

K&K KALLFASS KRACIK · Iselshauer Straße 39 · D-72202 Nagold

WP StB RB Ulrich Kallfass · WP StB Dipl.-Kfm. Stefan Kracik  
Iselshauer Straße 39 · D-72202 Nagold  
Telefon 0 74 52 / 8 44 60 · Fax 0 74 52 / 84 46 50  
info@kallfass-kracik.de · www.kallfass-kracik.de



Juni 2007

### Infobrief für das Lohn- und Personalbüro

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir dürfen Sie auch in diesem Monat wieder über die aktuellen Änderungen im Lohn- und Personalbereich informieren.

In eigener Sache:

das erste Halbjahr liegt nun bald hinter und die Urlaubszeit vor uns.

Wir möchten Sie heute schon darauf hinweisen, dass unser Büro vom 13.08.2007 bis 26.08.2007 geschlossen ist. Ab dem 27.08.2007 wird Ihnen wieder ein Notfalldienst zur Verfügung stehen.

Bis bald



Ulrich Kallfass



Stefan Kracik

## **Mit einfachen Tätigkeiten beauftragte "Servicekräfte" als Arbeitnehmer**

Servicekräfte eines Reinigungsmittelproduzenten, die in Kaufhäusern auf Stundenlohnbasis Artikel einsortieren, auszeichnen und präsentieren, sind Arbeitnehmer, für die Lohnsteuer abzuführen ist. So entschied vor einiger Zeit das Sächsische Finanzgericht<sup>1</sup>. Die Frage der Arbeitnehmereigenschaft ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse zu beurteilen. Sie ist zu bejahen, wenn der Betreffende in der Betätigung seines geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.<sup>2</sup>

In dem hier entschiedenen Fall handelte es sich um eine sehr einfache Tätigkeit, die keine Weisungen des Arbeitgebers notwendig machte. Trotzdem betrachtete das Gericht dies nicht als Anzeichen gegen eine nichtselbstständige Tätigkeit, da es ansonsten die Vertragsparteien in der Hand hätten, durch eine genaue Beschreibung der Tätigkeit im Vertrag die Arbeit als selbstständige Tätigkeit zu qualifizieren. Insbesondere bei einfachen, leicht zu beschreibenden Arbeiten würden damit die Maßstäbe der Beurteilung ad absurdum geführt. Die Servicekräfte trugen außerdem kein eigenes Unternehmerrisiko, schuldeten lediglich ihre Arbeitskraft und keinen Arbeitserfolg und hatten enge zeitliche Vorgaben für die Erledigung der Arbeiten.

Gegen das Urteil wurde Revision eingelegt.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sächsisches FG, Urt. v. 7.11.2005, 2 K 2709, DSfRE 2007, S. 285, LEXinform 5002953.

<sup>2</sup> § 1 Abs. 2 S. 3 LStDV.

<sup>3</sup> Revision eingelegt: BFH, VI R 4/06.

## **Lohnsteuerpflicht von Nebeneinkünften**

Die Frage, ob für den Arbeitgeber zusätzlich erbrachte und entlohnte Nebentätigkeiten nichtselbstständig ausgeübt wurden, ist nach einer Gesamtwürdigung nach dem Gesamtbild der Verhältnisse in erster Linie durch die Gerichte der Tatsacheninstanz zu beurteilen. So entschied vor Kurzem der Bundesfinanzhof<sup>1</sup> im Fall eines Kreditinstituts, dessen Mitarbeiter im Anschluss an die reguläre Arbeitszeit als Hostessen tätig waren, bzw. für die Anbahnung von Immobiliengeschäften, die das Kreditinstitut im Namen einer Immobilien KG vermittelte, sog. Tipp-Provisionen erhielten.

Arbeitnehmer ist, wer in der Betätigung seines geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist.<sup>2</sup> Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach dem Gesamtbild der Verhältnisse. Die Würdigung obliegt nach ständiger Rechtsprechung den Finanzgerichten und ist in der Revision nur begrenzt überprüfbar.<sup>3</sup> In dem hier entschiedenen Fall hat der BFH geprüft, ob das Finanzgericht die Nebentätigkeiten unter Einbeziehung der Art der Haupttätigkeit beurteilt hat. Es sei richtig als Anzeichen einer unselbstständigen Tätigkeit gewürdigt worden, dass die Hostesstätigkeit im Team ohne eigenen nennenswerten Gestaltungsspielraum erfolgte und dass die Weitergabe von Informationen bezüglich der Immobiliengeschäfte den Interessen des Arbeitgebers diene und damit arbeitsvertraglichen Pflichten geschuldet war.

Darüber hinaus wurde festgestellt, dass eine Leistung, die der Arbeitgeber in fremdem Namen anbot, keine eigene Dienstleistung war und die dafür erfolgten Zahlungen unechte Lohnzahlungen eines Dritten und nicht steuerbegünstigt waren. Einige Mitarbeiter des Kreditinstituts hatten für die Inanspruchnahme von Leistungen der Immobilien KG eine geringere Maklercourtage zu zahlen als die übrigen Kunden. Unstreitig war, dass es sich dem Grunde nach um durch das Arbeitsverhältnis veranlassten und der Lohnsteuer unterliegenden Arbeitslohn handelte. Eine Steuerbegünstigung, wie sie im Fall einer vom Arbeitgeber selbst am Markt angebotenen und erbrachten Leistung in Betracht käme,<sup>4</sup> kam hier nicht in Frage, da das Kreditinstitut selbst keine eigene Maklerleistung erbracht hatte.

<sup>1</sup> BFH, Urt. v. 7.11.2007, VI R 81/02, BFH/NV 2007, S. 0426, HFR 2007, S. 0228, LEXinform 5903018.

<sup>2</sup> § 1 Abs. 2 S. 3 LStDV.

<sup>3</sup> vgl. z. B. BFH, Urt. v. 24.7.1992, VI R 126/88, BFHE 169, S. 154, BSfBl 1993 II, S. 155, LEXinform 0102636.

<sup>4</sup> § 8 Abs. 3 EStG.

## **Kein Arbeitslohn bei Ausgleichszahlungen als Entschädigung für Ausscheiden aus Versorgungsanstalt**

Wenn einem Arbeitnehmer nach Austritt seines Arbeitgebers aus der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder der Kapitalwert seiner bereits lohnversteuerten Rentenanwartschaft ausgezahlt wird, handelt es sich nicht um steuerpflichtigen Arbeitslohn. So entschied das FG Baden-Württemberg<sup>1</sup> im Fall eines Angestellten im öffentlichen Dienst, der zunächst durch seinen Arbeitgeber bei der Versorgungsanstalt pflichtversichert war. In der Folge kam es zur Auflösung des alten und Wechsel zu einem neu errichteten Arbeitgeber. Die Beteiligung an der Versorgungsanstalt wurde vom neuen Arbeitgeber nicht fortgesetzt, die betriebliche Altersversorgung wurde auf ein

kapitalgedecktes System umgestellt. Wegen der rentenrechtlichen Nachteile wurde ein Versorgungsguthaben auf einem Kapitalkonto gebildet und an den Arbeitnehmer nach seinem Eintritt in den Vorruhestand ausgezahlt.

Arbeitslohn sind alle Einnahmen, die dem Arbeitnehmer aus dem Dienstverhältnis zufließen.<sup>2</sup> Nach ständiger Rechtsprechung ist Arbeitslohn jeder geldwerte Vorteil, der durch das individuelle Dienstverhältnis veranlasst ist, also im weitesten Sinn als Gegenleistung für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft gewährt wird.<sup>3</sup> Hier hat der neue Arbeitgeber dem Angestellten nichts zugewendet, was über die bereits erworbene und als Arbeitslohn versteuerte Anwartschaft auf eine dynamische Versorgungsrente hinausgeht. Zwar hat er mit Ende der Beteiligung an der Versorgungsanstalt diesen Anspruch verloren, der neue Arbeitgeber hat mit der Auszahlung aber nur den Rentenschaden ausgeglichen, der auf Grund der nicht fortgesetzten Beteiligung an der Versorgungsanstalt entstanden ist. Bei der Kapitalauszahlung handelt es sich also nicht um die Gegenleistung für die Arbeitsleistungen des Angestellten, sondern um einen Schadensausgleich.

Unerheblich für die Beurteilung ist nach Auffassung des Gerichts, ob die Zahlung an den Arbeitnehmer zu Betriebsausgaben beim Arbeitgeber geführt hat.

<sup>1</sup> FG Baden-Württemberg, Urf. v. 30.1.07, 1 K 366/03, LEXinform 5004224.

<sup>2</sup> § 2 Abs. 1 LStDV.

<sup>3</sup> z. B. BFH, Urf. v. 26.6.2003, VI R 112/98, BFHE 203, S. 53, BStBl 2003 II, S. 886, LEXinform 0816105.

## Versicherungspflicht für alle

Zum 1. April 2007 haben viele Menschen (wieder) Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung erhalten. Hintergrund ist die Umsetzung einer Intention aus den Vereinbarungen zur Gesundheitsreform, wonach alle Menschen in Deutschland Anspruch auf eine Krankenversicherung haben sollen.

Mit dem Inkrafttreten der Gesundheitsreform 2007 haben Personen, die in Deutschland leben, bislang unversichert sind und keinen anderweitigen Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall haben, einen Anspruch auf gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung. Waren sie zuletzt privat krankenversichert, kommt eine Versicherung in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zustande. Dann ist die private Krankenversicherung zuständig: Die Versicherungsunternehmen müssen ab dem 1. Juli 2007 nicht versicherte Menschen im sogenannten Standardtarif aufnehmen.

## Wer ist zuständig?

Aufgrund der Neuregelung sind weder die gesetzlichen Krankenkassen noch die privaten Versicherungsunternehmen verpflichtet, potenzielle Nichtversicherte ausfindig zu machen. Diejenigen, die eine entsprechende Krankenversicherung beanspruchen können, müssen sich also selbstständig an ihre letzte Krankenkasse wenden. Besteht die ursprüngliche Krankenkasse nicht mehr, wenden sie sich an deren Rechtsnachfolgerin. Anders sieht es für diejenigen aus, die bisher noch nie gesetzlich und/oder zuletzt privat krankenversichert waren: Sie wenden sich an eine Krankenkasse bzw. an ein Krankenversicherungsunternehmen ihrer Wahl.

Beispiele:

a) Ein Selbstständiger war bis 1985 bei der AOK Essen versichert. Seit dieser Zeit lebte er ohne Krankenversicherungsschutz.

Er wendet sich an die AOK Rheinland/Hamburg als Rechtsnachfolgerin der AOK Essen.

b) Ein Selbstständiger war bis 1985 bei der AOK Essen versichert, anschließend bis 1995 bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen. Seit 1996 lebte er ohne Krankenversicherungsschutz.

Er war zuletzt privat krankenversichert, daher kommt eine gesetzliche Krankenversicherung nicht zustande. Er kann sich ab 1.7.2007 an ein privates Krankenversicherungsunternehmen wenden.

## Beiträge

Wie alle anderen haben auch die aufgrund der Neureglung in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personen Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zu zahlen. Maßgebend dafür sind die beitragspflichtigen Einnahmen, bei Selbstständigen also beispielsweise das Arbeitseinkommen und der Beitragssatz der jeweiligen Krankenkasse. Es gelten die Beitragsbemessungsgrenzen und Mindestbeitragsbemessungsgrundlagen. Die genaue Höhe der Beiträge teilt auf Anfrage die jeweilige Krankenkasse mit. Wird kein ausreichendes Einkommen erzielt, um die Beiträge tragen zu können, werden diese ggf. auch vom Sozialamt übernommen.

## Beginn der Versicherung

Die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung beginnt (rückwirkend) zum 1. April 2007. Dies trifft auch dann zu, wenn die Anmeldung erst später erfolgt. Um hohe Nachzahlungen zu vermeiden, sollten sich diejenigen, für die die Neuregelung infrage kommt, also so schnell wie möglich um ihre Krankenversicherung kümmern.

## Ausnahmen

Personen, die bereits einen ausreichenden anderweitigen Anspruch auf Absicherung im Krankheitsfall haben, sind von der Neuregelung ausgenommen. Zu diesen Personen, die sich nicht mit einer Krankenkasse in Verbindung setzen müssen, gehören zum Beispiel

Bezieher von Sozialhilfeleistungen (Hilfe zum Lebensunterhalt, Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung, Eingliederungshilfe für behinderte Menschen oder Hilfe zur Pflege),

Personen mit Anspruch auf freie Heilfürsorge (z. B. Soldaten, Polizisten, Feuerwehrleute) oder

Personen mit Anspruch auf Gesundheitsfürsorge nach dem Strafvollzugsgesetz.

## Pauschalbesteuerte Sachzuwendungen und die Sozialversicherung

Die Möglichkeit, Zuwendungen an Arbeitnehmer pauschal zu versteuern, führt nicht immer zur Beitragsfreiheit in der Sozialversicherung. Pauschal besteuerte Zuwendungen an Arbeitnehmer sind vielmehr nur im Rahmen der Vorschriften aus der Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) beitragsfrei.

Seit dem 1. Januar 2007 gibt es im Einkommensteuergesetz die Möglichkeit, bestimmte Sachzuwendungen pauschal zu besteuern. Erfasst von dieser Neuregelung sind Sachzuwendungen, die aus betrieblicher Veranlassung an Arbeitnehmer sowie an Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen (z. B. Kunden und deren Arbeitnehmer), geleistet werden. Als Sachzuwendungen in diesem Sinne kommen unter anderem in Betracht: Incentive-Reisen, Einladung und Beköstigung in VIP-Logen, Sachgeschenke, Belohnungssessen, Besuch von sportlichen, kulturellen oder musikalischen Veranstaltungen. Geldzuwendungen können jedoch nicht pauschal versteuert werden. Ebenso ist es nicht möglich, reguläres Arbeitsentgelt in pauschal versteuerte Sachzuwendungen umzuwandeln. Werden solche Zuwendungen zusätzlich zur ohnehin vereinbarten Leistung erbracht und übersteigt der Wert je Empfänger und Wirtschaftsjahr oder als einzelne Zuwendung 10.000 € nicht, kann die Leistung pauschal besteuert werden. Dafür gilt ein Steuersatz von 30 %. Die Möglichkeit zur Pauschalierung kann nur einheitlich für alle Zuwendungen im Wirtschaftsjahr angewendet werden.

In der Sozialversicherung stellen solche Zuwendungen, auch wenn sie pauschal versteuert werden, als geldwerter Vorteil Arbeitsentgelt dar. In der Konsequenz daraus müssen Beiträge zur Sozialversicherung darauf entrichtet werden. Ausnahmen sieht die SvEV insoweit nicht vor.

## Übungsleiterpauschale: Anhebung geplant

Unter dem Motto „Hilfen für Helfer“ soll die sogenannte Übungsleiterpauschale rückwirkend zum 1. Januar 2007 angehoben werden. Aufgrund des neuen Wertes ergeben sich erweiterte Gestaltungsmöglichkeiten vor allem im Bereich der Minijobs.

Aufwandsentschädigungen wegen nebenberuflicher Tätigkeit zum Beispiel als Übungsleiter oder aus vergleichbarer Tätigkeit oder der nebenberuflichen Pflege alter, kranker/behinderter Menschen gehörten bisher bis zu 1.848 € jährlich (154 € monatlich) nicht zum beitragspflichtigen Entgelt, wenn sie von bestimmten Arbeitgebern zur Förderung gemeinnütziger, mildtätiger oder kirchlicher Zwecke gezahlt werden. Hierunter fallen unter anderem die Tätigkeiten eines Sporttrainers, eines Chorleiters sowie die Lehr- und Vortragstätigkeit im Rahmen der allgemeinen Bildung und Ausbildung (z. B. Kurse und Vorträge an Schulen, Mütterberatung, Erste-Hilfe-Kurse, Schwimmunterricht, Rettungssanitäter und Ersthelfer). Der Wert soll nun rückwirkend zum 1. Januar 2007 auf 2.100 € (175 €) angehoben werden.

### Beispiel:

Eine Hausfrau ist im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung als nebenberufliche Lehrkraft tätig. Dafür erhält sie eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 550 €. Sie nimmt den Übungsleiterfreibetrag monatlich in Höhe von 154 € in Anspruch.

Die Beschäftigung ist versicherungsfrei, weil sich das Arbeitsentgelt nach Abzug der steuerfreien Aufwandsentschädigung auf 396 € beläuft und damit nicht mehr als 400 €/Monat beträgt (pauschale Beiträge sind an die Minijob-Zentrale zu entrichten).

Nach der Anhebung der Übungsleiterpauschale beläuft sich das Arbeitsentgelt nach Abzug des steuerfreien Betrags von dann monatlich 175 € nur noch auf 375 €.

Personen, die den Freibetrag in Anspruch nehmen möchten, können wählen, ob der steuerfreie Betrag in monatlichen Teilbeträgen oder zum Beginn des Beschäftigungsverhältnisses oder jeweils zum Beginn des Jahres berücksichtigt werden soll. Daraus ergeben sich unterschiedliche versicherungsrechtliche Beurteilungen. Vor allem für die restlichen Monate des Jahres 2007 kann sich die Anhebung damit erheblich auswirken.

## Beispiel

Eine Hausfrau ist (nach Anhebung der Pauschale) im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung als nebenberufliche Lehrkraft tätig. Dafür erhält sie eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 550 €. Im Dezember erhält sie zusätzlich ein Weihnachtsgeld in Höhe von 300 €. Sie nimmt den Übungsleiterfreibetrag monatlich in Höhe von 150 € in Anspruch.

Das Entgelt aus der Beschäftigung liegt in den Monaten Januar bis November bei 400 €/Monat (550 € - 150 €). Für den Monat Dezember verbleibt ein Freibetrag von 450 € (= 2100 € - 11 x 150 €). Das Entgelt aus der Beschäftigung liegt damit auch im Monat Dezember bei 400 € (= 550 € + 300 € - 450 €). Damit ist die Beschäftigung versicherungsfrei (pauschale Beiträge sind an die Minijob-Zentrale zu entrichten).

## Keine Rückwirkung in der Sozialversicherung

Wenn das Gesetz wie geplant rückwirkend zum 1. Januar 2007 in Kraft tritt, kann die Erhöhung bzw. der Erhöhungsbetrag der Übungsleiterpauschale für den Bereich der Sozialversicherung allerdings frühestens vom Tage der Verkündung des Gesetzes an wirken. Die Spitzenorganisationen der Sozialversicherung haben aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung wiederholt klar gestellt, dass eine etwaige Rückwirkung im Steuerrecht nicht auf das Sozialversicherungsrecht übertragen werden kann. Damit werden beispielsweise zunächst als versicherungspflichtig eingestufte Beschäftigungen nicht rückwirkend versicherungsfrei.

## Außerordentliche Kündigung wegen Beleidigung

Grundsätzlich kann die Beleidigung eines Vorgesetzten eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

In einem vom Landesarbeitsgericht Hessen<sup>1</sup> entschiedenen Fall hatte ein Sachbearbeiter für Bauleitplanung zu seinem Vorgesetzten gesagt: „Sie lügen, wie Sie das immer machen.“ Die darauf erfolgte außerordentliche Kündigung sah das Gericht als rechtmäßig an. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung wurde insbesondere berücksichtigt, dass die Äußerung des Sachbearbeiters nicht im Rahmen einer emotional geprägten Auseinandersetzung, sondern überlegt erfolgte.

<sup>1</sup> LAG Hessen, Urt. v. 1.9.2006, 3 Sa 1962/05, NZA-RR 2007, Heft 3, S. VI.

## AGG auch bei Kündigungen anwendbar

Nach einer Entscheidung des Arbeitsgerichts Osnabrück haben Arbeitgeber bei Kündigungen neben den Einschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes auch die Antidiskriminierungsregeln des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zu beachten.<sup>1</sup>

In dem entschiedenen Fall hatte ein Arbeitgeber im Zug einer größeren Betriebsänderung Massenentlassungen beschlossen und gemeinsam mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste der zu kündigenden Mitarbeiter vereinbart. Die Sozialauswahl wurde nach Altersgruppen durchgeführt. Innerhalb der einzelnen Altersgruppen (unter 25-jährige, 25-35-jährige, 35-45-jährige usw.) wurden jeweils prozentual gleich viele der sozial am wenigsten Schutzbedürftigen gekündigt. Damit wollte der Arbeitgeber eine ausgewogene Altersstruktur im Unternehmen beibehalten und eine Überalterung der Belegschaft verhindern.

Ein Arbeitnehmer klagte gegen seine Kündigung. Er vertrat die Auffassung, dass die Sozialauswahl nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden sei, weil die Bildung von Altersgruppen eine unzulässige Altersdiskriminierung darstellen würde. Damit ist nach seiner Ansicht die Kündigung unwirksam.

Der Arbeitgeber war der Auffassung, dass die Vorschriften des AGG nicht für Kündigungen gelten und dass die Sozialauswahl wegen des Interessenausgleichs mit Namensliste vom Arbeitsgericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfbar sei.

Das ArbG Osnabrück erklärte die Kündigung für unwirksam, da der Interessenausgleich eine unzulässige Altersdiskriminierung nach § 7 Abs. 2 AGG darstellt.

Damit wendet erstmalig ein Gericht die Vorschriften des AGG auf die Kündigung an, obwohl § 2 Abs. 4 AGG ausdrücklich die Geltung des AGG für Kündigungen ausschließt. Dieser Ausschluss wird jedoch nach fast einhelliger Ansicht in der juristischen Literatur als europarechtswidrig angesehen. Der deutsche Gesetzgeber wollte mit Erlass des AGG u. a. die europäische Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG in nationales Recht umsetzen. Nach dieser europäischen Richtlinie gilt der Diskriminierungsschutz auch für Kündigungen. Die Umsetzung des Diskriminierungsschutzes im AGG ist damit unvollständig und europarechtswidrig. Welche juristischen Folgen dies genau hat, ist fachlich umstritten. Das ArbG Osnabrück ist jedoch der führenden Literaturmeinung gefolgt und wendet den (europarechtswidrigen) § 2 Abs. 4 AGG nicht an. Dies hat zur Folge, dass Kündigungen auf Diskriminierungsverstöße anhand des AGG zu überprüfen sind.

Ob diese Auffassung juristisch haltbar ist, wird sich aber erst nach weiteren und höchstrichterlichen Entscheidungen zeigen.

<sup>1</sup> ArbG Osnabrück, Urt. v. 05.02.2007, 3 Ca 778/06.

### **Mitwirkung eines Arbeitnehmers bei falscher Abrechnung zugunsten seines Arbeitgebers berechtigt diesen nicht zur Kündigung**

Kürzlich hatte das Arbeitsgericht Frankfurt über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung zu entscheiden.<sup>1</sup>

Der Arbeitgeber hatte das Arbeitsverhältnis mit einem Kfz-Schlosser gekündigt, weil der Arbeitnehmer wissentlich an einem Abrechnungsbetrug seines Vorgesetzten mitgewirkt hatte. Er hatte auf dessen Anweisung für eine tatsächlich nicht ausgeführte Garantiereparatur an einem Kundenfahrzeug einen Arbeitsaufwand von 97 Arbeitswerten in das Arbeitswertebuch des Teams eingetragen.

Der Arbeitnehmer hielt dem entgegen, dass es zwar richtig sei, dass er von ihm nicht durchgeführte Arbeiten abgestempelt habe. Er sei jedoch davon ausgegangen, dass sämtliche Arbeiten bereits anderweitig durchgeführt waren, zumal ihm dies sein Vorgesetzter bestätigt hatte. Es sei zudem in der Vergangenheit üblich gewesen, dass aus dem Team ein Mitarbeiter sämtliche Arbeitswerte des Teams übernommen habe. Er hält deshalb die Kündigung für nicht gerechtfertigt.

Das Gericht entschied zugunsten des Arbeitnehmers.

Zwar hat er durch die fehlerhaften Eintragungen im Arbeitswertebuch eine Pflichtverletzung begangen. Diese rechtfertigt aber nicht die Kündigung. Der Tatbeitrag des Arbeitnehmers an dem Abrechnungsbetrug seines unmittelbaren Vorgesetzten bewegt sich auf der „Mitläuferebene“ und kann bei verständiger Würdigung das Arbeitsverhältnis nicht derart belasten, dass es ohne vorherige erfolglose Abmahnung gekündigt werden müsste. Eine Abmahnung ist auch nicht etwa deshalb entbehrlich, weil bereits in der vom Arbeitnehmer nicht beachteten schriftlichen Arbeitsanweisung zur Dokumentation durchgeführter Arbeiten auf Reparaturaufträgen genaue Verhaltensregeln zur Unterzeichnung abgeleiteter Arbeiten beschrieben sind. Die Erfahrung zeigt, dass noch so perfekte schriftliche Arbeitsanweisungen die immerwährende penible Einhaltung im Arbeitsalltag nicht gewährleisten. Stellt sich die unzureichende Einhaltung solcher Arbeitsanweisungen heraus, ist dies der klassische Fall, mit einer Abmahnung auf die künftige bessere Beachtung der Anweisungen bei sonst drohender Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu dringen.

<sup>1</sup> ArbG Frankfurt/Main, Urt. v. 26.02.2007, 1 Ca 5505/06, LEXinform 0874313.

### **Anrechnung von Zeiten geringfügiger Beschäftigung auf die Beschäftigungszeit im öffentlichen Dienst**

In einem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall stritten die Parteien im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses über die Frage, ob auf das Arbeitsverhältnis der im öffentlichen Dienst beschäftigten Klägerin Zeiten geringfügiger Beschäftigung als Beschäftigungszeit im Sinne des BAT anzurechnen sind.<sup>1</sup>

Nur unter Berücksichtigung dieser Zeiten wäre die Klägerin länger als fünfzehn Jahre bei der Beklagten beschäftigt gewesen und damit „unkündbar“ im Sinne des § 53 Abs. 3 BAT, so dass die von der Beklagten ausgesprochene ordentliche Kündigung unwirksam wäre.

Nach der Entscheidung des BAG sind die Zeiten der geringfügigen Beschäftigung bei der Berechnung der Beschäftigungszeit mit zu berücksichtigen. § 4 Abs. 1 des 77. Tarifvertrags zur Änderung des Bundes-Angestelltentarifvertrages (BAT), der die Anrechnung ausschließt, ist unwirksam. Nach dieser Bestimmung sind geringfügige Beschäftigungen bei der Berechnung der Beschäftigungszeit nur zu berücksichtigen, soweit sie nach dem 31. Dezember 2001 zurückgelegt worden sind. Dies verstößt gegen § 4 Abs. 1 TzBfG in Verbindung mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Tarifregelung führt zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung Teilzeitbeschäftigter. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der eine Nichtberücksichtigung der vor dem 1. Januar 2002 liegenden Zeiten geringfügiger Beschäftigung rechtfertigen könnte.

Damit war die Klägerin zum Zeitpunkt der Kündigung unkündbar im Sinne des § 53 Abs. 3 BAT und hätte nur außerordentlich gekündigt werden können.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 25.04.2007, 6 AZR 746/06, LEXinform 0173336.

### **Kein Anspruch auf Kostenerstattung für Fahrerkarte**

Nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf müssen die Auslagen eines Kraffahrers für den Erwerb einer so genannten Fahrerkarte nicht vom Arbeitgeber getragen werden.<sup>1</sup>

Nach EU-Recht dürfen LKW ab 3,5 t zul. Gesamtgewicht nur noch mit digitalen Tachographen ausgestattet sein, wofür auch eine Fahrerkarte mit den Daten des Fahrers in Form einer Scheckkarte erforderlich ist. Diese Fahrerkarte im Wert von 38,00 € hat der Arbeitnehmer auf seine Kosten vom Kraffahrtbundesamt erhalten und steht in seinem

Eigentum. Seine zusätzlichen Auslagen setzen sich aus 15,00 € für Passfotos und 5,00 € für die Meldebescheinigung zusammen.

Der Arbeitnehmer vertrat die Auffassung, dass die Beschaffung der Fahrerkarte primär im Interesse des beklagten Transportunternehmens liegt und verlangte deshalb die Erstattung seiner Auslagen in Höhe von insgesamt 58,00 € von seinem Arbeitgeber.

Dieser Ansicht folgte das Gericht nicht.

Es gab im entschiedenen Fall weder eine tarifvertragliche noch eine arbeitsvertragliche Verpflichtung seitens des Arbeitgebers, für diese Kosten aufzukommen. Ebenso sieht das Gericht keinen Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitnehmers, da die Fahrerkarte nicht vorrangig im Interesse des Arbeitgebers beschafft worden war. Die Fahrerkarte ist als Ergänzung zur Fahrerlaubnis kostenmäßig dem Arbeitnehmer zuzuordnen.

<sup>1</sup> LAG Düsseldorf, 3 Sa 1225/06, dpa-Meldung v. 20.04.2007.

### **Sensible Gesundheitsdaten sind geschützt aufzubewahren**

Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts dürfen sensible Gesundheitsdaten nur mit besonderem Schutz in der Personalakte aufbewahrt werden.<sup>1</sup>

In dem entschiedenen Fall waren in der Personalakte eines Arbeitnehmers Informationen zu dessen Alkoholentziehungskur enthalten. Der Arbeitnehmer klagte auf Entfernung dieser Schreiben aus seiner Personalakte.

Das BAG entschied zu Gunsten des Arbeitnehmers. Die strittigen Schreiben sind in einem verschlossenen Umschlag in der Personalakte aufzubewahren. Personalakten werden routinemäßig aus unterschiedlichen Gründen eingesehen. So zum Beispiel bei der Erstellung von Beurteilungen oder der Urlaubserteilung. In diesen Fällen ist die Kenntnisnahme sensibler Gesundheitsdaten nicht erforderlich. Daher dürfen solche Schreiben nicht offen in der Personalakte aufbewahrt werden, so dass sie eingesehen werden können, obwohl kein Grund für eine Einsichtnahme vorliegt.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 12.09.2006, 9 AZR 271/06, DB 2007, S. 523ff.

### **Rückwirkende Feststellung eines Arbeitsverhältnisses**

In einem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall war der Kläger seit einigen Jahren als freier Mitarbeiter beschäftigt gewesen.<sup>1</sup> Für seine Tätigkeit erhielt er von der Beklagten Honorare, die weit über einer Arbeitnehmervergütung lagen.

Nach der Rechtsprechung des BAG kann sich ein Beschäftigter gegenüber seinem Vertragspartner nicht darauf berufen, mit ihm in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, wenn er sich hierbei unter dem Gesichtspunkt des sogenannten „widersprüchlichen Verhaltens“ rechtsmissbräuchlich verhält.

Nach Auffassung des BAG ist die Honorarhöhe kein Indiz für ein widersprüchliches Verhalten. Die Honorarzahungen entsprachen einer vertraglichen Vereinbarung. Eine gesonderte Vereinbarung dahingehend, dass dem Kläger ein Arbeitsverhältnis angeboten wurde, das dieser abgelehnt hatte, gab es nicht.

Jedoch führte das BAG weiter aus, dass wenn ein Arbeitsverhältnis vorliegt, überzahlte Honorare zurückzuzahlen sind. Wenn eine Tätigkeit als freie Mitarbeit vereinbart wurde, welche sich als Arbeitsverhältnis herausstellt, so ist das Vertrauen des Arbeitnehmers in die Vereinbarung zwar grundsätzlich schützenswert. Jedoch gilt dies nur dann, wenn er nicht das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses geltend macht, hat er den einen „normalen“ Arbeitslohn überschießenden Teil seiner Honorarzahungen an den Arbeitgeber zurück zu zahlen.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 08.11.2006, 5 AZR 706/05, DB 2007, S. 577ff.

### **Ruhen des Arbeitsverhältnisses während der Ferienzeit**

Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts kann im Arbeitsvertrag einer in einer Schule eingesetzten Reinigungskraft wirksam vereinbart werden, dass das Arbeitsverhältnis während der Ferienzeiten ruht.<sup>1</sup>

In dem entschiedenen Fall verlangte die Reinigungskraft Feiertagsvergütung. In ihrem Arbeitsvertrag war jedoch geregelt, dass sie während der Schulferien nicht arbeitet, da in dieser Zeit die Schule geschlossen ist und somit keine Reinigungsarbeiten anfallen.

Diese Regelung ist nach Ansicht des BAG rechtmäßig. Sie stellt keine unangemessene Benachteiligung dar. Das Reinigungsobjekt ist während der Ferienzeit geschlossen, Reinigungsarbeiten fallen nicht an. Die Arbeitnehmerin kann deshalb nicht beschäftigt werden. Auch ein anderweitiger Einsatz der Reinigungskraft ist nicht möglich, da auch die anderen Schulen in der Ferienzeit geschlossen sind.

<sup>1</sup> BAG, Urt. v. 10.01.2007, 5 AZR 84/06, NZA 2007, S. 384ff.

### **Arbeitgeberwechsel: Beendigung des alten Arbeitsvertrags in Schriftform**

In einem vom Landesarbeitsgericht Köln<sup>1</sup> entschiedenen Fall planten die Parteien eines Arbeitsvertrags einen Arbeitgeberwechsel dergestalt, dass ein neuer Arbeitgeber an die Stelle des alten treten sollte, ohne dass diese Abrede allerdings schriftlich fixiert wurde. Nachdem der Arbeitnehmer einige Zeit unter Leitung des neuen Arbeitgebers gearbeitet hatte, stellte dieser wegen erheblicher finanzieller Probleme die Zahlung der Vergütung ein. Der Arbeitnehmer nahm daraufhin den alten Arbeitgeber auf Zahlung des rückständigen Lohns in Anspruch.

Zu Recht, befand das Gericht. Zum einen lag nach Auffassung des Gerichts kein Betriebsübergang<sup>2</sup> vor, da in dem entschiedenen Fall neben der Übernahme von Personal keine betriebliche Einheit auf den neuen Arbeitgeber übergegangen ist. Zum anderen fehlte es zur wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum alten Arbeitgeber an der notwendigen Schriftform.<sup>3</sup> Die Berufung des Arbeitnehmers auf die fehlende Schriftform war auch nicht treuwidrig<sup>4</sup>, da er bereits zu Beginn seiner Tätigkeit für den neuen Arbeitgeber den Wunsch nach entsprechender Ergänzung seines schriftlichen Arbeitsvertrags deutlich gemacht hatte.

<sup>1</sup> LAG Köln, Urt. v. 19.6.2006, 14 Sa 250/06, NZA-RR 2007, Heft 1, S. V und VI, LEXinform 0872132.

<sup>2</sup> § 613a BGB.

<sup>3</sup> § 623 BGB.

<sup>4</sup> § 242 BGB.

### **Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Anordnung von Dienstreisen**

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass dem Betriebsrat bei der Anordnung einer Dienstreise, während der der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung zu erbringen hat, kein Mitbestimmungsrecht zusteht.<sup>1</sup>

In dem entschiedenen Fall müssen Mitarbeiter der Berliner Filiale eines Unternehmens mehrmals im Jahr zu dienstlichen Besprechungen nach Frankfurt fahren. Ihre reguläre Arbeitszeit beginnt um 7:00 Uhr. Um jedoch an diesen Besprechungen pünktlich teilnehmen zu können, müssen die Arbeitnehmer gegen 6:00 Uhr Berlin verlassen. Während der Fahrt sind sie nicht verpflichtet, zu arbeiten.

Der Betriebsrat sah sein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG verletzt.

Dieser Auffassung folgte das BAG nicht.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht über Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage. Arbeitszeit im Sinne dieser Vorschrift ist die Zeit, in der der Arbeitnehmer verpflichtet ist, seine vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Das bloße Reisen ist jedoch keine Arbeitsleistung, die dafür benötigte Zeit ist keine Arbeitszeit im Sinne der genannten Vorschrift. Demnach steht dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht zu.

<sup>1</sup> BAG, Beschluss v. 14.11.2006, 1 ABR 5/06, DB 2007, S. 749ff.

### **Betriebsrat: Erforderlichkeit der Teilnahme an Mobbingseminar**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten in Schulungsveranstaltungen dann für die Betriebsratsarbeit erforderlich, wenn der Betriebsrat sie unter Berücksichtigung der konkreten betrieblichen Situation benötigt, um seine derzeitigen oder demnächst anfallenden Arbeiten sachgerecht wahrnehmen zu können. Hierzu bedarf es regelmäßig der Darlegung eines aktuellen, betriebsbezogenen Anlasses. Einer konkreten Darlegung der Erforderlichkeit des aktuellen Schulungsbedarfs bedarf es allerdings dann nicht, wenn es sich um die Vermittlung von Grundkenntnissen im Betriebsverfassungsrecht oder im allgemeinen Arbeitsrecht für ein erstmals gewähltes Betriebsratsmitglied handelt.

In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ist anerkannt, dass eine Schulungsveranstaltung zum Thema „Mobbing“ für die Arbeit des Betriebsrats erforderliche Kenntnisse vermitteln kann.<sup>1</sup> Für diesen Fall muss der Betriebsrat allerdings eine betriebliche Konfliktlage darlegen, aus der sich für ihn ein Handlungsbedarf zur Wahrnehmung einer gesetzlichen Aufgabenstellung ergibt und zu deren Erledigung er das auf der Schulung vermittelte Wissen benötigt. Nach einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm<sup>2</sup> genügen für die Darlegung einer solchen betrieblichen Konfliktlage hinreichende Anhaltspunkte, erste Anzeichen dafür, dass Mitarbeiter einer Mobbingssituation ausgesetzt sind.

<sup>1</sup> § 37 Abs. 6 BetrVG.

<sup>2</sup> LAG Hamm, Urt. v. 7.7.2006, 10 Sa 1283/05, NZA-RR 2007, S. 202, LEXinform 0873653.