

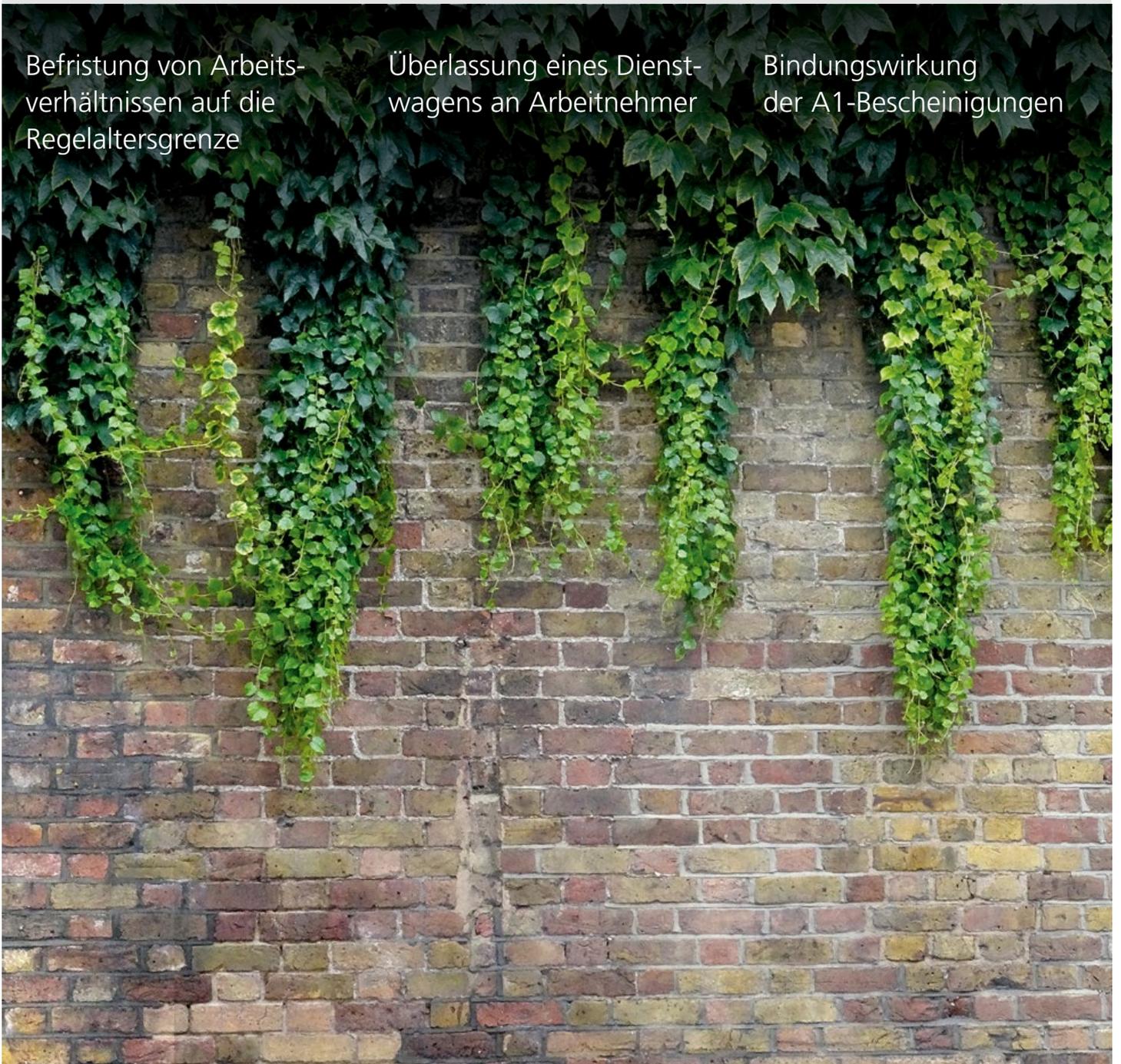
# novus

## PERSONAL

Befristung von Arbeits-  
verhältnissen auf die  
Regelaltersgrenze

Überlassung eines Dienst-  
wagens an Arbeitnehmer

Bindungswirkung  
der A1-Bescheinigungen



## Vorwort



*Dr. Evelyn Nau*



*Jörn R. Karall*



*Dr. Sebastian Ritz*



*Dr. Hanno Rädlein*

Arbeitgeber und Arbeitnehmer gehen ab und an immer noch davon aus, dass das Arbeitsverhältnis mit Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze automatisch endet. Dass dem nicht so ist, macht einmal mehr die aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts deutlich. Damit das Arbeitsverhältnis automatisch ohne Aufhebungsvereinbarung oder Kündigung endet, bedarf es vielmehr einer entsprechenden Regelung im Individualarbeitsvertrag oder kollektivrechtlich in einer Betriebsvereinbarung bzw. im Tarifvertrag. Arbeitgeber sollten deshalb die bei ihnen bestehenden arbeitsrechtlichen Regelungen dringend überprüfen.

Gerade in Zeiten des Fachkräftemangels werden erfahrene Arbeitskräfte überall gebraucht. Gleichzeitig wollen auch rüstige Arbeitnehmer ihren Ruhestand lieber flexibel gestalten und im rentenfähigen Alter noch eine Zeitlang weiterarbeiten, sei es um ihr Fachwissen an andere Kollegen weiterzugeben, sei es um neben dem Bezug von Altersrente weiter Gehalt zu beziehen. Immer öfter wollen daher die Arbeitsvertragsparteien das Arbeitsverhältnis trotz der Rentenaltersgrenze noch für gewisse Zeit weiter laufen lassen. Eine gesetzliche Regelung, die kürzlich auch EU-rechtlich bestätigt wurde, bietet hier die erforderliche Rechtssicherheit und Flexibilität.

Neben weiteren arbeitsrechtlichen Themen, wie z. B. Neuigkeiten zum gesetzlichen Mindestlohn, die Anerkennung von Umkleidezeiten oder Bereitschaftszeiten als Arbeitszeit und die geplante Einführung einer Brückenteilzeit, finden Sie in dieser Ausgabe des novus Personal für Ihre tägliche Arbeit maßgebliche Informationen aus den Bereichen Lohnsteuer und Arbeitnehmerentsendung. So hat sich etwa der Bundesfinanzhof dazu geäußert, in welchen Fällen eine Rabattgewährung durch Dritte zu steuerpflichtigen Arbeitslohn führt. Das Bundesfinanzministerium äußert sich erneut zum lohnsteuerlichen Dauerbrenner der Dienstwagenüberlassung an Arbeitnehmer. Im Bereich der Arbeitnehmerentsendung befasst sich der Europäische Gerichtshof mit den sog. A1-Bescheinigungen, durch die der Nachweis des Fortbestands des Sozialversicherungsschutzes im bisherigen Tätigkeitsstaat erbracht werden kann.

Wir wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre unseres novus Personal.

Ihre Arbeitsrechtspezialisten bei Ebner Stolz

*Dr. Evelyn Nau*  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Hamburg

*Jörn R. Karall*  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

*Dr. Sebastian Ritz*  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

*Dr. Hanno Rädlein*  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Stuttgart



■ IM FOKUS

Befristung von Arbeitsverhältnissen auf die Regelaltersgrenze 4

■ LOHNSTEUER

Rabattgewährung durch Dritte: Ausnahmsweise steuerpflichtiger Lohn 6

Arbeitslohn durch übernommene Beiträge des Arbeitnehmers 7

Überlassung eines Dienstwagens an Arbeitnehmer 8

Doppelte Haushaltsführung: Hauptwohnung am Beschäftigungsort 9

Steuerliche Einordnung von Entschädigungen nach § 15 AGG 10

Zusätzlichkeitserfordernis bei der Steuerpauschalierung nach § 37b EStG 10

■ INTERNATIONAL

Entsendung: Übernahme von Steuerberatungskosten bei Nettolohnvereinbarung 11

Bindungswirkung der A1-Bescheinigungen 11

■ ARBEITSRECHT

Aktuelle Rechtsprechung und Entwicklungen zum gesetzlichen Mindestlohn 12

Neuer Mindestlohn am Bau, für Dachdecker und bei der Gebäudereinigung 14

Keine betriebliche Übung bei vertraglichem Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers 15

Vergütung von Umkleidezeiten bei auffälliger Dienstkleidung 15

Zu Hause zu verbringende Bereitschaftszeit als Arbeitszeit 15

Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergang 16

Referentenentwurf: Einführung einer Brückenteilzeit 16

■ SOZIALVERSICHERUNG

Sozialversicherungspflicht eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers 18

■ INTERN

20

# Befristung von Arbeitsverhältnissen auf die Regelaltersgrenze

In Deutschland gibt es keine gesetzlich festgeschriebene Altersgrenze für Arbeitsverhältnisse. Unbefristete, also auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Arbeitsverträge enden grundsätzlich nicht mit Erreichen eines gewissen Lebensalters oder tatsächlichem Altersrentenbezug. Dies gilt auch für das Erreichen der Regelaltersgrenze. Vielmehr muss das Arbeitsverhältnis unter den normalen Voraussetzungen durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet werden. Wünscht der Arbeitgeber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einem Arbeitnehmer, der die Regelaltersgrenze erreicht, muss er – ohne einvernehmlichen Aufhebungsvertrag – kündigen. Im sog. Kleinbetrieb endet dann regelmäßig das Arbeitsverhältnis. Beschäftigt der Arbeitgeber aber mehr als zehn Arbeitnehmer, verlangt das Kündigungsschutzgesetz zunächst einen Kündigungsgrund. Dazu hat der Gesetzgeber in § 41 S. 1 SGB VI geregelt, dass allein der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Altersrente eine Arbeitgeber-Kündigung nicht rechtfertigt. Zudem sind langjährig beschäftigte Arbeitnehmer in der Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern geschützt und damit oftmals kaum kündbar.

Daher werden – und sollten – entweder in Arbeitsverträgen oder kollektivrechtlich in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen Altersgrenzen vereinbart. Ist eine solche Altersgrenze wirksam vereinbart, endet das Arbeitsverhältnis mit Erreichen der vorgesehenen Altersgrenze, ohne dass es einer Kündigung bedarf.

## Regelaltersgrenze als Sachgrund für die Befristung

Die Altersgrenzenbefristung ist nach allgemeiner Meinung ein Sachgrund nach § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG; der Grund liegt in der Person des Arbeitnehmers. Mit Urteil vom 25.10.2017 (Az. 7 AZR 632/15, NZA 2018, S. 507) stellte das BAG zu dieser Thematik nunmehr klar, dass eine auf das Regelrentenalter abstellende Befristungsregelung nicht nur in Kollektivnormen, sondern auch in Individual-Arbeitsverträgen ge-

troffen werden kann. Voraussetzung hierfür ist u. a., dass der Arbeitsvertrag durch eine Altersversorgung abgelöst wird und die Schriftform eingehalten ist. Die Anbindung an eine rentenrechtliche Versorgung bei Ausscheiden durch Erreichen einer Altersgrenze ist Bestandteil des Sachgrundes. Ein sachlicher Grund liegt nach BAG immer dann vor, wenn an die Stelle der Leistungen aus dem Arbeitsvertrag solche aus der Altersversorgung treten. Die Art der Altersversorgung ist hierfür nicht von Belang. Die rentenrechtliche Versorgung kann also nicht nur eine Regelaltersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung sein, sondern auch die Altersrente eines Versorgungswerks. Auf die konkrete wirtschaftliche Absicherung des Arbeitnehmers als Rentner kommt es laut BAG nicht an. Die Vereinbarung von Altersgrenzen stellt auch keine Altersdiskriminierung dar. Der Gesetzgeber hat aus sozialpolitischen Gründen im AGG geregelt, dass eine solche Vereinbarung keine unzulässige Ungleichbehandlung ist. Die Befristung auf die Regelaltersgrenze steht im Einklang zum Unionsrecht.

Die jeweilige Regelaltersgrenze bestimmt sich für jeden Arbeitnehmer nach seinem Geburtsjahrgang. Für Versicherte, die vor 1947 geboren sind, liegt sie noch bei 65 Jahren. Seit 2012 steigt für die Jahrgänge zwischen 1947 und 1963 die Regelaltersgrenze stufenweise pro Jahr an, zunächst um jeweils einen Monat, dann um jeweils zwei Monate bis zur Vollendung des 67. Lebensjahres. Für die Jahrgänge ab 1964 wird die gesetzliche Regelaltersgrenze grundsätzlich mit Vollendung des 67. Lebensjahres erreicht.

## Schriftformerfordernis und dessen Nachholung

Für den Befristungsgrund Altersgrenze gelten die allgemeinen rechtlichen Voraussetzungen wie für jede wirksame Befristung eines Arbeitsverhältnisses. Das Schriftformerfordernis nach § 14 Abs. 4 TzBfG findet dabei nur auf die Befristungsabrede, nicht jedoch auf den sachlichen Grund, die Rechtsgrundlage oder den ganzen Arbeitsvertrag Anwendung. Wichtig ist, dass die Schrift-

form nur dann gewahrt ist, wenn die schriftliche Niederlegung vor Vertragsbeginn erfolgt. Daneben verlangt das BAG, dass eine einheitliche Urkunde von Arbeitgeber und Arbeitnehmer eigenhändig unterzeichnet ist und diese schriftliche Erklärung tatsächlich beiden Parteien zugeht bzw. vorliegt.

Nicht selten kommt es im Arbeitsleben vor, dass die schriftliche Niederlegung der Befristungsabrede erst nach dem tatsächlichen Beginn des Arbeitsverhältnisses vollzogen wird. Dies sollte aus rechtlicher Sicht wegen der dazu ergangenen strengen BAG-Rechtsprechung in jedem Fall vermieden werden. Denn ein formunwirksamer befristeter Arbeitsvertrag gilt als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Wenn es aber dennoch einmal passieren sollte, können die Vertragsparteien noch nachträglich das Arbeitsverhältnis wirksam befristen, wenn ein Sachgrund i. S. des § 14 Abs. 1 TzBfG - wie die Altersgrenzenbefristung - vorliegt und die Parteien eine neue eigenständige Befristungsvereinbarung treffen. Das sog. Vorbeschäftigungsverbot gilt bei der Sachgrundbefristung nicht.

## Hinausschieben der Altersgrenzenbefristung

Der „Beendigungsautomatismus“ durch die Altersgrenzenbefristung kann aber in Einzelfällen auch ein Problem darstellen. Mancher Arbeitnehmer möchte trotz Erreichen seiner Regelaltersgrenze noch weiterarbeiten und ein Arbeitgeber seinen erfahrenen Mitarbeiter nicht verlieren. Daher besteht oftmals der beiderseitige Wunsch, den Arbeitnehmer trotz Erreichen der Regelaltersgrenze darüber hinaus weiter zu beschäftigen. Der Gesetzgeber hat darauf in 2014 mit der Regelung des § 41 S. 3 SGB VI reagiert. Mit dieser Regelung können die Arbeitsvertragsparteien durch Vereinbarung das Befristungsende über die ursprünglich im Arbeitsvertrag vereinbarte Regelaltersgrenze – gegebenenfalls auch mehrfach – hinausschieben. Damit wird das Arbeitsverhältnis nicht ohne Altersgrenzenbefristung entfristet fortgesetzt, wie bei einer etwaigen Weiterbeschäftigung ohne Vereinbarung; hingegen wird jeweils



eine neue Befristungsabrede getroffen. Zu beachten ist bei der Umsetzung, dass der bisherige Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers fortgeführt werden muss; gewünschte Änderungen bei den Vertragsbedingungen können daher nur während der Laufzeit des „nachbefristeten“ Arbeitsverhältnisses vorgenommen werden.

In einer aktuellen Entscheidung vom 28.2.2018 hat der EuGH (Rs. C-46/17, Hubertus John / Freie Hansestadt Bremen) nunmehr die Europarechtskonformität dieser Regelung bestätigt. Die Vorschrift verstößt nach Auffassung des EuGH weder gegen das Altersdiskriminierungsverbot noch handelt es sich um einen Missbrauch befristeter Arbeitsverträge. Der Arbeitnehmer befindet sich am Ende seines Berufslebens und ist durch den Altersrentenbezug sozial abgesichert, weshalb der auch unionsrechtlich angestrebte

Arbeitnehmerschutz auf ein festes Beschäftigungsverhältnis hier nicht verletzt ist. Dies gilt laut EuGH auch, wenn das Befristungsende mehrfach und ohne weitere Voraussetzungen hinausgeschoben wird. Es besteht keine zeitliche Grenze, wenn das Hinausschieben noch während der Vertragslaufzeit schriftlich vereinbart wird und kein zeitlicher Versatz zwischen dem ursprünglich beendeten und dem verlängerten Vertragsverhältnis entsteht.

#### **Fazit**

Die Befristung von Arbeitsverhältnissen auf die Regelaltersgrenze - sei es kollektivrechtlich oder im Arbeitsvertrag - ist eine sehr praxisrelevante und wichtige Thematik für alle Unternehmen. Bestehende Arbeitsverträge sollten auf das Vorliegen einer wirksamen Vereinbarung geprüft werden, neu abzu-

schließende Arbeitsverträge sollten immer eine rechtswirksame Altersgrenzenbefristung enthalten.

Der Arbeitgeber sollte auch die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis über die Regelaltersgrenze hinaus befristet fortzusetzen, als wichtiges Gestaltungsinstrument kennen und - falls von den Vertragsparteien gewünscht - nutzen. Auch hier sind die rechtlichen Voraussetzungen immer einzuhalten. Mit der dargestellten EuGH-Entscheidung ist die Regelung des § 41 S. 3 SGB VI nun als europarechtskonform bestätigt, es besteht Rechtssicherheit für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Damit wird die praktische Bedeutung dieser Regelung im Befristungsrecht künftig sicherlich zunehmen.



## Rabattgewährung durch Dritte: Ausnahmsweise steuerpflichtiger Lohn

Arbeitslohn ist nicht nur ein Rabatt, den der Arbeitgeber selbst einräumt, sondern auch Einnahmen, die dem Arbeitnehmer von dritter Seite zufließen. Voraussetzung ist, dass zwischen der Zuwendung des Dritten und der vom Arbeitnehmer im Rahmen seines Dienstverhältnisses für den Arbeitgeber zu erbringenden Arbeit ein Zusammenhang besteht. Davon ist grundsätzlich auszugehen, wenn der Dritte mit der Zuwendung anstelle des Arbeitgebers die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers entlohnt. Hat der Arbeitgeber an der Verschaffung von Preisvorteilen aktiv mitgewirkt, gehören diese Preisvorteile regelmäßig zum Arbeitslohn.

Dagegen liegt kein Arbeitslohn von dritter Seite vor, wenn ein Dritter dem Arbeitnehmer z. B. im Rahmen eines Mitarbeiter-Vorteilsprogramms Rabatte für eigene Produkte gewährt und der eigene Arbeitgeber hieran nicht selbst mitgewirkt hat, da die Vorteilsgewährung nicht für eine Leistung an den eigenen Arbeitgeber gewährt wird. Arbeitslohn von dritter Seite liegt auch nicht vor,

wenn der Dritte diese Rabatte sowohl Arbeitnehmern des Arbeitgebers als auch einem weiteren Personenkreis im Geschäftsverkehr einräumt. Die Kenntnis des eigenen Arbeitgebers von der Vorteilsgewährung des Dritten ist dabei unschädlich.

Die Finanzverwaltung geht allerdings schon von einer aktiven Mitwirkung des Arbeitgebers aus, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten eine enge wirtschaftliche oder tatsächliche Verflechtung oder enge Beziehung sonstiger Art besteht, z. B. ein Organschaftsverhältnis.

Dieser Sichtweise ist das FG Hamburg in seinem Urteil vom 29.11.2017 (Az. 1 K 111/16, EFG 2018, S. 490) entgegengetreten. Eine sonstige enge Beziehung zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber allein begründet noch nicht den erforderlichen Veranlassungszusammenhang. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Im Urteilsfall war die Lohnsteuerpflicht für Preisnachlässe, die den Mitarbeitern der Klägerin von dritter

Seite (einer KG) gewährt wurden, strittig. Beide Unternehmen wurden einst von demselben Unternehmer gegründet und zwischen ihren Gesellschaftern bestanden familiäre Beziehungen. Für Käufe ihrer Mitarbeiter bei der KG übernahm die Klägerin die Inkassotätigkeit insoweit, als der Kaufpreis für bestellte Waren in der Lohnbuchhaltung direkt vom auszuhaltenden Arbeitsentgelt des Mitarbeiters einbehalten wurde. Das FG Hamburg verneint hier das Vorliegen von Arbeitslohn.

**Hinweis:** Damit stellt sich das FG Hamburg gegen die Auffassung der Finanzverwaltung im BMF-Schreiben vom 20.1.2015 (BStBl. I 2015, S. 143). Die Finanzverwaltung sieht auch „enge Beziehungen sonstiger Art“ zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber als ausreichend an, um den erforderlichen Veranlassungszusammenhang zu begründen. Nach Auffassung des FG spricht die Tatsache, dass der Dritte den Rabatt aus eigenwirtschaftlichen Gründen gewährt, gegen die Annahme von Arbeitslohn.



## Arbeitslohn durch übernommene Beiträge des Arbeitnehmers

Eine Rechtsanwaltssozietät hatte in dem vom FG Münster zu entscheidenden Streitfall für eine angestellte Rechtsanwältin Beiträge zur Berufshaftpflichtversicherung, zur Rechtsanwaltskammer und zum Deutschen Anwaltsverein übernommen. Das FG Münster sieht in diesen übernommenen Aufwendungen steuerpflichtigen Arbeitslohn, weil die Übernahme nicht im ganz überwiegend eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers gelegen ist (Urteil vom 1.2.2018, Az. 1 K 2943/16 L).

Im Einzelnen führt das FG Münster dazu aus: Die Berufshaftpflichtversicherung sei unabhängig für die Ausübung des Anwaltsberufs und decke somit das persönliche Haftungsrisiko der Anwältin ab. Die Beiträge zur Rechtsanwaltskammer resultieren aus der Anwaltszulassung, die zwar im betrieblichen Interesse der Sozietät liege, jedoch auch zwingende Voraussetzung für die selbständige Ausübung der Anwaltstätigkeit sei und der Anwältin im Falle einer beruflichen Veränderung Vorteile bringe. Die Vorteile aus der Mitgliedschaft im Anwaltsverein würden sich für die Rechtsanwältin unabhängig von ihrem Anstellungsverhältnis positiv auswirken.

Ebenso bejahte das FG Münster in der Übernahme der Umlage für das besondere elektronische Anwaltspostfach Arbeitslohn, da die Einrichtung des Postfachs nicht für die Sozietät, sondern für jeden Rechtsanwalt einzeln erfolge.

**Hinweis:** Gegen die Entscheidung wurde die Revision zum BFH zugelassen. Die Urteilsgründzüge dürften auch für andere Berufsgruppen von Bedeutung sein, bei denen Beiträge in Berufskammern oder beruflichen Vereinigungen vom Arbeitgeber übernommen werden.

# Überlassung eines Dienstwagens an Arbeitnehmer

## Anwendungsschreiben des BMF

Mit Schreiben vom 4.4.2018 (Az. IV C 5 – S 2334/18/10001) fasst das BMF seine bisherigen Verlautbarungen zur lohnsteuerlichen Behandlung der Überlassung eines betrieblichen Kraftfahrzeugs an Arbeitnehmer zusammen.

Unter anderem geht die Finanzverwaltung auf die Behandlung der Verbote der Nutzung des Dienstfahrzeugs durch die Arbeitnehmer für private Zwecke, auf die Nutzung des Dienstfahrzeugs für Teilstrecken (Park and Ride), auf die Überlassung mehrerer Kraftfahrzeuge sowie auf die Behandlung der Zuzahlungen des Arbeitnehmers zu den Betriebskosten des Fahrzeuges ausführlich ein.

Wesentliche Ausführungen sind dabei:

- ▶ Ist dem Arbeitnehmer die private Nutzung bzw. Nutzung für die Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte des zur Verfügung gestellten betrieblichen Fahrzeugs untersagt, braucht der jeweilige pauschale Nutzungswert nicht angesetzt werden, wenn das Nutzungsverbot durch entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag vereinbart wird. Anzuerkennen ist dabei insb. die Abgabe einer schriftlichen Nutzungsverzichtserklärung durch den Arbeitnehmer. Entsprechende Unterlagen sind als Belege zum Lohnkonto aufzubewahren.

Wird das Dienstfahrzeug trotz bestehendem Nutzungsverbot bzw. Nutzungsverzichtserklärung unbefugt zu privaten Zwecken genutzt, hat die unbefugte Privatnutzung keinen Lohncharakter. Ein Zufluss von Arbeitslohn liegt in diesem Fall erst in dem Zeitpunkt vor, in dem der Arbeitgeber zu erkennen gibt, dass er die ihm zustehende Schadenersatzforderung gegenüber dem Arbeitnehmer nicht geltend machen wird.

- ▶ Setzt der Arbeitnehmer ein ihm überlassenes Kraftfahrzeug bei den Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte oder bei Familienheimfahrten nur für eine Teilstrecke ein, weil er regelmäßig die andere Teilstrecke mit öffentlichen Ver-

kehrsmitteln zurücklegt (Park and Ride), so wird von der Finanzverwaltung nicht beanstandet, wenn der pauschale Nutzungswert auf der Grundlage der Teilstrecke ermittelt wird, die mit dem betrieblichen Kraftfahrzeug tatsächlich zurückgelegt wird. Dies wird allerdings nur anerkannt, wenn der Arbeitgeber das Kraftfahrzeug nur für diese Teilstrecke zur Verfügung stellt oder der Arbeitnehmer für die restliche Teilstrecke einen Nachweis über die Benutzung eines anderen Verkehrsmittels erbringt (z. B. Fahrkarten öffentlicher Verkehrsmittel).

- ▶ Stehen einem Arbeitnehmer gleichzeitig mehrere Kraftfahrzeuge zur Verfügung, so ist für jedes Kraftfahrzeug der pauschale Nutzungswert für Privatfahrten mit monatlich 1 % des Listenneupreises anzusetzen. Dies gilt auch beim Einsatz eines Wechselkennzeichens. Dem pauschalen Nutzungswert für Privatfahrten kann der Listenneupreis des überwiegend genutzten Kraftfahrzeugs zugrunde gelegt werden, wenn die Nutzung der Kraftfahrzeuge durch andere zur Privatsphäre des Arbeitnehmers gehörende Personen nachweislich so gut wie ausgeschlossen ist.

**Hinweis:** Bei Anwendung der 0,03 %-Regelung wird dem pauschalen Nutzungswert für Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte jedoch der Listenneupreis des überwiegend für diese Fahrten genutzten Kraftfahrzeugs zugrunde gelegt.

- ▶ Zahlt der Arbeitnehmer für die Nutzung zu privaten Fahrten, Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte und Familienheimfahrten ein Nutzungsentgelt, mindert dies den Nutzungswert. Zum Nutzungsentgelt zählen z. B. arbeitsvertraglich vereinbarte Monatspauschalen, Kilometerpauschalen, vom Arbeitnehmer übernommene Leasingraten sowie vollständig oder teilweise übernommene einzelne Kraftfahrzeugkosten (z. B. Tankkosten, Autowäsche etc.).

Der Barlohnverzicht des Arbeitnehmers im Rahmen einer Gehaltsumwandlung stellt kein Nutzungsentgelt dar.

Übersteigt das Nutzungsentgelt den Nutzungswert, führt der übersteigende Betrag weder zum negativen Arbeitslohn noch zu Werbungskosten

- ▶ Zuzahlungen des Arbeitnehmers zu den Anschaffungskosten eines ihm auch zur privaten Nutzung überlassenen betrieblichen Kraftfahrzeugs können nicht nur im Zahlungsjahr, sondern auch in den darauf folgenden Kalenderjahren auf den privaten Nutzungswert für das jeweilige Kraftfahrzeug bis auf 0 Euro angerechnet werden. Entsprechendes gilt für die Zuzahlungen des Arbeitnehmers zu Leasingsonderzahlungen.
- ▶ Nutzt der Arbeitnehmer nur ab und zu den Firmenwagen für Fahrten zwischen Wohnung und seiner ersten Tätigkeitsstätte, besteht die Möglichkeit der Einzelbewertung der tatsächlich durchgeführten Fahrten. Anstelle des monatlichen Zuschlags von 0,03 % des Listenneupreises für jeden Entfernungskilometer können die tatsächlichen Fahrten mit 0,002 % des Listenneupreises je Entfernungskilometer für höchstens 180 Tage einzeln bewertet werden. Der Arbeitnehmer hat die tatsächliche Nutzung schriftlich mit Datumsangabe für jeden Kalendermonat mitzuteilen. Eine bloße Angabe der Anzahl der Tage ist nicht ausreichend.

Entgegen der bisherigen Verwaltungsanweisung (BMF-Schreiben vom 1.4.2011, BStBl. I 2011, S. 301, Rz. 5) ist der Arbeitgeber nun jedoch verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitnehmers eine solche Einzelbewertung vorzunehmen, sofern sich aus der arbeitsvertraglichen oder einer anderen arbeits- oder dienstrechtlichen Rechtsgrundlage nichts anderes ergibt.

**Hinweis:** Die Finanzverwaltung beanstandet es jedoch nicht, wenn von einer Pflicht des Arbeitgebers erst ab 1.1.2019 ausgegangen wird und es ihm bis dahin frei gestellt wird, eine Einzelbewertung durchzuführen.

### Brennstoffzellenfahrzeug als Dienstwagen

Mit einem weiteren Schreiben geht das BMF auf den Sonderfall eines Brennstoffzellenfahrzeugs als Dienstwagen ein.

Wird der Wert der Privatnutzung des Dienstwagens nach der 1 %-Methode ermittelt, ist im Falle eines Elektro- oder Hybridelektrofahrzeugs der Bruttolistenpreis als Bemessungsgrundlage pauschal um den Wert des Batteriesystems zu mindern. Bei einer Anschaffung in 2018 beträgt die Minderung pro kWh 50 Euro und ist auf einen Höchst-

betrag von 5.500 Euro gedeckelt. Wird der Nutzungswert bei Überlassung eines Elektro- oder Hybridelektrofahrzeugs durch die Fahrtenbuchmethode ermittelt, können die Anschaffungskosten, die im Wege der Abschreibung in die Gesamtkosten eingehen, in vergleichbarer Weise gemindert werden, so dass auf die Privatfahrten geringere Kosten entfallen.

Mit Schreiben vom 24.1.2018 (Az. IV C 6 – S 2177/13/10002, DStR 2018, S. 252) erklärt das BMF die für Elektro- und Hybridelektrofahrzeuge geltenden Minderungsbeträge ent-

sprechend bei der Überlassung eines betrieblichen Brennstoffzellenfahrzeugs für anwendbar. Die im Fahrzeug gespeicherte Energie sei vergleichbar mit der Batteriekapazität von Elektro- und Hybridelektrofahrzeugen.

**Hinweis:** Der für die Minderung maßgebliche Energiewert kann der Zulassungsbescheinigung Teil 1 in Ziff. 22 entnommen werden.

## Doppelte Haushaltsführung: Hauptwohnung am Beschäftigungsort

Mit Urteil vom 16.11.2017 (Az. VI R 31/16, DStR 2018, S. 178) hat der BFH seine Rechtsprechung zur Auslegung des Beschäftigungsortes (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 EStG) im Zusammenhang mit einer doppelten Haushaltsführung bestätigt.

Die Führung eines Zweithaushalts aus beruflichen Gründen am Beschäftigungsort und damit das Vorliegen einer doppelten Haushaltsführung wird steuerlich nur dann anerkannt, wenn der eigene Hausstand nicht ebenfalls am Beschäftigungsort belegen ist und somit der Ort des eigenen Hausstands und der Beschäftigungsort auseinanderfallen. Letzterer ist dabei weit auszulegen und nicht nur auf die politische Gemeinde, in welcher die Arbeitsstätte (jetzt: erste Tätigkeitsstätte) liegt, zu begrenzen. Vielmehr ist eine Wohnung am Beschäftigungsort belegen, wenn sie dem Arbeitnehmer gestattet, seine Arbeitsstätte täglich aufzusuchen. Der BFH hat dies im vorliegenden Streitfall bei Wegzeiten von bis zu einer Stunde bejaht. Die Entscheidung, ob der Arbeitnehmer von seinem eigenen Hausstand in zumutbarer Weise täglich zu seiner Arbeitsstätte gelangen kann, ist dabei in tatrichterlicher Würdigung auf den jeweiligen Einzelfall bezogen zu treffen. Die Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte ist hierbei ein wesentliches Merkmal, kann jedoch nicht allein

zur Entscheidungsfindung herangezogen werden. Vielmehr sind die individuellen Verkehrsverbindungen und Wegezeiten zwischen eigenem Hausstand und regelmäßiger Arbeitsstätte zu berücksichtigen, so dass eine Würdigung des Einzelfalls zu erfolgen hat.

**Hinweis:** Sofern der Beschäftigungsort und der Ort des eigenen Hausstandes nicht auseinanderfallen, liegt die Möglichkeit der Begründung einer doppelten Haushaltsführung nicht vor, wodurch Kosten einer Zweitwohnung als nicht abzugsfähige Aufwendungen der Lebensführung zu beurteilen sind. Ein Arbeitgeberzuschuss zur Zweitwohnung könnte damit nicht steuerfrei gezahlt werden, sondern würde steuerpflichtigen Arbeitslohn darstellen.

Mit Ablösung des Begriffes der regelmäßigen Arbeitsstätte durch die erste Tätigkeitsstätte seit dem 1.1.2014 hat sich der Beschäftigungsort zum Ort der ersten Tätigkeitsstätte gewandelt. Der Ort der ersten Tätigkeitsstätte ist für ein Auseinanderfallen mit dem eigenen Hausstand als Voraussetzung einer doppelten Haushaltsführung, ähnlich wie schon der Beschäftigungsort, weit auszulegen und ist nicht auf die politische Gemeinde begrenzt.

Neues Gestaltungspotential ergibt sich durch die verschiedenen Definitionen der regelmäßigen Arbeitsstätte und der ersten Tätigkeitsstätte. Während vor dem 1.1.2014 die regelmäßige Arbeitsstätte nur beim eigenen Arbeitgeber sein konnte, ergeben sich insbesondere bei Leiharbeitnehmern oder wenn Mitarbeiter dauerhaft beim Kunden eingesetzt werden durch den weiter gefassten Begriff der ersten Tätigkeitsstätte neue Möglichkeiten zur Begründung einer doppelten Haushaltsführung, die vorher ausgeschlossen waren.

## Steuerliche Einordnung von Entschädigungen nach § 15 AGG

Bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion bzw. der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist der Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 1 AGG verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, es sei denn, er hat die Pflichtverletzung nicht zu vertreten. Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, besteht ein Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld (§ 15 Abs. 2 Satz 1 AGG).

Die OFD Nordrhein-Westfalen geht in ihrer Kurzinformation Einkommensteuer vom 1.2.2018 (Nr. 02/2018, DStR 2018, S. 920)

darauf ein, wie diese Entschädigungen steuerlich zu werten sind. Ist der Arbeitgeber zum Ersatz des materiellen Schadens nach § 15 Abs. 1 AGG verpflichtet, entsteht regelmäßig steuerpflichtiger Arbeitslohn im Sinne von § 24 Nr. 1 Buchst. a i. V. mit § 19 EStG.

Geht es hingegen um einen immateriellen oder ideellen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, ist die geleistete Entschädigung nicht als Ausfluss aus dem Arbeitsverhältnis zu werten. Dementsprechend ist die Entschädigungsleistung auch nicht der steuerbaren Sphäre des Arbeitnehmers zuzurechnen.

**Hinweis:** Anders als Entschädigungszahlungen nach § 15 Abs. 1 AGG führen somit solche nach § 15 Abs. 2 AGG nicht zu steuerpflichtigem Arbeitslohn.

## Zusätzlichkeitserfordernis bei der Steuerpauschalierung nach § 37b EStG

Die pauschale Besteuerung von Zuwendungen nach § 37b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG setzt laut Urteil des BFH vom 21.2.2018 (Az. VI R 25/16, DStR 2018, S. 858) neben der betrieblichen Veranlassung der Zuwendung voraus, dass diese zusätzlich zur ohnehin vereinbarten Leistung oder Gegenleistung des Steuerpflichtigen erbracht wird.

Im Streitfall ermöglichte ein Händler im Rahmen eines Verkaufsförderungsprogramms selbständigen Fachverkäufern sowie deren Arbeitnehmern durch den Verkauf bestimmter Produkte Bonuspunkte zu sammeln. Diese konnten bei einem Dritten gegen Sachprämien und Gutscheine eingelöst werden, die der

Dritte dem Händler in Rechnung stellte. Laut BFH wurden diese Prämien nicht zusätzlich zu einer ohnehin vereinbarten Leistung oder Gegenleistung erbracht, sondern stellen vielmehr die allein geschuldete Leistung für den erbrachten Verkaufserfolg dar. Die zweifelsohne durch den Betrieb des Händlers veranlassten Zuwendungen waren somit nicht der Pauschalbesteuerung zu unterwerfen.

**Hinweis:** Der BFH weist darauf hin, dass die vereinnahmten Prämien zu steuerpflichtigen Einkünften der selbständigen und unselbständigen Fachverkäufer führen, wobei er offen lässt, welcher Einkunftsart diese zuzuordnen sind. Da eine Pauschalierung nach § 37b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG durch den Leistenden nicht möglich ist, ist es Sache der Fachverkäufer, die Einkünfte zu versteuern.

## Entsendung: Übernahme von Steuerberatungskosten bei Nettolohnvereinbarung

Die Übernahme von Steuerberatungskosten durch den Arbeitgeber im Rahmen einer Nettolohnvereinbarung kann laut Urteil des FG Rheinland-Pfalz vom 21.12.2016 (Az. 1 K 1605/14, EFG 2017, S. 1205) im weitaus überwiegenden eigenbetrieblichen Interesse des Arbeitgebers liegen, so dass hierin kein steuerpflichtiger geldwerter Vorteil zu sehen ist.

Im Streitfall verpflichtete sich der Arbeitgeber mit einer Entsenderichtlinie dazu, entsandte Arbeitnehmer bei der Erledigung der steuerlichen Pflichten im Herkunfts- und im Entsendeland zu unterstützen. Konkret wurden die Kosten des Steuerberaters für die Erstellung der Steuererklärungen im Entsendeland sowie im Heimatland für das Hin- und Rückzugsjahr übernommen, sofern der Arbeitnehmer den vom Arbeitgeber beauftragten Steuerberater in Anspruch nahm. Zudem vereinbarte der Arbeitgeber mit den entsandten Arbeitnehmern Nettolohnvereinbarungen, in

denen sich die Arbeitnehmer verpflichteten, etwaige Steuererstattungen aus den Einkommensteuererklärungen an den Arbeitgeber abzutreten.

Das FG Rheinland-Pfalz führt in seiner Urteilsbegründung aus, dass die Entsendung, die Nettolohnvereinbarung und die Übernahme der Steuerberatungskosten hinsichtlich der jeweiligen Interessen des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers getrennt voneinander zu beurteilen sind. Bei den Entsendungsregelungen sowie der Nettolohnvereinbarung sei wohl ein erhebliches Interesse des Arbeitnehmers gegeben. Das Interesse des Arbeitnehmers an der Erledigung der steuerlichen Angelegenheiten falle hingegen wegen der Nettolohnvereinbarung und der damit einhergehenden Abtretungsverpflichtung neben dem erheblichen Interesse des Arbeitgebers an einer möglichst günstigen Lohnbesteuerung nicht mehr ins Gewicht.

**Hinweis:** Gegen das Urteil des FG Rheinland-Pfalz wurde die Revision beim BFH eingelegt (Az. VI R 28/17). Bislang vertritt der BFH noch die gegenteilige Auffassung und bejaht trotz Nettolohnvereinbarung und Abtretungsverpflichtung eines etwaigen Steuererstattungsanspruchs das Vorliegen von Arbeitslohn, wenn der Arbeitgeber die Steuerberatungskosten übernimmt (BFH-Urteil vom 21.1.2010, Az. VI R 2/08, NJW 2010, S. 2079).

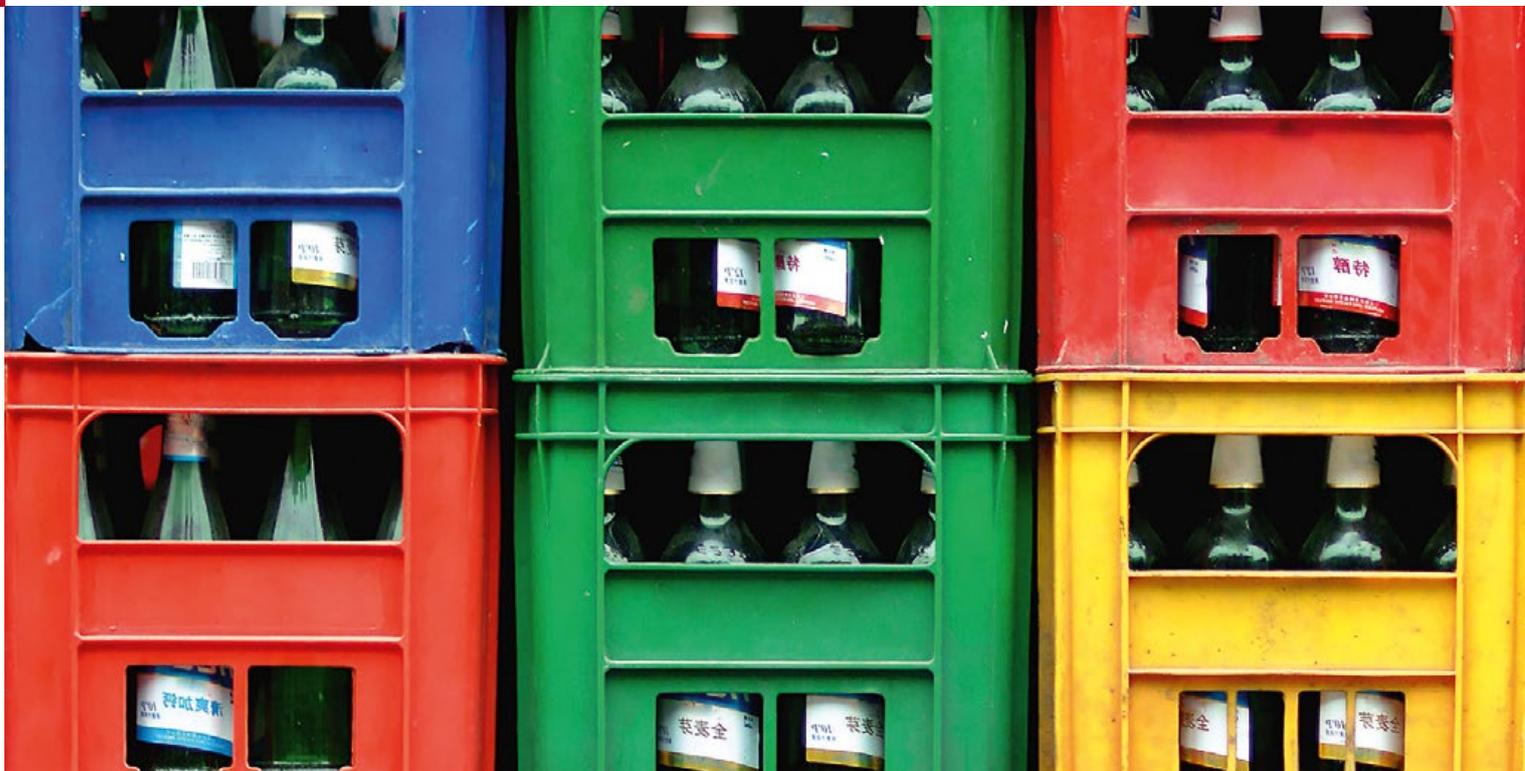
## Bindungswirkung der A1-Bescheinigungen

Wird ein Mitarbeiter des inländischen Betriebs im Ausland eingesetzt, sollte zum Nachweis der Sozialversicherung in Deutschland eine sog. A1-Bescheinigung beantragt werden. Wird diese im anderen Staat dem Sozialversicherungsträger vorgelegt, unterfällt der Mitarbeiter nicht der dortigen Sozialversicherungspflicht.

Dazu hatte zunächst der EuGH mit Urteil vom 27.4.2017 (Rs. C-620/15, A-Rosa) entschieden, dass eine ausgestellte Bescheinigung sowohl den Sozialversicherungsträger des Mitgliedstaates, in dem die Arbeit ausgeführt wird, als auch die Gerichte dieses Mitgliedstaates bindet, selbst wenn von diesen festgestellt wird, dass offensichtlich nicht der sachliche Anwendungsbereich der zugrunde liegenden Verordnung eröffnet ist.

Von dieser Rechtsauffassung rückt der EuGH nun jedoch mit Urteil vom 6.2.2018 (Rs. C-359/16, Absa) in den Fällen ab, in denen der im Ausland eingesetzte Mitarbeiter falsche Angaben gemacht hat und der Sozialversicherungsträger des Mitgliedstaates, der die Bescheinigung ausgestellt hat, nicht die vom Träger des Tätigkeitsstaates vorgelegten Beweise berücksichtigt, um die Ausstellung der Bescheinigung erneut zu prüfen. Das nationale Gericht des Tätigkeitsstaates kann in solchen Fällen die Bescheinigung außer Acht lassen, wenn es feststellt, dass ein Betrug vorliegt.

**Hinweis:** Der EuGH schränkt somit die Bindungswirkung der A1-Bescheinigung zumindest in den Fällen ein, in denen bei deren Beantragung falsche Angaben gemacht wurden. Somit sollte bei der Beantragung einer A1-Bescheinigung besonders darauf geachtet werden, den zugrunde liegenden Sachverhalt korrekt darzustellen.



## Aktuelle Rechtsprechung und Entwicklungen zum gesetzlichen Mindestlohn

Sowohl das BAG als auch die Landesarbeitsgerichte beschäftigen sich seit 2015 immer wieder mit der Berechnung bzw. der Anrechnung auf den Mindestlohn.

### Erfüllung des Mindestlohnanspruchs durch Sonderzahlungen

Das BAG hat nochmals mit Urteil vom 24.5.2017 (Az. 5 AZR 431/16) bestätigt, dass eine vom Arbeitgeber gewährte Sonderzahlung den Anspruch des Arbeitnehmers auf den gesetzlichen Mindestlohn (mit-)erfüllt, und nunmehr folgendes klargestellt: Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn wird durch Sonderzahlungen nur dann erfüllt, wenn die für eine geleistete Arbeitsstunde vertraglich vereinbarte Grundvergütung niedriger ist als der gesetzliche Mindestlohn (BAG-Urteil vom 11.10.2017, Az. 5 AZR 621/16, DStR 2018, S. 205). In der Begründung ist ausgeführt, dass eine Anrechnung von Sonderzahlungen auf den Mindestlohn nur möglich sei, wenn die für die geleisteten Arbeitsstunden vertraglich vereinbarte Grundvergütung nicht ausreicht, um den gesetzlichen Mindestlohnanspruch zu erfüllen. Nur dann entstehe ein Differenzanspruch nach § 3 MiLoG, der mit Zusatzzahlungen erfüllt werden könne.

### Prämien mindestlohnwirksam

Eine „Immerda-Prämie“, die Beschäftigte erhalten, weil sie im Abrechnungsmonat durchgehend arbeitsfähig waren, ist geeignet, den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn zu erfüllen. Zu diesem Ergebnis kam das BAG mit Urteil vom 8.11.2017 (Az. 5 AZR 692/16, DStR 2018, S. 930).

**Hinweis:** Gleiches gelte für eine Prämie, die der Arbeitgeber Kraftfahrern für das Sauberhalten ihres Fahrzeuges zahlt, sowie für eine Leergutprämie in Bezug auf den korrekten Umgang mit von Kunden zurückzugebendem Leergut.

### Nachtzuschläge mindestlohnwirksam

Laut Urteil des LAG Hamm vom 29.11.2017 (Az. 6 Sa 620/17, DStR 2018, S. 367) sind Zuschläge für geleistete Arbeit während der Nachtzeit i. S. d. § 2 Abs. 3 ArbZG (regelmäßig zwischen 23 Uhr und 6 Uhr) mindestlohnwirksam. Dies gilt zumindest dann, wenn es sich nicht um Nachtarbeit i. S. v. § 2 Abs. 4 ArbZG handelt, also die Arbeitszeit nicht mehr als zwei Stunden der Nachtzeit umfasst. Die durch den Arbeitgeber gezahlten Nachtzuschläge unterliegen auch nicht deshalb der

gesetzlichen Zweckbestimmung des § 6 Abs. 5 ArbZG, weil im zu entscheidenden Fall die Arbeitnehmerin ihre gesamte Arbeitszeit zur Nachtzeit erbracht hat und sie damit – wie von ihr vorgetragen – den gleichen Erschwernissen ausgesetzt gewesen wäre wie ein Nachtarbeiter im Sinne der Vorschrift. Zweck der Regelung im Arbeitszeitgesetz ist aber die zeitliche Begrenzung der Nachtarbeit sowie deren arbeitsmedizinische und sozialpolitische Flankierung. Bei weniger als zwei Stunden Nachtarbeit, wie vorliegend, seien für den Arbeitnehmer noch hinreichend Ruhe- und Schlafzeiten gegeben. Ein besonderer Schutz sei laut LAG nicht erforderlich. Daher unterliegen die geleisteten Nachtzuschläge keiner gesetzlichen Zweckbestimmung und können den Mindestlohnanspruch des Arbeitnehmers erfüllen.

**Hinweis:** Das LAG-Urteil ist nicht rechtskräftig. Es wurde unter dem Az. 5 AZR 591/17 Revision beim BAG eingelegt.

### Bereitschaftszeit ist mindestlohnpflichtige Arbeitszeit

Mit Urteil vom 11.10.2017 (Az. 5 AZR 591/16, DStR 2018, S. 626) bestätigte das BAG seine bisherige Rechtsprechung, wonach Bereit-



schaftszeit mit gesetzlichem Mindestlohn zu vergüten ist. Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn sei allerdings bereits dann erfüllt, wenn der Arbeitnehmer für die in einem Kalendermonat erbrachte Vollarbeit und den Bereitschaftsdienst eine Bruttovergütung erhält, die das Produkt der Gesamtstunden mit dem gesetzlichen Mindestlohn nicht unterschreitet.

**Hinweis:** Die Klage des Arbeitnehmers, auch für seine in 2015 geleisteten Bereitschaftsstunden eine Vergütung in Höhe des – bislang nicht bezahlten – gesetzlichen Mindestlohns zu erhalten, hatte keinen Erfolg. Denn er hatte gemäß seiner tarifvertraglichen Eingruppierung bereits eine Bruttovergütung bezogen, die das Produkt der insgesamt geleisteten Arbeitsstunden mit 8,50 Euro überstieg.

#### **Transportgewerbe: Anwendbarkeit des MiLoG auf Transportunternehmen im EU-Ausland zweifelhaft**

Das FG Berlin-Brandenburg hält es in seinem Beschluss vom 7.2.2018 (Az. 1 V 1175/17, DStR 2018, S. 927) für ernstlich zweifelhaft, ob die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns gemäß § 20 MiLoG auf ein im EU-Ausland ansässiges Transport-/Logistikunternehmen

ohne Niederlassung in Deutschland sowie seine Arbeitnehmer anwendbar ist. Damit wirft das Gericht die Frage auf, wer überhaupt unter den Begriff der im Inland beschäftigten Arbeitnehmer im Sinne der Vorschrift fällt.

Demgegenüber führt das FG Baden-Württemberg mit rechtskräftigem Beschluss vom 28.7.2017 (Az. 11 V 2865/16) aus, dass die Zollbehörde zur Prüfung berechtigt ist, ob international tätige Logistikunternehmen ohne Sitz in Deutschland das MiLoG beachten. Es sei maßgeblich darauf abzustellen, ob Arbeitnehmer im Inland beschäftigt werden.

#### **Zeitungszusteller: Übergangsregelung verfassungsgemäß**

Für Zeitungszusteller gilt im MiLoG eine Übergangsregelung. Danach bestand ein bis 31.12.2015 auf 75 %, für das Jahr 2016 auf 85 % herabgesetzter und für das Jahr 2017 auf 8,50 Euro festgesetzter gesetzlicher Mindestlohn. Diese Übergangsregelung ist gemäß Urteil des BAG vom 25.4.2018 (Az. 5 AZR 25/17) verfassungsgemäß. Einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 GG vermochten die Richter nicht zu erkennen.

**Hinweis:** Erfolgt die Zeitungszustellung dauerhaft in Nacharbeit, haben die Zeitungszusteller Anspruch auf einen Nacharbeitszuschlag von 30 % des ihnen je Arbeitsstunde zustehenden Mindestlohns, sollte nicht eine höhere Vergütung vereinbart sein. Den seitens des Arbeitgebers gezahlten Nachzuschlag von 10 % auf den Mindestlohn hielt das BAG für nicht angemessen.

## Neuer Mindestlohn am Bau, für Dachdecker und bei der Gebäudereinigung

Die im Baugewerbe, dem Dachdeckerhandwerk und der Gebäudereinigung seit 1.1.2018 geltenden tariflichen Mindestlöhne hat das Bundeskabinett Ende Januar bzw. Februar 2018 für allgemeinverbindlich erklärt. Die drei Mindestlohnverordnungen

sind am 1.3.2018 in Kraft getreten und gelten auch für nicht tarifgebundene Betriebe. Zudem wurden bereits zum 1.1.2019 bzw. 1.3.2019 geltende, abermals erhöhte Mindestlöhne beschlossen. Im Bereich der Gebäudereinigung werden zudem zum

1.1.2020 und 1.12.2020 weitere Erhöhungen greifen.

| Gewerbe  | Mindestlohn seit 1.3.2018 | Weitere Erhöhung    |
|--|---------------------------|---------------------|
| <b>Baugewerbe</b>  |                           | <b>zum 1.3.2019</b> |
| West und Berlin: Lohngruppe 1 (Werker, Maschinenwerker)      | 11,75 Euro                | 12,20 Euro          |
| West: Lohngruppe 2 (Fachwerker, Maschinisten, Kraftfahrer)   | 14,95 Euro                | 15,20 Euro          |
| Berlin: Lohngruppe 2 (Fachwerker, Maschinisten, Kraftfahrer) | 14,80 Euro                | 15,05 Euro          |
| Ost: einheitlicher Mindestlohn                               | 11,75 Euro                | 12,20 Euro          |
| <b>Dachdecker</b>  |                           | <b>zum 1.1.2019</b> |
| Gelernt  | 12,90 Euro                | 13,20 Euro          |
| Ungelernt  | 12,20 Euro                |                     |
| <b>Gebäudereinigung (Innenreinigung)</b>                     |                           | <b>zum 1.1.2019</b> |
| West   | 10,30 Euro                | 10,56 Euro          |
| Ost  | 9,55 Euro                 | 10,05 Euro          |
| <b>Glas- und Fassadenreinigung</b>                           |                           | <b>zum 1.1.2019</b> |
| West   | 13,55 Euro                | 13,82 Euro          |
| Ost  | 12,18 Euro                | 12,83 Euro          |

## Keine betriebliche Übung bei vertraglichem Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers

Die wiederholte vorbehaltlose Zahlung einer Weihnachtsgratifikation kann grundsätzlich zur betrieblichen Übung werden, so dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf diese Leistung erwirbt. Ist allerdings in einem Arbeitsvertrag vereinbart, dass eine Weihnachtsgratifikation „jeweils jährlich durch die Arbeitgeberin bekanntgegeben wird und (...) derzeit ein volles Monatsgehalt nicht übersteigt“, liegt die Festsetzung der Höhe der Sonderzahlung laut Urteil des BAG vom 23.8.2017 (Az. 10 AZR 97/17) im billigen Ermessen des Arbeitgebers. Erbringt der

Arbeitgeber die Leistungen an die Arbeitnehmer auf der Grundlage des Arbeitsvertrages, kann sich ein Arbeitnehmer nicht auf die betriebliche Übung berufen.

Auch wenn die Gratifikation mehrere Jahre in identischer Höhe gezahlt wurde, könne dies nicht als abändernde Vereinbarung zum Arbeitsvertrag oder als betriebliche Übung gedeutet werden. Folglich ist – so das BAG-Urteil - daraus keine Festschreibung der Zahlungshöhe zu entnehmen.

**Hinweis:** Mit der Entscheidung führt das BAG seine Rechtsprechung fort. Bereits mit Urteil vom 13.5.2015 (Az. 10 AZR 266/14, NJW 2015, S. 3326) kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Annahme einer betrieblichen Übung nicht entgegensteht, wenn der Arbeitgeber über einen Zeitraum von drei Jahren eine Sonderzahlung in jeweils unterschiedlicher Höhe gewährte. Dies widerspreche nicht einer regelmäßigen gleichförmigen Wiederholung. Allerdings kam das BAG auch dort zu dem Ergebnis, dass der Arbeitgeber die Höhe der Sonderzahlung dann nach billigem Ermessen festsetzen kann.

## Vergütung von Umkleidezeiten bei auffälliger Dienstkleidung

Verlangt der Arbeitgeber von seinen Arbeitnehmern das Tragen gestellter besonders auffälliger Dienstkleidung im Betrieb, leistet der Arbeitnehmer beim An- und Ablegen der Dienstkleidung grundsätzlich vergütungspflichtige Arbeit. Dabei ist unbeachtlich, ob der Arbeitnehmer die Dienstkleidung auch zu Hause an- und ablegen kann. Das BAG gab mit Urteil vom 6.9.2017 (Az. 5 AZR 382/16)

einem Krankenpfleger Recht, der auf Grund einer Dienstvereinbarung zum Tragen von Dienst- und Schutzkleidung verpflichtet war, die der Arbeitgeber im Krankenhaus bereitstellte. Der Arbeitgeber hatte dem Arbeitnehmer somit wegen Umkleidezeiten sowie dadurch veranlasster innerbetrieblicher Wegezeiten vom Umkleideraum zum Arbeitsplatz die geforderte Überstundenvergütung zu zahlen.

**Hinweis:** Laut BAG ist eine Dienstkleidung dann besonders auffällig, wenn der Arbeitnehmer aufgrund der Ausgestaltung der Kleidungsstücke einem bestimmten Arbeitgeber oder einem bestimmten Berufszweig bzw. einer bestimmten Branche zugeordnet werden kann.

## Zu Hause zu verbringende Bereitschaftszeit als Arbeitszeit

Ist ein Arbeitnehmer während einer Bereitschaftszeit, die er an einem von seinem Arbeitgeber bestimmten Ort, vorliegend an seinem Wohnsitz, verbringen muss, verpflichtet, dem Ruf des Arbeitgebers zum Einsatz innerhalb von acht Minuten Folge zu leisten, sieht der EuGH darin Arbeitszeit (Urteil vom 21.2.2018, Rs. C-518/15, Rudy Matzak, NZA 2018, S. 293). Das Gericht begründet seine Rechtsauffassung damit, dass durch die strikte Bereitschaftsverpflichtung die Möglichkeit des Arbeitnehmers, seinen persönlichen Interessen nachzugehen, sowohl geografisch als auch zeitlich erheblich eingeschränkt ist.

Im Urteilsfall ging es um die Bereitschaftszeit eines belgischen freiwilligen Feuerwehrmanns. Infolge der Einschränkungen des Arbeitnehmers, ständig erreichbar zu sein und sich an einem bestimmten Ort aufhalten zu müssen, unterscheidet sich dies von der Bereitschaftszeit. Bei letzterer müsse der Arbeitnehmer nur erreichbar sein und könne freier eigenen Interessen nachgehen sowie über seine Zeit verfügen, so der EuGH.

**Hinweis:** Die Entscheidungsgrundsätze dürften sich auch auf andere Arbeitnehmer auswirken, die in vergleichbarer Weise in einer Bereitschaftszeit eingeschränkt sind. Ob für solche Bereitschaftszeiten eine Vergütung zu entrichten ist, ließ der EuGH offen und verwies dazu auf nationales Recht. Nach deutschem Recht würde eine Vergütungspflicht bestehen.

## Übergang von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergang

Geht ein Betrieb oder Betriebsteil auf einen anderen Inhaber über, tritt der Übernehmer in die Rechte und Pflichten der zu dem Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnisse ein (§ 613a Abs. 1 Satz 1 BGB). Die betroffenen Arbeitnehmer sind über den (Teil-)Betriebsübergang zu informieren und haben ein gesetzliches Widerrufsrecht, was im Falle der Ausübung des Widerspruchsrechts dazu führt, dass das bisherige Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber, dem Übergeber, bestehen bleibt (s. dazu auch nachfolgend).

### Sonderfall der Aufspaltung

Entsprechende Rechtsfolgen können laut Urteil des BAG vom 19.10.2017 (Az. 8 AZR 63/16, DStR 2018, S. 685) auch durch eine Betriebsspaltung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 Umwandlungsgesetz (UmwG) ausgelöst werden. Die Vorschrift ordnet eine (partielle) Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger an. Allerdings ist Voraussetzung

für den Übergang des Arbeitsverhältnisses aufgrund Aufspaltung, dass nicht bereits ein Betriebs(teil)übergang nach § 613a BGB vorliegt.

Des Weiteren muss im Fall der Aufspaltung laut BAG noch hinzukommen, dass der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf einen der übernehmenden Rechtsträger zustimmt. Andernfalls hat der Arbeitnehmer ein Wahlrecht, mit welchem der übernehmenden Rechtsträger das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird.

### Verwirkung des Widerspruchsrechts

Im Falle eines Betriebsübergangs (§ 613a BGB) führt die widerspruchslose Weiterarbeit des Arbeitnehmers beim Erwerber über einen Zeitraum von sieben Jahren auch dann zur Verwirkung des Widerspruchsrechts, wenn der Arbeitnehmer bei dem Betriebsübergang nicht ordnungsgemäß unterrichtet wurde. Es genügt, dass der Arbeitnehmer von dem bis-

herigen Arbeitgeber oder dem Erwerber über den Übergang seines Arbeitsverhältnisses, den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt, den Gegenstand des Betriebsübergangs sowie die Identität des Erwerbers im Rahmen einer Unterrichtung über die sog. grundlegenden Informationen in Textform in Kenntnis gesetzt und über sein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB belehrt wurde. Dies entschied das BAG mit Urteil vom 24.8.2017 (Az. 8 AZR 265/16, BB 2018, S. 506).

**Hinweis:** Der für die Verwirkung maßgebliche Zeitraum der widerspruchslosen Weiterarbeit bei dem Erwerber beginnt frühestens mit dem Betriebsübergang. Läuft die in § 613a Abs. 6 BGB enthaltene Monatsfrist erst nach dem Betriebsübergang ab, ist auf den Zeitpunkt des Ablaufs dieser Frist abzustellen. Das BAG verlangt für das Zeitmoment der Verwirkung des Widerspruchsrechts regelmäßig einen Zeitraum von mindestens sieben Jahren.

## Referentenentwurf: Einführung einer Brückenteilzeit

In dem am 17.4.2018 durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales vorgelegten Referentenentwurf des Gesetzes zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts ist – neben dem bereits bestehenden Anspruch auf zeitlich unbegrenzte Teilzeitarbeit – ab 1.1.2019 ein allgemeiner gesetzlicher Anspruch auf zeitlich begrenzte Teilzeit, die sogenannte Brückenteilzeit, vorgesehen. Bisher kann ein Arbeitnehmer zwar eine Verringerung seiner Arbeitszeit verlangen. Besteht aber nach gewisser Zeit sein Wunsch, wieder zur ursprünglichen Arbeitszeit zurückzukehren, fehlt ihm das Mittel zur rechtlichen Durchsetzung seines Wunsches. Dies soll nun die gesetzliche Neuregelung ermöglichen: Zukünftig hat der Arbeitnehmer die Wahl, ob er seine Arbeitszeit dauerhaft oder nur zeitweise verringert. Gesetzgeberisches Ziel ist die bessere zeitliche Vereinbarkeit von Arbeit, Familie und Privatleben.

Der Anspruch auf Brückenteilzeit soll nur in Unternehmen mit in der Regel mehr als 45 Arbeitnehmern bestehen. Ferner soll die Brückenteilzeit auf einen im Voraus zu bestimmenden Zeitraum von mindestens einem bis maximal fünf Jahren begrenzt sein. Tarifvertragliche Abweichungen sollen möglich sein. In welchem Umfang – z. B. um 50 % oder auch nur um 5 % - die Arbeitszeit im Einzelfall reduziert wird, bleibt den Vertragsparteien überlassen.

### Zumutbarkeitsgrenze für kleine und mittlere Betriebe

Beschäftigt ein Arbeitgeber in der Regel mehr als 45 und maximal 200 Arbeitnehmer, ist zudem eine Zumutbarkeitsgrenze vorgesehen. Im Verhältnis zur Unternehmensgröße darf der Arbeitgeber die Anzahl der Mitarbeiter, die zeitgleich ihre Arbeitszeit verringern möchten, durch Ablehnung einzelner Anträge beschränken. Der Referentenentwurf nimmt hier eine Staffelung vor. Beispielsweise kann bei ei-

ner Beschäftigtenzahl zwischen 46 und 60 Beschäftigten die Zahl der Brückenbefristung auf maximal vier Beschäftigte gleichzeitig beschränkt werden. Unabhängig davon kann der Arbeitgeber einwenden, dass der Verringerung dringende betriebliche Gründe entgegenstehen.

Keht ein Arbeitnehmer nach einer Brückenteilzeit zur ursprünglichen Arbeitszeit (Vollzeit oder ursprüngliche Teilzeitarbeitszeit) zurück, soll er eine erneute Arbeitszeitverringering frühestens ein Jahr nach seiner Rückkehr verlangen können.

Arbeitnehmer in bereits bestehenden Teilzeitarbeitsverhältnissen sollen bei ihrem Wunsch nach Verlängerung der Arbeitszeit stärker unterstützt werden, indem die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen eines identischen Arbeitsplatzes mehr als bisher auf den Arbeitgeber übertragen wird.



### **Erörterung von Teilzeitwünschen**

Für Betriebe mit weniger als 45 Arbeitnehmern gilt zwar kein Anspruch auf Brückenteilzeit. Hier soll aber das Recht des Arbeitnehmers bestehen, einen Wunsch nach Veränderung der Arbeitszeit mit dem Arbeitgeber zu besprechen. Dadurch möchte der Gesetzgeber auch bei Arbeitgebern kleinerer Betriebe ein Bewusstsein für die Bedürfnisse der Arbeitnehmer nach flexiblen Arbeitszeiten schaffen. Unklar ist derzeit noch, wie häufig ein Arbeitnehmer seine Wünsche erörtern kann und ob dem Arbeitgeber rechtliche Konsequenzen drohen, sollte er dem Erörterungsverlangen nicht nachkommen.

### **Arbeit auf Abruf**

Auch sieht der Referentenentwurf vor, den Umfang der einseitig vom Arbeitgeber abrufbaren Arbeit zu beschränken. So soll die

mögliche abrufbare Zusatzarbeit zukünftig nicht mehr als 25 % der vereinbarten wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen. Wird eine Höchstarbeitszeit vereinbart, darf der Arbeitgeber nur bis zu 20 % der wöchentlichen Arbeitszeit weniger abrufen. Zudem soll zukünftig eine Arbeitszeit von 20 Stunden (derzeit 10 Stunden) als vereinbart gelten, wenn die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit nicht festgelegt ist. Für die Berechnung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen soll der Beschäftigungsumfang der letzten drei Monate gelten.

### **Fazit**

Für Arbeitnehmer dürfte der Anspruch auf eine übergangsweise Verringerung ihrer Arbeitszeit neben Eltern- und Pflegezeit mit der gleichzeitigen Gewissheit, anschließend wieder zur ursprünglichen Beschäftigungszeit zurückkehren zu können, eine interessante Opti-

on darstellen, die den Ansprüchen an eine moderne und flexible Arbeitswelt ein Stück näher kommt. Wie sich die konkrete Umsetzung der Regelung insbesondere im Hinblick auf Schwellenwerte, Auswahl von Mitarbeitern und Ablehnungsgründe für Arbeitgeber im Laufe des weiteren Gesetzgebungsprozesses noch konkretisieren wird und wie die Reduzierungsinteressen der Arbeitnehmer angesichts des Fachkräftemangels mit den Arbeitgeberinteressen in Einklang zu bringen sind, bleibt abzuwarten. In jedem Fall dürfte der administrative und planerische Aufwand der Unternehmen, die von der gesetzlichen Neuregelung betroffen wären, in Bezug auf Teilzeitanfragen deutlich zunehmen.



## Sozialversicherungspflicht eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers

### GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer mit echter Sperrminorität?

Geschäftsführer einer GmbH sind regelmäßig als Beschäftigte der GmbH anzusehen und damit sozialversicherungspflichtig. Von einer nicht abhängigen Beschäftigung des GmbH-Geschäftsführers ist nur dann auszugehen, wenn er mehr als 50 % der Anteile am Stammkapital hält. Ist der Geschäftsführer kein Mehrheitsgesellschafter, sei die eine abhängige Beschäftigung ausschließende Rechtsmacht ausnahmsweise auch dann anzunehmen, wenn er exakt 50 % der Anteile hält oder bei einer noch geringeren Kapitalbeteili-

gung kraft ausdrücklicher Regelung im Gesellschaftsvertrag (Satzung) über eine umfassende Sperrminorität verfügt. Zu diesem Ergebnis kommt das Bundessozialgericht mit Urteilen vom 14.3.2018 (Az. B 12 KR 13/17 R und B 12 R 5/16 R) und bekräftigt damit seine bisherige Rechtsprechung.

Das Gericht führt weiter aus, dass von einer solchen echten oder auch als qualifiziert bezeichneten Sperrminorität auszugehen ist, wenn es dem Geschäftsführer möglich ist, ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern.

**Hinweis:** In dem ersten entschiedenen Fall verfügte der Geschäftsführer über einen Anteil von 45,6 % am Stammkapital. Mit dem weiteren Gesellschafter, seinem Bruder, war eine Stimmbindungsabrede getroffen worden, die laut Bundessozialgericht jedoch nichts daran änderte, dass der Geschäftsführer abhängig beschäftigt war. An dieser Wertung änderte auch nichts, dass ein Angebot des Bruders an den Geschäftsführer vorlag, künftig weitere Anteile zu erwerben.

In dem weiteren Fall verfügte der Geschäftsführer lediglich über 12 % am Stammkapital. Dabei betonte das Gericht in beiden Fäl-



len, dass nicht maßgeblich sei, ob der Geschäftsführer im Außenverhältnis weitreichende Befugnisse habe. Entscheidend sei der Grad der rechtlich durchsetzbaren Einflussmöglichkeiten auf die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung.

#### **GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer mit vertraglich eingeräumter Weisungsfreiheit**

Zu einem entsprechenden Ergebnis kommt das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg. Im Fall eines GmbH-Geschäftsführer mit 25 % der Geschäftsanteile und ohne Sperr-

minorität entschied es mit rechtskräftigem Urteil vom 16.11.2017 (Az. L 9 KR 369/16), dass eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit vorliegt. Hieran ist trotz Regelung im Anstellungsvertrag festzuhalten, wonach die Gesellschafter auf ihr Recht verzichten, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen und sich in die laufenden Geschäfte einzuschalten. Das LSG betrachtet eine solche Vereinbarung als schuldrechtliche und satzungsdurchbrechende Nebenabrede, die unwirksam ist. Weder die im Anstellungsvertrag mit der GmbH außerhalb des Gesellschaftsvertrags eingeräumte Weisungsfreiheit, noch ein nur vertraglich eingeräumtes Veto-Recht

gegen mehrheitlich gefasste Beschlüsse der Gesellschafterversammlung rechtfertigten die Annahme eines sozialversicherungsrechtlichen Status als Selbständiger.

**Hinweis:** Weiter führt das LSG aus, dass eine solche Vereinbarung, wenn sie denn gesellschaftsrechtlich unbedenklich wäre, als nur schuldrechtlich vereinbarte Weisungsfreiheit zumindest außerordentlich kündbar wäre, wie das BSG bereits mit Urteil vom 11.11.2015 (Az. B 12 KR 10/14, DStR 2016, S. 1275) entschieden hat.

---

**VERANSTALTUNGEN**


---

JUNI

**Compliance konkret – Lösungen für die Praxis**

26.6.2016 / Stuttgart

JULI

**Tax Compliance – Dokumentation und Kontrolle**

3.7.2018 // Köln

**Compliance Handbuch für kleinere und mittlere Unternehmen**

5.7.2018 // Köln

**Cybercrime – Wachsende Bedrohung aus dem Web und Handlungsbedarf für Unternehmen**

10.7.2018 // Köln

SEPTEMBER

**Mandantenveranstaltung zur Informationstechnologie 2018**

24.9.2018 // Hamburg

OKTOBER

**Mandantenveranstaltung zur Informationstechnologie 2018**

8.10.2018 // Köln

---

**IMPRESSUM**


---

**Herausgeber:**

Ebner Stolz Mönning Bachem  
Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
www.ebnerstolz.de

Ludwig-Erhard-Straße 1, 20459 Hamburg  
Tel. +49 40 37097-0

Holzmarkt 1, 50676 Köln  
Tel. +49 221 20643-0

Kronenstraße 30, 70174 Stuttgart  
Tel. +49 711 2049-0

**Redaktion:**

Anne-Marie Kekow, Tel. +49 40 37097-250  
Dr. Evelyn Nau, Tel. +49 40 37097-211  
Dr. Ulrike Höreth, Tel. +49 711 2049-1371  
Brigitte Stelzer, Tel. +49 711 2049-1535  
novus.personal@ebnerstolz.de

**novus** enthält lediglich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, darauf im Einzelfall Entscheidungen zu gründen. Der Herausgeber und die Autoren übernehmen keine Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Sollte der Empfänger des **novus** eine darin enthaltene Information für sich als relevant erachten, obliegt es ausschließlich ihm bzw. seinen Beratern, die sachliche Richtigkeit der Information zu verifizieren; in keinem Fall sind die vorstehenden Informationen geeignet, eine kompetente Beratung im Einzelfall zu ersetzen. Hierfür steht Ihnen der Herausgeber gerne zur Verfügung.

**novus** unterliegt urheberrechtlichem Schutz. Eine Speicherung zu eigenen privaten Zwecken oder die Weiterleitung zu privaten Zwecken (nur in vollständiger Form) ist gestattet. Kommerzielle Verwertungsarten, insbesondere der (auch auszugsweise) Abdruck in anderen Newslettern oder die Veröffentlichung auf Webseiten, bedürfen der Zustimmung der Herausgeber.

**Fotonachweis:**

Alle Bilder: © www.gettyimages.com