilung der Tätigkeitsstätte nach dem Einsatz und dem Umfang der Diensterbringung an der Hochschule sei nicht zulässig, weil diese Beurteilung subsidiär ist und nur dann vorzunehmen wäre, wenn es – anders als hier – keine eindeutige dienst- und arbeitsrechtliche Festlegung gäbe.

Ihm gäbe die Formulierung in der letzten Abordnungsverfügung „bis auf Weiteres“ nicht die darauf üblicherweise zu folgernde Gewissheit, denn viele Abordnungen endeten oft sehr kurzfristig; sei es durch Versetzungen auf andere Stellen oder durch Rückkehr auf die bisherige Stelle. Er könne folglich seinen Familienlebensmittelpunkt nicht an den Ort der Hochschule verlegen, da er nicht dorthin versetzt sei und ihm auch dort keine Planstelle zugewiesen ist. Derzeit seien ca. ... Dozenten an der Hochschule eingesetzt, von denen ca. ... im Abordnungswege dozieren.

→ Die Entscheidung:

Das FG Hessen hat die Klage als unbegründet zurückgewiesen. Das FA habe die beantragten Werbungskosten für Fahrten des A zwischen seiner Wohnung und der Hochschule zu Recht als Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte mit den Entfernungskilometern und nicht als Auswärtsfahrten mit den tatsächlich gefahrenen Kilometern berücksichtigt.

1. Allgemeines

Erste Tätigkeitsstätte ist nach der Legaldefinition in § 9 Abs. 4 Satz 1 EStG die ortsfeste betriebliche Einrichtung des Arbeitgebers, eines verbundenen Unternehmens (§ 15 AktG) oder eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten, der der Arbeitnehmer dauerhaft zugeordnet ist. Die Zuordnung i.S.d. Satzes 1 wird gem. § 9 Abs. 4 Satz 2 EStG durch die **dienst- oder arbeitsrechtlichen Festlegungen** sowie die diese ausfüllenden Absprachen und Weisungen bestimmt. Von einer **dauerhaften Zuordnung** ist nach § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG insbesondere auszugehen, wenn der Arbeitnehmer unbefristet, für die Dauer des Dienstverhältnisses oder über einen Zeitraum von 48 Monaten hinaus an einer solchen Tätigkeitsstätte tätig werden soll.

Fehlt eine solche dienst- oder arbeitsrechtliche Festlegung auf eine erste Tätigkeitsstätte oder ist sie nicht eindeutig, ist nach § 9 Abs. 4 Satz 4 EStG die erste Tätigkeitsstätte die betriebliche Einrichtung, an der der **Arbeitnehmer dauerhaft**

- 1. typischerweise arbeitstäglich tätig werden soll oder
- 2. je Arbeitswoche zwei volle Arbeitstage oder mindestens ein Drittel seiner vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit tätig werden soll.

Dabei regelt § 9 Abs. 4 Satz 5 EStG, dass der Arbeitnehmer je Dienstverhältnis höchstens *eine* erste Tätigkeitsstätte hat. Liegen die Voraussetzungen der Sätze 1 bis 4 für mehrere Tätigkeitsstätten vor, ist diejenige Tätigkeitsstätte erste Tätigkeitsstätte, die der Arbeitgeber bestimmt (§ 9 Abs. 4 Satz 6 EStG). Fehlt es an dieser Bestimmung oder ist sie nicht eindeutig, ist

nach § 9 Abs. 4 Satz 7 EStG die der Wohnung örtlich am nächsten liegende Tätigkeitsstätte die erste Tätigkeitsstätte.

2. Arbeits- oder dienstrechtlichen Weisungen maßgebend

Da zwischen den Beteiligten zu Recht unstreitig ist, dass sowohl die Dienststelle als auch die Hochschule ortsfeste betriebliche Einrichtungen des Arbeitgebers des A sind, kommt es lediglich auf die Frage der dauerhaften Zuordnung an. **Diese Frage beantwortet das erkennende Gericht zu Gunsten der Hochschule.**

Die Zuordnung zu einer solchen Einrichtung wird gem. § 9 Abs. 4 Satz 2 EStG durch die dienst- oder arbeitsrechtlichen Festlegungen sowie die diese ausfüllenden Absprachen und Weisungen bestimmt. Zu den **arbeits- oder dienstrechtlichen Weisungen und Verfügungen** zählen alle schriftlichen, aber auch mündlichen Absprachen oder Weisungen. Die Zuordnung kann also insbesondere im Arbeitsvertrag oder durch Ausübung des Direktionsrechts (z.B. im Beamtenverhältnis durch dienstliche Anordnung) kraft der Organisationsgewalt des Arbeitgebers oder Dienstherrn vorgenommen werden.

Ist der Arbeitnehmer einer bestimmten Tätigkeitsstätte arbeits- oder dienstrechtlich zugeordnet, kommt es auf Grund des Direktionsrechts des Arbeitgebers für die Bestimmung der ersten Tätigkeitsstätte auf den **qualitativen Schwerpunkt** der Tätigkeit, die der Arbeitnehmer dort ausübt oder ausüben soll, entgegen der bis 2013 geltenden Rechtslage **nicht mehr an**.

3. Zuordnung muss dauerhaft erfolgen

Darüber hinaus muss die Zuordnung auch dauerhaft erfolgen.

Von einer **dauerhaften Zuordnung** ist ausweislich der in § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG aufgeführten Regelbeispiele insbesondere auszugehen, wenn der Arbeitnehmer unbefristet, für die Dauer des Dienstverhältnisses oder über einen Zeitraum von 48 Monaten hinaus an einer solchen Tätigkeitsstätte tätig werden soll. **Die Zuordnung „bis auf Weiteres“ soll nach Ansicht der Finanzverwaltung eine Zuordnung ohne Befristung und damit dauerhaft sein.** Dagegen ist die Zuordnung einer Tätigkeitsstätte lediglich befristet, wenn die Verwendungsprognose ergibt, dass die Zuordnung zu einem bestimmten Zeitpunkt endet. Auch der BFH spricht sich dafür aus, dass die Zuordnung unbefristet i.S.d. § 9 Abs. 4 Satz 3 1. Alternative EStG ist, wenn die Dauer der Zuordnung zu einer Tätigkeitsstätte aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht nicht kalendermäßig bestimmt ist und sich auch nicht aus Art, Zweck oder Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergibt; die (jederzeitige) Möglichkeit einer Versetzung als solche führt noch nicht zu einer lediglich befristeten Zuordnung. Dagegen wird bei vorübergehender bzw. befristeter Abordnung die neue Tätigkeitsstätte beim selben Arbeitgeber i.d.R. nicht zur ersten Tätigkeitsstätte.

4. Tätigkeiten an der ersten Tätigkeitsstätte erforderlich

Ferner muss der Stpfl. an der ersten Tätigkeitsstätte in noch hinreichendem Umfang Tätigkeiten erledigen.

Aus § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG und dem Wortsinn des Tatbestandsmerkmals der „Tätigkeitsstätte“ lässt sich das Erfordernis ablei-

ten, dass A – zumindest im geringen Umfang – auch tatsächlich an der ersten Tätigkeitsstätte tätig wird. Denn ein Ort, an dem der Stpfl. nicht tätig wird (oder für den Regelfall nicht tätig werden soll), kann nicht als Tätigkeitsstätte angesehen werden. Dies ist Ausfluss des objektiven Nettoprinzips, denn anderenfalls bestimmt sich die Steuerlast nicht – gleichheitsrechtlich geboten – nach der individuellen Leistungsfähigkeit des Stpfl., sondern nach dem Belieben des Arbeitgebers. **Was als hinreichender Umfang jeweils erforderlich ist**, bestimmt sich danach, welche ausgeführten Tätigkeiten vom Stpfl. individuell-arbeitsvertraglich geschuldet sind und typischerweise zu dem Berufsbild der von ihm ausgeübten Berufstätigkeit gehören; nicht erforderlich ist, dass sich an der ersten Tätigkeitsstätte auch der qualitative Schwerpunkt der Tätigkeit befindet.

5. Eindeutige Zuordnung fehlt

Diese Grundsätze auf den vorliegenden Einzelfall angewendet, kommt das erkennende Gericht zur Auffassung, dass auch die Abordnung des A neben der Versetzung eine dauerhafte Zuordnung durch den Arbeitgeber darstellt, so dass eine nicht eindeutige Festlegung i.S.v. § 9 Abs. 4 Satz 4 EStG vorliegt. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass A in der Dienststelle jedoch nicht in einem noch hinreichenden Umfang nach § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG tätig wird, ist seine erste Tätigkeitsstätte nur an der Hochschule begründet (dazu unter Nr. 6).

Sowohl Abordnung als auch Versetzung sind dienstrechtliche Festlegungen des Dienstherrn in seiner Funktion als Arbeitgeber, die im konkreten Einzelfall zu gegenläufigen Entscheidungen und damit zu einer nicht eindeutigen Festlegung i.S.d. § 9 Abs. 4 Satz 4 EStG führen.

A ist für die Begründung seiner Rechtsauffassung zugute zu halten, dass er **lediglich im Rahmen einer beamtenrechtlichen Abordnung versetzt** ist. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 Hessisches Beamtengesetz (HBG) können Beamtinnen und Beamte aus dienstlichen Gründen vorübergehend ganz oder teilweise zu einer ihrem Amt entsprechenden Tätigkeit an eine andere Dienststelle desselben oder eines anderen Dienstherrn abgeordnet werden. Daneben können Beamtinnen und Beamte im Wege der **Versetzung** auf ihren Antrag oder aus dienstlichen Gründen in ein anderes Amt einer Laufbahn versetzt werden, für die sie die Befähigung besitzen (§ 26 Abs. 1 Satz 2 HBG). Damit ist das Tätigwerden eines Beamten an einer anderen Dienststelle im Wege der Versetzung oder der Abordnung möglich. Während die **Versetzung** eine auf Dauer angelegte Übertragung eines anderen Amtes darstellt, ist die **Abordnung** die vorübergehende Übertragung einer dem Amt der Beamtin oder des Beamten entsprechenden Tätigkeit bei einer anderen Dienststelle desselben oder eines anderen Dienstherrn unter Beibehaltung der Zugehörigkeit zur bisherigen Dienststelle. Grundsätzlich soll nach der beamtenrechtlichen Konzeption der Einzelne entweder im Rahmen einer kurzfristigen, vorübergehenden Abordnung eingesetzt werden oder durch eine dauerhafte Versetzung Rechtssicherheit für den Beamten geschaffen werden. In der Praxis ist die vorgesehene gesetzliche Trennung zwischen den beamtenrechtlichen Rechtsinstituten aber nicht immer eingehalten, so dass es – wie im vorliegenden Fall – auch zu **unbefristeten Abordnungen „bis auf Weite-**

res“ kommt. Dabei tritt das Interesse des Dienstherrn an größtmöglicher Flexibilität in der Einsetzung seiner Bediensteten diametral dem Interesse der Bediensteten an Planungssicherheit entgegen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die beamtenrechtliche Konzeption, die grundsätzlich zwischen dauerhaft und vorübergehend unterscheidet und eine Abordnung als vorübergehendes Rechtsinstitut begreift, auch dann auf die steuerrechtliche Beurteilung durchschlägt, wenn der Bedienstete – entgegen der ursprünglichen Konzeption – bis auf Weiteres abgeordnet wird. Denn anders als bei einer befristeten Abordnung, ist in der Abordnung „bis auf Weiteres“ ein Ende der Tätigkeit gerade nicht angelegt, so dass es keine Verwendungsprognose gibt, die einen bestimmten Zeitpunkt des Endes der Zuordnung bestimmt. **Da für steuerliche Sachverhalte nicht die Papierform entscheidend ist, sondern was tatsächlich der Lebenswirklichkeit entspricht, hat der Arbeitgeber durch die Abordnung „bis auf Weiteres“, die mangels klarer Befristung eher wie eine Versetzung wirkt, zwei gegenläufige Zuordnungen getroffen: die Zuordnung zur Dienststelle durch seine Versetzungsanordnung und die Zuordnung zur Hochschule durch seine Abordnungsanordnung.** Beide stehen aus steuerrechtlicher Perspektive betrachtet nebeneinander, weswegen auch Teile der Literatur es dahinstehen lassen, ob ohne zeitliche Befristung eine Abordnung oder eine Versetzung erfolgt. Beide Zuordnungen sind ferner durch die schriftlichen Verfügungen als dienstliche Weisungen auch ausreichend fixiert und dokumentiert.

6. Zuordnung zur Hochschule

Jedoch wird A in seiner Dienststelle nicht in einem noch ausreichenden Umfang tätig, weshalb von den beiden widerstreitenden Zuordnungen lediglich die Zuordnung zur Hochschule eine Tätigkeitsstätte qua aktiver Tätigkeit i.S.d. § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG und damit erste Tätigkeitsstätte des A begründet.

Denn während A als Dozent zwar nicht typischerweise arbeitstäglich an der Hochschule unterrichtet, sondern diese im Streitjahr an 158 Tagen aufgesucht hat, ist ein Einsatz in der Dienststelle ohne Aufsuchen der Arbeitsstätte oder der zu prüfenden Unternehmen nicht möglich und auch gar nicht durch A vorgezogen. Auch die erforderliche Vor- und Nachbereitung seiner Unterrichtseinheiten kommt seiner Tätigkeit als Dozent zu Gute, weshalb er – unabhängig von den konkreten Tagen je Arbeitswoche – eine vollständige regelmäßige Arbeitszeit an der Hochschule oder in Vorbereitung darauf im Home-Office verbringt.

Dagegen erbringt A in der Dienststelle keine Tätigkeiten im noch hinnehmbaren Umfang. Unter Einbeziehung der Vorjahre, die wegen der ex-ante-Betrachtung durchaus eine Rolle spielen, suchte A die Dienststelle insgesamt an lediglich 8 Arbeitstagen, nämlich an jeweils 2 Arbeitstagen in 2013, 2014 und 2016 sowie an 1 Arbeitstag in 2015 und 2017, auf. Unter Berücksichtigung seiner dienstrechtlichen Verpflichtungen dem Dienstherrn gegenüber, die den Beamten zum vollen persönlichen Einsatz verpflichten, war er objektiv nicht in der Lage, einer anderweitigen Tätigkeit nachzugehen. A hat auch weder dargelegt noch ist insoweit ersichtlich, dass er in der Dienststelle jemals beruflich tätig geworden wäre. Die geringe Anzahl der Fahrten zur Dienststelle, die A in den Veranlagungszeiträu-

men 2014–2016 selbst als Reisekosten deklariert hat, deutet darauf hin, dass er die **Dienststelle lediglich zu organisatorischen Zwecken, nicht aber zur Ausübung seiner Tätigkeit aufgesucht** hat. Dies reicht zur Begründung einer Tätigkeitsstätte nicht aus, weshalb die dienstrechtliche Versetzung i.S.d. § 26 HBG im konkreten Einzelfall inhaltsleer ist.

Hinweis für die Praxis:

Das FG hat wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache Revision zugelassen. Soweit erkennbar, habe sich der BFH bisher nicht mit der ersten Tätigkeitsstätte im Rahmen einer beamtenrechtlichen Abordnung befasst.

Ob A Revision einlegen wird, bleibt abzuwarten.

IV. BFH: Typischerweise arbeitstägliches Aufsuchen eines vom Arbeitgeber festgelegten Sammelpunkts

Wir hatten in B+P 2019, 329 auf das Revisionsverfahren VI R 14/19 hingewiesen. Die Vorinstanz, das **FG Thüringen**, hatte entschieden, dass ein Elektroinstallateur, der keine „erste Tätigkeitsstätte“ i.S.d. § 9 Abs. 4 EStG am Betriebssitz seines Arbeitgebers hat und im Veranlagungszeitraum 2015 an 177 Tagen mit seinem eigenen Pkw zunächst den Betrieb des Arbeitgebers aufgesucht hat, um von dort aus mit einem Firmenfahrzeug zu der auswärtigen Baustelle zu fahren, während er an 25 Tagen die auswärtige Baustelle direkt von seinem Wohnort angefahren hat, für die 177 Fahrten zum Betriebssitz seines Arbeitgebers lediglich die **Entfernungspauschale** zum Abzug bringen kann. Der Betrieb sei als sog. **Sammelpunkt** anzusehen.

Die **Entscheidung des BFH⁶⁾** liegt jetzt vor, er hat der Revision des Elektroinstallateurs stattgegeben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG Thüringen zurückverwiesen. Der Senat könne auf Grund der von der Vorinstanz getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen, ob der Kläger für seine Fahrten zum Betriebssitz des Arbeitgebers im Streitjahr tatsächlich nur die Entfernungspauschale beanspruchen kann.

Nach Darstellung der allgemeinen Grundsätze⁷⁾ führt der BFH aus:

6) BFH v. 2.9.2021, VI R 14/19, www.stotax-first.de.

Leitsätze:

1. Die entsprechende Anwendung der Entfernungspauschale setzt gem. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4a Satz 3 EStG voraus, dass der Arbeitnehmer den Ort oder das weiträumige Gebiet zur Aufnahme der Arbeit auf Grund einer Weisung des Arbeitgebers zum einen typischerweise arbeitstäglich und zum anderen auch dauerhaft aufzusuchen hat.
2. Ein „typischerweise arbeitstägliches“ Aufsuchen erfordert kein ausnahmsloses Aufsuchen des vom Arbeitgeber festgelegten Orts oder Gebiets an sämtlichen Arbeitstagen des Arbeitnehmers.
3. Für die Frage, ob der Arbeitnehmer denselben Ort oder dasselbe weiträumige Tätigkeitsgebiet auf Grund der Weisung des Arbeitgebers „dauerhaft“ aufzusuchen hat, ist die Legaldefinition in § 9 Abs. 4 Satz 3 EStG entsprechend heranzuziehen.
- 7) Weitgehend deckungsgleich mit BFH v. 19.4.2021, VI R 6/19, BStBl II 2021, 727 betr. typischerweise arbeitstägliches Aufsuchen eines vom Arbeitgeber festgelegten Sammelpunkts durch einen Baumaschinenführer (wir hatten auf das Urteil in B+P 2021, 763 hingewiesen).

1. Nachweis der Zuordnung

Das FG hat zunächst festgestellt, im Arbeitsvertrag des Klägers seien der Betriebssitz des Arbeitgebers sowie alle Baustellen als Arbeitsort genannt, ohne dies weiter festzulegen. **Eine fehlende Zuordnung zu einer ersten Tätigkeitsstätte – wie vom FG angenommen – kann daraus indes nicht abgeleitet werden.** Denn nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kommt es nicht allein auf eine etwaige Zuordnung im Arbeitsvertrag an. Die **Zuordnung kann vielmehr auch außerhalb des Arbeitsvertrags vorgenommen** werden; sie muss für ihre steuerliche Wirksamkeit zudem nicht dokumentiert werden.

2. Betriebssitz kann erste Tätigkeitsstätte sein

Das FG war weiter der Ansicht, eine erste Tätigkeitsstätte des Klägers am Betriebssitz seines Arbeitgebers i.S.d. § 9 Abs. 4 EStG komme auch deshalb nicht in Betracht, weil er seine eigentliche berufliche Tätigkeit auf den Baustellen ausgeübt habe. **Nach neuem Reisekostenrecht ist es indes ausreichend, wenn der Arbeitnehmer am Ort der ersten Tätigkeitsstätte zumindest in geringem Umfang Tätigkeiten zu erbringen hat, die er arbeitsvertraglich oder dienstrechtlich schuldet und die zu dem von ihm ausgeübten Berufsbild gehören.** Hierfür reicht es bereits aus, wenn der Arbeitnehmer an einer betrieblichen Einrichtung des Arbeitgebers arbeitstäglich vor dem Außendienst vorbereitende Tätigkeiten vornimmt (z.B. die Überprüfung und Bestückung eines Firmenfahrzeugs mit erforderlichen Geräten, Werkzeugen und benötigtem (Verbrauchs-)Material).

3. Zum typischerweise arbeitstäglichen Aufsuchen

Soweit das FG die entsprechende Anwendung der Entfernungspauschale nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4a Satz 3 EStG (Sammelpunkt oder weiträumiges Tätigkeitsgebiet) bejaht hat, war es rechtsfehlerhaft der Ansicht, es komme nicht darauf an, ob eine bestimmte Anweisung des Arbeitgebers konkret nachgewiesen werden könne. Entscheidend sei vielmehr, dass der Kläger den Betriebssitz seines Arbeitgebers zu einem ganz überwiegenden Teil seiner Arbeitstage angefahren habe.

Dies steht in Widerspruch zu der gesetzlichen Regelung, nach der die Frage, ob ein Arbeitnehmer ohne erste Tätigkeitsstätte zur Aufnahme seiner beruflichen Tätigkeit dauerhaft denselben Ort oder dasselbe weiträumige Tätigkeitsgebiet typischerweise arbeitstäglich aufzusuchen hat, durch die **dienst- oder arbeitsrechtlichen Festlegungen sowie die diese ausfüllenden Absprachen und Weisungen bestimmt** wird. Die Feststellung einer entsprechenden Anordnung ist durch alle nach der Finanzgerichtsordnung zugelassenen Beweismittel möglich und durch das FG im Rahmen einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu treffen.

4. Hinweise für das FG Thüringen

Im **zweiten Rechtsgang** wird das FG deshalb zunächst zu prüfen haben, ob der Kläger im Streitjahr auf Grund einer den Arbeitsvertrag ergänzenden Weisung seines Arbeitgebers dessen **Betriebssitz oder auch der Fernbaustelle Y als einer Einrichtung eines vom Arbeitgeber bestimmten Dritten dauerhaft zugeordnet und in dem erforderlichen Umfang dort**

tätig war. Hierzu kommt insbesondere eine Vernehmung des Arbeitgebers als Zeuge in Betracht.

Sollte danach auch **weiterhin keine erste Tätigkeitsstätte** i.S.d. § 9 Abs. 4 EStG vorliegen, wird das FG aufzuklären haben, ob das routinemäßige **Aufsuchen des Betriebssitzes** des Arbeitgebers durch den Kläger im Streitjahr zwecks Übernahme des Firmenfahrzeugs mit anschließender Weiterfahrt zur Baustelle auf einer entsprechenden Anordnung des Arbeitgebers als von diesem festgelegten Ort (**Sammelpunkt**) **beruhte und der Kläger diesen Ort auch typischerweise arbeitstäglich aufsuchen sollte.**

V. FG Niedersachsen zu Leiharbeitnehmern

Das FG Niedersachsen⁸⁾ hat entschieden, dass bei einem Leiharbeiter, der **unbefristet bei einer Zeitarbeitsfirma beschäftigt** ist, die bloße Möglichkeit der jederzeitigen Versetzung an einen anderen Arbeitsort eine „erste Tätigkeitsstätte“ am Arbeitsort der Entleiherfirma nicht ausschließt. Der Leiharbeiter ist der Entleiherfirma dauerhaft zugeordnet, wenn sich aus der Zuordnungsentscheidung der Zeitarbeitsfirma oder aus den Gesamtumständen keine zeitliche Begrenzung des Einsatzes ergibt.

Mit dieser Entscheidung hat das FG die Verwaltungsauffassung in dem o.g. Reisekostenerlass bestätigt.

Das Gericht hatte ausdrücklich Revision zugelassen, da es an einer höchstrichterlichen Rechtsprechung zu der Frage, wann Leiharbeiter, die in einem **unbefristeten** Leiharbeitsverhältnis stehen, einem Arbeitsort „dauerhaft“ zugeordnet sind, fehlt. Die BFH-Rechtsprechung⁹⁾ zu Leiharbeitnehmern im **befristeten** Arbeitsverhältnis (s. dazu B+P 2019, 617) sei nach Auffassung des Senats auf die vorliegende Fallkonstellation nicht anwendbar.

Leider hat der Kläger keine Revision eingelegt, so dass das Urteil **rkr.** geworden ist.

Hinweis für die Praxis:

Zu dieser Frage ist aber noch das Revisionsverfahren VI R 32/20 anhängig. Das FG Niedersachsen¹⁰⁾ hatte entschieden, dass Arbeitnehmer, die in einem **unbefristeten** Arbeitsverhältnis zu einem Zeitarbeitsunternehmen stehen, auch dann nur die Entfernungspauschale für ihre Fahrten zwischen Wohnung und Tätigkeitsstätte geltend machen können, wenn das Zeitarbeitsunternehmen mit dem jeweiligen Entleiher des Arbeitnehmers eine Befristung der Tätigkeit vereinbart hat.

Die Entscheidung des BFH bleibt abzuwarten.

Ma.

8) FG Niedersachsen v. 13.7.2021, 13 K 63/20, www.stotax-first.de, rkr.

9) BFH v. 10.4.2019, VI R 6/17, BStBl II 2019, 539.

10) FG Niedersachsen v. 28.5.2020, 1 K 382/16, EFG 2020, 1412, Az. beim BFH: VI R 32/20; s. auch B+P 2020, 831.

BFH: Steuerfreiheit der sog. Theaterbetriebszulage gem. § 3b EStG

Wir hatten in B+P 2019, 440 auf das Revisionsverfahren VI R 16/10 zur Frage hingewiesen, ob die sog. Theaterbetriebszulage (gleichbleibender Bruttolohn und schwankender Nettolohn nach Mantel- und Entgelttarifvertrag) „neben dem Grundlohn“ geschuldet wird und somit gem. § 3b EStG steuerfrei bleibt. Das FG Baden-Württemberg hatte diese Frage bejaht. Der BFH hat dieses Urteil nunmehr bestätigt.¹⁾

? Der Fall (stark verkürzt):

Frau A war in den Streitjahren (2013 bis 2015) bei der ... (GmbH) als Sängerin/Tänzerin/Darstellerin angestellt und erzielte aus dieser Tätigkeit Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.

Die GmbH hatte mit ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft Tarifverträge abgeschlossen, u.a. den „Manteltarifvertrag Cast“ (Manteltarifvertrag) und den „Entgelttarifvertrag Cast“ (Entgelttarifvertrag).

§ 16 des Manteltarifvertrags lautete wie folgt (*wird ausgeführt*):

§ 5 des Entgelttarifvertrags enthielt folgende Regelungen (*wird ausgeführt*):

Das Merkblatt zu § 16 Buchst. b des Manteltarifvertrags lautete auszugsweise wie folgt (*wird ausgeführt*):

Auf die vorgenannten Regelungen wurde in den Einzelverträgen, die A mit der GmbH abgeschlossen hatte, Bezug genommen. Diese sahen in § 4 Nr. 1 Buchst. a bis c vor, dass bei einer regelmäßigen Showzahl von sechs, sieben bzw. acht Shows pro Woche auf der Grundlage der zum Zeitpunkt des Vertragsbeginns geltenden tariflichen Entgelttabelle des Entgelttarifvertrags jeweils eine bestimmte feste Gage geschuldet wurde, die sich bei acht Shows pro Woche auf eine regelmäßige Arbeitszeit von 40 Wochenstunden bezog. Dies entsprach einer regelmäßigen monatlichen Arbeitszeit von 173,33 Stunden.

§ 4 Nr. 1 Buchst. e und f der Einzelverträge hatte folgenden Inhalt (*wird ausgeführt*):

Für die Berechnung der Theaterbetriebszulage bedeuteten die getroffenen Vereinbarungen gem. eines Berechnungsbeispiels Folgendes (*wird ausgeführt*):

Hiernach hätte sich eine von der GmbH steuerfrei belassene Theaterbetriebszulage i.H.v. 296,94 € ergeben. Außerdem hätte die GmbH neben dem ständigen Bruttolohn von 6 600 € weitere 1 353,06 € (1 650 € ./ 296,94 €) als steuerpflichtigen Arbeitslohn ausgezahlt, so dass das betreffende Castmitglied insgesamt das vereinbarte Bruttogehalt von 8 250 € erhalten hätte.

Nach einer bei der GmbH durchgeführten Lohnsteuer-Außenprüfung vertrat das Finanzamt (FA) die Auffassung, dass es sich bei der Theaterbetriebszulage um steuerpflichtigen Arbeitslohn handele, da sie die Sonntags- und Feiertagsarbeit lediglich pauschal abgelte, ohne dass es auf die tatsächlichen Dienstzeiten ankomme. Es unterwarf die bisher steuerfrei aus-

gezählten Theaterbetriebszulagen mit geänderten Einkommensteuerbescheiden der Einkommensteuer.

FG und BFH haben die Steuerbefreiung gewährt.

→ Die Entscheidung:

Der BFH hat die Revision des FA als unbegründet zurückgewiesen. Das FG habe zu Recht entschieden, dass es sich bei den an A ausgezahlten Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit um gem. § 3b EStG steuerfreien Arbeitslohn handelt.

1. Allgemeines

Nach § 3b Abs. 1 EStG sind Zuschläge, die für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit neben dem Grundlohn gezahlt werden, steuerfrei, soweit sie bestimmte Prozentsätze des Grundlohns nicht übersteigen. Nach Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 dieser Vorschrift ist Grundlohn der laufende Arbeitslohn, der dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit für den jeweiligen Lohnzahlungszeitraum zusteht. Der laufende Arbeitslohn ist, wie sich aus § 39b EStG ergibt, von sonstigen Bezügen abzugrenzen. Laufender Arbeitslohn ist das dem Arbeitnehmer regelmäßig zufließende Arbeitsentgelt (Monatsgehalt, Wochen- oder Tageslohn, Überstundenvergütung, laufend gezahlte Zulagen oder Zuschläge und geldwerte Vorteile aus regelmäßigen Sachbezügen); er ist in einen Stundenlohn umzurechnen.

Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist weiter, dass die **Zuschläge neben dem Grundlohn geleistet** werden; sie dürfen nicht Teil einer einheitlichen Entlohnung für die gesamte, auch an Sonn- und Feiertagen oder nachts geleistete Tätigkeit sein. Hierfür ist regelmäßig erforderlich, dass in dem Arbeitsvertrag zwischen der Grundvergütung und den Erschwerniszuschlägen unterschieden und ein Bezug zwischen der zu leistenden Nacht-, Sonntags- oder Feiertagsarbeit und der Lohnhöhe hergestellt ist.

2. Zweckbestimmte Zahlung der Zuschläge

Die Zahlung des Zuschlags muss zudem zweckbestimmt erfolgen. **Die Steuerbefreiung setzt voraus, dass die neben dem Grundlohn gewährten Zuschläge für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit gezahlt worden sind, und erfordert grundsätzlich Einzelaufstellungen der tatsächlich erbrachten Arbeitsstunden an Sonntagen, Feiertagen oder zur Nachtzeit.** Dadurch soll von vornherein gewährleistet werden, dass ausschließlich Zuschläge steuerfrei bleiben, bei denen betragsmäßig genau feststeht, dass sie nur für die Sonntags-,

1) BFH v. 9.6.2021, VI R 16/19, www.stotax-first.de.

Leitsätze:

1. Der Steuerfreiheit von Zuschlägen für Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit gem. § 3b EStG steht es nicht entgegen, wenn der Grundlohn in Abhängigkeit von der Höhe der steuerfreien Zuschläge aufgestockt wird, um im Ergebnis einen bestimmten, (tarif-)vertraglich vereinbarten Bruttolohn zu erreichen. Die nach § 3b EStG erforderliche Trennung von Grundlohn und Zuschlägen wird hierdurch nicht aufgehoben (Bestätigung des BFH-Urteils v. 17.6.2010, VI R 50/09, BStBl II 2011, 43).

2. Die Steuerbefreiung nach § 3b EStG setzt nicht voraus, dass der Bruttolohn in Abhängigkeit von den zu begünstigten Zeiten geleisteten Tätigkeiten variabel ausfällt sein muss.

Feiertags- oder Nachtarbeit gezahlt werden und keine allgemeinen Gegenleistungen für die Arbeitsleistung darstellen. Hieran fehlt es, wenn die Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit lediglich allgemein abgegolten wird, da hierdurch weder eine Zurechnung der Sache nach (tatsächlich geleistete Arbeit während begünstigter Zeiten) noch der Höhe nach (Steuerfreistellung nur nach %-Sätzen des Grundlohns) möglich ist.

Leistet der Arbeitgeber **pauschale Zuschläge** ohne Rücksicht auf die Höhe der tatsächlich erbrachten Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit an den Arbeitnehmer, setzt die Steuerbefreiung außerdem voraus, dass diese Zuschläge nach dem übereinstimmenden Willen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Abschlagszahlungen oder Vorschüsse auf eine spätere Einzelabrechnung geleistet werden.

3. Anwendung auf den Streitfall

Nach diesen Maßstäben ist die Vorentscheidung von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

a) Die GmbH hat die der A gezahlte Theaterbetriebszulage nur insoweit steuerfrei belassen, als sie auf **tatsächlich von A an Sonn- und Feiertagen oder zur Nachtzeit geleistete Arbeit entfiel**. Die GmbH hat die von A zu den von § 3b EStG begünstigten Zeiten geleisteten Arbeitsstunden zudem ordnungsgemäß aufgezeichnet. Sie hat die Theaterbetriebszulage nach Maßgabe der jeweiligen Einzelabrechnungen nur insoweit steuerfrei gezahlt, als der betreffende Stundenlohn auf Arbeiten zu den von § 3b EStG begünstigten Zeiten entfiel.

b) Die GmbH hat die steuerfrei belassene Theaterbetriebszulage auch **neben dem Grundlohn geleistet**. Sie war nicht Teil einer einheitlichen Entlohnung für die gesamte, auch an Sonn- und Feiertagen oder nachts geleistete Tätigkeit der Klägerin. In den tarifvertraglichen Regelungen und im Arbeitsvertrag der A wurde hinreichend zwischen der Grundvergütung, der steuerfreien und der steuerpflichtigen Theaterbetriebszulage, letztere als (variable) Grundlohnergänzung, unterschieden (*wird ausgeführt*):

Die vom FG vorgenommene Auslegung der (tarif-)vertraglichen Vereinbarungen hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Die Vorinstanz hat rechtsfehlerfrei darauf erkannt, dass die **(steuerfreie) Theaterbetriebszulage nicht Teil des Grundlohns der A ist, sondern gem. § 5 Buchst. b des Entgelttarifvertrags neben dem Grundlohn für die an Sonn- und Feiertagen oder nachts geleisteten Tätigkeiten gezahlt wird**. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Theaterbetriebszulage bereits in den jeweiligen Tabellenstufen der Vergütungstabelle enthalten ist. Denn die Steuerbefreiung nach § 3b EStG setzt nicht voraus, dass der Bruttolohn in Abhängigkeit von den zu begünstigten Zeiten geleisteten Tätigkeiten variabel ausgestaltet sein muss. Erforderlich, aber auch ausreichend ist insoweit lediglich, dass zwischen dem Grundlohn und den Zuschlägen für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit unterschieden wird. Der Steuerfreiheit der entsprechenden Zuschläge steht es dann nicht entgegen, dass der Grundlohn in Abhängigkeit von der Höhe der erdienten steuerfreien Zuschläge aufgestockt wird, um im Ergebnis einen bestimmten, (tarif-)vertraglich vereinbarten Bruttolohn zu erreichen.

So verhält es sich auch im Streitfall. Der erkennende Senat hat bereits entschieden, dass eine variable Grundlohnergänzung

der Steuerfreiheit von Zuschlägen für tatsächlich geleistete Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit nicht entgegensteht.

Die vorliegenden (tarif-)vertraglichen Regelungen führen auch nicht zu einem schädlichen Herausrechnen der Theaterbetriebszulage aus einem Gesamtbruttolohn. Die Theaterbetriebszulage kann des Weiteren nicht als pauschale Abschlagszahlung qualifiziert werden. Denn die Vereinbarung eines festen Bruttolohns – wie im Streitfall – bedeutet nicht (automatisch), dass die steuerfrei belassene Zulage ohne Rücksicht auf tatsächlich geleistete Arbeitsstunden zu begünstigten Zeiten berechnet wurde.

Eine solche Berechnung hat in Bezug auf den der A steuerfrei gezahlten Teil der Theaterbetriebszulage im vorliegenden Fall unstreitig stattgefunden. Die Theaterbetriebszulage sollte nach den (tarif-)vertraglichen Vereinbarungen ausdrücklich nur für Arbeiten an Sonn- und Feiertagen oder zur Nachtzeit steuerfrei ausgezahlt werden. Sie stand der A daher insoweit gerade nicht allgemein – ohne Ansehung der von ihr im Einzelnen tatsächlich zu den nach § 3b Abs. 2 EStG begünstigten Zeiten geleisteten Arbeitsstunden – zu. **Bei dieser Sachlage wird die vom Gesetz verlangte Trennung von Grundlohn und Zuschlägen nicht deshalb aufgehoben, weil die Grundlohnergänzung in Form des steuerpflichtig ausgezahlten Teils der Theaterbetriebszulage ihrerseits variabel ausgestaltet ist.**

Hinweis für die Praxis:

Zur Steuerbefreiung des § 3b EStG ist beim BFH noch das Revisionsverfahren VI R 11/21 anhängig. Dabei geht es um die Frage, ob Beiträge des Arbeitgebers (Entgeltumwandlung) an eine Unterstützungskasse, die den Arbeitnehmern keinen Rechtsanspruch auf Versorgung gegen die Versorgungseinrichtung einräumt, mangels Zuflusses nicht in die Berechnung des Grundlohns gem. § 3b Abs. 2 Satz 1 EStG mit einzubeziehen sind.

Das **FG Baden-Württemberg**²⁾ hatte entschieden, dass das Finanzamt zu Recht die Beiträge an die Unterstützungskasse nicht in den für die Bemessung der steuerfreien Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit maßgeblichen Grundlohn mit einbezogen hat. Wir kommen auf das Urteil noch zurück. *Ma.*

2) FG Baden-Württemberg v. 19.4.2021, 10 K 1865/20, www.stotax-first.de, Rev. eingelegt, Az. beim BFH: VI R 11/21.

FG Köln zum Werbungskostenabzug von Aufwendungen für eine Gemeinschaftskasse („Freud- und Leidkasse“)

Das FG Köln hatte sich neben dem Spendenabzug einer Zahlung an ein Tierheim für die Dauerunterbringung eines Hundes mit der für viele Arbeitnehmer wichtigen Frage zu befassen, ob Aufwendungen für eine Gemeinschaftskasse („Freud- und Leidkasse“) als Werbungskosten abgezogen

werden können. Es hat diese Frage zumindest in diesem konkreten Fall verneint.¹⁾

? Der Fall (stark verkürzt):

Frau A bezieht als ... Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. Als „weitere Werbungskosten“ machte sie als „Beiträge zu Berufsverbänden“ 36 € (12x 3 €) Beiträge zur Gemeinschaftskasse als Werbungskosten geltend. Zudem begehrte sie die Berücksichtigung von Spenden i.H.v. 5 325 €, von denen noch ein Betrag von 5 000 € streitig ist als „Zahlung an den Tierschutzverein A“ mit folgendem Hintergrund (*wird ausgeführt*):

Das Finanzamt (FA) erkannte die Beiträge zur Gemeinschaftskasse nicht als Werbungskosten an und versagte ebenso die Anerkennung der Aufwendungen, die als Spende für den Hund P geltend gemacht worden waren.

Nach erfolglosem Einspruchsverfahren legte A Klage ein und führte zur Begründung u.a. aus: Der Beitrag zur Gemeinschaftskasse i.H.v. 36 € sei zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Für alle Mitarbeiter, die am beruflichen Gemeinschaftsleben teilnehmen wollten, sei der Eintritt in die Gemeinschaftskasse erforderlich und somit als beruflich veranlasst absetzbar. Über die Beiträge an die Gemeinschaftskasse würden Rücklagen gebildet, die dann für berufliche Gemeinschaftsveranstaltungen (wie etwa Ehrungen, Feierlichkeiten u.Ä.) verausgabt würden und die damit beruflich veranlasst seien. Ohne Belang sei, ob der von A in die Gemeinschaftskasse geleistete Betrag dann tatsächlich für entsprechende Veranstaltungen aufgewandt worden sei, da jedenfalls der Abfluss aus ihrem Vermögen im Streitjahr 2015 erfolgt sei. **Aus den Rücklagen werde ein Krankenpaket und ein Betriebsfest finanziert, so dass es sich um Werbungskosten handle.**

Auch die Sachspende an das Tierheim über 5 000 € sei zu berücksichtigen (*wird ausgeführt*).

→ Die Entscheidung:

Das FG Köln hat die Klage als unbegründet zurückgewiesen, da im Streitfall ist keine begünstigte Spende i.S.d. § 10b EStG gegeben ist (*wird ausgeführt*) und hinsichtlich des Betrages von 36 € der Abzug als Werbungskosten jedenfalls an dem insoweit vorrangigen § 12 Nr. 1 EStG scheitert.

1. Allgemeines zu Werbungskosten

Werbungskosten sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen (§ 9 Abs. 1 Satz 1 EStG). Der BFH bejaht das Vorliegen von Werbungskosten, wenn zwischen den Aufwendungen und der jeweiligen Einkunftsart ein Veranlassungszusammenhang besteht. Es muss objektiv ein Zusammenhang mit der auf Einnahmeerzielung gerichteten Tätigkeit bestehen und die Aufwendungen müssen subjektiv zur Förderung dieser Tätigkeit gemacht werden. **Andererseits dürfen jedoch gem. § 12 Nr. 1 Satz 1 EStG u.a. solche Aufwendungen weder bei den einzelnen Einkunftsarten noch vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden, die für den Haushalt des Stpfl. und seiner Angehörigen aufgewendet werden.** Dazu gehören im Grenzbereich der Vorschriften nach Satz 2 ausdrücklich auch die Aufwendungen für die Lebensführung, die die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des

Stpfl. mit sich bringt, auch wenn sie zur Förderung des Berufs oder der Tätigkeit des Stpfl. erfolgen.

Die **höchstrichterliche Rechtsprechung** stellt für die danach erforderliche Abgrenzung, ob Aufwendungen weit überwiegend beruflich oder privat veranlasst sind, auf den **Anlass der Ausgabe** ab, der unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls (Teilnehmer, Veranstaltungsort und vergleichbare Veranstaltungen) mit der Maßgabe zu würdigen ist, dass die bloße Zuordnenbarkeit eines Ereignisses zu beruflichen Sphäre für sich genommen nicht ohne weiteres die Annahme rechtfertigt, die jeweilige Aufwendung (etwa für eine Feier) sei nahezu ausschließlich beruflich veranlasst.

2. Zu Gemeinschaftskassen („Freud- und Leidkassen“)

Im Streitfall hatte A die diesbezügliche Anfrage des FA zum jeweiligen Anlass konkreter Verwendungen aus der Gemeinschaftskasse im Vorverfahren unbeantwortet gelassen und sich auf den Vortrag beschränkt, dass es sich bei den Zahlungen, die unstreitig nicht auf einer rechtlichen (beruflichen) Verpflichtung beruhen, um freiwillige Leistungen derjenigen Mitarbeiter handelt, die am beruflichen Gemeinschaftsleben (wie z.B. Ehrungen, Feierlichkeiten, Krankenpaket, Betriebsfest, etc.) teilnehmen wollten. **Entscheidend für die berufliche Veranlassung des Beitragsaufwands ist jedoch, ob die gesammelten Gemeinschaftsmittel für nahezu ausschließlich beruflich veranlasste Zwecke verwendet werden.** Das Gericht teilt insoweit nicht die Einschätzung der A, dass es allein auf den Abfluss aus dem Vermögen der A im Streitjahr 2015 ankomme. Die von A verwendete Bezeichnung „berufliche Gemeinschaftsveranstaltungen“ hat insoweit keine Aussagekraft und ist nicht subsumtionsfähig; ebenso **ohne Bedeutung ist die Bezeichnung der Gemeinschaftskasse („Freud und Leid Kasse“ oder ähnlich)**, in die im Rahmen einer beruflichen Gemeinschaft Beiträge geleistet werden.

Insoweit besteht ausgehend von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zunächst der Grundsatz, dass Ehrungen, Feierlichkeiten und Jubiläen als herausgehobene persönliche Ereignisse regelmäßig als durch die private Sphäre des Arbeitnehmers veranlasst beurteilt werden, so dass allenfalls eine Aufteilung in Betracht kommt, wenn nicht die – jeweils für sich gesehen nicht unbedeutenden – beruflichen und privaten Veranlassungsbeiträge derart ineinandergreifen, dass eine Trennung mangels objektiver Kriterien ausgeschlossen und die jeweilige Aufwendung insgesamt nicht abziehbar ist, weil in einem solchen Fall die Aufteilung zu unterbleiben hat (Absehen von der Aufteilung).

Ausnahmen sind nur denkbar, wenn z.B. eine Feierlichkeit nicht in erster Linie der Ehrung des Jubilars und damit nicht der repräsentativen Erfüllung gesellschaftlicher Konventionen, sondern dem **kollegialen Miteinander und daher der Pflege des Betriebsklimas dient**, der Jubilar also mit seiner Einladung der Belegschaft (den Kolleginnen und Kollegen) Dank und Anerkennung zollt oder gefestigten betrieblichen Gepflogenheiten Rechnung trägt. Dies hätte im Streitfall nur dann angenommen werden können, wenn A nach der Aufforderung seitens des FA im Vorverfahren im Rahmen ihrer Mitwirkungs-

1) FG Köln v. 11.12.2018, 10 K 1568/17, EFG 2020, 1003, insoweit rkr.

pflicht spätestens im Klageverfahren über einen **repräsentativen Zeitraum von mindestens einem Jahr sämtliche Anlässe dargelegt hätte, für die Gelder aus der Gemeinschaftskasse verwendet worden sind**. Dies ist im Streitfall jedoch nicht geschehen, so dass eine Trennung mangels objektiver Kriterien ausgeschlossen und die von A geleisteten Beiträge insgesamt weder ganz noch teilweise abziehbar sind.

Hinweis für die Praxis:

Hinsichtlich des Spendenabzugs hat der BFH²⁾ das Urteil des FG Köln aufgehoben und entschieden, dass eine Zuwendung mit der Zweckbindung, ein bestimmtes, einzelnes Tier in konkreter Art und Weise zu unterstützen, als Sonderausgabe abzugsfähig sein kann, da das Letztentscheidungsrecht darüber, ob und wie der begünstigte Empfänger seine steuerbegünstigten Zwecke fördert, bei diesem verbleibt; er muss die Zuwendung nicht annehmen. *Ma.*

2) BFH v. 16.3.2021, X R 37/19, HFR 2021, 1063.

FG Mecklenburg-Vorpommern zur Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 32 EStG (Sammelbeförderung) bei Überlassung eines Dienstwagens

Überlässt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer einen Dienstwagen auch uneingeschränkt für private Zwecke, kommt die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 32 EStG für Sammelbeförderungen nicht zur Anwendung. Dies hat das FG Mecklenburg-Vorpommern¹⁾ im nachfolgenden Urteil (aus Platzgründen beschränkt auf den Streitpunkt Sammelbeförderung) entschieden.

? Der Fall (stark verkürzt):

Firma A beschäftigt sich im Wesentlichen mit Instandhaltungen und Reparaturen. Am Firmensitz beschäftigte sie in den Jahren 2009 bis 2012 rund 20 Angestellte. Zu den Angestellten der A gehörten u.a. die Arbeitnehmer C, M, G und H, die nach eigenen Angaben vorher mit dem Geschäftsführer K. bei der Firma ... in ... gearbeitet hatten. Am 1.4.2009 fand im Büro des K eine Besprechung statt. **Besprechungsthema waren die Einzelheiten einer Sammelbeförderung zur Betriebsstätte.** Für diese Sammelbeförderung stellte die A mehrere Pkw zur Verfügung. Die den jeweils als Fahrer eingeteilten Mitarbeitern übergebenen Pkw standen ihnen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung. **Für die Durchführung der von S als Ersatzfahrerin durchgeführten Fahrten wurde ihr jeweils ein Pkw der A übergeben.** Sämtliche Kosten, die mit dem Betrieb der für den Sammeltransport eingesetzten Pkw entstanden seien, habe die A getragen. So habe es z.B. für die Kraftstoffbetankung Tankkarten gegeben, die auf die Firma gelaufen seien.

Bei einer **Lohnsteuer Außenprüfung** stellte das Finanzamt (FA) u.a. fest, dass für die Arbeitnehmerin S der geldwerte Vorteil für

die Überlassung eines Kraftfahrzeugs für die Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte bisher nicht besteuert worden war. **Die von der A angeführte Begründung, es liege eine steuerfreie Sammelbeförderung nach § 3 Nr. 32 EStG vor, erkannte es nicht an.** Zum einen lägen lediglich mündliche Absprachen vor und es bestehe kein Rechtsanspruch der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber auf Durchführung eines Sammeltransports, sondern lediglich eine Verpflichtung der als Fahrer aufgetretenen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber, mit den ihnen überlassenen Fahrzeugen weitere Arbeitnehmer mitzunehmen. Zum anderen seien es die eingeteilten Fahrer selbst, die regelmäßig das Fahrzeug zur Verfügung gestellt und die Mitnahme von Kollegen organisiert hätten. Die Vorteilsgewährung gegenüber den Arbeitnehmern liege nicht im ganz überwiegenden betrieblichen Interesse und führe bei den jeweiligen Arbeitnehmern zur Lohnzuwendung. Deshalb sei der geldwerte Vorteil der Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte dem Lohnsteuerabzug zu unterwerfen.

Der Einspruch hatte keinen Erfolg.

Die A hat hiergegen **Klage** erhoben. Zur Begründung trägt sie im Wesentlichen vor, dass eine zivilrechtlich wirksame Vereinbarung zwischen der A und den beförderten oder mitbeförderten Arbeitnehmern auch mündlich vereinbart werden könne. In dem Besprechungstermin am 1.4.2009 habe die Geschäftsführung eindeutige mündliche Anweisungen an die Mitarbeiter, denen ein Pkw zur Verfügung gestellt wurde, erteilt, weitere Arbeitnehmer aus dem Raum zur Betriebsstätte zu befördern. Dazu seien Routen und Treffpunkte sowie die jeweiligen Mitfahrer festgelegt worden. Die Sammelbeförderungen seien entsprechend den erteilten Anweisungen in den Jahren 2009 und 2010 auch tatsächlich durchgeführt worden. Ein Schriftformerfordernis habe für die getroffenen Vereinbarungen nicht bestanden.

→ Die Entscheidung:

Das FG Mecklenburg-Vorpommern hat die Klage in diesem Punkt als unbegründet zurückgewiesen. Der Inanspruchnahme der A stand nicht die Regelung in § 3 Nr. 32 EStG entgegen.

1. Keine steuerfreie Sammelbeförderung

Die Arbeitnehmerin S hat im streitigen Zeitraum als Ersatzfahrerin nicht an einer steuerfreien Sammelbeförderung i.S.v. § 3 Nr. 32 EStG teilgenommen.

Nach § 3 Nr. 32 EStG ist die unentgeltliche oder verbilligte Sammelbeförderung eines Arbeitnehmers zwischen Wohnung und Arbeitsstätte mit einem vom Arbeitgeber gestellten Beförderungsmittel steuerfrei, soweit die Sammelbeförderung für den betrieblichen Einsatz des Arbeitnehmers notwendig ist. „Sammelbeförderung“ meint die durch den Arbeitgeber organisierte oder zumindest veranlasste Beförderung mehrerer Arbeitnehmer; sie darf nicht auf dem Entschluss eines Arbeitnehmers beruhen. Die Übernahme der Arbeitnehmerbeförderung bedarf grundsätzlich einer besonderen Rechtsgrundlage. **Die FA hat mit Bezug auf S kein Fahrzeug zur Beförderung weiterer Arbeitnehmer „gestellt“.**

1) FG Mecklenburg-Vorpommern v. 14.7.2021, 1 K 65/15, www.stotax-first.de, Rev. zugelassen.

Die Frage, ob die Befreiungsvorschrift überhaupt zur Anwendung kommen kann, wenn der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer einen Dienstwagen auch für private Zwecke uneingeschränkt überlässt, weil es fraglich ist, ob der Arbeitgeber ein solches Fahrzeug noch zur Beförderung (weiterer) Arbeitnehmer „gestellen“, d.h. zur Verfügung stellen kann, hat der BFH dahinstehen lassen.²⁾ Sie ist nach der Auffassung des Senats dahin zu beantworten, dass der Arbeitgeber in diesem Fall, in dem er S an den Tagen, an denen sie als Ersatzfahrerin für die primär eingeteilten Fahrer G und K tätig war, einen Dienstwagen mit der uneingeschränkten Erlaubnis überlassen hat, diesen auch für private Zwecke nutzen zu dürfen, **kein Beförderungsmittel zur Beförderung weiterer Arbeitnehmer „gestellt“** hat. Vielmehr war es jeweils S, die den mitgenommenen Arbeitnehmern den ihr auch zur uneingeschränkten Privatnutzung überlassenen Dienstwagen zur Verfügung gestellt hat. **Überlässt der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer einen Dienstwagen auch uneingeschränkt für private Zwecke, kommt § 3 Nr. 32 EStG nicht zur Anwendung.**

2. Steuerpflichtiger Arbeitslohn liegt vor

Die mit der uneingeschränkten Erlaubnis zur Privatnutzung des S überlassenen Dienstwagens verbundenen Vorteile erweisen sich nicht als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzungen.

Steuerpflichtiger Arbeitslohn ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Arbeitnehmer Einnahmen (Bezüge oder geldwerte Vorteile) zufließen, die „für“ seine Arbeitsleistung gewährt werden (§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG). Diesem Tatbestandsmerkmal ist nach ständiger Rechtsprechung zu entnehmen, dass ein dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zugewandeter Vorteil Entlohnungscharakter für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft haben muss, um als Arbeitslohn angesehen zu werden. Demgegenüber sind solche Vorteile **kein Arbeitslohn**, die sich bei objektiver Würdigung aller Umstände nicht als Entlohnung, sondern lediglich als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzung erweisen. Steuerpflichtiger Arbeitslohn ist nur dann nicht anzunehmen, wenn sich die Zuwendung nahezu ausschließlich als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzung erweist.

Zum einen sprechen die von der A selbst angegebenen Zahlen von 58 Tagen im Jahr 2009 und 71 Tagen im Jahr 2010, an denen S als Fahrerin über einen Dienstwagen verfügen konnte und diesen während dieser Zeit auch uneingeschränkt privat nutzen durfte, **gegen eine nahezu ausschließlich als notwendige Begleiterscheinung betriebsfunktionaler Zielsetzung anzusehende Zuwendung.** Zum anderen hat die Zeugin H angegeben, dass S bei einer Verhinderung des G über ein Wochenende den Firmenwagen mit nach Hause genommen habe. Ein weiterer Zeuge hat ausgesagt, dass S mit ihrem Privatwagen in den Betrieb gefahren sei, dort das Poolfahrzeug übernommen habe und das Privatfahrzeug bis zur Rückgabe des Poolfahrzeuges im Betrieb stehen geblieben sei. Demnach war S während der Ersatzfahrten nicht nur beruflich, sondern auch privat auf das zur Verfügung gestellte Dienstfahrzeug angewiesen. Die Nutzung dieses Fahrzeugs war für sie auch vorteilhaft, da sämtliche Kosten nach der Aussage des Zeugen von der Firma A getragen wurden. Bei einer ausschließlich für die Durchführung der Sam-

melbeförderung einschließlich von S als Fahrerin erfolgten Überlassung eines Kfz wäre es nicht – wie die A meint – lebensfremd gewesen, die Nutzung auf die Sammelbeförderung zu beschränken und eine Privatnutzung auszuschließen.

Die Überlassung eines handelsüblichen Dienstwagens an die S als Ersatzfahrerin mit uneingeschränkter Erlaubnis zur privaten Nutzung entsprach zwar hinsichtlich der vereinbarten Beförderung bestimmter Arbeitnehmer zwischen deren Wohnung und der Arbeitsstätte in ... betrieblichen Interessen der A. **Jedoch kann das mit der Überlassung eines Dienstfahrzeugs mit uneingeschränkter Nutzungserlaubnis zu privaten Zwecken einhergehende eigene Interesse der S nicht vernachlässigt werden.** S hat die Funktion einer Ersatzfahrerin freiwillig übernommen und die Nutzung des überlassenen Fahrzeugs war nicht ausschließlich an die Durchführung der vereinbarten Transportfahrten gebunden. Auf Grund der eingeräumten unbeschränkten Nutzung zu privaten Zwecken, auch wenn dieses nur zeitweilig möglich war, wird der Arbeitslohncharakter der Überlassung eines Dienstwagens nicht verneint.

3. Kein Vergleich mit einem Feuerwehrfahrzeug

Soweit A auf das BFH-Urteil verweist, in dem der BFH³⁾ bei Überlassung eines Feuerwehreinsetzfahrzeugs keinen lohnsteuerbaren Vorteil angenommen hat, führt dieses Urteil zu keiner abweichenden Beurteilung. Die besondere Ausstattung des dort beschriebenen Einsatzfahrzeugs und die besondere Funktion des Leiters der Freiwilligen Feuerwehr unterscheiden sich grundlegend von dem im Streitfall zu beurteilenden Sachverhalt. Der Arbeitnehmerin wurde für die Ersatzfahrten ein handelsüblicher Mercedes Benz A 160 CDI Limousine zur Verfügung gestellt. **Anders als im Streitfall konnte im o.g. BFH-Urteil nichts für eine Überlassung des Einsatzfahrzeugs zu privaten Zwecken Sprechendes festgestellt werden.** Anders als bei dem dortigen Wehrführer bestand bei der Arbeitnehmerin S keine ständige Einsatzbereitschaft und sie hatte die Möglichkeit, das ihr überlassene Fahrzeug sowohl für ihre eigenen Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte als auch darüber hinaus für private Zwecke zu nutzen.

Hinweis für die Praxis:

Das Gericht hat ausdrücklich Revision zugelassen. In seinem Urteil v. 29.1.2009 habe der BFH die Rechtsfrage, ob die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 32 EStG überhaupt zur Anwendung kommen kann, wenn der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer einen Dienstwagen auch für private Zwecke uneingeschränkt überlässt, dahinstehen lassen.

Ob A Revision einlegen wird, bleibt abzuwarten.

Ma.

2) BFH v. 29.1.2009, VI R 56/07, BStBl II 2010, 1067.

3) BFH v. 19.4.2021, VI R 43/18, BStBl II 2021, 605.



Titelthema

AKTUELLES ZUR PANDEMIE

Neue sozialrechtliche Regelungen durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes

Dr. Ulrich Freudenberg, Vorsitzender Richter am Landessozialgericht, Essen

Das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021 (BGBl. I 2021, 4906) – im Folgenden: **IfSGÄndG** – ist der Öffentlichkeit in erster Linie durch Änderungen am Instrumentarium der Pandemiebekämpfung in Gestalt der Einführung der 3G-Regelung in Betrieben und die Neuausrichtung von Kontaktbeschränkungen ins Bewusstsein gedrungen. Tatsächlich handelt es sich jedoch um ein sog. Artikelgesetz, durch das insgesamt weit über 20 Gesetze und Verordnungen in z.T. mehreren Vorschriften geändert werden. Darunter sind zahlreiche Bestimmungen des Sozialrechts. Der folgende Beitrag stellt die Rechtslage am 30.11.2021 dar, einem Zeitpunkt, zu dem einige Normen des Gesetzes öffentlich sehr kontrovers diskutiert werden. Dabei handelt es sich jedoch in erster Linie um Regelungen des unmittelbaren Infektionsschutzrechts, so dass anzunehmen ist, dass das sozialrechtliche Instrumentarium im Wesentlichen unangetastet bleibt.

I. Erstattungsanspruch von Arbeitgebern

Die erste wesentliche Änderung betrifft das IfSG selbst. Dort bestimmt **§ 56 Abs. 1 IfSG**:

„§ 56 Abs. 1 IfSG

¹Wer auf Grund dieses Gesetzes als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern [...] in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstaufschlag erleidet, erhält eine Entschädigung in Geld. ²Das Gleiche gilt für eine Person, die [...] absondert wird oder sich auf Grund einer nach § 36 Absatz 8 Satz 1 Nummer 1 erlassenen Rechtsverordnung absondert. [...] ⁴Eine Entschädigung nach den Sätzen 1 und 2 erhält nicht, wer durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung oder anderer Maßnahme der spezifischen Prophylaxe, die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, oder durch Nichtantritt einer vermeidbaren Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet ein Verbot in der Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit oder eine Absonderung hätte vermeiden können. ⁵Eine Reise ist i.S.d. Satzes 4 ver-

meidbar, wenn zum Zeitpunkt der Abreise keine zwingenden und unaufschiebbaren Gründe für die Reise vorlagen.“

Die Frage, was in diesen Fällen mit einer etwaigen **Versicherungspflicht** des entschädigungsberechtigten Arbeitnehmers in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung geschieht, behandelt **§ 57 Abs. 1 IfSG**.

Nach § 57 Abs. 1 Satz 1 IfSG besteht die Versicherungspflicht in der **gesetzlichen Rentenversicherung** fort. Das entschädigungspflichtige Land trägt die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung nach § 57 Abs. 1 Satz 3 IfSG allein. Zahlt der **Arbeitgeber** für die zuständige Behörde die Entschädigung aus, so gilt Satz 3 entsprechend. Auf Antrag des Arbeitgebers hat die zuständige Behörde ihm dann jedoch die zur gesetzlichen Rentenversicherung entrichteten Beiträge zu **erstaten** (§ 57 Abs. 1 Satz 4 IfSG).

Nunmehr bestimmt **§ 57 Abs. 1 Satz 5 IfSG** i.d.F. durch **Art. 1 Nr. 6 Buchst. a IfSGÄndG**, dass die Erstattung auch Beiträge umfasst, die nach **§ 172 SGB VI** vom Arbeitgeber entrichtet wurden. Dabei handelt es sich um Beiträge für solche Versicherten, die **versicherungsfrei** oder **von der Versicherungspflicht befreit** sind. Bei diesen haben die Arbeitgeber in den gesetzlich bestimmten Fällen Beitragsanteile zu tragen.

Beispiele:

Bei Beschäftigten, die wegen Erreichens der Regelaltersgrenze versicherungsfrei sind, tragen die Arbeitgeber die Hälfte des Beitrags, der im Falle der Rentenversicherungspflicht zu zahlen wäre.

Bei entgeltgeringfügig versicherungsfrei Beschäftigten (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV) zahlen die Arbeitgeber einen Beitragsanteil von 15 %.

Die Neufassung des § 57 Abs. 1 Satz 5 IfSG stellt nunmehr klar, dass auch diese Beitragsanteile vom entschädigungspflichtigen Land erstattet werden.

Entsprechendes gilt gem. **§ 57 Abs. 2 IfSG** in der **gesetzlichen Krankenversicherung**. In dieser besteht – ebenso wie in der **sozialen Pflegeversicherung** und der **Arbeitslosenversicherung** – die Versicherungspflicht fort. Ebenso sind die **Umlagen** nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) und die **Insolvenzgeldumlage** (§ 358 SGB III) weiterzuzahlen. Auch hier ist grds. zahlungspflichtig das entschädigungspflichtige Land. Zahlt stattdessen der **Arbeitgeber**, hat er gegen das Land einen **Erstattungsanspruch**.

Durch **§ 57 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 IfSG** i.d.F. von **Art. 1 Nr. 6 Buchst. b IfSGÄndG** wird nunmehr klargestellt, dass die Erstattungspflicht auch Beiträge umfasst, die nach **§ 249b SGB V** vom Arbeitgeber entrichtet wurden. Dabei handelt es sich um die Beiträge, die vom Arbeitgeber für **versicherungsfreie geringfügig Beschäftigte** zu zahlen sind.

Beide Neuregelungen sind am **24.11.2021** in Kraft getreten.

II. Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes

Nach **§ 45 Abs. 1 Satz 1 SGB V** haben Versicherte Anspruch auf Krankengeld, wenn es nach ärztlichem Zeugnis erforderlich ist, dass sie zur **Baufsichtigung, Betreuung oder Pflege** ihres **erkrankten und versicherten Kindes** der Arbeit fernbleiben, eine andere in ihrem Haushalt lebende Person das Kind nicht beaufsichtigen, betreuen oder pflegen kann und das Kind das **zwölfte Lebensjahr** noch nicht vollendet hat oder behindert und auf Hilfe angewiesen ist.

Der Anspruch besteht nicht unbeschränkt, sondern ist der Dauer nach **pro Kalenderjahr** gem. **§ 45 Abs. 2 SGB V** **begrenzt**, und zwar normalerweise **für jedes Kind** auf längstens **10 Arbeitstage**, für **alleinerziehende** Versicherte auf längstens **20 Arbeitstage**. Insgesamt, d.h. bezogen auf alle Kinder, besteht der Anspruch der Versicherten für nicht mehr als **25 Arbeitstage**, für **alleinerziehende** Versicherte für nicht mehr als **50 Arbeitstage** je Kalenderjahr (**§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB V**).

Diese Anspruchsdauer ist schon im Laufe des Jahres 2021 pandemiebedingt verlängert worden, und zwar durch **§ 45 Abs. 2a SGB V**, dessen im Wesentlichen unveränderte Fortgeltung **Art. 5 Nr. 1 IfSGÄndG** mit Wirkung ab dem 1.1.2022 anordnet. Danach besteht der Anspruch auf Krankengeld bei Erkrankung eines Kindes für das Jahr **2022** (weiterhin)

- für jedes **Kind** für längstens für **30** Arbeitstage, für **alleinerziehende** Versicherte längstens für **60** Arbeitstage
- je Versicherter bzw. Versichertem für nicht mehr als **65** Arbeitstage, für **alleinerziehende** Versicherte für nicht mehr als **130** Arbeitstage.

Bis zum Ablauf des **19.3.2022** besteht der Anspruch auch dann, wenn **Einrichtungen** zur Betreuung von Kindern, **Schulen** oder Einrichtungen für Menschen mit Behinderung zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen oder übertragbaren Krankheiten

- auf Grund des IfSG vorübergehend geschlossen werden,
- das Betreten der Einrichtung untersagt wird,
- von der zuständigen Behörde aus Gründen des Infektionsschutzes Schul- oder Betriebsferien angeordnet oder verlängert werden,
- die Präsenzpflicht in einer Schule aufgehoben wird,
- der Zugang zum Kinderbetreuungsangebot eingeschränkt wird, **oder**
- das Kind auf Grund einer behördlichen Empfehlung die Einrichtung nicht besucht.

Die genannten Hinderungsgründe für den Besuch der Schule oder Einrichtung sind der Krankenkasse auf geeignete Weise

nachzuweisen. Die Krankenkasse kann dabei die **Bescheinigung** der Einrichtung oder Schule verlangen.

Nach der Gesetzesbegründung besteht der Anspruch unabhängig davon, ob die geschuldete Arbeitsleistung nicht auch grundsätzlich im **Homeoffice** erbracht werden kann.¹⁾

Für die Zeit, in der Versicherte Krankengeld nach **§ 45 Abs. 1** i.V.m. Abs. 2a SGB V beziehen, **ruht** für beide Elternteile nach **§ 45 Abs. 2b SGB V** der **Anspruch auf § 56 Abs. 1a IfSG**. Diese Vorschrift regelt in Satz 1 Nr. 1 den **Entschädigungsanspruch** für erwerbstätige Personen, die einen Verdienstausfall dadurch erleiden, dass der Deutsche Bundestag eine **epidemische Lage von nationaler Tragweite** festgestellt hat und auf Grund dessen eine der in **§ 45 Abs. 2a SGB V** genannten Maßnahmen stattfindet. Auf diese Weise soll ein doppelter Schadensausgleich verhindert werden. Soweit eine solche Maßnahme erfolgt, ohne dass der Deutsche Bundestag die entsprechende Feststellung getroffen hat, stellt sich das Konkurrenzproblem beider Vorschriften nicht.

III. Leistungsfortzahlung bei Erkrankung eines Kindes

Entsprechend zu **§ 45 SGB V** hat der Gesetzgeber auch den Anspruch auf **Leistungsfortzahlung** von **Arbeitslosengeldbeziehern** bei Erkrankung eines Kindes, der grundsätzlich in **§ 146 SGB III** geregelt ist, angepasst. Nach **§ 421d Abs. 3 Satz 1 SGB III** i.d.F. durch **Art. 4 IfSGÄndG** besteht dieser Anspruch im Jahr 2022 ebenfalls für jedes Kind längstens 30 Tage, bei alleinerziehenden Arbeitslosen längstens für 60 Tage; pro Arbeitslosengeldbezieher/in für maximal 65 Tage und für Alleinerziehende wiederum 130 Tage im Kalenderjahr.

IV. Anspruch auf Pflegeunterstützungsgeld

Für kurzzeitige Arbeitsverhinderung nach **§ 2 PflegeZG** haben Beschäftigte i.S.d. **§ 7 Abs. 1 PflegeZG**, die für diesen Zeitraum keine Entgeltfortzahlung vom Arbeitgeber und kein Kranken- oder Verletztengeld bei Erkrankung oder Unfall eines Kindes beanspruchen können, Anspruch auf einen Ausgleich für entgangenes Arbeitsentgelt, das sog. **Pflegeunterstützungsgeld**, für bis zu insgesamt zehn Arbeitstage. Das ist in **§ 44a Abs. 3 Satz 1 SGB XI** geregelt.

Kurzzeitige Arbeitsverhinderung i.S.d. **§ 2 PflegeZG** ist eine solche, die erforderlich ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicherzustellen. Zu den **Beschäftigten** i.S.d. **§ 7 Abs. 1 PflegeZG** gehören u.a. auch Auszubildende.

Nach **§ 150 Abs. 5d Satz 1 SGB XI** besteht dieser Anspruch für **bis zu 20 Arbeitstage unabhängig** davon, ob eine kurzzeitige Arbeitsverhinderung i.S.d. **§ 2 PflegeZG** vorliegt, wenn

- „1. die Beschäftigten glaubhaft darlegen, dass sie die Pflege oder die Organisation der Pflege auf Grund der SARS-CoV-2-Pandemie übernehmen,

1) BT-Drucks. 20/15, S. 36 zu Art. 5 Nr. 1.

2. sie keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung vom Arbeitgeber, Kranken- oder Verletzengeld bei Erkrankung oder Unfall eines Kindes haben und

3. die häusliche Pflege nicht anders sichergestellt werden kann.“

Nach § 150 Abs. 6 SGB XI i.d.F. des Art. 8 Nr. 2 Buchst. b IfSGÄndG verlängert die Erweiterung des Anspruchs jetzt bis zum 31.3.2022.

Zudem bestimmt § 150b SGB XI i.d.F. des Art. 8 Nr. 3 IfSG-ÄndG, dass die Arbeitstage, für die Pflegeunterstützungsgeld im Geltungszeitraum von § 150 Abs. 5d Satz 1 SGB XI in Anspruch genommen worden ist, auf die Arbeitstage, für die Pflegeunterstützungsgeld nach § 44a Abs. 3 SGB XI in Anspruch genommen werden kann, **nicht angerechnet** werden.

Hintergrund dieser Regelung sind die Prognosen des Robert-Koch-Instituts, wonach davon auszugehen sind, dass die Zahl der hospitalisierten Fälle in den Altersgruppen v.a. ab 70 Jahre wieder ansteigen wird und daher weiterhin Bedarf für einen erleichterten Zugang zum Pflegeunterstützungsgeld der Angehörigen besteht.

V. Hinzuverdienstgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung

Nach § 34 Abs. 2 SGB VI besteht Anspruch auf eine **Rente wegen Alters** als Vollrente **vor Erreichen der Regelaltersgrenze** nur, wenn die **kalenderjährliche Hinzuverdienstgrenze von 6 300 € nicht überschritten** wird. Weiteres den Hinzuverdienst limitierendes Berechnungselement ist ein sog. **Hinzuverdienstdeckel (§ 34 Abs. 3a SGB VI)**.²⁾

§ 302 Abs. 8 SGB VI bestimmt für die Zeit ab dem 1.1.2021, dass

- der Betrag von 6 300 € durch den Betrag von **46 060 €** ersetzt wird und
- der Hinzuverdienstdeckel keine Anwendung findet.

Art. 6a IfSGÄndG regelt, dass diese Erleichterung beim rentenschädlichen Hinzuverdienst über den 31.12.2021 hinaus **bis zum 31.12.2022** anzuwenden ist. Die Vorschrift ist erst im Zuge der Ausschussberatungen ins Gesetz eingefügt worden.³⁾

VI. Beitragsfreiheit der Einnahmen von Ärztinnen und Ärzten in Impfzentren

Nach § 130 Satz 1 SGB IV sind Einnahmen aus Tätigkeiten als **Ärztin oder Arzt** in einem **Impfzentrum** i.S.d. Coronavirus-Impfverordnung oder einem dort angegliederten **mobilen Impfteam** seit dem 15.12.2020 **nicht beitragspflichtig**. **Art. 4a IfSGÄndG** verlängert diesen Zeitraum der Beitragsfreiheit nunmehr über den 31.12.2021 hinaus **bis zum 30.4.2022**.

Hintergrund der Bestimmung ist das Ziel, Ärztinnen und Ärzte zusätzlich zu ihrer sonstigen Tätigkeit für Dienste in Impfzentren und mobilen Impfteams zu motivieren und Ärztinnen und Ärzte im Ruhestand für solche Tätigkeiten zu gewinnen. Gerade auf Grund der Notwendigkeit bzw. Sinnhaftigkeit von Auffrischimpfungen ist dieses Ziel über den 31.12.2021 von zentraler Bedeutung.

Für Tätigkeiten, bei denen die Einnahmen nach Satz 1 nicht beitragspflichtig sind, bestehen auch **keine Meldepflichten zur Einzugsstelle (§ 130 Satz 2 SGB IV)**.

VII. Künstlersozialversicherung

Erleichterungen hat der Gesetzgeber auch für die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung geregelt.

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 KSVG ist versicherungsfrei in der Künstlersozialversicherung – und hat damit keine Möglichkeit der Aufnahme in diese bzw. muss aus dieser ausscheiden – wer in dem Kalenderjahr aus selbständiger künstlerischer und publizistischer Tätigkeit voraussichtlich ein **Arbeitseinkommen** erzielt, das **3 900 €** nicht übersteigt. Ausnahmsweise bestimmt § 3 Abs. 3 Satz 1 KSVG, dass die Versicherungspflicht – und damit die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung – bestehen bleibt, solange das Arbeitseinkommen **nicht mehr als zweimal innerhalb von sechs Jahren** die genannte Grenze nicht übersteigt. Damit soll in Anbetracht der schwankenden Einkünfte von Künstlern und Publizisten ein häufiger Wechsel in die Künstlersozialversicherung hinein und wieder heraus vermieden werden. § 3 Abs. 3 Satz 2 KSVG i.d.F. von **Art. 11 Nr. 1 IfSGÄndG** bestimmt nun, dass ein **Unterschreiten** der Grenze in den Jahren **2020 bis 2022 unberücksichtigt** bleibt. Wegen zu niedriger Verdienste in diesen Jahren muss daher niemand aus der Künstlersozialversicherung ausscheiden. Der Nachweis einer Kausalität auf Grund der COVID-19-Pandemie ist dabei **nicht** erforderlich.

Speziell zur Versicherungspflicht in der **gesetzlichen Krankenversicherung** regelt § 5 Abs. 1 Nr. 5 KSVG, dass nicht versicherungspflichtig ist, wer eine **nicht künstlerische** oder publizistische selbständige Tätigkeit erwerbsmäßig ausübt, soweit diese **mehr als nur geringfügig** ist. Entsprechendes gilt nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 KSVG für die **soziale Pflegeversicherung**. Abweichend davon bestimmt § 53 KSVG, dass die Versicherungsfreiheit in der Zeit ab dem 23.7.2021 erst dann eintritt, wenn aus der nicht künstlerischen oder publizistischen Erwerbstätigkeit ein Arbeitseinkommen erzielt wird, das voraussichtlich **1 300 €** im Monat übersteigt. Voraussetzung ist weiter, dass die Versicherungsfreiheit in der Kranken- bzw. Pflegeversicherung im Zeitraum ab dem 1.1.2020 eingetreten ist oder eintritt. **Art. 11 Nr. 2 IfSGÄndG** verlängert diesen Zeitraum jetzt bis zum **31.12.2022**. Damit bleibt in größerem Umfang als bisher die Mitgliedschaft in der Künstlersozialversicherung für solche Künstler und Publizisten erhalten, die vorübergehend pandemiebedingt einer nicht künstlerischen oder publizistischen Tätigkeit nachgehen mussten.

VIII. Fazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber die Unterstützungmaßnahmen im Bereich der Sozialversicherung weitgehend für das Jahr 2022, zumindest aber das erste Quartal aufrechterhält. Die Fortdauer wird im Einzelnen von der Entwicklung der pandemischen Lage abhängen.

2) Zu Details, Freudenberg, B+P 2017, 127.

3) Vgl. hierzu BT-Drucks. 20/89, S. 22 zu Art. 6a.



Titelthema

AKTUELLES ZUR PANDEMIE

Kurzarbeit bei COVID-19: Anordnung auf Grund Tarifvertrags

Mit der Frage, ob der Tarifvertrag zur Regelung der Kurzarbeit im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) – im Folgenden: TV COVID – eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Anordnung von Kurzarbeit enthält, hatte sich das SG Nordhausen zu befassen. Die Entscheidung ist nicht zuletzt auch deshalb von praktischer Bedeutung, weil der Verordnungsgeber die erleichterten Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld bis zum 31.3.2022 verlängert hat (siehe dazu die Hinweise für die Praxis).

? Der Fall:

Die klagende Gemeinde ist Mitglied des Kommunalen Arbeitgeberverbandes Thüringen, der seinerseits Mitglied der VKA ist. Auf die Arbeitsverhältnisse mit der Gemeinde findet das Tarifvertragswerk des TVöD/VKA Anwendung. Am 30.3.2020 schloss der VKA mit ver.di, dem dbb und tarifunion den TV COVID.

Die Gemeinde betreibt einen kommunalen Kindergarten. Dieser war seit dem 17.3.2020 pandemiebedingt geschlossen. Bis zum 17.4.2020 behalf man sich mit Dokumentations- und Konzeptarbeiten, Abbau von Überstunden und Urlaubsansprüchen. Am 16.4.2020 vereinbarten die Gemeinde und ihr Personalrat die Einführung von Kurzarbeit für den Kindergarten ab dem 20.4.2020. Die Kurzarbeit wurde den betroffenen Beschäftigten angekündigt. Am 20.4.2020 zeigte die Gemeinde den Arbeitsausfall bei der zuständigen Agentur für Arbeit an: Die Arbeitszeit solle auf wöchentlich null Stunden reduziert werden. Alle sechs Arbeitnehmerinnen des Betriebs seien betroffen. Die Agentur für Arbeit teilte der Gemeinde mit, dass nach den vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliege und die betrieblichen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erfüllt seien, welches den betroffenen Arbeitnehmerinnen bewilligt werde, sofern diese die persönlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllten (Bescheid vom 21.4.2020).

Ab dem 4.5.2020 war der Kindergarten im Rahmen der Notbetreuung geöffnet. Es lag daher nur noch ein teilweiser Arbeitsausfall vor. Den Leistungsantrag der Gemeinde für den Monat April 2020 lehnte die Agentur für Arbeit ab: Die Einführung von Kurzarbeit sei auf Grund fehlender arbeitsrechtlicher Voraussetzungen nicht möglich. Der TV COVID sei nicht auf Beschäftigte des öffentlichen Dienstes anwendbar, die unter den TVöD

Sozial- und Erziehungsdienst (SuE) fielen. In diesen Fällen müsse der Arbeitgeber trotz Arbeitsausfalls die vollständigen Arbeitsentgelte zahlen. Der Widerspruch der Gemeinde hiergegen blieb erfolglos.

➔ Die Entscheidung:

Das daraufhin angerufene SG Nordhausen hat der Klage stattgegeben.¹⁾

Die Gemeinde kann als Arbeitgeberin der im Kindergarten Beschäftigten deren Ansprüche auf Kurzarbeitergeld geltend machen. Sie handelt insoweit als sog. **gesetzliche Prozessstandschafterin**.²⁾

„Nach § 95 Satz 1 SGB III haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn

- 1. ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt*
- 2. die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind,*
- 3. die persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind und*
- 4. der Arbeitsausfall der Agentur für Arbeit angezeigt worden ist.“*

1. Bindender Anerkennungsbescheid

Auf Grund des **bindenden Anerkennungsbescheides** vom 21.4.2020 stehen sowohl das Vorliegen eines **erheblichen Arbeitsausfalls** (§ 95 Satz 1 Nr. 1 1. Voraussetzung SGB III) als auch die Erfüllung der **betrieblichen Voraussetzungen** (§ 95 Satz 1 Nr. 2 SGB III) fest.

Rechtsgrundlage für den Anerkennungsbescheid ist **§ 99 Abs. 3 SGB III**. Danach hat die Agentur für Arbeit der oder dem Anzeigenden unverzüglich einen schriftlichen Bescheid darüber zu erteilen, ob auf Grund der vorgetragenen und glaubhaft gemachten Tatsachen ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Der vorliegende Anerkennungsbescheid enthält außer den genannten, gesetzlich geregelten Elementen formal die „Zusiche-

1) SG Nordhausen v. 31.8.2021, S 18 AL 1396/20.

Leitsatz:

Der Tarifvertrag zur Regelung der Kurzarbeit im Bereich der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (TV COVID) ermöglichte die Einführung von Kurzarbeit auch in Kindertageseinrichtungen.

2) Vgl. BSG v. 7.5.2019, B 11 AL 11/18 R, SozR 4-4300 § 175 Nr. 3; BSG v. 14.9.2010, B 7 AL 21/09 R, SozR 4-4300 § 173 Nr. 1.

„rung“, dass bei Vorliegen eines Entgeltausfalls (§ 95 Satz 1 Nr. 1 Voraussetzung 2 SGB III) und Erfüllung der persönlichen Voraussetzungen (§ 95 Satz 1 Nr. 3 SGB III) sowie nach ordnungsgemäßer Antragstellung Kurzarbeitergeld für die Dauer des Arbeitsausfalls bzw. die Höchstdauer (§ 104 SGB III) gezahlt wird.

Mit diesem Inhalt ist der Anerkennungsbescheid **bindend** i.S.v. **§ 77 SGG** geworden. Eine gerichtliche Überprüfung ist damit im vorliegenden Verfahren ausgeschlossen. Auch die Agentur für Arbeit ist an den Bescheid gebunden. Sie kann die Anerkennung nur ändern, soweit dies gesetzlich möglich ist. Im vorliegenden Fall hat sie den Anerkennungsbescheid weder zurückgenommen noch aufgehoben.

Zwar wird mit Blick auf die Gesetzesmaterialien³⁾ angenommen, die Grundlagen für den Anerkennungsbescheid entfielen, wenn sich **nachträglich die Unrichtigkeit der glaubhaft gemachten Tatsachen** in einem Umfang herausstelle, der die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld entfallen ließe.⁴⁾ Dafür bestehen hier jedoch keine Anhaltspunkte.

2. Persönliche Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erfüllt

Das SG führt weiter aus, dass die in **§ 98 SGB III** geregelten **persönlichen Voraussetzungen** für die Zahlung von Kurzarbeitergeld erfüllt sind. Hieran haben im konkreten Fall offenbar keine Zweifel bestanden.

3. Ordnungsgemäße Anzeige des Arbeitsausfalls

Ebenfalls keine Bedenken bestehen hinsichtlich der nach § 95 Satz 1 Nr. 4 SGB III erforderlichen ordnungsgemäßen **Anzeige** des Arbeitsausfalls gegenüber der Agentur für Arbeit. Deren Voraussetzungen sind in **§ 99 Abs. 1 SGB III** geregelt. Danach ist der Arbeitsausfall bei der Agentur für Arbeit, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat, schriftlich oder elektronisch anzuzeigen. Der Anzeige des Arbeitgebers ist eine Stellungnahme der Betriebsvertretung beizufügen. Mit der Anzeige ist glaubhaft zu machen, dass ein erheblicher Arbeitsausfall besteht und die betrieblichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld erfüllt sind.

4. Entgeltausfall für die betroffenen Arbeitnehmerinnen

Damit kommt es entscheidend darauf an, ob der Arbeitsausfall für die betroffenen Arbeitnehmerinnen auch mit einem **Entgeltausfall** verbunden gewesen ist. Das SG erwägt kurz, ob diese Voraussetzung von der Agentur für Arbeit schon bindend mit dem Anerkennungsbescheid anerkannt worden ist, weil es danach nur noch auf das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen ankommen sollte, lässt dies jedoch letztlich offen, weil der Entgeltausfall jedenfalls feststehe.

Voraussetzung des Entgeltausfalls ist, dass die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber **keinen arbeitsrechtlichen Entgeltanspruch** geltend machen können. Grundsätzlich kommt der Arbeitgeber, der die ihm ordnungsgemäß angebotene Arbeitsleistung nicht in Anspruch nimmt, in **Annahmeverzug** mit der Folge, dass der Arbeitnehmer seinen Lohnanspruch behält (**§ 615 BGB**). Anders verhält

es sich dann, wenn **Kurzarbeit** rechtmäßig **angeordnet** wurde. Dem vom SG Nordhausen in seinem Urteil mitgeteilten Tatbestand nach ist Kurzarbeit hier zwischen Arbeitgeber und Personalrat vereinbart worden. Demgegenüber gehen die Entscheidungsgründe von einer einseitigen Anordnung – mutmaßlich mit Beteiligung des Personalrats – aus. Als **Rechtsgrundlage** einer solchen Anordnung kommt insoweit **§ 2 Abs. 1 Satz 1 TV COVID** in Betracht. Dieser sieht vor:

„§ 2 Abs. 1 Satz 1 TV COVID

¹Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gem. SGB III und Kurzarbeitergeldverordnung kann durch den Arbeitgeber Kurzarbeit angeordnet werden. ²Die Anordnung der Kurzarbeit bedarf der Beteiligung des Betriebs- oder Personalrats im Rahmen des Antragsverfahrens nach § 99 SGB III. ³Die gesetzlichen Rechte des Betriebs- oder Personalrats bleiben darüber hinaus bestehen, soweit durch diesen Tarifvertrag keine abschließende Regelung getroffen wird.“

a) Grundsätzliche Anwendbarkeit des TV COVID

Der TV COVID ist auf die Beschäftigten in dem von Kurzarbeit betroffenen Kindergarten anzuwenden.

Dies folgt zum einen auf Grund der **Tarifbindung** der Arbeitsvertragsparteien (**§§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 TVG**), zum anderen auf Grund **arbeitsvertraglicher Bezugnahme**.

b) Wirksamkeit des TV COVID

Der TV COVID ist zudem wirksam. Er zielt **nicht** auf eine **Umgehung zwingender Kündigungsschutznormen**. Denn die Anordnungsbefugnis des Arbeitgebers ist hinsichtlich des Anlasses für die Einführung von Kurzarbeit, hinsichtlich eventueller Ankündigungsfristen, ihrer Dauer, ihres Umfangs, auch hinsichtlich der Frage, ob die Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Agentur für Arbeit gesichert sein muss, hinreichend begrenzt.

c) Anwendbarkeit des TV COVID auch auf die Arbeitsverhältnisse in der Kindertageseinrichtung

Auch die Mitarbeitenden in der von Kurzarbeit betroffenen Kindertageseinrichtung der Gemeinde unterfallen dem TV COVID. Dessen **Anwendungsbereich** ist in seinem **§ 1 Abs. 1** näher bestimmt, welcher lautet:

„§ 1 Abs. 1 TV Covid

Dieser Tarifvertrag gilt für Beschäftigte, die in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitgeber stehen, der Mitglied eines Mitgliedverbandes der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, und von einem bei diesem geltenden Tarifvertrag erfasst sind.“

In **§ 1 Abs. 2 TV COVID** sind zwar **Ausnahmen** geregelt. Diese betreffen jedoch im Wesentlichen einen Personenkreis, der keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld hat, und sind hier nicht einschlägig. Anhaltspunkte dafür, dass Beschäftigte in Kindertageseinrichtungen nicht erfasst sein sollen, ergeben sich aus dem Wortlaut der Tarifbestimmung nicht.

3) BT-Drucks. 13/4941, S. 185 zu § 173 Abs. 3.

4) LSG Nordrhein-Westfalen v. 17.9.2020, L 20 AL 109/20 B ER, www.stotax-first.de.

Etwas anderes, so das SG, folgt auch nicht aus **Sinn und Zweck** des TV COVID. Seiner Präambel nach solle dieser die Möglichkeit geben, im Anschluss an die Corona-Krise möglichst schnell wieder auf den dann erforderlichen Personalbedarf reagieren zu können. Die finanzielle Existenz der Beschäftigten in der Krise solle gesichert werden und der Schaden von den Arbeitgebern des öffentlichen Diensts abgehalten werden.

Ausgehend davon kämen Einschränkungen beim persönlichen Anwendungsbereich des TV COVID nur dann in Frage, wenn Bereiche des öffentlichen Dienstes betroffen seien, die während der Pandemie **keinen Arbeitsausfall** befürchten mussten. Da indessen Kindertageseinrichtungen z.T. behördlich geschlossen worden seien, sei es in diesem Bereich zu Arbeitsausfällen gekommen.

Nichts Gegenteiliges ergibt sich aus der **Niederschriftserklärung** zu § 1 TV COVID. Dort heißt es:

Niederschriftserklärung zu § 1 TV COVID

Zielrichtung dieses Tarifvertrages ist grundsätzlich nicht die kommunale Kernverwaltung (Personal, Bauverwaltung, Sozial- und Erziehungsdienst, sofern sie kommunal getragen werden), Ordnungs- und Hoheitsverwaltung.

Zwar erstreckt sich der Begriff des „Sozial- und Erziehungsdienstes“ auch auf Kindertageseinrichtungen. Die in der Niederschriftserklärung formulierte Einschränkung gilt indessen nur **„grundsätzlich“**, lässt also Ausnahmen zu, die bei Schließung von Kindertageseinrichtungen ersichtlich vorlägen. Zum anderen, so das SG, sei die Niederschriftserklärung nicht Teil des Tarifvertrages, sondern könne allenfalls als Auslegungshilfe herangezogen werden. Im Fall des TV COVID habe sie jedoch im Wortlaut des Vertrages keinen Niederschlag gefunden.

Die Voraussetzungen zur Anwendung des TV COVID sind erfüllt. Die von § 2 Abs. 1 Satz 1 TV COVID geforderten gesetzlichen Voraussetzungen für die Einführung von Kurzarbeit liegen vor. Zudem sieht § 2 Abs. 3 TV COVID eine – hier eingehaltene – Ankündigungsfrist vor.

Hinweis für die Praxis:

Mit der Kurzarbeitergeldverlängerungsverordnung (KugverlV) hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales folgende Regelungen bis zum 31.3.2022 verlängert:

Die Voraussetzungen für den Zugang zum Kurzarbeitergeld bleiben weiterhin bis zum 31.3.2022 herabgesetzt, d.h.: Die Zahl der Beschäftigten, die im Betrieb vom Arbeitsausfall betroffen sein müssen, bleibt von mindestens einem Drittel auf mindestens 10 % abgesenkt. Auf den Aufbau negativer Arbeitszeitsalden vor der Gewährung von konjunkturellem Kurzarbeitergeld und Saison-Kurzarbeitergeld wird weiter vollständig verzichtet.

Der Zugang für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiternehmer zum Kurzarbeitergeld bleibt bis zum 31.3.2022 eröffnet.

Den Arbeitgebern werden die von ihnen während der Kurzarbeit allein zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge i.H.v. 50 % auf Antrag in pauschalierter Form erstattet.

Im Übrigen werden den Arbeitgebern weitere 50 % der Sozialversicherungsbeiträge erstattet, wenn ihre Beschäftigten während der Kurzarbeit an einer unter bestimmten Voraussetzungen geförderten beruflichen Weiterbildung teilnehmen. Auch können die Lehrgangskosten für diese Weiterbildungen abhängig von der Betriebsgröße ganz oder teilweise erstattet werden. *Fr.*

Neues zur Befreiung von der Rentenversicherungsspflicht

Kann ein Befreiungsbescheid von der Rentenversicherung für eine bestimmte Beschäftigung auch ohne Arbeitgeberwechsel seine Wirkung verlieren, wenn im Beschäftigungsverhältnis eine Änderung eintritt? Das BSG bejaht dies unter bestimmten Voraussetzungen.

? Der Fall:

Der 1962 geborene Kläger, Volljurist, war ab dem 17.2.1992 bei der K-GmbH als „Jurist für den Bereich Recht innerhalb des Zentralbüros Recht/Patente/Versicherungen des Zentralbereiches Vorsitzender der Geschäftsführung“ versicherungspflichtig beschäftigt (Arbeitsvertrag vom 6.2.1992).

Zum 1.5.1993 ging das Arbeitsverhältnis auf die F-GmbH über. Zum 1.2.1997 übernahm der Kläger in dieser Gesellschaft die Stelle eines Referenten in der Zentralfunktion Recht/Patente (Arbeitsvertrag vom 28.1.1997).

Zum 1.4.1999 wurde er zum Abteilungsleiter ernannt. Ihm wurde die Leitung des Funktionsbereichs „Recht/Patente“ übertragen (Änderung des Arbeitsvertrags am 15.3.1999).

Ab dem 1.1.2012 war der Kläger als Geschäftsführer (Geschäftsführer-Dienstvertrag vom 9.12.2011), ab dem 1.2.2013 als Geschäftsbereichsleiter und Mitglied der erweiterten Geschäftsführung der Gesellschaft tätig (Anstellungsvertrag vom 18.2.2013).

Im Jahr 2014 wurde die T AG durch Fusion zweier Anlagenbau-Unternehmen des Konzerns gebildet. Der Kläger übernahm ab dem 1.10.2014 unter Abgabe der Führung der Rechtsabteilung als „CEO Services“ die „Business Unit Resource Technologies“ bei der T-AG (Ergänzungsvereinbarung vom 29.9./7.10.2014).

Ab dem 1.10.2016 war er erneut juristisch als „Head of Contract and Risk Management“ tätig. Das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der T-AG endete am 30.6.2018.

Seit dem 1.2.1995 ist der Kläger als Rechtsanwalt zugelassen und auf Grund seiner Pflichtmitgliedschaft in der Rechtsanwaltskammer Hamm durchgehend Pflichtmitglied des Versorgungswerks der Rechtsanwälte im Lande Nordrhein-Westfalen. Unter dem 10.5.1995 beantragte er bei der seinerzeitigen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) auf dem entsprechenden Formblatt die Befreiung von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung für seine „seit dem 15.2.1992“ bestehende versicherungspflichtige Tätigkeit bei der F-GmbH. Die BfA befreite ihn von der Versicherungspflicht

in der gesetzlichen Rentenversicherung ab dem 1.4.1995. Der entsprechende Formularbescheid vom 9.8.1995 trägt die Überschrift „Befreiung von der Rentenversicherungspflicht nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VI)“ und enthält mit im Wesentlichen vorgedrucktem Text folgende Regelungen:

„Auf Ihren Antrag werden Sie von der Versicherungspflicht zur Rentenversicherung der Angestellten befreit. [...] Eingangsdatum des Befreiungsantrags 16.5.1995 [...] Beginn des Beschäftigungsverhältnisses bzw. der Versicherungspflicht 15.2.1992 [...] Beginn der Mitgliedschaft in der Versorgungseinrichtung 2.3.1995 [...] Beginn der Befreiung 1. April 1995 [...] antragsgemäß“

Weiter heißt es in dem Bescheid: „Die Befreiung gilt für die Dauer der Pflichtmitgliedschaft und einer daran anschließenden freiwilligen Mitgliedschaft in der Versorgungseinrichtung unter Beibehaltung der Mitgliedschaft in der jeweiligen Berufskammer, soweit Versorgungsabgaben in gleicher Höhe geleistet werden, wie ohne die Befreiung Beiträge zur Rentenversicherung der Angestellten zu zahlen wären. Sie ist grundsätzlich auf die jeweilige Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit beschränkt. [...] Die Befreiung erstreckt sich auch auf andere versicherungspflichtige Beschäftigungen oder Tätigkeiten, wenn diese infolge ihrer Eigenart oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt sind und insoweit satzungsgemäß einkommensbezogene Beiträge zur Versorgungseinrichtung gezahlt werden.“

Nach der anschließenden Rechtsbehelfsbelehrung heißt es: „Die BfA hat bei Wegfall der Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI die Befreiung von der Versicherungspflicht nach § 48 Abs. 1 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch zu widerrufen. [...] Sie sind daher verpflichtet, der BfA die Umstände anzuzeigen, die zum Wegfall der Voraussetzungen für die Befreiung führen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn [...]“

- die Mitgliedschaft in der Versorgungseinrichtung endet
- Versorgungsabgaben nicht mehr in der dem Einkommen entsprechenden Höhe zu entrichten sind. [...]

Die Befreiung endet erst mit dem förmlichen Widerruf durch die BfA.

[...]

Falls Sie inzwischen Ihren Arbeitgeber gewechselt haben, bitten wir den früheren (vorherigen) Arbeitgeber von der Befreiung zu verständigen. [...]

Im Anschluss an die Urteile des BSG zur Befreiung von Syndikusanwälten von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung meldete die T-AG den Kläger ab dem 1.1.2015 (vorsorglich) zur gesetzlichen Rentenversicherung an. Der Kläger bat die Deutsche Rentenversicherung als Rechtsnachfolgerin der BfA um schriftliche Bestätigung, dass der Bescheid über die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht vom 9.8.1995 über den 1.1.2015 hinaus Gültigkeit habe.

Die Deutsche Rentenversicherung entschied, dass ihm für seine ab dem 1.4.2014 ausgeübte Tätigkeit keine Befreiung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI erteilt werden könne. Der Befreiungs-

bescheid wirke auch nicht auf die ab dem 1.10.2014 aufgenommene Beschäftigung als Mitarbeiter im Management fort. Er habe sich vielmehr ausschließlich auf die konkrete Beschäftigung als Referent bezogen, für welche die Befreiung beantragt worden sei. Mit der Aufgabe dieser Beschäftigung habe er sich erledigt. Etwas anderes könne nur gelten, wenn die derzeit ausgeübte Beschäftigung im Wesentlichen der befreiten Beschäftigung entspreche, was jedoch nicht der Fall sei.

Das SG hat der dagegen erhobenen Klage stattgegeben und entschieden, dass der Kläger auf Grund des Bescheids vom 9.8.1995 weiterhin, insbesondere für seine Beschäftigung als CEO bei der T-AG von der Rentenversicherungspflicht befreit sei. Die Befreiung sei nicht nur auf ein bestimmtes Beschäftigungsverhältnis, sondern allgemein erteilt worden. Der Kläger sei zudem nach wie vor bei demselben Arbeitgeber beschäftigt.

Das LSG hat das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers.

→ Die Entscheidung:

Das BSG hat die Revision des Klägers zurückgewiesen.

Der Kläger sei auf Grund der im Bescheid der BfA vom 9.8.1995 ausgesprochenen Befreiung von der Rentenversicherungspflicht nicht auch für seine ab dem 1.10.2014 bei der T-AG ausgeübten Tätigkeiten von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit.¹⁾

1. Rechtsgrundlage für die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht

Rechtsgrundlage für die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht wegen der Mitgliedschaft in einem Versorgungswerk ist **§ 6 SGB VI**. Diese Vorschrift lautet, soweit für den vorliegenden Fall von Bedeutung:

„§ 6 SGB VI

(1) ¹Von der Versicherungspflicht werden befreit

1. Beschäftigte [...] für die Beschäftigung [...], wegen der sie auf Grund einer durch Gesetz angeordneten oder auf Gesetz beruhenden Verpflichtung Mitglied einer öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtung oder Versorgungseinrichtung ihrer Berufsgruppe (berufsständische Versorgungseinrichtung) und zugleich kraft gesetzlicher Verpflichtung Mitglied einer berufsständischen Kammer sind, [...]

(2) Die Befreiung erfolgt auf Antrag des Versicherten [...]

(3) ¹Über die Befreiung entscheidet der Träger der Rentenversicherung. [...]

(5) ¹Die Befreiung ist auf die jeweilige Beschäftigung [...] beschränkt. [...]

2. Reichweite der Befreiung gem. Bescheid der BfA vom 9.8.1995

Das BSG führt zunächst aus, dass die im **Bescheid der BfA vom 9.8.1995** ausgesprochene Befreiung des Klägers von der

1) BSG v. 16.6.2021, B 5 RE 4/20 R, zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen.

Versicherungspflicht in der Rentenversicherung nur seine **damalige Beschäftigung** als Referent in der Rechtsabteilung der F-GmbH betraf.

Die **Auslegung** eines solchen Bescheides folgt den Regeln, die für die Auslegung von Willenserklärungen gem. **§ 133 BGB** gelten. Danach kommt es nicht auf den reinen Wortlaut, sondern den **wirklichen Willen der Behörde** an, soweit er im Bescheid greifbar seinen Niederschlag gefunden hat. Bei dessen Ermittlung sind auch die **Umstände** und **Gesichtspunkte** heranzuziehen, die zur Aufhellung des Inhalts der Verfügung beitragen können und die den Beteiligten bekannt sind, wenn der Verwaltungsakt sich erkennbar auf sie bezieht. Maßstab der Auslegung ist insofern der verständige und Zusammenhänge berücksichtigende Beteiligte.²⁾

Danach enthält nur der **Eingangssatz** des Bescheides vom 9.8.1995 i.V.m. den ihm unmittelbar folgenden und ihn konkretisierenden Ausführungen zum Beschäftigungsverhältnis und zum Beginn der Befreiung eine **Regelung** i.S.v. **§ 31 Satz 1 SGB X**. Diese Vorschrift bestimmt, was ein Verwaltungsakt ist, nämlich eine Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Nur die **Regelung**, der sog. **Verfügungssatz**, kann **bindend** (vgl. **§ 77 SGG**) in dem Sinne werden, dass der Adressat sich gegenüber der Behörde (bzw. anderen Behörden) darauf berufen darf. Alle weiteren Angaben zu Dauer und Widerruf der Befreiung sind dagegen lediglich als **Hinweise** an den Kläger zu verstehen, ohne dass sie Teil der Regelung geworden sind.

Zur Begründung bezieht das BSG sich sowohl auf die **äußere Gestaltung** als auch den **Inhalt** des Bescheides. Eingangsdatum sowie Beginn des Beschäftigungsverhältnisses wie der Befreiung seien klar gegenüber dem übrigen Text hervorgehoben worden. Allein sie seien auf den Einzelfall (vgl. wiederum § 31 Satz 1 SGB X) bezogen. Alle weiteren Hinweise seien allgemein gehalten, wie man sie als Hinweise in einer Vielzahl von Befreiungsbescheiden der damaligen Zeit finden könne.

Dass die Befreiung allein bezogen auf die seinerzeitige Beschäftigung war, folgt für das BSG v.a. aus der Benennung des Eingangsdatums des Antrags vom 16.5.1995. In diesem Antrag hatte der Kläger als Arbeitgeber die F-GmbH bezeichnet sowie als „Beginn des derzeitigen rentenversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses“ den 15.2.1992 angegeben. Dabei, so das BSG, mache die Verwendung des Begriffs „derzeitig“ deutlich, dass es um das aktuelle, im Zeitpunkt des Antrags bestehende konkrete Beschäftigungsverhältnis gegangen sei. Hingegen habe der Befreiungsantrag keine Formulierungen enthalten, die darauf schließen ließen, er beantrage die Befreiung von der Rentenversicherungspflicht ohne Bezug auf eine bestimmte Tätigkeit für sämtliche Tätigkeiten, die er als nunmehr zugelassener Rechtsanwalt künftig ausüben werde. Dem somit allein auf die Befreiung von der Versicherungspflicht für die seinerzeitige Beschäftigung gerichteten Antrag habe die BfA mit dem Bescheid vom 9.8.1995 entsprochen.

Folglich könne der Bescheid nicht bezogen auf die Dauer des gesamten Arbeitsverhältnisses des Klägers bei der F-GmbH einschließlich etwaiger Rechtsnachfolger verstanden werden. Eine dahingehende Auslegung folge auch nicht aus der Verwendung des Begriffs „Beschäftigungsverhältnis“. Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses sei in **§ 7 Abs. 1 SGB IV** definiert. Er bezeichne die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Beschäftigung meine daher weder die Tätigkeit als solche, einen bestimmten Beruf oder ein Berufsbild, sondern die **konkret für einen Arbeitgeber verrichtete Tätigkeit**. Dieser Auslegung stehe die Wendung „insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“ in § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV nicht entgegen, beschreibe sie doch nur den rechtlichen Typus der abhängigen Beschäftigung in Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit.

3. Erledigung des Befreiungsbescheides durch wesentliche Änderung der Beschäftigung

Das BSG führt weiter aus, dass in der Beschäftigung, für die der Kläger mit Bescheid vom 9.8.1995 von der Rentenversicherungspflicht befreit worden sei, jedenfalls bis zum Beginn des Streitzeitraums (1.10.2014) eine **wesentliche Änderung** eingetreten sei, auf Grund derer sich der Befreiungsbescheid gem. **§ 39 Abs. 2 SGB X** „auf sonstige Weise“ **erledigt** habe, ohne dass die BfA (oder ihre Rechtsnachfolgerin, die Deutsche Rentenversicherung) ihn habe aufheben müssen. Zumindest die Aufnahme der Tätigkeit als CEO stelle gegenüber der vorangegangenen Tätigkeit als Referent in der Rechtsabteilung eine derartige, für die Befreiung wesentliche Änderung dar.

An diesem Punkt enthält die Entscheidung des BSG eine über die bisherigen Urteile zur Befreiung von Syndikusanwälten von der Rentenversicherungspflicht wichtige **Neuerung**. In den bisherigen Entscheidungen hatte nämlich im Anschluss an die Befreiung jeweils ein **Arbeitgeberwechsel** stattgefunden. Ein solcher führt stets zur Beendigung der konkreten Beschäftigung und erledigt damit auch die auf diese Beschäftigung bezogene Befreiung.³⁾ Eine **Ausnahme** gilt, wenn der neue Arbeitgeber, z.B. auf Grund eines Betriebsübergangs (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB) oder auf Grund einer Umwandlung (vgl. § 324 UmwG) in die Rechte und Pflichten des bisherigen Arbeitgebers eintritt. In einem solchen Fall wirkt – bei ansonsten unveränderten Umständen – eine für das Beschäftigungsverhältnis ausgesprochene Befreiung fort. Das sieht im Übrigen auch die Deutsche Rentenversicherung so. Allein die Betriebsübergänge bzw. Rechtsformwechsel, die auch im vorliegenden Fall stattgefunden haben, hätten den Befreiungsbescheid daher nicht berührt.

Auf der anderen Seite kann aber, wie das BSG ausführt, auch **ohne Arbeitgeberwechsel** eine **Änderung** der ausgeübten Tätigkeit im fortbestehenden Arbeitsverhältnis Auswirkungen auf eine zuvor erteilte Befreiung von der Rentenversicherungspflicht haben. Das ergibt sich für das BSG bereits aus **§ 6 Abs. 5 Satz 1 SGB VI**, wonach eine nach § 6 Abs. 1 SGB VI erteilte Befreiung auf die „**jeweilige**“ Beschäftigung

2) Vgl. bereits BSG v. 22.3.2018, B 5 RE 5/16 R, SozR 4-2600 § 6 Nr. 16.

3) Vgl. BSG v. 23.9.2020, B 5 RE 6/19 RE, SozR 4-2600 § 231 Nr. 9.

oder selbständige Tätigkeit beschränkt ist. **Wesentliche Änderungen** der Beschäftigung, für welche die Befreiung ausgesprochen worden sei, könnten daher zur **Erledigung** des Befreiungsbescheides führen, so dass dieser keine Wirkungen zu Gunsten des Adressaten oder Dritter mehr auslöst.

Dies habe der Gesetzgeber im Bereich der Syndikusrechtsanwälte im Übrigen in berufsrechtlicher Hinsicht ausdrücklich geregelt. So habe der Syndikusrechtsanwalt nach **§ 46b Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BRAO** u.a. „jede wesentliche Änderung der Tätigkeit innerhalb des Arbeitsverhältnisses“ der zuständigen Stelle unverzüglich anzeigen. In einem solchen Fall habe die zuständige Stelle die Zulassung als Syndikusrechtsanwalt auf Antrag auf die geänderte Tätigkeit zu erstrecken (§ 46b Abs. 3 BRAO) bzw. andernfalls zu widerrufen (§ 46b Abs. 2 Satz 2 BRAO).

Was eine „**wesentliche Änderung**“ in diesem Sinne sei, lasse sich nur begrenzt allgemein formulieren. Gestützt u.a. auf Beispiele in den Gesetzesmaterialien⁴⁾ sei danach entsprechend der einschlägigen Literatur z.B. die Beförderung des Mitarbeiters einer Rechtsabteilung zu deren Leiter mit personellen und organisatorischen Aufgaben im Umfang von 20 % als unwesentliche Änderung anzusehen. Gleiches solle für eine Änderung des Gehalts, der Lage des Arbeitsplatzes und für die Erteilung von Prokura gelten. Wesentlich sei dagegen die Festlegung einer neuen Aufgabenzuständigkeit in einem neuen Arbeitsvertrag, die Übernahme von Führungsaufgaben und auch die Einräumung zusätzlicher Entscheidungskompetenzen.

Auch das Vorliegen einer wesentlichen Änderung, die zum Wegfall der ursprünglichen Befreiung führe, könne nur im Einzelfall beurteilt werden. Dabei seien die **prägenden Charakteristika** der ursprünglichen und der späteren Beschäftigung einander gegenüberzustellen. Dabei festzustellende **Änderungen** seien zu **gewichten**. Ein gewichtiges Indiz für eine relevante Änderung der Tätigkeit könne insbesondere ein **Aufstieg zu einem leitenden Angestellten** sein, der nach Arbeitsvertrag und Stellung im Betrieb typische Unternehmeraufgaben wahrnehme. Gleiches gilt für einen **Statuswechsel** vom Angestellten **zum Mitglied eines Vertretungsorgans** (z.B. zum GmbH-Geschäftsführer oder zum Vorstandsmitglied einer AG). Eine wesentliche Änderung sei jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Spezifika der Tätigkeit, für welche die Befreiung ursprünglich erteilt worden sei, in der nunmehr ausgeübten Tätigkeit keine oder nur noch eine untergeordnete Rolle spielten.

Demgemäß sei spätestens ab dem 1.10.2014 eine wesentliche Änderung gegenüber der Beschäftigung eingetreten, für

die mit Bescheid vom 9.8.1995 die Befreiung erteilt worden sei. Zu diesem Zeitpunkt habe der Kläger die Funktion eines CEO übernommen. Seine ursprüngliche Beschäftigung in der Rechtsberatung habe er ab dann nicht mehr ausgeübt. Vielmehr habe er ausschließlich Managementaufgaben ausgeübt. Das sei in den entsprechenden Dienstverträgen auch geregelt worden. Der Kläger habe zudem als Mitglied der Geschäftsführung eine Organstellung erlangt. Auf Grund dieser Umstände habe sich der ursprüngliche Befreiungsbescheid vom 9.8.1995 gem. § 39 Abs. 2 SGB X erledigt, ohne dass es seiner Aufhebung wegen einer wesentlichen Änderung der Sach- und Rechtslage gem. § 48 Abs. 1 SGB X bedurft habe.

4. Kein schützenswertes Vertrauen des Klägers

Anhaltspunkte für ein schützenswertes Vertrauen des Klägers in den uneingeschränkten Fortbestand der ursprünglich erteilten Befreiung von der Rentenversicherungspflicht kann das BSG nicht erkennen. Zwar verstoße es gegen Treu und Glauben, wenn ein Rentenversicherungsträger für eine Beschäftigung die Versicherungspflicht feststelle, nachdem er zuvor in einer Antwort auf die Frage des Betroffenen nach der Reichweite einer früher ausgesprochenen Befreiung den Eindruck erzeugt habe, auch für eine neu eingegangene Beschäftigung trete wegen der schon erteilten früheren Befreiung keine Versicherungspflicht ein.⁵⁾ Eine solche Konstellation habe hier indessen nicht bestanden.

Hinweis für die Praxis:

In Fällen der vorliegenden Art kommt auch keine (erneute) Befreiung in Betracht. Zwar erstreckt sich die Befreiung im Falle von § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI auch auf eine andere versicherungspflichtige Tätigkeit, wenn diese infolge ihrer Eigenart oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt ist und der Versorgungsträger für die Zeit der Tätigkeit den Erwerb einkommensbezogener Versorgungsanswartschaften gewährleistet. Für eine solche (von vornherein vereinbarte) Befristung der Tätigkeit als CEO bestanden hier aber keine Anhaltspunkte. *Fr.*

4) Vgl. BT-Drucks. 18/5201, S. 36.

5) BSG v. 23.9.2020, B 5 RE 6/19 R, SozR 4-2600 § 231 Nr. 9.



Titelthema

AKTUELLE FRAGEN DER PANDEMIE

Mini-Jobs während der Corona-Pandemie

Minijobber sind Teilzeitbeschäftigte, für die das Teilzeit- und Befristungsgesetz maßgebend ist.¹⁾ Es handelt sich also um normale Arbeitsverhältnisse, auf die grundsätzlich alle arbeitsrechtlichen Regelungen Anwendung finden. Dennoch gibt es in der Sozialversicherung für Minijobber für die Versicherungs- und Beitragspflicht Sonderregelungen, die von den Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu beachten sind. Der nachstehende Beitrag stellt klar, welche versicherungsrechtlichen Regelungen für Minijobber während der Corona-Pandemie fortbestehen und welche Besonderheiten während der Corona-Pandemie gelten.

1. Geringfügige und kurzfristige Beschäftigungen

Eine geringfügige Beschäftigung (Mini-Job) liegt vor, wenn das Arbeitsentgelt regelmäßig im Monat eine bestimmte Grenze nicht übersteigt (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV). Diese Entgeltgrenze liegt aktuell bei 450 € im Monat. Bei der Ermittlung des regelmäßigen Arbeitsentgelts ist von dem Arbeitsentgelt auszugehen, auf das ein Rechtsanspruch besteht. Es kommt somit nicht auf die Höhe des tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelts an. Einmalige Einnahmen, die regelmäßig gezahlt werden, sind bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen und erhöhen damit das durchschnittliche Arbeitsentgelt. Steuerfreie und damit auch sozialversicherungsfreie Einnahmen bleiben außer Ansatz (Einnahmen aus nebenberuflichen Tätigkeiten als Übungsleiter, Ausbilder, Erzieher und Betreuer bis 3 000 € jährlich). Das gilt auch für die sog. Ehrenamtszuschale (vgl. § 3 Nr. 26a EStG) mit einem Freibetrag von 840 €. Werden mehrere Beschäftigungen nebeneinander ausgeübt, sind die Arbeitsentgelte für die Beurteilung der Versicherungspflicht zusammenzurechnen.

Zu den Minijobs gehören auch kurzfristige Beschäftigungen (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV). Sie muss innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens drei Monate oder 70 Arbeitstage nach ihrer Eigenart oder im Voraus vertraglich begrenzt sein. Außerdem darf die Beschäftigung nicht berufsmäßig ausgeübt werden.

Die Zeitgrenzen für kurzfristige Beschäftigungen wurden auf Grund der Corona-Pandemie übergangsweise vom 1.6.2021 bis 31.10.2021 von drei Monaten oder 70 Arbeitstagen auf 4 Monate oder 102 Arbeitstage angehoben. Diese Sonderregelung ist mit dem 1.11.2021 weggefallen. Analog zu der vorübergehenden Erhöhung der Zeitgrenzen bei kurzfristigen Beschäftigungen konnte ein gelegentliches Überschreiten der Verdienstgrenze bei 450-Euro-Minijobs für diese Übergangszeit bis zu 4-mal innerhalb eines Zeitjahres erfolgen. Auch diese coronabedingte Abweichung ist mit dem 31.10.2021 ausgelaufen. Wird die monatliche

Verdienstgrenze danach (also ab dem 1.11.2021) überschritten, darf dies nicht in mehr als drei Kalendermonaten innerhalb eines Zeitjahres erfolgen, damit nur ein gelegentliches Überschreiten vorliegt.

2. Beitragspflicht

Kurzfristige Beschäftigungen sind beitragsfrei in der Sozialversicherung.

Bei einer geringfügigen Beschäftigung hat der Arbeitgeber abweichend von der Beitragspflicht bei „normalen“ Beschäftigungsverhältnissen pauschale Beiträge zu zahlen. Diese betragen in der Rentenversicherung 15 % und in der Krankenversicherung 13 %. Bei einer Beschäftigung im Privathaushalt betragen die pauschalen Beiträge des Arbeitgebers sowohl zur Kranken- als auch zur Rentenversicherung 5 %. Hinzu kommen Umlagen für Krankheitsaufwendungen (U1) und Mutterschaftsaufwendungen (U2) sowie der Insolvenzgeldumlage.

Von der Rentenversicherungspflicht kann sich der Minijobber auf Antrag befreien lassen (vgl. § 6 Abs. 1b SGB VI). Egal ob der Arbeitnehmer von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung befreit ist oder nicht, zahlt der Arbeitgeber die Rentenversicherungsbeiträge in Höhe der Pauschalbeiträge. Der Arbeitnehmer muss jedoch, wenn er nicht von der Rentenversicherungspflicht befreit ist, auch einen Beitrag zur Rentenversicherung leisten. Dieser ergibt sich aus der Differenz zwischen dem aktuellen Beitragssatz in der Rentenversicherung (aktuell = 18,6 %) und dem pauschalen Beitragssatz für den Arbeitgeber in der Rentenversicherung (15 %). Somit beträgt der Arbeitnehmeranteil zur Rentenversicherung = 3,6 %.

In der Arbeitslosenversicherung und in der Pflegeversicherung sind Minijobber nicht versicherungs- und beitragspflichtig.

3. Beitragsfreiheit für Corona-Sonderzahlungen

Arbeitgeber können ihren Beschäftigten auf Grund der Corona-Krise Sonderzahlungen bis 1500 € steuerfrei in Form von Zuschüssen und Sachbezügen gewähren (vgl. § 3 Nr. 11a EStG). Diese Regelung gilt auch für Minijobber. Sie wurde bis zum 31.3.2022 verlängert. Die Beihilfen und Unterstützungen bleiben auch in der Sozialversicherung beitragsfrei, denn steuerfreie Einnahmen gehören grundsätzlich nicht zum beitragspflichtigen Arbeitsentgelt. Die Beitragsfreiheit hat gleichzeitig zur Folge, dass die Sonderzahlung nicht zu einem Überschrei-

1) TzBfG v. 21.12.2000, BGBl. I 2000, 1966, i.d.F. v. 22.11.2019, BGBl. I 2019, 1746.

ten der Entgeltgrenze für die Beurteilung der Versicherungspflicht führt.

Voraussetzung für die Steuer- und Beitragsfreiheit ist jedoch, dass die Sonderzahlung im Zusammenhang mit der Corona-Krise steht. Dieser Zusammenhang muss sich aus den vertraglichen Vereinbarungen ergeben.

Der steuerliche Freibetrag gilt pro Arbeitsverhältnis. Bei mehreren Arbeitsverhältnissen oder bei einem Arbeitgeberwechsel kommt eine mehrfache Inanspruchnahme in Betracht. Der Arbeitgeber kann auch höhere Sonderzahlungen als 1500 € leisten, die Steuer- und Beitragsfreiheit ist jedoch auf 1500 € begrenzt. Sonderzahlungen, die vor dem 1.3.2020 ohne Bezug zur Corona-Krise vereinbart wurden, können nicht nachträglich in eine steuer- und beitragsfreie Leistung umgewandelt werden.

Die steuerfreien Leistungen sind im Lohnkonto aufzuzeichnen, so dass sie bei einer Steuerprüfung als Corona-Sonderzahlung erkennbar sind. Folgerichtig sind die Zahlungen auch nicht auf der Lohnsteuerbescheinigung auszuweisen und auch nicht in der Einkommensteuererklärung anzugeben.

4. Auswirkungen einer Erhöhung der Minijob-Grenze und des Mindestlohns

Aus dem am 24.11.2021 veröffentlichten Koalitionsvertrag der Ampelkoalition als neue Bundesregierung ist ersichtlich, dass sowohl die Minijob-Grenze als auch der Mindestlohn angehoben werden soll. So könnte die Minijob-Grenze künftig 520 € monatlich betragen und der Mindest-Stundenlohn auf 12,00 € festgesetzt werden. Dies hätte erhebliche Auswirkungen auf die Versicherungs- und Beitragspflicht der Minijobber.

Bei einem Mindest-Stundenlohn von 12,00 € und einer Minijob-Grenze von 520 € monatlich dürfte der Minijobber nur noch 43,33 Stunden im Monat arbeiten ($520 \text{ €} : 12,00 \text{ €} = 43,33$ Stunden monatlich). Bisher betrug die „zulässige“ Stundenanzahl bei einem Mindest-Stundenlohn von 9,60 € = 46,875 Stunden im Monat ($450,00 \text{ €} : 9,60 \text{ €} = 46,875$ Stunden monatlich).

Selbst wenn die Werte andere sein sollten, kann aus den vorstehenden Formeln abgeleitet werden, wieviel Stunden der Minijobber im Monat arbeiten darf, um nicht sozialversicherungspflichtig zu werden.

Mit den geplanten gesetzlichen Änderungen würden sich auch die Kosten für die Betriebe bei einem Einsatz von Minijobbern erhöhen. Denn höhere Löhne haben zwangsläufig höhere Sozialversicherungsbeiträge zur Folge, da die Beiträge prozentual vom Arbeitslohn berechnet werden.

5. Minijobber erhalten kein Kurzarbeitergeld

Wie vorstehend ausgeführt, sind Minijobber nicht arbeitslosenversicherungspflichtig. Sie erhalten deshalb auch keine Leistungen oder Unterstützungen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung.

Da Kurzarbeitergeld eine Leistung der Arbeitslosenversicherung ist, haben Minijobber keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Auch Arbeitslosengeld können sie nicht erhalten.

Arbeitnehmer, die eine versicherungspflichtige Beschäftigung ausüben und für die der Arbeitgeber Kurzarbeit anmeldet, können daneben einen Minijob ausüben. Der Verdienst aus dem

Minijob wird nicht auf das Kurzarbeitergeld angerechnet. Der Verdienst aus einem Minijob wird auch dann nicht bei der Berechnung des Kurzarbeitergeldes berücksichtigt, wenn sich der Verdienst aus dem Minijob während der Kurzarbeit erhöht.

6. Folgen einer Quarantäne oder eines Lockdowns

Wird ein Minijobber vom Gesundheitsamt trotz Impfung unter Quarantäne gestellt, hat der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt bis zur Dauer von sechs Wochen weiterzuzahlen, auch wenn der Minijobber selbst nicht krank ist. Das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis bleibt dann bestehen, so dass keine Meldungen an die Minijob-Zentrale zu erstatten sind. Dem Arbeitgeber wird das gezahlte Arbeitsentgelt auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes von der zuständigen Behörde erstattet, wenn der Minijobber eingepflichtet ist.

Auch wenn Ungeimpfte in Quarantäne mussten, haben sie bisher ihren Verdienstausschlag erstattet bekommen. Ende September hat sich die Mehrheit der Gesundheitsminister der Länder darauf geeinigt, dass Beschäftigte in Quarantäne ab 1.11.2021 keine Entschädigung mehr für Verdienstausschläge erhalten, woraufhin § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG auch geändert wurde.²⁾ Dies gilt für alle Erwachsenen, für die es eine Impfpflicht gibt und die sich auch impfen lassen könnten. Aber es gibt Ausnahmen. So sind alle Corona-Infizierten von der Regelung ausgenommen. Für Menschen, für die bis zu 8 Wochen vor der Quarantäne keine Impfpflicht vorlag, wird weiterhin eine Entschädigung gezahlt. Dies gilt ebenfalls für Schwangere und Stillende. Bei Wegfall der Entgeltfortzahlung ist auch der Erhalt des sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses und damit der Sozialversicherungsschutz fraglich. Kritiker bezeichnen diese Regelung als eine „Impfpflicht durch die Hintertür“. Der Wegfall der Entgeltfortzahlung kann auch dazu führen, dass Ungeimpfte ihre Quarantäne verschweigen oder missachten und damit das Infektionsgeschehen angeheizt werden könnte.

Muss ein Betrieb auf Grund einer Lockdown-Verordnung die Betriebstätigkeit einstellen, besteht für den Arbeitgeber nicht die Verpflichtung, Entgeltfortzahlung auch für die Minijobber zu leisten. Dies hat das BAG aktuell entschieden.³⁾ Nach Auffassung des BAG tragen Arbeitgeber nicht das Betriebsrisiko, wenn ein Lockdown verordnet wird. Aus dem Fehlen eines finanziellen Nachteilsausgleichs für Minijobber durch den Staat bei Corona-Arbeitsausfall lasse sich keine arbeitsrechtliche Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers ableiten. Diese Lücke muss durch den Staat durch gesetzliche Maßnahmen geschlossen werden. Das gilt auch für den Fortbestand der Sozialversicherungspflicht, weil kein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis mehr vorliegt.

7. Meldeverfahren

Für Monate, in denen ein Arbeitgeber seine gemeldeten Minijobber nicht beschäftigt und die Minijobber kein Entgelt erhalten, muss der Arbeitgeber auch keine Abgaben an die Minijob-Zentrale zahlen. Für einen solchen abgabefreien Kalendermonat ist ein Beitragsnachweis mit „0-Beträgen“ – ein sog. Null-Beitragsnachweis – an die Minijob-Zentrale zu übermitteln. Reichen Arbeitgeber trotz gemeldeter Minijobber

2) Siehe hierzu B+P 2022, 53, in diesem Heft!

3) BAG v. 13.10.2021, 5 AZR 211/21, www.stotax-first.de.

keinen Beitragsnachweis ein, schätzt die Minijob-Zentrale das für die Beitragsberechnung maßgebende Arbeitsentgelt und berechnet auf dieser Grundlage die Abgaben selbst. Deshalb ist es wichtig, den Null-Beitragsnachweis einzureichen.

Ab 2022 soll die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eingeführt werden. Das führt zwingend dazu, dass in den Lohnabrechnungen die Krankenkassendaten der Minijobber vorliegen und im Lohnprogramm eingetragen sein müssen.

Hinweis für die Praxis:

Mit dem Koalitionsvertrag der „Ampel-Regierung“ werden sich Änderungen ergeben, gerade auch im Bereich der Sozialversicherung. Es bleibt abzuwarten, welche Neuerungen sich für die Minijobber und ihre Arbeitgeber ergeben. Wir werden Sie auf dem Laufenden halten. A.

Einmalzahlungen zum Jahresbeginn

Einmalige Einnahmen, die Arbeitnehmern zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt gewährt werden, sind beitragspflichtiges Arbeitsentgelt. Für die Beitragsberechnung in der Sozialversicherung bestehen Sonderregelungen, insbesondere wenn sie im ersten Quartal des Jahres gezahlt werden. Der nachstehende Beitrag beschreibt, wie die so genannte „März-Klausel“ umzusetzen ist.

1. Was sind Einmalzahlungen?

Einmalige Zahlungen sind alle im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses gezahlten Bezüge, die in größeren Zeitabständen monatlich gezahlt werden und laufendes Arbeitsentgelt darstellen. Hierzu gehören z.B. Weihnachts- und Urlaubsgelder sowie Urlaubsabgeltungen, zusätzliche Monatsentgelte, Tantiemen, Gratifikationen und ähnliche Leistungen, soweit sie Arbeitsentgelt in der Sozialversicherung darstellen. Nicht als einmalig gezahltes Arbeitsentgelt gelten Zuwendungen, wenn sie

- üblicherweise zur Abgeltung bestimmter Aufwendungen des Beschäftigten, die auch im Zusammenhang mit der Beschäftigung stehen,
- als Waren- oder Dienstleistungen, die vom Arbeitgeber nicht überwiegend für den Bedarf seiner Beschäftigten hergestellt, vertrieben oder erbracht werden und monatlich in Anspruch genommen werden können,
- als sonstige Sachbezüge, die monatlich gewährt werden oder
- als vermögenswirksame Leistungen

vom Arbeitgeber erbracht werden.¹⁾ Laufende Zulagen, Zuschläge, Zuschüsse (z.B. Mehrarbeitsvergütungen, Erschwerniszuschläge) und vermögenswirksame Leistungen sind auch dann laufendes Arbeitsentgelt, wenn sie nicht monatlich, sondern in größeren Abständen gezahlt werden. Im Fall einer Nachzahlung für zurückliegende Zeiträume wird laufendes Arbeitsentgelt nicht zu einer Einmalzahlung.

Zur Vermeidung von Beitragsausfällen werden bei der Beitragsberechnung aus Einmalzahlungen die monatlichen Beitragsbe-

messungsgrenzen (BBG) außer Kraft gesetzt. Die monatlichen BBG betragen ab 1.1.2022 in der Kranken- und Pflegeversicherung 4 837,50 €. In der Renten- und Arbeitslosenversicherung sind die BBG in den alten und neuen Bundesländern unterschiedlich; diese betragen ab 1.1.2022 = 7 050 € (alte Bundesländer) und 6 750 € (neue Bundesländer).

Für die Beurteilung der Beitragspflicht des einmalig gezahlten Arbeitsentgelts wird eine Vergleichsberechnung vorgenommen. Hierzu wird für die Zeit vom Beginn des Kalenderjahres bis zum Ablauf des Monats, in dem die einmalige Zuwendung gezahlt wird, in den jeweiligen Versicherungszweigen eine anteilige Jahres-BBG ermittelt und dem für den gleichen Zeitraum gezahlten beitragspflichtigen Arbeitsentgelt gegenüber gestellt. Die einmalige Zahlung unterliegt nur in Höhe des sich bei der Gegenüberstellung ergebenden Differenzbetrags der Beitragspflicht. Diese Vergleichsberechnung erübrigt sich in den Fällen, in denen das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt zusammen mit dem laufenden Arbeitsentgelt die für den Entgeltabrechnungszeitraum maßgebende BBG nicht übersteigt.

2. März-Klausel

Sonderzuwendungen, die in der Zeit vom 1.1. bis 31.3. eines Jahres gezahlt werden, sind dem letzten Entgeltabrechnungszeitraum des vergangenen Kalenderjahres zuzuordnen, wenn

- die monatliche BBG durch die Einmalzahlung überschritten wird,
- beim gleichen Arbeitgeber ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bereits bestanden hat,
- die anteilige Jahres-BBG für das laufende Kalenderjahr überschritten wird.

Mit der März-Klausel soll verhindert werden, dass durch eine Auszahlung der Einmalzuwendungen zum Jahresbeginn die gesetzlich vorgesehene Sonderregelung bei der Beitragsberechnung umgangen werden kann.

Beispiel:

Ein seit Jahren bei einem Kölner Unternehmen krankenversicherungspflichtig beschäftigter Arbeitnehmer erhält ein monatliches Arbeitsentgelt von 3 700 €. Im März 2022 wird eine Gratifikation von 3 500 € gezahlt.

Ab 1.1.2022 beträgt die monatliche BBG in der Kranken- und Pflegeversicherung (KV/PV) 4 837,50 €, in der Renten- und Arbeitslosenversicherung (RV/AV) 7 050 €.

	KV/PV	RV/AV
anteilige Jahres-BBG bis März	14 512,50 €	21 150,00 €
Beitragspflichtiges Arbeitsentgelt		
bis März	11 100,00 €	11 100,00 €
Differenz	3 412,50 €	10 050,00 €
Gratifikation	3 500,00 €	3 500,00 €

1) Zweites Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Art. 2 Nr. 7 Nr. a, BGBl. I 2002, 4621.

Die Gratifikation überschreitet zusammen mit dem laufenden Arbeitsentgelt die anteilige Jahres-BBG der Kranken- und Pflegeversicherung, nicht aber die der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Da es sich hier um einen krankenversicherungspflichtigen Arbeitnehmer handelt, ist die Einmalzahlung dem letzten Entgeltzeitraum des Vorjahres zuzurechnen. Obwohl die BBG in der Renten- und Arbeitslosenversicherung im laufenden Kalenderjahr nicht überschritten wird, ist das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt auch im Bezug auf die Berechnung der Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung dem Vorjahr zuzurechnen. Damit soll vermieden werden, dass das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt für die Berechnung der Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträge einerseits und für die Berechnung der Renten- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge andererseits unterschiedlichen Kalenderjahren zugerechnet wird.

Wäre der Arbeitnehmer in dem vorstehenden Beispiel nicht krankenversicherungspflichtig, ist die Einmalzahlung dem Entgeltabrechnungszeitraum der Auszahlung (März) zuzuordnen, da die anteilige Jahres-BBG der Renten- und Arbeitslosenversicherung nicht überschritten wird.

Die März-Klausel gilt aber auch dann, wenn die tatsächliche Zahlung der Einmalzahlung zwar nicht im ersten Quartal erfolgt, jedoch noch in die März-Abrechnung einbezogen wurde.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer aus Hannover erhält ein laufendes monatliches Arbeitsentgelt von 3 500,00 €. Am 8.4.2022 wird eine Tantieme i.H.v. 4 200,00 € ausgezahlt. Der Monat März wird erst am 13.4.2022 abgerechnet.

Das Entgelt ist dem Monat März zuzuordnen.

	KV/PV	RV/AV
SV-Tage vom 1.1.–31.3. =	90	90
anteilige Jahres-BBG		
KV/PV 58 050,00 € : 360x 90 =	14 512,50 €	
RV/PV 84 600,00 € : 360x 90 =		21 150,00 €
beitragspflichtiges Arbeitsentgelt von Januar bis März	<u>10 500,00 €</u>	<u>10 500,00 €</u>
BBG für Einmalzahlung	4 012,50 €	10 650,00 €
Einmalzahlung	4 200,00 €	4 200,00 €

Die Sonderzahlung ist dem letzten Entgeltabrechnungszeitraum des Jahres 2021 zuzuordnen, da die anteilige Jahres-BBG überschritten wird.

Die Zuordnung zum Vorjahr ist auch dann vorzunehmen, wenn die Einmalzahlung im laufenden Jahr nicht vollständig dem Beitragsabzug unterworfen werden kann und die BBG des Vorjahres auch bereits voll ausgeschöpft sind. Dies gilt auch dann, wenn bei einer angenommenen Zuordnung zum laufenden Jahr Sozialversicherungsbeiträge angefallen wären und durch die gesetzlich vorgesehene Zuordnung zum Vorjahr (wegen einer vollständigen Ausschöpfung der BBG) keine Beiträge zu zahlen sind. Ein Günstigkeitsvergleich gilt hier also nicht.

Voraussetzung für die Zuordnung zum letzten Entgeltabrechnungszeitraum des Vorjahres ist, dass beim gleichen Arbeitgeber zu dieser Zeit ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bestanden hat. Dabei spielt es keine Rolle, wann das Beschäftigungsverhältnis im letzten Jahr bestanden hat. War der Arbeitnehmer im letzten Jahr beim gleichen Arbeitgeber nur geringfügig beschäftigt und somit versicherungsfrei, ist die Einmalzahlung dem neuen Jahr zuzuordnen. Unerheblich ist auch, ob der Arbeitnehmer zwischenzeitlich bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt war.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer beendet zum 30.4.2021 sein Arbeitsverhältnis beim Arbeitgeber A. In der Zeit vom 1.5. bis 31.12.2021 ist er beim Arbeitgeber B. beschäftigt. Zum 1.1.2022 kommt es erneut zu einer Beschäftigung beim Arbeitgeber A. Der Arbeitnehmer erhält eine Einmalzahlung im Monat März 2022 von seinem Arbeitgeber. Die Einmalzahlung sowie das im Jahr 2022 erzielte Arbeitsentgelt übersteigen die anteilige Jahres-BBG des laufenden Jahres.

Somit ist die März-Klausel anzuwenden und die Einmalzahlung dem Monat April 2021, dem letzten Entgeltabrechnungszeitraum des Vorjahres zuzuordnen. Dabei spielt es keine Rolle, dass der Arbeitnehmer in der Zeit vom 1.5.2020 bis 31.12.2021 bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt war.

Sofern bis zum Ablauf des Entgeltabrechnungszeitraums, in dem das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt gezahlt wird, kein laufendes Arbeitsentgelt erzielt worden ist und Beitragsfreiheit (z.B. auf Grund des Bezugs von Krankengeld) bestanden hat, sind die anteiligen Jahres-BBG mit 0,00 € anzusetzen. Ein ggf. in der Zeit vom 1.1. bis zum 31.3. gezahltes Arbeitsentgelt übersteigt demzufolge die anteiligen Jahres-BBG und muss dem letzten Entgeltabrechnungszeitraum des Vorjahres zugerechnet werden. Wird das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt in derartigen Fällen erst nach dem 31.3. ausgezahlt, dann entfällt die Beitragspflicht für das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt.

Das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt, das in der Zeit vom 1.1. bis zum 31.3. gezahlt wird, ist dem Vorjahr zuzurechnen, wenn es bei krankenversicherungspflichtigen Arbeitnehmern nur die anteilige Jahres-BBG der Krankenversicherung übersteigt, nicht aber die BBG der Renten- und Arbeitslosenversicherung erreicht wird. Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer bereits im Vorjahr ausgeschieden ist und die anteilige Jahres-BBG damit 0,00 € beträgt.

Bei krankenversicherungsfreien Arbeitnehmern kommt es nur auf die BBG in der Rentenversicherung an, d.h. eine Zuordnung zum Vorjahr kommt nur in Betracht, wenn das Arbeitsentgelt die anteilige Jahres-BBG in der Rentenversicherung erreicht.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer aus Frankfurt erhält im Monat März 2022 eine Einmalzahlung in Höhe eines Monatsverdienstes von 3 800 €. Bei der Beitragsberechnung ist zu überprüfen, ob das laufende Arbeitsentgelt zusammen mit der Einmalzahlung die anteilige Jahres-BBG übersteigt.

	KV/PV	RV/AV
Vergleichsberechnung anteilige Jahres-BBG		
bis 31.3.	14 512,50 €	21 150,00 €
Arbeitsentgelt v. 1.1. bis 31.3.	11 400,00 €	11 400,00 €
Einmalzahlung	<u>3 800,00 €</u>	<u>3 800,00 €</u>
gesamt	15 200,00 €	15 200,00 €

Da die Einmalzahlung die BBG in der Kranken- und Pflegeversicherung überschreitet, ist die Einmalzahlung auch hinsichtlich der Renten- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge dem Vorjahr zuzuordnen.

Ist bei einem beendeten Arbeitsverhältnis das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt, das nach dem 31.3. gezahlt wird, einem Lohnabrechnungszeitraum in der Zeit vom 1.1. bis zum 31.3. zuzuordnen und wird die anteilige Jahres-BBG überschritten, findet die März-Klausel keine Anwendung. Dies bedeutet, dass in solchen Fällen eine Zurechnung zum letzten Entgeltabrechnungszeitraum des Vorjahres nicht in Betracht kommt, sondern das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt dem letzten Entgeltabrechnungszeitraum des laufenden Kalenderjahres zuzuordnen ist.

Beispiel:

Das Beschäftigungsverhältnis eines Arbeitnehmers endet durch Kündigung am 25.3.

Eine Einmalzahlung wird ihm am 5.6. ausgezahlt.

Da die Einmalzahlung erst nach dem Ende des Beschäftigungsverhältnisses gezahlt wurde, ist das einmalig gezahlte Arbeitsentgelt dem letzten Entgeltabrechnungszeitraum des laufenden Kalenderjahres zuzuordnen. Der letzte Entgeltabrechnungszeitraum war in der Zeit vom 1.3. bis 25.3. Eine Zuordnung zum letzten Entgeltabrechnungszeitraum des Vorjahres scheidet auch dann aus, wenn durch die Einmalzahlung die BBG im laufenden Kalenderjahr überschritten werden.

Hat bei Zahlungen nach dem 31.3. das Beschäftigungsverhältnis bereits im Vorjahr geendet, dann können von dem einmalig gezahlten Arbeitsentgelt keine Sozialversicherungsbeiträge erhoben werden. Das gleiche gilt, wenn das Beschäftigungsverhältnis zwar im Kalenderjahr der Auszahlung des einmalig gezahlten Arbeitsentgelts geendet hat, in diesem Kalenderjahr aber kein laufendes Arbeitsentgelt erzielt worden ist und Beitragsfreiheit (z.B. wegen Bezug von Krankengeld) bestanden hat.

Hinweis für die Praxis:

Viele Betriebe überweisen Einmalzahlungen bevorzugt zum Jahresanfang. Auf Grund der März-Klausel ist es häufig ratsam, bis April zu warten.

Corona-Bonuszahlungen sind bis zu einem Betrag von 1 500 € beitragsfrei zur Sozialversicherung. Dies gilt bis zum 31.3.2022. Wegen der Beitragsfreiheit hat der Corona-Bonus keinen Einfluss auf die März-Klausel. Entscheidend ist jedoch, dass der Bonus rechtzeitig – also bis zum 31.3.2022 – auf dem Konto des Beschäftigten eingegangen ist. A.

Sozialversicherungspflicht von mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH

Zur Versicherungspflicht von mitarbeitenden Gesellschaftern einer GmbH, die gleichzeitig als Geschäftsführer der GmbH tätig sind, gibt es umfangreiche Rechtsprechungen des BSG. In einem aktuellen Urteil hat das BSG zur Versicherungspflicht eines Gesellschafters Stellung bezogen, der nicht als Geschäftsführer tätig war, sondern als Arbeitnehmer für die GmbH arbeitete. Obwohl der Gesellschafter zur Hälfte am Stammkapital beteiligt war, entschied das BSG, dass der Gesellschafter der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

? Der Fall:

Der beigeladene Gesellschafter der klagenden GmbH ist zur Hälfte an deren Stammkapital beteiligt. Ihm hatte der weitere zum Geschäftsführer bestellte Gesellschafter Generalhandlungsvollmacht erteilt. Gesellschafterbeschlüsse bedürfen der einfachen Mehrheit, bei Stimmgleichheit gilt ein Antrag als abgelehnt. Der Gesellschaftervertrag sieht außerdem vor, dass der Geschäftsführer für über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehende Geschäfte der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedarf und insoweit eine Geschäftsordnung beschlossen werden kann. Die nicht notariell beurkundete Geschäftsordnung vom Dezember 2012 ordnet die vorherige Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu allen Maßnahmen an, die in ungewöhnlichem Ausmaß in den Vermögensgegenstand, die Organisation oder den Charakter der GmbH eingreifen. Sie legt u.a. den Abschluss, die Änderung und die Beendigung von Anstellungsverträgen mit Gesellschaftern sowie die Wahrnehmung hieraus resultierender Rechte und Pflichten, insbesondere etwaiger Weisungsrechte aus Anstellungs- und Dienstverträgen als Aufgabe der Gesellschafterversammlung und zustimmungsbedürftige Geschäftsführungsmaßnahme fest.

Der Beigeladene war bei der GmbH in der Zeit vom 1.1.2013 bis zum 20.11.2016 als kaufmännischer Angestellter tätig. Die beklagte Deutsche Rentenversicherung Bund forderte von der GmbH nach einer Betriebsprüfung Beiträge und Umlagen i.H.v. 57 908,40 € nach, weil der Beigeladene versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Das Sozialgericht hat den Betriebsprüfungsbescheid aufgehoben, das LSG hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Ein mitarbeitender Gesellschafter, der nicht zum Geschäftsführer bestellt sei, unterliege grundsätzlich dessen Weisungsrecht, denn Dienstaufsicht und Weisungsrecht gegenüber Angestellten sei Teil der laufenden Geschäftsführung. Die außerhalb des Gesellschaftsvertrags beschlossene Geschäftsordnung lege eine Zustimmungspflicht nur für Geschäfte mit hinreichender Relevanz für die Gesellschaft fest.

Mit der Revision rügte die GmbH die Verletzung verschiedener Rechtsvorschriften. Das LSG habe den Regelungsinhalt der Geschäftsordnung fehlerhaft theologisch reduziert. Mit ihr sei nicht das Stimmverhalten ausgestaltet, sondern die Geschäfts-

föhrtätigkeit einem Zustimmungserfordernis unterworfen worden.

→ Die Entscheidung:

Die Revision der klagenden GmbH hat keinen Erfolg gehabt. Der beigeladene Gesellschafter war im streitigen Zeitraum als kaufmännischer Angestellter auf Grund der Beschäftigung versicherungspflichtig. Angestellte und nicht zum Geschäftsführer bestellte Gesellschafter unterliegen den Weisungen der Geschäftsführung. Allein seine hälftige Beteiligung am Stammkapital ermöglichte dem Beigeladenen nicht, Weisungen an sich zu verhindern.¹⁾ Zur Begründung seiner Entscheidung führt das BSG aus, dass der mitarbeitende Gesellschafter wegen der für einen Beschluss der Gesellschafterversammlung notwendigen Mehrheit der Stimmen aller Gesellschaft keinen, eine Weisung abwendenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen konnte.

Regelungen außerhalb des Gesellschaftsvertrags sind nach der ständigen Rechtsprechung des BSG nicht geeignet, die Rechtsverhältnisse innerhalb der GmbH in sozialversicherungsrechtlich relevanter Weise zu verändern. Mit der Geschäftsordnung wurde schon mangels notarieller Form keine Änderung des Gesellschaftsvertrags herbeigeführt. Soweit sie den Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Zustimmungsbedürftigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen konkretisiert, bedürfen nach

der für das BSG bindenden Auslegung des Landessozialgerichts nur solche Handlungen der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung, die in außergewöhnlichem Maße in die Geschicke der Gesellschaft eingreifen. Die Möglichkeit der Aberufung des Geschäftsführers bei einem Verstoß gegen die Geschäftsordnung ändert daran nichts. Die dem Gesellschafter erteilte notariell beurkundete Generalhandlungsvollmacht ermöglichte ihm zwar die Vertretung der GmbH nach außen, räumte ihm aber nicht eine besondere Rechtsmacht hinsichtlich seiner Weisungsunterworfenheit ein und war zudem widerprüflich.

Hinweis für die Praxis:

Mit dieser Entscheidung setzt das BSG seine bisherige Rechtsprechung fort. Danach richtet sich die versicherungsrechtliche Beurteilung entscheidend nach dem Gesellschaftsvertrag. Regelungen außerhalb des Gesellschaftsvertrags sind sozialversicherungsrechtlich nicht relevant. A.

1) BSG v. 29.6.2021, B 12 R 8/19 R, www.stotax-first.de.

Diese ABC-Folge wird fortlaufend weitergeführt, so dass jedes Register ein Stichwortverzeichnis für alle in 2022 erschienenen Hefte ist.

Die Zahlenangaben beziehen sich auf die Seiten.

A

Abmahnung

- Entfernung aus der Personalakte 30
- Nebentätigkeit als Zeitschriftenredakteur 30

Annahmeverzug

- Böswilligkeit 27
-

B

Befristung

- Beginn mit Anreise 36
-

C

Change-Management

- Change braucht alle Altersklassen 15

Corona-Pandemie

- Aktuelle lohnsteuerliche Hinweise 40
- Infektionsschutzgesetz, Änderungen zum Sozialrecht 53

- Neuregelungen zu 3G und Homeoffice 19
-

E

Einmalzahlung

- Märzklauseel 64

Erste Tätigkeitsstätte

- Aktuelle Rechtsprechung 42
-

K

Kündigung

- Krankheit 25

Kurzarbeit

- Corona-Pandemie 56
-

R

Rentenversicherungspflicht

- Befreiung 58

S

Sammelbeförderung

- Steuerbefreiung 50

Schadensersatz

- Detektivkosten bei Kündigung 35

Sozialversicherungspflicht

- GmbH-Gesellschafter 66

Sozialversicherungspflicht

- Einmalzahlungen 64
- März-Klausel 64
- Mini-Job während Corona-Pandemie 62

Steuerfreiheit

- Theaterbetriebszulage 47
-

U

Urlaubsabgeltung

- Vertragliche Ausschlussfrist 33
-

W

Werbungskosten

- Freud- und Leidkasse 48

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht

Herausgegeben von Dr. Rudi Müller-Glöge, Vizepräsident des Bundesarbeitsgerichts a.D., Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Preis und Ingrid Schmidt, Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts a.D.

22., neu bearbeitete Aufl. 2022, Buch, Hardcover (in Leinen), 3 221 Seiten, 189,- € inkl. MwSt., ISBN 978-3-406-77038-8, C.H.BECK

Produktbeschreibung

Die 22. Auflage bringt den Kommentar auf den Stand 1.9.2021. Es wurden zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen sowohl des BAG als auch des EuGH ebenso wie richtungweisende Instanzgerichtsurteile ausgewertet und um eine reichhaltige Auswahl aus Literatur und Wissenschaft zum Gesamtbereich des Arbeitsrechts erweitert. Aktuelle Themenschwerpunkte wie die Digitalisierung, der Arbeitnehmerdatenschutz, die COVID-19-Gesetzgebung, Neuerungen im Berufsbildungsgesetz oder die Folgen des Bundesteilhabegesetzes auf das SGB IX sowie das Betriebsrätemodernisierungsgesetz sind eingearbeitet.

Weitere Schwerpunkte:

- Folgen des coronabedingten Beschäftigungssicherungsgesetzes (Sozialschutz-Paket I und II zur COVID-19-Pandemie)
- Praktische Auswirkungen des Qualifizierungschancengesetzes
- Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts
- Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz
- Gesetz zur Regelung des Sozialen Entschädigungsrechts
- Fortentwicklung der Rechtsgrundlagen des elektronischen Rechtsverkehrs in der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Paketboten-Schutz-Gesetz
- Rentenüberleitungs-Abschlussgesetz sowie Grundrentengesetz
- Folgen des Angehörigen-Entlastungsgesetzes
- Homeoffice und Telearbeit
- Betriebliche Mitbestimmung im Homeoffice

- Matrix, Agiles Arbeiten, New Work
- Fragen der Compliance

Arbeitsrecht 4.0

Praxishandbuch zum Arbeits-, IP- und Datenschutzrecht in einer digitalisierten Arbeitswelt

Herausgegeben von Prof. Dr. Christian Arnold, LL.M. (Yale), Rechtsanwalt und Dr. Jens Günther, Rechtsanwalt

2. Aufl. 2022, Buch, Hardcover (in Leinen), 363 Seiten, 69,- € inkl. MwSt., ISBN 978-3-406-75384-8, C.H.BECK

Produktbeschreibung

Die fortschreitende Digitalisierung führt zu erheblichen Veränderungen der Arbeitswelt. Dabei stehen längst nicht mehr nur Fragen der Arbeitszeit oder des Datenschutzes im Fokus. Crowdworking, Scrum, ständige Weiterqualifizierung der Mitarbeiter, Anpassungen der Arbeitsverträge, Gefährdungsbeurteilungen und die künftige Rolle der Betriebsverfassung – um nur einige Aspekte zu benennen – bestimmen die anwaltliche Beratung und Planungen der Personalabteilungen. Allen diesen Aspekten der Arbeit 4.0, die auf das Arbeitsrecht einwirken, gehen die Autorinnen und Autoren nach und verbinden damit praktische Lösungsvorschläge.

Die Neuauflage greift wichtige Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung auf, z.B. das Geschäftsgeheimnisschutzgesetz und die Änderungen im Teilzeit- und Befristungsrecht. Auch die Rechtsprechung wurde aktualisiert, etwa mit der Entscheidung des EuGH zur Arbeitszeiterfassung oder dem Urteil des BAG zur Arbeitnehmereigenenschaft eines Crowdworkers.

Neu hinzugekommen sind Themen wie digitale Krankmeldung, die Sicherung von Rechten an Tätigkeitsergebnissen in der digitalen Wirtschaft sowie virtuelle Betriebsratsarbeit. Mehr Praxistipps und Formulierungshilfen, z.B. zum Homeoffice, optimieren den praktischen Nutzen.

Vorteile auf einen Blick

- stellt alle arbeitsrechtlichen Aspekte digitalisierter Arbeit dar
- mit konkreten Lösungsvorschlägen
- direkt aus der Beratungspraxis

B + P

Zeitschrift für Betrieb und Personal

Nr. 1/Januar 2022

Redaktion:

Heinz Neu
Vorsitzender Richter am Finanzgericht Köln
(verantwortlicher Redakteur)
Gustav-Heinemann-Str. 43, 50226 Frechen
Tel.: (02234) 78189
(Anfragen nur an diese Anschrift)

Ständige Mitarbeiter:

Arbeitsrecht:

Prof. Dr. Nicolai Besgen (Bn.),
Rechtsanwalt u. Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn
Manfred Jüngst (Jü.),
Vors. Richter am Landesarbeitsgericht a.D., Troisdorf
David Marcone (Mc.),
Rechtsanwalt u. Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn

Lohnsteuer:

Klaus Mader (Ma.),
Regierungsoberamtsrat a.D., Laatzen
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 Verlag
Postanschrift: Lefebvre Sarrut GmbH,
Dechenstraße 7, 53115 Bonn
Fernruf: (02 28) 7 24-0; Telefax: (02 28) 72 49 11 81
Bankkonto: Sparkasse KölnBonn
BIC COLSDE33XXX
IBAN DE08 3705 0198 1936 0827 32
Satz: rdz GmbH, Siegburg
Druck: Bonner Universitäts-Buchdruckerei (bub)

Manuskripte:

Für unverlangt eingesandte Manuskripte haftet der Verlag nicht. Sie werden nur bei Mitsendung des Rückportos 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. Umsatzsteuer): halbjährlich 144,00 €, Preis der Einzelnummer: 34,00 €, jeweils zzgl. 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:

sales friendly Verlagsdienstleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn, Tel. (02 28) 9 78 98-0, Fax (02 28) 9 78 98-20, E-Mail: media@sales-friendly.de; Anzeigenschluss: ca. 3 Wochen vor Erscheinen; Anzeigenpreise: zurzeit gelten die Preise und Bedingungen der Preisliste Nr. 42. – Verantwortlich für den Anzeigenteil: Toni Bilstein, Stollfuß Verlag, Dechenstr. 7, 53115 Bonn.

ISSN 0341-1044