

Journal für das Lohnbüro 02|2012

Aktuelles aus dem Lohnsteuerrecht

- Doppelte Haushaltsführung und Firmen-PKW

Aktuelles aus dem Sozialversicherungsrecht

- Rentenversicherungsbericht 2011
- Meinungsbarometer zu ELENA und ELStAM
- Zeitwertkonten: Administrative Prozesse im Freistellungsfall
- Beschäftigung von Studenten

Aktuelles aus dem Arbeitsrecht

- Pflegezeitgesetz und Familienpflegezeit
- Entgeltfortzahlung – Vorlage des ärztlichen Attests
- Richtiges betriebliches Eingliederungsmanagement
- Rechtsprechung für Sie aufbereitet

Inhalt

Aktuelles aus dem Lohnsteuerrecht	3
■ Doppelte Haushaltsführung und Firmen-PKW	4
Aktuelles aus dem Sozialversicherungsrecht	5
■ Rentenversicherungsbericht 2011	6
■ Meinungsbarometer zu ELENA und ELStAM	9
■ Zeitwertkonten: Administrative Prozesse im Freistellungsfall	11
■ Beschäftigung von Studenten	13
Aktuelles aus dem Arbeitsrecht	15
■ Pflegezeitgesetz und Familienpflegezeit	17
■ Entgeltfortzahlung – Vorlage des ärztlichen Attests	20
■ Richtiges betriebliches Eingliederungsmanagement	22
■ Rechtsprechung für Sie aufbereitet	24



Aktuelles aus dem Lohnsteuerrecht

ELStAM erst ab 2013: Was Arbeitgeber und Arbeitnehmer 2012 beachten müssen

In einem zwölfseitigen Schreiben regelt das Bundesfinanzministerium Einzelheiten zum elektronischen Lohnsteuerabzug, der am 01.11.2012 mit Wirkung zum 01.01.2013 in Kraft treten soll. Mangels Steuerkarte in 2011 und 2012 können für Arbeitgeber beim Lohnsteuer-Abzug jetzt folgende – fünf! – Papier-Dokumente zu beachten sein:

- a. Lohnsteuerkarte 2010, Ersatzbescheinigung 2011 oder Ersatzbescheinigung 2012,
- b. Info-Schreiben des Finanzamts zu gespeicherten Daten oder sonstige Bescheinigung des Finanzamts.

Die Abzugsmerkmale in den unter a) genannten Dokumenten legen Entgeltabrechner ohne weitere Prüfung dem Lohnsteuerabzug zugrunde. Dabei gilt eine Ersatzbescheinigung 2012 nur, wenn weder die Lohnsteuerkarte 2010 noch die Ersatzbescheinigung 2011 vorliegt (z. B. bei erstmaliger Arbeitnehmer-Tätigkeit oder Aufnahme einer weiteren Tätigkeit in 2012, Verlust der Karte 2010 etc.).

Ändern sich die Lebensverhältnisse in 2012 ggü. denen in 2011, müssen Arbeitnehmer das mittels einer der Bescheinigungen unter b) nachweisen. Alle vorgelegten Dokumente sind zum Lohnkonto zu nehmen und bei Jobwechsel dem Mitarbeiter auszuhändigen.

Arbeitnehmer sind ggü. ihrem Wohnsitz-Finanzamt zur Mitteilung verpflichtet, wenn z. B. Anfang 2012 die Voraussetzungen für die Zusammenveranlagung entfallen sind (z. B. bei Scheidung in 2011).

Freibeträge (z. B. für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte) sind für 2012 neu zu beantragen (Ausnahme Behinderung). Ändern sich hier die Verhältnisse (z. B. bei kürzerem Arbeitsweg) und erfolgt dazu keine Korrektur, drohen Nachzahlungen bei der Veranlagung. Das BMF-Schreiben vom 06.12.2011 (Gz.: IV C 5-S 2363/07/0002-03) findet sich unter www.bundesfinanzministerium.de.

ELStAM-Regelungen auch im Beitreibungs-Richtlinien- Umsetzungsgesetz

Zum 01.01.2012 ist das Gesetz zur Umsetzung der EU-Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften in Kraft getreten. Das ist praktisch ein Jahressteuergesetz mit zahlreichen Regelungen geworden und enthält u. a. auch (im

Gesetzgebungsverfahren geänderte) Vorschriften zu ELStAM:

- Pauschbeträge für Behinderte sind weiter mehrjährig gültig (§ 39a I S. 2 EStG).
- Bei fehlenden LSt-Abzugsmerkmalen ist Steuerklasse VI anzuwenden. Hier war bisher die Verpflichtung geplant, dass die LSt-Ermittlung für die letzten drei Monate geprüft und ggf. geändert werden musste, sobald die elektronischen Abzugsmerkmale vorliegen. Das gilt jetzt nur noch, wenn der Arbeitgeber diese Merkmale wegen technischer Störungen zunächst nicht abrufen konnte oder der Arbeitnehmer schuldhaft die ID-Nr. nicht mitgeteilt hat. Jetzt gelten bei verspäteter Daten-Mitteilung die allgemeinen Regeln zur Änderung des LSt-Abzugs (vgl. § 41c EStG). Das bedeutet Erleichterung für Arbeitgeber: Die vorangegangenen Abzüge können geändert werden, aber es besteht keine Verpflichtung dazu (§ 39c IV S. 4 EStG). Eine Korrektur kann dann nur per Veranlagung erfolgen.
- Bei Ende des Dienstverhältnisses bzw. am Jahresende ist das Lohnkonto abzuschließen. Wenn keine Pflicht zur Übermittlung einer elektronischen Lohnsteuerbescheinigung besteht, muss eine Papier-Lohnsteuerbescheinigung ausgestellt werden. Das gilt jetzt allgemein und nicht nur dann, wenn der Arbeitnehmer zur Einkommensteuer veranlagt wird.

Ein weiterer wichtiger Punkt im Beitreibungs-Richtlinien-Umsetzungsgesetz ist die „Klarstellung“ zum Ausschluss von Erstausbildungskosten als Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben (= Korrektur dreier BFH-Urteile vom 28.07.2011). Das gilt rückwirkend ab 2004. Diese Kosten sind (wieder) nur als Sonderausgaben im Ausgabenjahr (begrenzt) abziehbar, wobei der Höchstbetrag ab 2012 von 4.000,- auf 6.000,- Euro heraufgesetzt wurde (Quelle: Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie und zur Änderung steuerlicher Vorschriften vom 07.12.2011, BGBl I S. 2592, in Kraft getreten (überwiegend) am 01.01.2012, abgedruckt auch unter www.bundesfinanzministerium.de).

Erstausbildungs-/Erststudiums- Kosten und kein Ende?

Der Gesetzgeber hat mit dem EU-Beitreibungs-Richtlinien-Umsetzungsgesetz (siehe oben) die neue BFH-Rechtspre-

chung vom Juli 2011 rückwirkend ab 2004 „klargestellt“. Danach soll weiter nur ein (nicht auf spätere Jahre vortragsfähiger) Sonderausgabenabzug möglich sein. Dagegen regt sich jetzt Widerstand. Vor dem Finanzgericht Baden-Württemberg ist eine neue Klage anhängig, auf die man sich bei Einsprüchen und beantragtem Ruhen des Verfahrens beziehen kann. Das Aktenzeichen lautet: 10 K 4245/11.

Ausgabe von Job-Tickets als Jahres- karte: Wann fließt Arbeitnehmern der geldwerte Vorteil zu?

Nach einem Urteil des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz fließt der geldwerte Vorteil einmalig bereits mit der Ausgabe des Job-Tickets als Jahreskarte zu. Die monatliche Freigrenze für Sachbezüge von 44,- Euro (nach § 8 II EStG) ist somit nicht anwendbar. Das gilt unabhängig davon, dass der Arbeitgeber den Verkehrsbetrieben seine Zuschüsse monatlich und nicht jährlich zahlt. Ohne Bedeutung sei auch, dass der anteilige Nutzen für die Arbeitnehmer hier umgerechnet auf den Monat unter der Freigrenze liege. Entscheidend sei die Gültigkeitsdauer der Job-Tickets von einem Jahr, die den Mitarbeitern mit der Ausgabe zufließt (FG Rheinland-Pfalz v. 30.08.2012, Az.: 3 K 2579/09; Revision beim BFH anhängig).

Praxis-Hinweise:

Das Urteil entspricht der bisherigen herrschenden Meinung und geht zurück auf ein BFH-Urteil vom 12.04.2007, BStBl II S. 719. Das nachteilige Ergebnis ist vermeidbar, wenn das Jahres-Ticket aus einzelnen monatlichen Fahrberechtigungen besteht, die mtl. ausgegeben bzw. bei Chipkarten mtl. freigeschaltet werden. Dann liegt monatlicher Lohnzufluss vor, für den auch die Freigrenze gilt, wenn diese noch nicht anderweitig ausgeschöpft ist (vgl. R 8.1 III Satz 3 LStR).

Leiharbeit: Statt Entfernungspauschale tatsächliche Fahrtkosten absetzbar

Wenn Leiharbeiter nur bei einem einzigen Entleiher eingesetzt werden, ist nach bisheriger Auffassung der Finanzverwaltung für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte nur die Entfernungspauschale als Werbungskosten absetzbar. Danach ist im Entleiherbetrieb von einer regelmäßigen Arbeitsstätte auszugehen. Dem widerspricht jetzt ausdrücklich das Finanzgericht Münster für den Fall, dass

nach dem Leiharbeitsvertrag z. B. ein bundesweiter Einsatz möglich ist. Dann kann sich der Leiharbeiter nicht von vornherein auf einen immer gleichen Arbeitsweg einstellen und seine Fahrtkosten z. B. mit Fahrgemeinschaften etc. niedrig halten, so dass die tatsächlich angefallenen Kosten abziehbar sind (FG Münster v. 11.10.2011, Az.: 13 K 456/10; Revision zum BFH zugelassen; ähnliche Fälle offen halten!).

Baucontainer sind keine regelmäßigen Arbeitsstätten

Fahrten eines Monteurs in das Werk eines Kunden sind deshalb nach Reisekostengrundsätzen abzurechnen, nicht nur mit der Entfernungspauschale. Baucontainer sind leicht abtransportierbar und keine ortsfeste dauerhafte Betriebseinrichtung des Arbeitgebers. Der Mitarbeiter hat keine Planungssicherheit für eine dauerhafte Arbeitsstätte, so dass er sich nicht auf immer gleiche Arbeitswege einstellen

und seine Fahrtkosten z. B. per Fahrgemeinschaft senken kann (FG Münster v. 14.09.2011, Az.: 10 K 2037/10E).



WOLFGANG GAMP
Rechtsassessor,
Lohnsteuerhilfe-
verein LoBe e.V.,
Herdecke
Chefredakteur
„die Personal-
betreuung“

Doppelte Haushaltsführung und die 1-Prozent-Regelung bei Firmen-PKW

Beim Bundesfinanzhof (BFH) sind derzeit gleich zwei ähnliche Verfahren zu der Frage anhängig, ob Familienheimfahrten im Rahmen der doppelten Haushaltsführung (DHF) auch dann zu „Aufwendungen als Werbungskosten“ im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 Satz 5 führen, wenn bei Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit dafür ein vom Arbeitgeber auch zur privaten Nutzung überlassener Firmen-PKW verwendet wird.

Unter dem Az. VI R 33/11 hat der BFH die Nichtzulassungsbeschwerde der unterlegenen Kläger gegen das Urteil 5 K 117/10 des Finanzgerichtes (FG) Schleswig-Holstein angenommen. In diesem Urteil hatte das FG zu Lasten der Kläger entschieden, dass bei der Nutzung eines durch den Arbeitgeber auch zur privaten Nutzung überlassenen Dienstwagens dem Arbeitnehmer keine als Werbungskosten zu berücksichtigenden Aufwendungen im Falle von Familienheimfahrten im Rahmen der doppelten Haushaltsführung entstehen. Dem klagenden Arbeitnehmer war kostenlos ein Dienstwagen überlassen worden. Die erlaubte und auch erfolgte private Nutzung wurde durch den Arbeitgeber mit der 1-Prozent-Regelung sowie 0,03 Prozent für die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte als geldwerter Vorteil beim Arbeitnehmer versteuert. Für die wöchentlich durchgeführten Familienheimfahrten im Rahmen der DHF erfolgte keine zusätzliche Besteuerung, da nach Auffassung des Arbeitgebers und des Klägers die zusätzliche Besteuerung in Höhe von 0,002 Prozent gemäß § 8 Abs. 2 Satz 5 nur für zusätzliche Fahrten über die erlaubte einmalige Familienheimfahrt hinaus zu erfolgen habe.

Das FG folgte der ablehnenden Argumentation des Finanzamtes. Demnach entspricht es der Überlegung des Gesetzgebers, dass die Regelung des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 Satz 6 einerseits für derartige Familienheimfahrten auf die Zurechnung von Einnahmen, hier geldwerter Vorteil nach § 8 Abs. 2 EStG, verzichtet und andererseits der korrespondierende Werbungskostenabzug demnach ausgeschlossen ist.

Das FG führt in Ziff. 21 Satz 3 seiner Urteilsbegründung zusätzlich aus: „Allein die Tatsache, dass im Streitfall von dem Kläger 1 Prozent des Listenpreises allgemein für die private Nutzung und 0,03 Prozent des Listenpreises für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte als geldwerter Vorteil beim Kläger angesetzt worden sind, kann vor diesem gesetzlichen Hintergrund nicht dazu führen, dass – entgegen der eindeutigen gesetzlichen Bestimmung in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 Satz 6 EStG – Aufwendungen für Familienheimfahrten mit dem überlassenen Fahrzeug des Arbeitgebers als Werbungskosten Berücksichtigung finden können.“

In Ziff. 22 dieser Urteilsbegründung führt das FG zusätzlich aus, dass der Ansatz der allgemeinen und abgeltenden Entfernungspauschale nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 Satz 4 schon deshalb nicht zur Anwendung komme, weil die für den Ansatz dieser Pauschale grundsätzlich unterstellten Aufwendungen für Familienheimfahrten hier bereits durch die eindeutige Regelung des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 Satz 6 überhaupt nicht berücksichtigt werden dürfen. Und dazu will der BFH jetzt offensichtlich etwas Grundsätzliches entscheiden. Möglicherweise ist dem BFH ja auch aufgefallen, dass ein Dienstwagenfahrer selbst

schon bei der absolut kostenfreien Überlassung eines PKW durch die mit der 1-Prozent-Regelung anfallenden Steuern eine Kostenbelastung hat. Und die ist mit der 1-Prozent-Regelung durch den Gesetzgeber auch ausdrücklich in dem Sinne gewollt, dass der Dienstwagenfahrer damit gegenüber den Kosten für den Halter eines Privat-PKW pauschal gleichgestellt und somit belastet werden soll. Wenn der Dienstwagenfahrer also bereits mit der 1-Prozent-Regelung dem Halter eines Privat-PKW jedenfalls steuerlich gleichgestellt ist, dann hätte er deswegen ebenso Anspruch auf die pauschalisierende Entfernungspauschale wie der Halter des Privat-PKW.

Und erst recht gilt dies für die einem Privat-PKW gleichkommende Kostenbelastung in den verbreitet durchgeführten Modellen der Dienstwagengestellung gegen Gehaltsumwandlung. Dabei werden die gesamten oder teilweise dem Arbeitnehmer für den Dienstwagen belasteten Kosten der steuerfreien Entgeltumwandlung zugeführt. Die daraus resultierende Steuerermäßigung reduziert aber in der Regel nur die letztlich tatsächlich vom Arbeitnehmer getragenen PKW-Kosten. Gleichzeitig wird aber, wie bei der kostenlosen Dienstwagengestellung, die Privatnutzung durch die 1-Prozent-Regelung zusätzlich wieder besteuert.

Aus diesen Gründen kann zumindest die Argumentation des FG Schleswig-Holstein hinsichtlich der fehlenden Kostenbelastung eines Dienstwagenfahrers schon nicht richtig sein. Möglicherweise will der BFH die tatsächliche Kostentragung des Arbeitnehmers durch die bewusste 1-Prozent-Pauschalierung aber auch zum Anlass nehmen, um die dem

widersprechenden korrespondierenden Regelungen des § 8 Abs. 2 Satz 2 zweiter Halbsatz und § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 5 Satz 6 für ungültig zu erklären. Das würde sehr viel Sinn machen. Und eine Entscheidung des BFH in dieser Sache sollte möglichst schnell erfolgen.

Denn wie zu hören ist, sind die Finanzämter über die Entscheidung des FG Schleswig-Holstein ganz begeistert und gehen zunehmend dazu über, die Anerkennung der Familienheimfahrten im Rahmen einer sonst nachgewiesenen DHF unter Berufung auf dieses FG-Urteil abzulehnen. Hier sollte möglichst schnell Rechtssicherheit eintreten.

Nach Meinung des Verfassers könnte dazu bereits das BFH-Urteil vom 06.10.2011, VI R 56/10 mehrere für den Kläger positive Hinweise enthalten. In seiner Urteilsbegründung stellt der 6. Senat sinngemäß klar, dass eine ausdrücklich vereinbarte Privatnutzung eines überlassenen Dienstwagens auch einen ganz erheblich zu besteuern den geldwerten Vorteil darstellt. Von daher wäre es nur folgerichtig, wenn diese private Nutzung eines Dienstwagens, die mindestens in Höhe der daraus folgenden Steuerbeträge eine vergleichbare Belastung mit den Kosten für einen Privat-PKW herstellen soll,

insofern dann auch zur nicht weiter zu prüfenden, berechtigten Geltendmachung der Entfernungspauschale bei tatsächlichen Familienheimfahrten im Rahmen der DHF führt. Im Übrigen hat der BFH in diesem Urteil auch noch sehr deutlich gemacht, dass auf ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte keine private Nutzung eines Dienstwagens darstellen, sondern der Erwerbssphäre zugeordnet sind. Diese sich insgesamt widersprechenden gesetzlichen Regelungen dürften also erneut Anlass für eine ordnende Rechtsprechung des BFH sein.

In dem weiteren unter dem Az. VIII R 24/09 anhängigen Verfahren wird sich der 8. Senat des BFH mit einer ganz ähnlichen Frage zu beschäftigen haben. Anlass war hier die Entscheidung des Sächsischen Finanzgerichtes vom 18.09.2008, 2 K 863/08.

Es geht dabei um folgende Frage (Zitat des BFH):

„Ergibt sich aus § 8 Abs. 2 Satz 5 EStG dadurch eine Ungleichbehandlung bei der Besteuerung der Familienheimfahrten, dass Lohnempfänger bei mit einem Dienstwagen durchgeführten Familienheimfahrten nur dann einen Differenzbetrag versteuern müssen, wenn sie mehr als eine Heimfahrt wöchentlich durchführen, während Steuerpflichtige mit Ge-

winneinkünften mit einem zum Betriebsvermögen gehörenden PKW für jede Heimfahrt eine Hinzurechnung nach der Pauschalmethode in Kauf nehmen müssen?“

Neben der hier wohl vorrangig zu klärenden Frage einer möglicherweise berechtigten steuerlichen Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte in verschiedenen Einkunftsarten wird es dann zusätzlich interessant, wenn der 6. und der 8. Senat hinsichtlich der hier aufgeworfenen Werbungskostenfrage bei Familienheimfahrten im Ergebnis unterschiedliche Auffassungen vertreten sollten. Dann könnte von beiden Senaten zur Klärung dieser Frage der Große Senat des BFH angerufen werden. In diesem Fall dürfte es mit der hier erhofften schnellen Herstellung von Rechtssicherheit dann allerdings wohl so bald nichts werden.



Aktuelles aus dem Sozialversicherungsrecht

Viertes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (4. SGB IV-Änderungsgesetz) in Kraft getreten

(Hm) Das 4. SGB IV-Änderungsgesetz wurde am 29. Dezember 2011 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht (BGBl. I S. 3057 ff.) und ist überwiegend zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten.

Die wesentlichen Regelungen des Gesetzes sind:

- Verschiebung der Finanzierungsverantwortung für Rentenversicherungsbeiträge von Behinderten im Eingangs- und Berufsbildungsbereich von anerkannten Werkstätten vom Bund auf die Beitragszahler,
- Festschreibung der Sozialversicherungspflicht für alle Teilnehmer an dualen Studiengängen,
- Anhebung der sog. Ein-Monats-Grenze auf drei Monate für Freistellungen aus Flexi-/Arbeitszeitkonten,

§ 7 Abs. 1a SGB IV (Beibehaltung des sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses),

- Umsetzung der Sanktionsrichtlinie zur Aufdeckung von illegaler Beschäftigung durch Einführung einer Beschäftigungsfiktion von drei Monaten,
- Verlängerung des Moratoriums zur Zuständigkeit für öffentliche Unternehmen in der gesetzlichen Unfallversicherung bis zum 31. Dezember 2012,
- Regelungen zur Umsetzung einer optionalen elektronischen Betriebsprüfung durch die Rentenversicherungsträger,
- Verzicht auf den Versand von Rentenanpassungsmitteln durch die Rentenversicherungsträger bei sog. „Nullanpassungen“,
- automatische Information der gesetzlichen Rentenversicherung über Wiederverheiratungen durch die Meldebehörden.

„Bea – Bescheinigungen elektronisch annehmen“ – Projekt der Bundesagentur für Arbeit (BA)

(Hm) Die BA hat Anfang Januar 2012 das Projekt „Bea – Bescheinigungen elektronisch annehmen“ gestartet. Zukünftig soll es den Betrieben möglich sein (Option!), die Arbeitsbescheinigung auch elektronisch an die BA zu übermitteln. Gemäß Projektzeitplan soll im April 2013 eine Pilotphase starten und im Januar 2014 dann der Echtbetrieb beginnen.

Eine elektronische Abgabe der Arbeitsbescheinigung – im Rahmen bzw. mittels des EEL-Verfahrens – könnte insbesondere für größere Betriebe interessant/überlegenswert sein, vorausgesetzt, dass in diesen Fällen der Arbeitnehmer nicht zusätzlich per Arbeitgeber-Papierbescheinigung über die Bescheinigungsangaben zu informieren ist. Die BA hat in Aussicht gestellt, dies damit zu lösen, dass die Arbeitgeberangaben dem Bewilligungsbescheid beigelegt werden.

Eine weitere gute Idee des Projektes ist, dass die Arbeitsbescheinigung künftig nur bei Bedarf, d. h. auf Anfrage des Arbeitnehmers bzw. der BA, ausgegeben oder elektronisch abgegeben werden muss. Zwar wird es schon heute in der Praxis teilweise so gehandhabt, jedoch ist es in § 312 SGB III dem Gesetzeswortlaut nach anders vorgesehen.

Klar ist aber auch, dass eine elektronische Abgabe der Arbeitsbescheinigung für viele kleine und mittelständische Betriebe nicht interessant ist bzw. sein dürfte, da die Bescheinigung zu selten ausgegeben wird, als dass die Kosten für eine Softwarelösung amortisiert werden könnten. Insofern kann und darf es hier nur um eine zusätzliche Option gehen! Die BA hat das in ihrer derzeitigen Konzeption richtigerweise so vorgesehen.

BSG-Urteil zum U2-Verfahren

(Hm) Am 13. Dezember 2011 hat das Bundessozialgericht (BSG) entschieden, dass eine satzungsmäßige Begrenzung der Erstattung des Mutterschaftsgeldzuschusses auf die Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung mit höherrangigem Recht unvereinbar und (teil-)nichtig ist (vgl. BSG-Terminbericht Nr. 64/11 vom 13. Dezember 2011). § 9 Abs. 2 AAG erlaube keine über den Regelungsgehalt des § 1 Abs. 2 Nr. 1 AAG hinausgehende, den einzelnen Krankenkassen zur freien Ausgestaltung überlassene Beschränkung der Erstattung.

Deshalb erstattet etwa die BKK-Arbeitgeberversicherung, deren Satzung eine derartige Beschränkung bisher vorsah, seit dem 13. Dezember 2011 den Zuschuss i. S. d. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AAG im „vollen Um-

fang“. Mit Beschäftigungsverboten wird gleichermaßen verfahren. Zudem wurde damit begonnen, den – zahlreich vorliegenden – Widersprüchen abzuwehren.

ELENA jetzt auch offiziell beendet

(Gp) Versteckt im „Gesetz zur Änderung des Beherbergungsstatistik-Gesetzes usw. ... und zur Aufhebung von Vorschriften zum Verfahren des elektronischen Entgeltnachweises“ vom 02.12.2011 (BGBl I S. 2298) wurde ELENA jetzt auch amtlich „beerdigt“. Damit ist das Aufhebungsgesetz am 03.12.2011 in Kraft getreten. Die bisher gespeicherten Daten müssen unverzüglich gelöscht werden.

Im Bundesarbeits- und -sozialministerium wird derzeit an einem Konzept gearbeitet, um die ELENA-Erfahrungen für ein einfaches und unbürokratisches elektronisches Meldeverfahren in der SV zu nutzen. Dazu soll bis Ende 2013 ein Bericht mit konkreten Vorschlägen vorgelegt werden. Wirtschaft und SV-Träger haben aktive Unterstützung zugesichert (BGBl Nr. 60 vom 02.12.2011, S. 2297 ff.; siehe www.bgbl.de).

SV-Betriebsprüfung: Bescheide müssen eindeutig sein!

(Gp) Andernfalls sind Beitrags-Nachforderungen unzulässig. Im Urteilsfall waren Beiträge für zwei „Auftragsnehmer“, tatsächlich aber unselbständig Tätige von der GRV nachgefordert worden. Auch der Widerspruchsbescheid im Streit um Scheinselbständigkeit enthielt keine Feststellungen zur Beitragspflicht für die SV-Zweige, zur Beitragshöhe und zum Prüfungs-Zeitraum. Damit ist der Bestimmtheitsgrundsatz des § 33 SGB X

verletzt, so dass die Bescheide rechtswidrig sind (LSG Bayern v. 17.05.2011, Az.: L5R 848/08).

Azubis sind nie Mini-Jobber

(Gp) Auch wenn die Ausbildungsvergütungen unter 400,- Euro monatlich liegen, gilt die Pauschalregelung für geringfügig Beschäftigte nie für Azubis. Das gilt für alle Zweige der Sozialversicherung und ist z. T. ausdrücklich geregelt (z. B. in § 7 SGB V, in § 5 II SGB VI oder in § 27 SGB III). Das ist auch verfassungsgemäß (LSG Baden-Württemberg, Az.: L 4 KR 6527/06). Die Unfallversicherung besteht unabhängig von der Vergütung und umfasst auch den Berufsschulunterricht (§ 2 Nr. 1 und Nr. 8b SGB VII).

Für Sie zusammengestellt von **Stefan Haussmann, LL.M. (Hm)** und **Wolfgang Gamp (Gp)**.



STEFAN HAUSSMANN
LL.M.
Berlin



WOLFGANG GAMP
Rechtsassessor,
Lohnsteuerhilfe-
verein LoBe e.V.,
Herdecke
Chefredakteur
„die Personal-
betreuung“

Rentenversicherungsbericht

Beitragssatz kann auch 2013 deutlich gesenkt werden

Die allgemeine Rentenversicherung wird das Jahr 2011 voraussichtlich mit einem Überschuss von fast 4,4 Mrd. Euro abschließen. Dadurch soll die Nachhaltigkeitsrücklage der Rentenversicherungsträger zum 31. Dezember 2011 einen Umfang von über 23,5 Mrd. Euro bzw. 1,38 Monatsausgaben erreichen. Das geht aus dem aktuellen Rentenversicherungsbericht der Bundesregierung hervor, den das Bundeskabinett am 16. November 2011 gebilligt hat.

Von der guten Finanzlage der allgemeinen Rentenversicherung sollen im laufenden Jahr Beitragszahler und Rentner gleichermaßen profitieren: Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden durch die zum 1. Januar 2012 wirksam gewordene Beitragssatzsenkung von 19,9 auf 19,6 Prozent spürbar entlastet, nämlich um jeweils 1,3 Mrd. Euro. Die Bezieher von Renten können zum 1. Juli 2012 auf eine deutliche Rentenerhöhung hoffen. Nach dem „Rentenversicherungsbericht 2011“ geht die Bundesregierung derzeit von einer Anhebung

des Aktuellen Rentenwerts von 27,47 auf 28,10 Euro aus. Das entspricht einem Plus von 2,3 Prozent.

Trotz der hierdurch verursachten Mindereinnahmen und Mehrausgaben soll die allgemeine Rentenversicherung 2012 einen Einnahmeüberschuss von etwa 2,5 Mrd. Euro erzielen. Die Nachhaltigkeitsrücklage wird von der Bundesregierung zum 31. Dezember 2012 bei rund 26,8 Mrd. Euro bzw. 1,54 Monatsausgaben erwartet.

Berichtsauftrag

Die Bundesregierung hat den gesetzgebenden Körperschaften nach § 154 Abs. 1 und 3 SGB VI jährlich einen Rentenversicherungsbericht vorzulegen, der die Finanzlage und Finanzentwicklung der Rentenversicherung darstellt. Dieser hat insbesondere eine Übersicht über die voraussichtliche finanzielle Entwicklung in den künftigen fünf Kalenderjahren auf der Grundlage der aktuellen Einschätzung der mittelfristigen Wirtschaftsentwicklung zu enthalten.

Der Bericht muss ferner Modellrechnungen zur Entwicklung der Einnahmen und Ausgaben, der Nachhaltigkeitsrücklage und des erforderlichen Beitragssatzes in den nächsten 15 Kalenderjahren umfassen. Zu prüfen ist dabei insbesondere, ob der Beitragssatz bis zum Jahr 2020 (2030) die Beitragssatzobergrenze von 20 (22) Prozent übersteigt oder das Sicherungsniveau vor Steuern bis zum Jahr 2020 (2030) die gesetzliche Untergrenze von 46 (43) Prozent unterschreitet. Ausschlaggebend sind dabei die Vorausberechnungswerte in der sog. Mittleren Variante.

Die mittel- und die langfristigen Modellrechnungen des Rentenversicherungsberichts haben stets auf Basis des geltenden

Rechts zu erfolgen. Darüber hinaus sind auch finanzwirksame Maßnahmen zu berücksichtigen, die sich bereits im Gesetz- oder Verordnungsgebungsverfahren befinden.

Vorausberechnungen bis 2015

Die mittelfristigen Vorausberechnungen umfassen – wie in den Vorjahren – den Zeitraum der aktuellen mittelfristigen Finanzplanung des Bundes, also die Jahre 2011 bis 2015. Der Lohn- und Beschäftigungsentwicklung sind in dieser Zeitspanne die Annahmen des interministeriellen Arbeitskreises „Gesamtwirtschaftliche Vorausschätzungen“ vom 20. Oktober 2011 zugrunde gelegt worden. Für die durchschnittlichen Arbeitsentgelte, die Zahl der Arbeitnehmer und die Zahl der Arbeitslosen sind – jeweils in Abgrenzung der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen – für Gesamtdeutschland konkret folgende Werte unterstellt worden:

Veränderung der Bruttolöhne und -gehälter je Arbeitnehmer:

2011 = +3,4 Prozent,
2012 = +2,4 Prozent,
2013 = +2,5 Prozent,
2014 = +2,5 Prozent sowie
2015 = +2,5 Prozent.

Veränderung der Zahl der Arbeitnehmer:

2011 = +1,3 Prozent,
2012 = +0,4 Prozent,
2013 = +/-0,0 Prozent,
2014 = +/-0,0 Prozent sowie
2015 = +/-0,0 Prozent.

Zahl der Arbeitslosen:

2011 = 2,970 Mio.,
2012 = 2,850 Mio.,
2013 = 2,796 Mio.,
2014 = 2,743 Mio. sowie
2015 = 2,691 Mio.

Das Zahlentableau zeigt: Die Beschäftigung soll kurzfristig weiter zunehmen und sich anschließend auf hohem Niveau stabilisieren. Die Löhne sollen ab diesem Jahr mit einer in etwa konstanten jährlichen Rate von 2,5 Prozent wachsen.

Unter diesen Annahmen führt die gesetzliche Versteigerungsregel, nach der die Nachhaltigkeitsrücklage in einem Korridor zwischen 0,2 und 1,5 Monatsausgaben zu halten ist (§ 158 SGB VI), zu einer schrittweisen Senkung des Rentenbeitragssatzes in der allgemeinen Rentenversicherung von 19,6 Prozent (2012) über 19,2 Prozent (2013) auf 19,0 Prozent (2014). Dieser Beitragssatz wird auch zum Ende des Mittelfristzeitraums erwartet (vgl. Tabelle 1).

Tabelle 1:

Beitragssatz, Einnahmen, Ausgaben sowie Vermögen der allgemeinen Rentenversicherung in der mittleren Frist

	2011	2012	2013	2014	2015
Erforderlicher Beitragssatz in %	19,9	19,6	19,2	19,0	19,0
Einnahmen insgesamt in Mrd. €	249,1	252,4	254,4	258,1	264,8
Darunter:					
-Beitragseinnahmen	188,7	190,8	191,4	193,9	198,7
-Allgemeiner Bundeszuschuss und zusätzliche Bundeszuschüsse	58,9	60,1	61,5	62,6	64,2
Ausgaben insgesamt in Mrd. €	244,7	249,8	254,2	258,1	265,9
Darunter:					
-Rentenausgaben	212,2	216,5	220,1	223,4	230,1
-Zuschüsse zur KVdR 1)	15,0	15,3	15,6	15,8	16,3
-Leistungen zur Teilhabe	5,4	5,5	5,6	5,8	5,9
-Verwaltungs- und Verfahrenskosten	3,5	3,6	3,7	3,8	3,9
Einnahmen minus Ausgaben in Mrd. €	+4,4	+2,5	+0,2	+/-0,0	-1,1
Nachhaltigkeitsrücklage					
-in Mrd. €	23,5	26,8	27,5	28,0	27,3
-in Monatsausgaben	1,38	1,54	1,55	1,56	1,47

1) KVdR = Krankenversicherung der Rentner.

Quelle: „Rentenversicherungsbericht 2011“ der Bundesregierung; eigene Darstellung.

Der Umfang der Nachhaltigkeitsrücklage wird – so die Bundesregierung – am Jahresende 2012 bei 26,8 Mrd. Euro liegen. Bei monatlichen Rentenausgaben von dann 17,4 Mrd. Euro entspricht dies einem Reservebestand von 1,54 Monatsausgaben. Das geringfügige Überschreiten der Höchsthaltigkeitsrücklage von 1,5 Monatsausgaben erklärt sich durch die gesetzliche Rundungsvorschrift, nach der der neue rechnerische Rentenbeitragssatz auf eine Nachkommastelle aufzurunden ist. Den mittelfristigen Vorausberechnungen zufolge wird die Nachhaltigkeitsrücklage 2014 ihren Höhepunkt bei 28,0 Mrd. Euro erreichen und 2015 geringfügig auf 27,3 Mrd. Euro zurückgehen.

Laut Rentenversicherungsbericht wird sich der Aktuelle Rentenwert bis zum Jahr 2015 um jahresdurchschnittlich 1,8 Pro-

zent erhöhen. In den Modellrechnungen ist bereits berücksichtigt, dass der – durch unterbliebene Rentendämpfungen und verhinderte Rentenkürzungen – zum 30. Juni 2011 entstandene Ausgleichsbedarf (alte Bundesländer: 2,85 Prozent, neue Bundesländer: 1,43 Prozent) künftig sukzessive abgebaut werden muss, indem positive Rentenanpassungen halbiert werden. Die Bundesregierung erwartet, dass der Ausgleichsbedarf in den neuen Bundesländern zum 1. Juli 2012 und in den alten Bundesländern zum 1. Juli 2014 vollständig abgebaut sein wird.

Vorausberechnungen bis 2025

Bezogen auf den langfristigen Vorausberechnungszeitraum von 2011 bis 2025 werden – wie üblich – verschiedene Varianten berechnet, die unter den getroffenen Annahmen für die Arbeitsentgelte und Be-

schäftigung modellhaft mögliche Entwicklungen aufzeigen. In der „Mittleren Variante“ steigen die Durchschnittsentgelte der Versicherten in Westdeutschland in 2016 mit einer Zuwachsrate von 2,5 Prozent, die sich bis 2020 gleichmäßig auf 3,0 Prozent erhöht und danach konstant bleibt. Für Ostdeutschland wurde unterstellt, dass bis 2030 das West-Lohnniveau erreicht wird, d. h. die Durchschnittsentgelte wachsen dort mit einer durchschnittlichen Rate von 4,3 Prozent pro Jahr. Die Beschäftigung nimmt – aus demografischen Gründen – von 2011 bis 2025 in den alten Bundesländern um 0,7 auf 28,3 Mio. und in den neuen Bundesländern um 0,3 auf 5,1 Mio. ab.

Die demografischen Annahmen der Vorausberechnungen basieren auf den Ergebnissen der „12. koordinierten Bevölke-

Tabelle 2:
Langfristige Beitragssatzvorausberechnungen unter neun verschiedenen Annahmekombinationen 1)

Jahr	Untere Lohnvariante			Mittlere Lohnvariante 2)			Obere Lohnvariante		
	Beschäftigungsentwicklung			Beschäftigungsentwicklung 3)			Beschäftigungsentwicklung		
	niedrig	mittel	hoch	niedrig	mittel	hoch	niedrig	mittel	hoch
2011	19,9	19,9	19,9	19,9	19,9	19,9	19,9	19,9	19,9
2012	19,6	19,6	19,6	19,6	19,6	19,6	19,6	19,6	19,6
2013	19,6	19,6	19,4	19,3	19,2	19,0	19,0	18,9	18,7
2014	19,5	19,2	19,0	19,2	19,0	18,9	19,0	18,9	18,7
2015	19,5	19,2	19,0	19,2	19,0	18,9	19,0	18,9	18,7
2016	19,5	19,2	19,0	19,2	19,0	18,9	19,0	18,9	18,7
2017	19,5	19,2	19,0	19,2	19,0	18,9	19,0	18,9	18,7
2018	19,5	19,2	19,0	19,2	19,0	18,9	19,1	18,9	18,7
2019	19,5	19,2	19,0	19,3	19,1	18,9	20,0	19,2	18,9
2020	19,5	19,4	19,0	20,3	19,9	18,9	20,0	19,7	19,5
2021	20,3	20,2	19,8	20,3	20,0	19,7	20,1	19,9	19,5
2022	20,7	20,3	20,0	20,4	20,2	19,9	20,4	20,1	19,7
2023	20,8	20,5	20,1	20,7	20,3	20,0	20,6	20,3	19,9
2024	21,0	20,7	20,3	21,0	20,6	20,2	20,8	20,4	20,1
2025	21,3	21,0	20,6	21,1	20,9	20,5	21,0	20,8	20,4

1) Erforderliche Beitragssätze in der allgemeinen Rentenversicherung zur Aufrechterhaltung einer Nachhaltigkeitsrücklage zwischen 0,2 und 1,5 Monatsausgaben.

2) In der mittleren Lohnvariante beträgt die Zuwachsrate der Durchschnittsentgelte der Versicherten von 2016 bis 2025 durchschnittlich 2,9 Prozent (alte Bundesländer). Für den Zeitraum von 2011 bis 2015 vgl. die Angaben im Text. Die Zuwachsraten der mittleren Lohnvariante werden in der unteren Variante um einen Prozentpunkt vermindert und in der oberen Variante um einen Prozentpunkt erhöht. In den ostdeutschen Bundesländern wird in 2030 das westdeutsche Lohnniveau zu 100 Prozent erreicht. Das bedeutet von 2016 bis 2025 jährliche Lohnzuwachsrate von alternativ 3,3 (untere Variante), 4,3 (mittlere Variante) und 5,3 Prozent (obere Variante).

3) Alternative Entwicklung der Zahl der Beschäftigten von 2011 bis 2025.

Niedrige Beschäftigungsentwicklung: -2,1 Mio. (alte Länder) bzw. -0,6 Mio. (neue Länder),

Mittlere Beschäftigungsentwicklung: -0,7 Mio. (alte Länder) bzw. -0,3 Mio. (neue Länder),

Hohe Beschäftigungsentwicklung: +0,7 Mio. (alte Länder) bzw. -0,1 Mio. (neue Länder).

Ausgangswerte im Jahr 2011: 29,0 Mio. (alte Länder) bzw. 5,4 Mio. (neue Länder).

Quelle: „Rentenversicherungsbericht 2011“ der Bundesregierung; eigene Erläuterungen und Darstellung.

rungsvorausberechnung“ des Statistischen Bundesamtes. Es wird davon ausgegangen, dass die zusammengefasste Geburtenziffer langfristig auf dem gegenwärtigen Niveau von 1,4 Kindern pro Frau verbleibt, die fernere Lebenserwartung der 65-Jährigen bis 2030 um gut zwei Jahre zunimmt und die Nettozuwanderung aus dem Ausland jährlich 200.000 Personen beträgt.

In der „Mittleren Variante“ kann der Beitragssatz der allgemeinen Rentenversicherung bis 2018 unverändert auf dem Niveau von 19,0 Prozent gehalten werden. Anschließend steigt er wieder an, zunächst leicht auf 19,1 Prozent im Jahr 2019, dann sprunghaft auf 19,9 Prozent im Jahr 2020. In den Folgejahren nimmt er bis zum Ende des langfristigen Vorausberechnungszeitraums weiter auf 20,9 Prozent zu (vgl. Tabelle 2). Grund für den Wiederanstieg des Beitragssatzes ist, dass ab 2020 die geburtenstarken Jahrgänge das Rentenalter erreichen.

Über alle Modellvarianten hinweg ergibt sich ein Beitragssatz für die allgemeine Rentenversicherung von 18,7 bis 19,5 Prozent in 2015 sowie von 20,4 bis 21,3 Prozent in 2025. Die im SGB VI festgeschriebene Beitragssatzobergrenze von 20 Prozent bis 2020 wird in der „Mittleren Variante“ eingehalten und nur in der Variante „mittlere Lohnentwicklung/niedrige Beschäftigungsentwicklung“ verfehlt. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass die gravierendsten Belastungen der Rentenversicherung durch die demografische Entwicklung erst nach Ende des Berichtszeitraums – also nach 2025 – auftreten werden.

Die Bundesregierung ist verpflichtet, den gesetzgebenden Körperschaften geeignete Maßnahmen vorzuschlagen, wenn das Sicherungsniveau vor Steuern in der „Mittleren Variante“ bis zum Jahr 2020 einen Wert von 46 Prozent oder bis zum Jahr 2030 einen Wert von 43 Prozent unterschreitet. Im 15-jährigen Vorausberechnungszeitraum ist dies jedoch nicht der Fall. Das Sicherungsniveau vor Steuern sinkt auf 47,8 Prozent im Jahr 2020 ab und vermindert sich weiter auf 46,2 Prozent im Jahr 2025.

Bewertung aus Arbeitgebersicht

Die gute Finanzlage der allgemeinen Rentenversicherung wird es vermutlich auch 2013 erlauben, den Rentenbeitragssatz nochmals deutlich zu senken. Die Politik muss diese Entlastungsspielräume konsequent ausschöpfen und neuen Ausgabewünschen ebenso konsequent widersprechen. Die Vorausberechnungen der Bundesregierung bis 2025 lassen erahnen, vor welchen gravierenden Herausforderungen die allgemeine Rentenversicherung langfristig steht. Die ohnehin schon steigenden Finanzierungslasten dürfen nicht noch durch neue dauerhafte Leistungsversprechen zusätzlich vergrößert werden.

Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

Zentrale Aufgabe der BDA ist es, die unternehmerischen Interessen im Bereich der Sozialpolitik aktiv zu vertreten. Die BDA engagiert sich in Gremien auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene, bei Sachverständigenanhö-

rungen, in den Selbstverwaltungsorganen der Sozialversicherung, als Koordinator und Ratgeber in Tarifvertragsverhandlungen der Mitgliedsverbände und als Vermittler in der öffentlichen Auseinandersetzung.

Die BDA ist Ansprechpartner für ihre Mitglieder, die Öffentlichkeit, Bundesregierung und Bundestag in allen Fragen der Sozial- und Tarifpolitik, des Arbeitsrechts, des Arbeitsmarktes, der Bildungs-, der Personal- und Gesellschaftspolitik einschließlich der europäischen und internationalen Sozialpolitik.

Die BDA bündelt die Meinung ihrer Mitglieder und ist ihr Sprachrohr. BDA-Experten fertigen Stellungnahmen zu gesamtwirtschaftlichen Analysen, geben Hilfestellungen bei juristischen Fragen und beteiligen sich an der Weiterentwicklung des Rechts.



DR. MARTIN KRÖGER
Soziale Sicherung
Bundesvereinigung
der Deutschen
Arbeitgeberverbände
(BDA)

Kaum Entlastung und kein Vertrauen

Das Meinungsbarometer von LOHN+GEHALT und der Sage HR Solutions AG befragte zum Jahreswechsel die Verantwortlichen der Lohn- und Gehaltsabrechnung zur zukünftigen Entwicklung von ELENA und ELStAM.

Im Sommer 2011 hat die Bundesregierung das Verfahren zum Elektronischen Entgeltnachweis (ELENA) gestoppt. Die Mehrheit der Lohnbuchhalter erwartet nun ein Nachfolgeverfahren (57 Prozent) – aber lediglich 18 Prozent halten eine Weiterentwicklung von ELENA für sinnvoll und mehr als drei Viertel der Befragten (76 Prozent) zweifeln an deren Sinnhaftigkeit. Die Skepsis herrscht branchenüber-

greifend. Dies ist ein zentrales Ergebnis des Meinungsbarometers, das im Rahmen des Payroll-Index von LOHN+GEHALT sowie der Sage HR Solutions AG im Dezember 2011 unter mehr als 500 Personalmitarbeitern erstellt wurde.

93 Prozent haben kein Vertrauen in die Politik

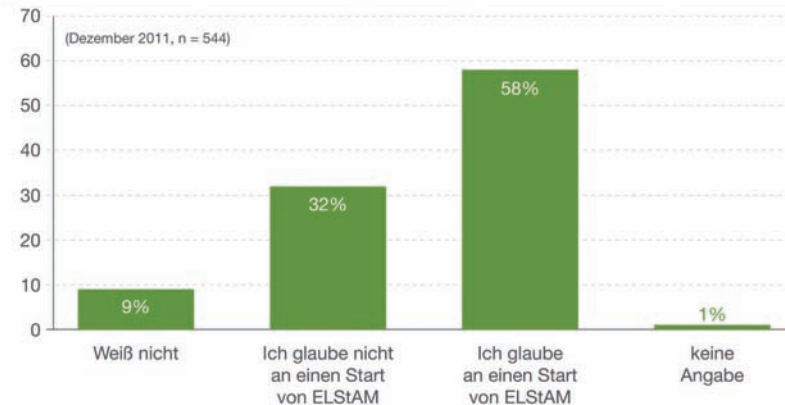
Nach dem Stopp von ELENA verschob das Bundesfinanzministerium aufgrund technischer Probleme im November vergangenen Jahres die Einführung der elektronischen Lohnsteuerkarte (ELStAM-Verfahren) auf 2013. Damit wurde die Verunsicherung bei Arbeitgebern und vor-

allem bei den Mitarbeitern in den Entgeltabteilungen weiter geschürt. Die Frage „Haben Sie Vertrauen in die weitsichtige Handlungsfähigkeit der Politik im Bereich der Entgeltabrechnung?“ verneinten 93 Prozent. Lediglich zwei Prozent der Umfrageteilnehmer schenken den politischen Akteuren noch Vertrauen, wenn es um Entgeltthemen geht.

Mehrheit glaubt an ELStAM-Start 2013

Nach diesen trüben Aussichten erstaunt, dass entgegen den Erfahrungen aus dem ELENA-Verfahren mehr als jeder zweite Befragte (58 Prozent) davon überzeugt ist,

Glauben Sie daran, dass ELStAM 2013 starten wird oder gehen Sie von einer Einstellung analog zu ELENA aus?



Quelle: Meinungsbarometer zum Payroll-Index Deutschland; Grafik: Sage HR Solutions AG 2012

dass ELStAM im Jahr 2013 pünktlich starten wird. Rund ein Drittel (32 Prozent) glaubt nicht daran, weitere neun Prozent bleiben unsicher.

Der pünktliche ELStAM-Start wird am häufigsten von Unternehmen im Mittelstand bezweifelt, wobei dieser Anteil vor allem in Unternehmen zwischen 200 und 500 Mitarbeitern mit 42 Prozent am höchsten ist, gefolgt von Unternehmen zwischen 500 und 1.000 Mitarbeitern. Am optimistischsten sind diesbezüglich Großunternehmen ab 1.000 Angestellten, bei denen überdurchschnittliche 70 Prozent der Befragten an einen pünktlichen Start von ELStAM glauben, gefolgt von kleinen Unternehmen unter 20 Mitarbeitern mit rund 60 Prozent Anteil.

Branchenweit glaubt vor allem der Öffentliche Bereich an einen pünktlichen ELStAM-Start mit einem Anteil von 69 Prozent, deutlich vor dem Baugewerbe mit 61 Prozent. Im Handel ist der Glaube an einen Start in 2013 mit 48 Prozent am geringsten.

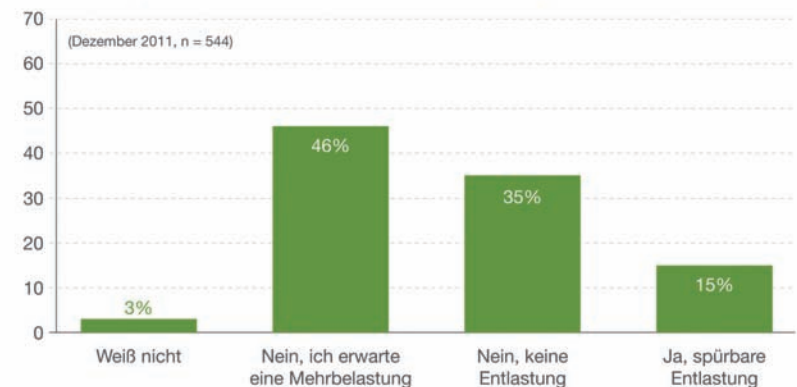
ELStAM: Fast jeder Zweite rechnet mit Mehrbelastung

Trotz des mehrheitlichen Optimismus zum Start von ELStAM sind nur die wenigsten überzeugt von dem neuen Verfahren. Lediglich 15 Prozent erwarten mit der Einführung der elektronischen Lohnsteuerkarte eine spürbare Entlastung, die große Mehrheit (81 Prozent) glaubt nicht daran. Fast jeder Zweite (46 Prozent) rechnet sogar mit einer Mehrbelastung.

Insbesondere Kleinstunternehmen mit weniger als zehn Mitarbeitern gaben mehrheitlich (64 Prozent) an, mit ELStAM mehr Arbeit zu befürchten. Je größer die Unternehmen, desto geringer der Glaube an eine Mehrbelastung. Bei Großkonzern

nen mit 1.000 Mitarbeitern und mehr erwartet nur gut ein Drittel (34 Prozent) zunehmenden Arbeitsaufwand. Allerdings erfolgt hier meist nur eine Verschiebung

Glauben Sie daran, dass ELStAM nach erfolgreicher Einführung zu einer spürbaren bürokratischen Entlastung führen wird?



Quelle: Meinungsbarometer zum Payroll-Index Deutschland; Grafik: Sage HR Solutions AG 2012

zugunsten der Anteile derjenigen, die lediglich an keine bürokratische Entlastung glauben.

Beim Blick auf die Branchen wird deutlich, dass mit 68 Prozent insbesondere die Unternehmen der Bauwirtschaft eine Mehrbelastung durch das ELStAM-Verfahren befürchten. Eine echte Entlastung ist in keiner Branche festzustellen, die Werte liegen auf ähnlichem Niveau zwischen elf und 18 Prozent.

Aktuell: Vereinfachung des Reisekostenrechts

Im Bundesfinanzministerium erarbeiten Politiker aktuell die Vereinfachung des Reisekostenrechts. Nach dem mangelnden Vertrauen der Lohnbuchhalter in die weit-sichtige Handlungsfähigkeit der politi-

schen Akteure im Bereich der Entgeltabrechnung sollten die Umfrageteilnehmer die Kernvorschläge zum Reisekostenrecht beurteilen. Hier fiel die Bewertung überwiegend positiv aus.

So ist jeweils weit mehr als die Hälfte der Befragten der Meinung, dass die Besteuerung von Sachbezugswerten bei Mahlzeitengestellung (65 Prozent), der Reisekostenpauschbetrag für Arbeitnehmer ohne regelmäßige Arbeitsstätte (62 Prozent), eine weitere Verpflegungspauschale bei Auswärtstätigkeit (70 Prozent) sowie noch eine weitere mögliche Arbeitsstätte pro Arbeitnehmer (60 Prozent) eine Vereinfachung im Reisekostenrecht darstellen. Dagegen sieht jeweils rund ein Drittel keine Vereinfachung bzw. hat momentan dazu noch keine Meinung.

Die befragten Entgelt-Mitarbeiter teilen diese Einschätzung über alle Branchen und Unternehmensgrößen hinweg.

Umfrage-Methodik

Im Zeitraum vom 06. bis 21. Dezember 2011 führte LOHN+GEHALT in Zusammenarbeit mit dem Software-Anbieter Sage HR Solutions AG ein Meinungsbarometer im Rahmen des Payroll-Index Deutschland durch. An der schriftlichen Umfrage zu aktuellen gesetzlichen Anforderungen in der Entgeltabrechnung beteiligten sich 544 Personalmitarbeiter in mittelständischen Unternehmen und Verwaltungen.

Acht Prozent der befragten Personen kamen aus kleinen Unternehmen mit bis zu neun Mitarbeitern, sechs Prozent aus Firmen mit bis zu 19 Mitarbeitern, 20 Prozent aus Unternehmen zwischen 20 und 99 Mitarbeitern, 14 Prozent sind in Betrieben mit 100 bis 199 Angestellten beschäftigt, weitere 19 Prozent arbeiten in Firmen zwi-

schen 200 und 499 Mitarbeitern und zehn Prozent mit 500 bis 999 Angestellten. Weitere 17 Prozent sind aus Konzernen mit über 1.000 Mitarbeitern.

41 Prozent der teilnehmenden Personen arbeiten in der Lohnbuchhaltung, 29 Prozent der Befragten gaben an, die Personalleitung in ihrem Unternehmen innezuhaben, sieben Prozent arbeiten in der kaufmännischen Abteilung, elf Prozent sind Geschäftsführer und acht Prozent kamen aus anderen Bereichen. Der am stärksten vertretene Bereich waren Unternehmen aus der Industrie mit 29 Prozent Anteil, gefolgt von 23 Prozent aus dem Dienstleistungsbereich, 15 Prozent aus dem Öffentlichen Bereich, zehn Prozent

aus dem Handel und fünf Prozent aus dem Baugewerbe. Alle übrigen Branchen kommen auf einen Anteil von 14 Prozent.



MARKUS
MATT-KELLNER
Chefredakteur
LOHN+GEHALT



MATTHIAS
SCHNEIDER
Vorstand Sage HR
Solutions AG

Administrative Prozesse im Freistellungsfall (allgemein)

Das Ziel von Zeitwertkonten ist die Inanspruchnahme der Wertguthaben im Rahmen einer Freistellung. Bei der Freistellung handelt es sich – im Gegensatz zum Störfall – um die planmäßige Inanspruchnahme des Wertguthabens.

Die Freistellung ist in § 7c SGB IV geregelt. Danach kann das Wertguthaben aufgrund einer Vereinbarung nach § 7b SGB IV in Anspruch genommen werden:

1. für gesetzlich geregelte vollständige oder teilweise Freistellungen von der Arbeitsleistung oder gesetzlich geregelte Verringerungen der Arbeitszeit, insbesondere für Zeiten,
 - a. in denen der Beschäftigte nach § 3 des Pflegezeitgesetzes vom 28. Mai 2008 (BGBl. I S. 874, 896) in der jeweils geltenden Fassung einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegt,
 - b. in denen der Beschäftigte nach § 15 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes ein Kind selbst betreut und erzieht,
 - c. für die der Beschäftigte eine Verringerung seiner vertraglich vereinbarten Arbeitszeit nach § 8 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes verlangen kann; § 8 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes gilt mit der Maßgabe, dass die Verringerung der Arbeitszeit auf die Dauer der Entnahme aus dem Wertguthaben befristet werden kann,
2. für vertraglich vereinbarte vollständige oder teilweise Freistellungen von der Arbeitsleistung oder vertraglich

vereinbarte Verringerungen der Arbeitszeit, insbesondere für Zeiten,

- a. die unmittelbar vor dem Zeitpunkt liegen, zu dem der Beschäftigte eine Rente wegen Alters nach dem Sechsten Buch bezieht oder beziehen könnte oder
- b. in denen der Beschäftigte an beruflichen Qualifizierungsmaßnahmen teilnimmt.

Die Planmäßigkeit der Entnahme wegen Freistellung bewirkt, dass vor und während der Freistellung die Einhaltung der Werterhaltungsgarantie geprüft werden muss.

Somit ergeben sich für die Freistellung folgende allgemeine administrative „Herausforderungen“:

- a. Ermittlung der Einhaltung der Werterhaltungsgarantie,
- b. Festlegung des angemessenen Arbeitsentgeltes während der Freistellungsphase,
- c. Sicherstellung, dass die Auflösung der anteiligen Insolvenzversicherung erst nach Auszahlung des Wertguthabens an den Arbeitnehmer erfolgt,
- d. Minimierung des zum Freistellungsende übrigbleibenden Betrages (Störfall).

Weitere administrative Handlungsnotwendigkeiten können sich ergeben aus

- a. der Verlängerung bzw. Verkürzung des Freistellungszeitraumes durch Verminderung (max. auf 70 Prozent) oder Erhöhung (max. auf 130 Prozent) des Freistellungsgehaltes oder auf-

grund der Berücksichtigung von Urlaubstagen,

- b. der möglichen Kombination der Freistellung mit Altersteilzeit oder einer Familienpflegezeit,
- c. der anteiligen Auflösung der SV-Luft, soweit die SV-Luft in der Administration geführt wird.

Nachfolgend werden die allgemeinen administrativen „Herausforderungen“ erläutert.

- a. Ermittlung der Einhaltung der Werterhaltungsgarantie

Die Werterhaltungsgarantie muss vor und während der planmäßigen Entnahme (= Freistellung) ermittelt werden. Dies ist insbesondere dann notwendig, wenn die Rückdeckung in einem Produkt ohne Werterhaltungsgarantie erfolgt (z. B. Fonds). Eine Unterdeckung ist jedoch auch bei einer Versicherungslösung denkbar, z. B. durch Belastung versicherungsinterner Kosten.

Die Werterhaltungsgarantie ist in § 7d Abs. 3 SGB IV geregelt und bedeutet, dass „ein Rückfluss zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Wertguthabens mindestens in der Höhe des angelegten Betrages gewährleistet ist“.

Der angelegte Betrag umfasst das vom Arbeitnehmer eingebrachte Arbeitsentgelt einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag.

Vereinfacht ausgedrückt bedeutet dies, dass die Werterhaltungsgarantie eingehalten ist, wenn der Wert des Wertguthabens (Rückdeckung) gleich oder größer der Summe der eingebrachten Arbeitsentgelte einschließlich der darauf entfallenden Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag ist.

Eine Besonderheit gibt es noch für Wertguthaben, welche vor dem 01.01.2009 gebildet worden sind.

Laut der SV-Träger gilt hier die Werterhaltungsgarantie für die Wertguthabenhöhe am 31. Dezember 2008.

Die Prüfung ist gem. § 7d Abs. 3 SGB IV immer „zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme“ durchzuführen, also ggf. monatlich. Ist das Wertguthaben in einer Rückdeckung ohne Werterhaltungsgarantie investiert, sollte vor Freistellungsbeginn eine Umbuchung in eine „sichere“ Rückdeckung erfolgen.

b. Festlegung des angemessenen Arbeitsentgeltes während der Freistellungsphase

Für die Freistellungsphase vereinbaren die Vertragsparteien die Höhe des Arbeitsentgeltes. Dabei muss das vereinbarte Arbeitsentgelt „angemessen“ sein. Die Angemessenheit des Arbeitsentgeltes wird von den SV-Trägern wie folgt definiert:

„Das Arbeitsentgelt während der Freistellungsphase gilt dann noch als angemessen, wenn es im Monat mindestens 70 Prozent und maximal 130 Prozent des durchschnittlich gezahlten Arbeitsentgeltes der unmittelbar vorangegangenen zwölf Kalendermonate der Arbeitsphase beträgt.“

Das durchschnittliche gezahlte Arbeitsentgelt der letzten zwölf Kalendermonate ermittelt sich wie folgt:

Bruttoarbeitsentgelt der letzten zwölf Kalendermonate ohne Begrenzung (z. B. auf die Beitragsbemessungsgrenze) inkl. regelmäßig gewährter Einmalzahlungen, eventuell gezahlte beitragsfreie Zulagen, beitragsfreie Zuschläge oder Sachbezüge (z. B. Firmen-PKW mit Privatnutzung) bleiben außer Betracht. Regelmäßig gewährte Einmalzahlungen bleiben dann außer Betracht, wenn diese auch während der Freistellungsphase gezahlt werden. Hiervon abgezogen wird das im Bemessungszeitraum in das Wertguthaben eingebrachte Arbeitsentgelt.

Während das angemessene Arbeitsentgelt relativ leicht zu ermitteln ist, steckt der „Teufel“ in der Ermittlung des Arbeitsentgeltguthabens, insbesondere dann, wenn der „statische“ Wertguthabenbegriff der SV-Träger zugrunde gelegt wird (siehe auch „Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Zeitwertkonten (AGZwK) zum neuen Wertguthabenbegriff“ vom 16.12.2009).

In diesem Fall wäre das Arbeitsentgeltguthaben nicht nur von der Entwicklung einer Rückdeckung, sondern auch von der Entwicklung der SV-Beitragssätze abhängig.

Wird der „dynamische“ Wertguthabenbegriff zugrunde gelegt, ist die Entwicklung der SV-Beiträge wertguthabenneutral.

Aus administrativer Sicht ist u. E. der „dynamische“ Wertguthabenbegriff als geeigneter anzusehen.

c. Es ist zu gewährleisten, dass die Auflösung der anteiligen Insolvenzsicherung erst nach Auszahlung des Wertguthabens (Entsorgung) an den Arbeitnehmer erfolgt.

Gemäß § 7e SGB IV sind Wertguthaben einschließlich des darin enthaltenen Gesamtsozialversicherungsbeitrages gegen das Risiko der Insolvenz des Arbeitgebers vollständig abzusichern. Hieraus ergibt sich, dass im Prozessablauf zuerst die Auszahlung an den Arbeitnehmer erfolgen muss, bevor evtl. Rückflüsse an den Arbeitgeber erfolgen.

In den meisten Fällen dürfte die Auszahlung an den Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber vorgenommen werden, während die Insolvenzsicherung häufig mittels Treuhandlösung oder über ein Versicherungsmodell (Verpfändung) erfolgt. Im Ergebnis werden der Prozess der Auszahlung und die Möglichkeit, hierfür auf das entsprechende Wertguthaben zuzugreifen zu können, voneinander getrennt.

d. Minimierung des zum Freistellungsende übrigbleibenden Betrages (Störfall)

Jede Entnahme, die nicht der vereinbarungsgemäßen Verwendung des Wertguthabens entspricht, ist ein Störfall. Dies trifft auch für den Betrag zu, welcher am Ende einer Freistellungsphase übrigbleibt, was u. E. die Regel sein dürfte, da in den meisten Fällen das Wertguthaben auch während der Freistellungsphase verzinst wird.

Bei längeren Freistellungszeiträumen können hier beachtliche Beträge zusammenkommen.

In diesem Fall ist es sinnvoll, über Anpassungen der Höhe des Freistellungsgehaltes diese Beträge bereits während der Freistellungsphase mit auszuzahlen. An dieser Stelle sollte jedoch berücksichtigt werden, dass mit der Erhöhung keine Beitragsbemessungsgrenze überschritten wird, damit nicht der überschreitende Betrag zum Störfall wird.

Der Fachkreis „Administration“ der Arbeitsgemeinschaft Zeitwertkonten stellt eine Plattform zur Erörterung aller Fragestellungen dar, die im Kontext der Verwaltung von Wertguthaben gemäß Flexi-Gesetz (Zeitwertkonten) auftreten. Seine Mitglieder sind spezialisierte Beratern Produktanbieter, Plattformbetreiber sowie Arbeitgeber.

Ziele des Fachkreises sind u. a.:

- die geänderten Anforderungen durch Gesetzgeber, Sozialversicherung und marktgängige Produkte regelmäßig aus administrativer Sicht zu analysieren und Vorschläge für eine optimierte Verwaltung zu erarbeiten,
- Standards für die Geschäftsprozesse zu definieren, die zur Verwaltung von Wertguthaben benötigt werden,
- Analyse der wichtigen Randsysteme für die Administration von Wertguthaben (HR-Systeme etc.),
- Thematisierung von ungeklärte Spezialfragen in den Kontexten SV-Luftverwaltung/Störfallabrechnung etc.

Der Fachkreis trifft sich regelmäßig und wird geleitet von Dr. Michael Höhnerbach (hoehnerbach@collogia.de).



RAINER AMBERG
Projektberatung und
IT-Consulting sowie
Mitglied im Fachkreis
„Administration“ der
Arbeitsgemeinschaft
Zeitwertkonten

Beschäftigung von Studenten

So beurteilen Sie die Versicherungspflicht in der Sozialversicherung richtig

Zwei Drittel aller Studierenden arbeiten neben dem Studium und helfen so, saisonale Spitzen und personelle Engpässe der Unternehmen zu überbrücken. Sehr oft müssen Studenten aber auch arbeiten, damit sie sich ihr Studium überhaupt finanzieren können. Für Studenten, die nebenher eine Beschäftigung aufnehmen, müssen in der Regel nur Beiträge an die gesetzliche Rentenversicherung entrichtet werden. Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Studenten führt bei Betriebsprüfungen der Deutschen Rentenversicherung immer wieder zu Diskussionsstoff.

Nach den arbeitsrechtlichen Vorschriften ist ein Student wie jeder andere Arbeitnehmer zu beurteilen. Studenten können in den Betrieben sehr oft flexibler als alle anderen Beschäftigten eingesetzt werden. Sie üben sehr oft geringfügig entlohnte oder kurzfristige Beschäftigungen aus.

Studium sollte im Vordergrund stehen

Sie wollen einen Studenten unbefristet einstellen? Dann müssen Sie wissen, dass Studenten – wie alle Arbeitnehmer – grundsätzlich in allen Zweigen der Sozialversicherung beitragspflichtig sind.

Ordentliche Studierende

Unbefristete Studententjobs sind nur dann versicherungsfrei, wenn die Studentinnen und Studenten ihre Zeit und Arbeitskraft überwiegend für das Studium einsetzen. Davon ist nach der Rechtsprechung auszugehen, wenn für die unbefristete Beschäftigung nicht mehr als 20 Stunden pro Woche aufgewendet werden. Dann sind die beschäftigten Studenten nach dem so genannten „Werkstudenten-Privileg“ in der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung versicherungsfrei.

Verschiedene Hochschularten

Personen, die als ordentlich Studierende eine Universität oder Fachhochschule besuchen und nebenher noch eine Beschäftigung gegen Lohn ausüben, sind in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung beitragsfrei.

Nachfolgend geben wir Ihnen einen Überblick, welche Hochschulen es überhaupt gibt.

Arten von Hochschulen

- Universitäten
- Fachhochschulen
- Technische Hochschulen und Universitäten
- Pädagogische Hochschulen
- Kunsthochschulen
- Musikhochschulen

Bis zu 20 Stunden in der Woche

Steht jedoch die Beschäftigung im Vordergrund und nicht das Studium, ist der Nebenjob versicherungspflichtig. Dabei ist zu unterscheiden:

Studententjob mit bis zu 20 Wochenstunden		
Monatliches Arbeitsentgelt	Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung	Rentenversicherung
bis 400,00 €	versicherungsfrei	versicherungsfrei
400,01 € bis 800,00 €	versicherungsfrei	versicherungspflichtig
ab 800,01 €	versicherungsfrei	versicherungspflichtig

Mehr als 20 Stunden in der Woche:

Studententjob mit mehr als 20 Wochenstunden		
Monatliches Arbeitsentgelt	Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung	Rentenversicherung
bis 400,00 €	versicherungsfrei	versicherungsfrei
400,01 € bis 800,00 €	versicherungspflichtig	versicherungspflichtig
ab 800,01 €	versicherungspflichtig	versicherungspflichtig

Beim Nebenjob ist allein die 20-Stunden-Grenze maßgeblich. Auf die Höhe des Arbeitsentgelts kommt es hier nicht an. In Einzelfällen – zum Beispiel nachts, abends und am Wochenende – kann die 20-Stunden-Grenze auch überschritten werden, ohne die Versicherungsfreiheit zu gefährden. Hier ist allerdings Vorsicht geboten!

In der Rentenversicherung sind Studenten, die einen Nebenjob ausüben, versicherungspflichtig. Ausnahmen gelten, wenn es sich um eine geringfügig entlohnte oder kurzfristige Beschäftigung handelt.

Praxishinweis

Wenn Sie Studenten einstellen, verlangen Sie sofort bei Beschäftigungsbeginn die Immatrikulationsbescheinigung. Zahlen Sie den ersten Lohn erst dann aus, wenn der Student Ihnen die Bescheinigung vor-

legt. Fehlt bei späteren Betriebsprüfungen der Deutschen Rentenversicherung die Studienbescheinigung, und lässt sich diese nicht mehr beschaffen, weil der Student längst bei Ihnen das Beschäftigungsverhältnis beendet hat, müssen Sie alleine, auch für die Arbeitnehmeranteile, für Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung aufkommen. Ohne die Studienbescheinigung sollten Sie einfach keinen Lohn auszahlen!

Ordentlich Studierender

Wer ordentlich Studierender ist, ist keine Frage der Kleidung. Nach der Rechtsprechung des BSG ist jemand ordentlich Studierender, wenn sich die Person einer wissenschaftlichen Ausbildung in einem geordneten Ausbildungsgang unterwirft.

Eine Hochschulausbildung endet bei Abbruch des Studiums mit dem Tag der Exmatrikulation. Ansonsten endet das Studium mit der Abschlussprüfung.

Wer nach dem ersten Studium noch ein Zweitstudium anschließt, ist kein ordentlich Studierender mehr.

Beschäftigung während der Vorlesungszeit

Nach der ständigen Rechtsprechung sind Personen, die neben einem Studium wöchentlich mehr als 20 Stunden arbeiten, grundsätzlich als Arbeitnehmer anzusehen, so dass Beiträge zur gesetzlichen

Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung fällig werden. Ausgehend von einer 40-Stunden-Woche wird hier davon ausgegangen, dass das Studium nicht mehr im Vordergrund steht.

Wird dagegen eine Beschäftigung, die während der Vorlesungszeit mit weniger als 20 Stunden in der Woche ausgeübt wird, während der Semesterferien auf mehr als 20 Stunden in der Woche ausgeweitet, so besteht auch für diese Zeit Beitragsfreiheit in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung. Innerhalb der Semesterferien ist die 20-Stunden-Grenze nicht zu beachten.

Mehr Arbeitsstunden in den Semesterferien

Sie wollen ab 01.06.2011 in Ihrer Werbeagentur unbefristet einen Studenten beschäftigen. Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt während der Vorlesungszeit 19 Stunden. Er erhält von Ihnen einen monatlichen Lohn in Höhe von 400 Euro. Während der Semesterferien beträgt seine wöchentliche Arbeitszeit in Ihrem Betrieb 30 Stunden. Er erhält von Ihnen einen monatlichen Lohn in Höhe von 1.100 Euro. Die Semesterferien liegen in der Zeit vom 01.07.2011 bis 15.10.2011 und vom 15.02.2012 bis 10.04.2012 vor.

In der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung besteht Versicherungsfreiheit, weil die wöchentliche Arbeitszeit während der Vorlesungszeit nicht mehr als 20 Stunden beträgt und die längere Arbeitszeit nur auf die Semesterferien beschränkt ist.

Studenteneigenschaft kann im Urlaubssemester verloren gehen

Studierende, die sich mitten im Studium für ein oder mehrere Semester vom Studium beurlauben lassen und an der Hochschule immatrikuliert bleiben, verlieren in dieser Zeit ihre Studenteneigenschaft. Wenn sie während des Urlaubssemesters eine Beschäftigung aufnehmen, werden sie wie normale Arbeitnehmer beurteilt. Es besteht bei einem monatlichen beitragspflichtigen Arbeitsentgelt von mehr als 400 Euro Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Praxishinweis

Die Studenteneigenschaft bleibt jedoch erhalten, wenn das Urlaubssemester unmittelbar vor der Abschlussprüfung einge-

legt wird. Voraussetzung hierfür ist, dass für das Studium mehr Zeit aufgewendet wird als für die Beschäftigung. Außerdem muss eine Bescheinigung des Prüfungsamtes über die Meldung zum Examen mit dem voraussichtlichen Prüfungstermin vorgelegt werden.

Bis zum 25. Fachsemester steht Studium im Vordergrund

Bei so genannten „Langzeitstudenten“ geht man bis zum 25. Fachsemester widerlegbar davon aus, dass das Studium im Vordergrund steht.

Befristete Beschäftigungen

Versicherungs- und Beitragsfreiheit besteht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung auch dann, wenn die Beschäftigung, die ein Studierender ausübt, von vorneherein, also durch Vertrag im Voraus, auf nicht mehr als zwei Monate begrenzt ist. Die Höhe des Lohnes spielt hier bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung keine Rolle.

Gesetzliche Rentenversicherung

Wenn Sie einen neuen Mitarbeiter einstellen, der an einer Hochschule studiert, und der monatliche Lohn die 400-Euro-Grenze überschreitet, besteht in der gesetzlichen Rentenversicherung Versicherungs- und Beitragspflicht. In der gesetzlichen Rentenversicherung spielt es keine Rolle, ob die Beschäftigung während der Vorlesungszeit oder in den Semesterferien ausgeübt wird.

Versicherungsfreiheit besteht nur dann, wenn vom Studenten eine geringfügige Beschäftigung ausgeübt wird.

Beschäftigung nur während der Semesterferien

Wenn Studierende eine Beschäftigung nur in den Semesterferien ausüben, spielen die wöchentliche Arbeitszeit und der monatliche Lohn bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung keine Rolle. Es besteht immer Versicherungs- und Beitragsfreiheit in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung.

Nach der zuständigen Rechtsprechung des BSG besteht keine Versicherungs- und Beitragsfreiheit mehr in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung, wenn absehbar ist, dass eine Beschäftigung mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 20 Stunden über die Semesterferien hinaus ausgeübt wird.

Praxishinweis

Auch wenn ein Student im Sommer- und Wintersemester mehrere befristete Aushilfsjobs annimmt, bleibt er beitragsfrei. Erst wenn sich die Jobs derart häufen, dass sie 26 Wochen (= 182 Kalendertage) im Jahr (nicht Kalenderjahr!) überschreiten, ist die Aushilfe versicherungs- und beitragspflichtig. Der Student wird dann in erster Linie als Arbeitnehmer angesehen. Der Jahreszeitraum ist in der Weise zu ermitteln, dass vom voraussichtlichen Ende der zu beurteilenden Beschäftigung ein Jahr zurückgerechnet wird. Angerechnet werden dabei alle Beschäftigungen in diesem Zeitraum mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 20 Stunden. Es besteht jedoch nur Versicherungspflicht für den Aushilfsjob, mit dem die Grenze überschritten wurde.

Vom Betrieb an die Uni

Das kommt gerade in vielen Familienbetrieben vor: Ein mitarbeitender Angehöriger – Sohn oder Tochter – beginnt ein Studium und arbeitet nebenher als Teilleistungskraft weiter. Früher billigte die Krankenversicherung das Privileg für Werkstudenten nur solchen Studenten zu, die ihr Studium aufgenommen hatten, bevor sie in dem Betrieb tätig wurden. Heute ist eine Beschäftigung vor dem Studium kein Grund mehr, den Status des Werkstudenten zu verwehren. Das haben die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger in ihrem Rundschreiben vom 19.01.2004 bestätigt. Für diesen Mitarbeiter müssen keine Abgaben zur Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung mehr gezahlt werden, wenn dabei seine wöchentliche Arbeitszeit 20 Stunden oder weniger beträgt. Er wird also wie ein Student behandelt. Nur bei Aufnahme eines beruflich weiterführenden (berufsintegrierten) Studiums bleibt es bei der Versicherungspflicht.

Berufsintegriertes Studium

Praxisbezogene Studiengänge liegen im Trend. Betriebliche Berufsausbildung und Studium an der Fachhochschule wechseln sich in Blöcken ab, der Betrieb zahlt für die gesamte Zeit eine Vergütung. Da das Studium in diesen Fällen in die Berufsausbildung integriert ist, wird Versicherungspflicht angenommen. Die Ausnahmeregelungen, die wir für Studenten beschrieben haben, kommen hier nicht in Betracht.

Teilzeit- und Fernstudierende

Bei Teilzeit- und Fernstudierenden steht in der Regel die berufliche Tätigkeit und nicht das Studium im Vordergrund. Üben diese neben einem Studium eine Beschäftigung aus und überschreitet das monatliche beitragspflichtige Arbeitsentgelt die 400-Euro-Grenze, so besteht Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Die Werkstudentenregelungen gelten für diesen Personenkreis nicht.

Diplomanden

Studenten, die sich nur in einem Betrieb aufhalten, um an ihrer (für den Studienabschluss erforderlichen) Diplomarbeit zu schreiben, und die in dieser Zeit keine Arbeitsleistung für den Betrieb erbringen, gehören nicht zu den abhängig Beschäftigten. Sie sind deshalb kranken-, pflege-, renten- und arbeitslosenversicherungsfrei.

Doktoranden

Studenten, die bereits einen Hochschulabschluss in der Tasche haben, jedoch weiterhin an einer Hochschule eingeschrieben sind, weil sie noch promovieren wollen, durchlaufen keine wissenschaftliche Ausbildung mehr. Nehmen diese Doktoranden eine Beschäftigung auf, so ist diese nicht versicherungsfrei, wie das bei jobbenden Studenten der Fall ist. Es besteht grundsätzlich Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung (Urteil des BSG vom 23.03.1993, 12 RK 45/92, USK 9318).

Hospitanten

Hospitanten, die lediglich in einen Betrieb hineinschnuppern, um sich ein Bild zu machen, beispielsweise von Arbeitsabläufen, ohne eine Arbeitsleistung zu erbringen, sind nicht sozialversicherungspflichtig. Daran ändert auch die eventuelle Zahlung einer Entschädigungsleistung nichts.

Das ist bei der Lohnsteuer zu beachten

Jobbende Studenten haben steuerlich keinen Sonderstatus. Ihr Verdienst ist lohnsteuerpflichtig. Doch können Studenten, die eine Einkommensteuererklärung abgeben, alle regulären steuerrechtlichen Vergünstigungen geltend machen.

Verdienst bis 400 Euro im Monat

Bei einer geringfügig entlohnten Beschäftigung kommt die so genannte einheitliche Pauschsteuer in Höhe von zwei Prozent in Betracht.

Besteuerung nach Lohnsteuerkarte ist die Ausnahme

Möglicherweise kommt eine Besteuerung nach dem pauschalen Steuersatz von 20 Prozent (zuzüglich Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) oder nach Lohnsteuerkarte (der Lohnsteuerklasse entsprechend) in Betracht. Der pauschale Steuersatz von 20 Prozent und die Besteuerung nach Lohnsteuerkarte sind in der Praxis die Ausnahme.

Verdienst über 400 Euro im Monat

Kurzfristige und mehr als geringfügige Beschäftigungen sind grundsätzlich lohnsteuer- und meldepflichtig. Lassen Sie sich als Arbeitgeber unbedingt die aktuelle Immatrikulationsbescheinigung und die Lohnsteuerkarte aushändigen.

Meist keine Steuerbelastung für den Studenten

Im Regelfall ergibt sich keine Steuerbelastung für den Arbeitnehmer, da der Verdienst häufig nicht die gewährten Steuerfreibeträge (abhängig von der Steuerklasse) überschreitet. Alternativ kann auch hier – ohne Vorlage der Lohnsteuerkarte – der pauschale Steuersatz (zuzüglich Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer) gewählt werden.

MICHAEL SCHMATZ
Sozialversicherungsfachwirt
Wirtschaftsjournalist

Aktuelles aus dem Arbeitsrecht

Kündigung von minderjährigen Auszubildenden:

Einwurf des Schreibens in den Briefkasten wahrt die Frist Fehlende Vollmacht muss unverzüglich gerügt werden

(Gp) Berufsausbildungsverhältnisse mit minderjährigen Azubis können nur in der Probezeit gekündigt werden. Eine solche Kündigung muss dem gesetzlichen Vertreter bis zum Ende der Probezeit zugehen, was durch Einwurf in den Hausbriefkasten fristwährend erfolgen kann (z. B. durch Boten, der den Inhalt des Briefes kennt). Kündigt nicht der Arbeitgeber selbst, sondern z. B. der Ausbilder im Betrieb, muss dem Schreiben eine Vollmacht beiliegen. Sonst kann die Kündigung un-

wirksam sein, wenn die fehlende Vollmacht unverzüglich gerügt wird (§ 174 BGB).

In dem jetzt entschiedenen Fall waren die Eltern des Azubis am Tag des Briefeinwurfs verreist. Erst zwei Tage später fand der Minderjährige das Schreiben im Postkasten und informierte telefonisch seine Mutter. Diese nahm erst drei Tage später den Brief tatsächlich zur Kenntnis. 13 Tage später rügte der eingeschaltete Anwalt die fehlende Vollmacht. War das unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern) oder verspätet?

Landesarbeitsgericht und Bundesarbeitsgericht halten diese Rüge nach mehr als einer Woche für verspätet. Ohne Vorliegen besonderer Umstände könne hier nicht

mehr von „unverzüglich“ gesprochen werden. Die Kündigung ohne Vollmacht ist damit wirksam geworden. Das hatte das Arbeitsgericht noch anders beurteilt (BAG v. 08.12.2011, Az.: 6 AZR 354/10; mehr unter www.bundesarbeitsgericht.de).

Fristlose Kündigung bei Freistellung: Bei schwerwiegender Vertragsverletzung ist das möglich

(Gp) Ein Bankangestellter war als Firmenkundenbetreuer tätig, zuletzt mit Prokura. Im Juni 2010 wurden die Beendigung des Arbeitsvertrages zum 31.12.2010 und eine Freistellung unter Gehaltsfortzahlung ab Juli 2010 vereinbart. Ende Juni sandte der Angestellte 94 E-Mails an sein privates

Postfach, die überwiegend Daten mit Bankgeheimnis enthielten. Als die Bank davon erfuhr, kündigte sie fristlos.

Das Landesarbeitsgericht Hessen hat diese Kündigung bestätigt, auch wenn das Arbeitsverhältnis tatsächlich nicht mehr vollzogen wurde. Die fehlende Wiederholungsgefahr wegen der Freistellung stehe dem nicht entgegen. Der Arbeitnehmer habe das Vertrauen des Arbeitgebers durch Mitnahme geheimer Bankdaten so schwer erschüttert, dass ihm ein Festhalten am Arbeitsvertrag und die Gehaltsfortzahlung bis Jahresende nicht zumutbar sind. Das Fehlverhalten des Prokuristen habe ein fast gleich großes Gewicht wie eine strafbare Handlung (LAG Hessen v. 29.08.2011, Az.: 7 Sa 248/11, Pressemitteilung vom 07.12.2011; zu finden unter www.lag-frankfurt.justiz.hessen.de).

Kündigung wegen Privatnutzung des Diensthandys ohne Abmahnung

(Gp) Nutzt ein Arbeitnehmer sein dienstliches Mobiltelefon in erheblichem Umfang für private Zwecke, kann er auch bei 25-jähriger Betriebszugehörigkeit fristlos gekündigt werden. Das musste sich ein Hubwagenfahrer am Frankfurter Flughafen sagen lassen, der im Urlaub private Auslandsgespräche über mehr als 500,- Euro geführt hatte. Seine Entschuldigung, versehentlich die dienstliche statt der privaten Pin-Nr. eingegeben zu haben, wurde ihm bei 113 Telefonaten nicht abgenommen. Im Gegensatz zur 1. Instanz wurde die fristlose Kündigung hier auch ohne Abmahnung als rechtmäßig angesehen (LAG Hessen v. 25.07.2011, Az.: 17 Sa 153/11).

Steuerschaden infolge Progression: Bei normaler Lohn-Nachzahlung ohne Verschulden kein Schadensersatz

(Gp) Ein Arbeitgeber hatte einem Mitarbeiter wegen Krankheit zu Unrecht gekündigt. Der 19 Monate lang einbehaltene Lohn wurde dann in einer Summe nachgezahlt. Das hatte aufgrund der Progression in den Steuertabellen höhere Steuern zur Folge, als wenn der Lohn monatlich gezahlt worden wäre.

Diese Mehr-Steuern von ca. 4.700,- Euro hat der Arbeitnehmer vergeblich als Schadensersatz geltend gemacht. Das Landesarbeitsgericht sieht dafür keine Rechtsgrundlage. Der Arbeitgeber durfte in einer Summe nachzahlen. Schadensersatzpflicht wäre nur gegeben, wenn den Arbeitgeber ein Verschulden bei der Nachzahlung treffen würde, z. B. weil er mit der Gehaltszahlung in Verzug gewesen wäre (LAG Rheinland-Pfalz v. 19.08.2011, Az.: 9 Sa 155/11).

Das Landesarbeitsgericht Hessen hat diese Kündigung bestätigt, auch wenn das Arbeitsverhältnis tatsächlich nicht mehr vollzogen wurde. Die fehlende Wiederholungsgefahr wegen der Freistellung stehe dem nicht entgegen. Der Arbeitnehmer habe das Vertrauen des Arbeitgebers durch Mitnahme geheimer Bankdaten so schwer erschüttert, dass ihm ein Festhalten am Arbeitsvertrag und die Gehaltsfortzahlung bis Jahresende nicht zumutbar sind. Das Fehlverhalten des Prokuristen habe ein fast gleich großes Gewicht wie eine strafbare Handlung (LAG Hessen v. 29.08.2011, Az.: 7 Sa 248/11, Pressemitteilung vom 07.12.2011; zu finden unter www.lag-frankfurt.justiz.hessen.de).

Leiharbeitnehmer

(End/Fro) Durch das erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) sind die Rechte von Leiharbeitnehmern sehr gestärkt worden. Besonders die Einführung der „Drehtürklausel“ ist hier zu beachten. Die Auswirkungen sind weitergehend als allgemein angenommen, da die Regelung nicht nur bei der Verleihung an den gleichen Arbeitsplatz gilt, sondern auch bei einer Verleihung an die gleiche Firma. Wenn z. B. ein Arbeitnehmer bei der DB Regio gekündigt wird und anschließend von einem Personaldienstleister an die DB Fernverkehr ausgeliehen wird, tritt auch die „Drehtürklausel“ in Kraft.

Eine ausführliche Analyse haben die Rechtsanwälte Jörg Hennig (Berlin) und Christan Bolder (Berlin) in der Zeitschrift HR-Services Nr. 6/2011 vorgenommen.

Als besonders knifflig erweist sich die Gleichstellung von Leiharbeitnehmern mit dem Stammpersonal in Bezug auf die Nutzung von Gemeinschaftsdiensten und -einrichtungen. Diese müssen den Leiharbeitnehmern nämlich zu den gleichen Bedingungen angeboten werden.

Hinweise zu

Gemeinschaftseinrichtungen:

Das betrifft z. B. die Kantine (gleicher Preis), Beförderungsmittel, Kinderbetreuung, Sporteinrichtungen, Personalverkauf (gleicher Rabatt), Ferienheime. Die betriebliche Altersversorgung ist keine Gemeinschaftseinrichtung in diesem Sinne. Geldleistungen des Entleihers an seine Arbeitnehmer gehören nicht zu den gemeinschaftlichen Einrichtungen, auch wenn diese Zahlung anstelle einer Gemeinschaftseinrichtung gewährt wird.

Beispiele:

Verpflegung:

- Der Entleiher zahlt seinen Arbeitnehmern einen Essenszuschuss oder gibt ihnen Essensgutscheine, die bei einem Dritten eingelöst werden können = Geldleistung

Beispiele:

- Der Entleiher hat eine Kantine (selbst oder fremdbewirtet) und gibt dort das Essen zu subventionierten Preisen an seine Arbeitnehmer ab = Gemeinschaftseinrichtung. Die Subventionierung von Kantenenkosten ist kein steuerlicher Essenszuschuss. Wenn der Arbeitnehmer (und auch der Leiharbeitnehmer) trotz Subventionierung der tatsächlichen Essenskosten mindestens den Sachbezugswert bezahlt, spielt die Höhe der Subventionierung bzw. die Höhe der tatsächlichen Kosten lohnsteuerlich keine Rolle.

Fahrtkosten:

- Der Entleiher zahlt seinen Arbeitnehmern einen Zuschuss zu Fahrten Wohnung/Arbeit = Geldleistung
- Der Entleiher stellt seinen Arbeitnehmern Werksbusse zur Verfügung = Gemeinschaftseinrichtung

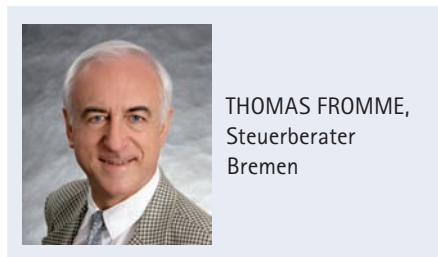
Personalverkauf:

- Die Arbeitnehmer des Entleihers können mit Personalrabatt Waren des Arbeitgebers bestellen (z. B. bei einem Autohersteller) oder im normalen Geschäftsverkehr einkaufen (z. B. in einem Kaufhaus) = Geldleistung.
- Die Arbeitnehmer können in einem speziellen Shop auf dem Werksgelände Waren des Arbeitgebers zu rabattierten Preisen einkaufen = Gemeinschaftseinrichtung. Der Rabattpreis gilt jedoch nur für die eigenen Arbeitnehmer des Entleihers, nicht für Leiharbeitnehmer.

Durch die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern in die Vergünstigungen in Verbindung mit Gemeinschaftseinrichtungen kann für die Leiharbeitnehmer Arbeitslohn durch Dritte entstehen. Im Vertrag mit dem Verleiher sollte die ggf. notwendige Versteuerung und Verbeitragung dieser Leistungen des Entleihers geregelt werden, z. B.

- entweder Pauschalversteuerung nach § 37b EStG durch den Entleiher, dadurch keine Sozialversicherungspflicht, da keine eigenen Arbeitnehmer, oder
- Versteuerung und Verbeitragung durch den Verleiher, dafür Meldung der Beträge vom Entleiher an den Verleiher notwendig

Für Sie zusammengestellt von **Wolfgang Gamp (Gp)**, **Alexander Enderes (End)**, **Thomas Fromme (Fro)**.



Pflegezeitgesetz und Familienpflegezeit

Einverständnis statt Blockadehaltung

Seit dem 01.01.2012 gilt das Familienpflegezeitgesetz (FPfZG) zusätzlich zum bereits 2008 in Kraft getretenen Pflegezeitgesetz (Pfle-ZG). Beide Gesetze haben das Ziel, die häusliche Pflege durch nahe Angehörige zu stärken. Der Gesetzgeber will damit dem Wunsch vieler pflegebedürftiger Menschen entsprechen, in gewohnter Umgebung durch Angehörige gepflegt zu werden. PflegeZG und FPfZG eröffnen arbeitsrechtliche Gestaltungsspielräume, um Beruf und familiäre Pflege besser miteinander vereinbaren zu können. Das bietet Chancen für individuelle Lösungen und motivierte Mitarbeiter, gleichzeitig hält es aber für Arbeitgeber erhebliche rechtliche und organisatorische Herausforderungen bereit.

Persönlicher Anwendungsbereich des Pflegezeitgesetzes und der Familienpflegezeit

Das PflegeZG erfasst neben Arbeitnehmern auch Auszubildende, in Heimarbeit Beschäftigte und ihnen Gleichgestellte sowie insbesondere Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind (§ 7 Abs. 1 PflegeZG). Als arbeitnehmerähnlich gilt eine Person, wenn sie keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, aber wegen eines bestehenden Dienst- oder Werkvertrages wirtschaftlich abhängig ist, die geschuldete Leistung persönlich ohne die Mithilfe eigener Arbeitnehmer erbringt und überwiegend für einen Auftraggeber tätig ist. Der so weit gefasste persönliche Anwendungsbereich des PflegeZG, auf den sich auch arbeitnehmerähnliche Personen berufen können, wird vielfach als Systembruch gesehen, denn diese Personengruppe wird von anderen arbeitsrechtlichen Schutzgesetzen,

insbesondere dem Kündigungsschutzgesetz, nicht erfasst.

Das PflegeZG kann angewendet werden, wenn ein naher Angehöriger pflegebedürftig wird. Der Kreis der nahen Angehörigen ist dabei sehr weit gefasst und erstreckt sich auf Großeltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Geschwister, Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder sowie auf die Kinder, Adoptiv- und Pflegekinder des Ehegatten oder Lebenspartners, Schwiegerkinder und Enkelkinder. Auch das FPfZG verweist auf diesen Anwendungsbereich und schließt sich der Definition des „nahen Angehörigen“ an.

Wie viel Zeit für Pflege?

Das PflegeZG ermöglicht es dem Beschäftigten einerseits auf eine akut aufgetretene Pflegesituation zu reagieren (§ 2 Abs. PflegeZG) und andererseits Pflegezeit von höchstens sechs Monaten für die häusliche Pflege in Anspruch zu nehmen (§§ 3 und 4 PflegeZG). Längere Zeiträume regelt dagegen das FPfZG mit einer Familienpflegezeit von bis zu 24 Monaten.

Kurzzeitpflege

Wenn ein naher Angehöriger akut pflegebedürftig wird, haben Mitarbeiter nach dem PflegeZG ein Recht, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben, sofern dies erforderlich ist, um für einen nahen Angehörigen eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung sicherzustellen (sog. Leistungsverweigerungsrecht).

Hinweis:

Der Beschäftigte muss lediglich mitteilen, dass er an der Arbeitsleistung verhindert ist und den Grund dafür nennen (Anzeigepflicht). Auf Verlangen des Arbeitgebers muss er eine ärztliche Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit des namentlich benannten nahen Angehörigen vorlegen.

Die wesentlichen rechtlichen Streitpunkte in diesem Zusammenhang betreffen die Fragen, ob eine akute Pflegesituation mehrfach pro nahem Angehörige auftreten kann und ob Unternehmen dem pflegenden Mitarbeiter für die Dauer seiner Arbeitsverhinderung Entgeltfortzahlung leisten müssen. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass sich Arbeitgeber bei akut aufgetretenen Pflegefällen meist verständnisvoll für die Situation des Beschäftigten zeigen und einvernehmliche Regelungen mit den Mitarbeitern gefunden werden.

Sechs Monate Pflegezeit

Die zweite Säule des PflegeZG stellt die Pflegezeit dar. Mitarbeiter haben bei einer Pflegebedürftigkeit (ausreichend ist Pflegestufe I) eines nahen Angehörigen einen Anspruch auf Pflegezeit von sechs Monaten, unabhängig vom Umfang der tatsächlich zu erbringenden Pflegeleistung. Diese Pflegezeit muss der Beschäftigte dem Arbeitgeber schriftlich ankündigen, wobei es keiner Zustimmung des Arbeitgebers bedarf. Im Gegensatz dazu muss über die Familienpflegezeit nach dem FPfZG eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber getroffen werden, es sei denn, es werden im Laufe der Zeit auf betrieblicher oder tarifvertraglicher Ebene verbindliche Regel-

werke mit den Arbeitgebern geschaffen, ähnlich wie dies für die Altersteilzeit erfolgte.

Will der Beschäftigte während der Pflegezeit lediglich teilweise von der Arbeitsleistung freigestellt werden, muss er mit dem Arbeitgeber die Verringerung und Verteilung der Arbeitszeit schriftlich vereinbaren. Dies ist die Voraussetzung für den Beginn der Pflegezeit. Wenn keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen, muss der Arbeitgeber einer verringerten Arbeitszeit zustimmen.

Der Gesetzgeber mutet dem Arbeitgeber ein hohes Maß an Flexibilität zu: Mitarbeiter müssen die Pflegezeit nämlich spätestens zehn Arbeitstage vor Beginn der gewünschten Pflegezeit ankündigen. Schöpft der Beschäftigte die Frist voll aus, bedeutet dies für den Arbeitgeber, dass er innerhalb von nur zwei Wochen eine Ersatzkraft finden muss. Gerade bei gut qualifizierten oder spezialisierten Mitarbeitern ist dies eine nur schwer zu bewältigende Herausforderung.

Familienpflegezeit bis zu 24 Monate

Das neue Familienpflegezeitgesetz schafft eine Alternative für die lang andauernde Pflege, die zum einen eine finanzielle Absicherung der Pflegeperson, aber auch einen Know-how-Erhalt auf Arbeitgeberseite gewährleisten soll. Mitarbeiter können mit ihrem Arbeitgeber eine Vereinbarung über die Familienpflegezeit für die Dauer von höchstens zwei Jahren abschließen. Allerdings haben sie keinen Rechtsanspruch auf Familienpflegezeit. Während der Familienpflegezeit verringert der Mitarbeiter seine regelmäßige Arbeitszeit auf mindestens 15 Stunden wöchentlich, sein Arbeitsentgelt wird entsprechend reduziert. Allerdings erhält der Mitarbeiter einen Aufstockungsbetrag. Dieser beträgt die Hälfte der Differenz zwischen Voll- und Teilzeitgehalt.

Beispiel:

Bei einer Wochenarbeitszeit von 40 Stunden bekommt ein Mitarbeiter ein Monatsgehalt in Höhe von 3.000 Euro brutto. Arbeitet er nur noch die Hälfte, also 20 Stunden wöchentlich, hat er dementsprechend nur noch einen Entgeltanspruch in Höhe von 1.500 brutto. Zusätzlich erhält er den Aufstockungsbetrag in Höhe von 750 Euro brutto, so dass sein monatliches Gehalt während der Familienpflege insgesamt 2.250 Euro brutto beträgt.

In der Nachpflegephase nach der Familienpflegezeit erhöht der Mitarbeiter seine Arbeitszeit meist wieder auf die vorherige Stundenzahl, bekommt aber auch weiterhin nur 75 Prozent seines monatlichen Arbeitsentgelts, und zwar so lange, bis die Lohnaufstockung „in Form von Arbeit“ zurückgewährt ist.

Da der Arbeitgeber für die Aufstockungsbeträge in Vorleistung tritt, ist eine Absicherung der Liquidität durch ein zinsloses Darlehen des Bundesamts für Familie vorgesehen. Zugleich muss der Mitarbeiter auf seine Kosten eine Versicherung für den Fall abschließen, dass er in der Nachpflegephase wegen Berufsunfähigkeit oder Tod die Arbeitsleistung nicht mehr wie vereinbart erbringen kann. Die Kosten für diese Versicherung sollen nicht mehr als 10 Euro pro Monat betragen. Führt der Mitarbeiter aus anderen Gründen die Vorausleistung trotz Mahnung des Arbeitgebers nicht zurück, erlässt das Bundesamt für Familie dem Arbeitgeber das gewährte Darlehen. Im Gegenzug hat es dann einen unmittelbaren Rückzahlungsanspruch gegenüber dem Mitarbeiter.

Sonderkündigungsschutz und Missbrauchsgefahr bei der Pflegezeit

Der im PflegeZG verankerte – ausgeprägte – Sonderkündigungsschutz stand bereits während des Gesetzgebungsverfahrens in der Kritik, insbesondere wegen der in der Praxis befürchteten Missbrauchsgefahr.

Das PflegeZG sieht einen besonderen Kündigungsschutz für diejenigen Beschäftigten vor, die von ihren Rechten aus dem PflegeZG Gebrauch machen. In § 5 Abs. 1 PflegeZG ist geregelt, dass das Arbeitsverhältnis vom Zeitpunkt des Zugangs der Anzeige der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung bzw. der Ankündigung, Pflegezeit in Anspruch zu nehmen, bis zum Ende der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung bzw. der Pflegezeit nicht gekündigt werden darf. Eine dennoch ausgesprochene Kündigung wäre unwirksam. In Ausnahmefällen kann – ähnlich wie bei der Kündigung während der Elternzeit – die zuständige Behörde die Kündigung für zulässig erklären.

Die Probleme aufgrund dieses Sonderkündigungsschutzes sind vielschichtig: Da das PflegeZG keine Wartezeiten für den Anspruch auf kurzzeitige Arbeitsbe-

freiung oder Pflegezeit vorsieht, besteht der Sonderkündigungsschutz daher bereits ab Beginn des Arbeitsverhältnisses. Ein Beschäftigter, der eine Kündigung innerhalb der Probezeit bzw. Wartezeit befürchtet, könnte sich deshalb durch einen Antrag auf Pflegezeit über die Probezeit oder Wartezeit in den allgemeinen Kündigungsschutz retten. Angesichts der großen Zahl der vom Gesetzgeber definierten nahen Angehörigen dürfte es in vielen Fällen gelingen, für dieses Vorhaben eine Person mit Pflegestufe I mit einer persönlichen Pflegeabsicht zu beglücken.

Die Problematik wird dadurch verschärft, dass es nach dem Wortlaut des PflegeZG – anders als bei der Elternzeit – für den Beginn des Sonderkündigungsschutzes allein auf den Zugang der Erklärung, Pflegezeit in Anspruch zu nehmen, ankommt. Der Gesetzestext sieht jedoch keine Höchstfrist für die Ankündigung bzw. das Einsetzen des Sonderkündigungsschutzes vor, so dass sich ein Arbeitnehmer bei einer drohenden Kündigung mit der Ankündigung einer weit in der Zukunft liegenden Pflegezeit über lange Zeiträume hinweg in den Genuss des Sonderkündigungsschutzes bringen könnte. Dies hat zur Folge, dass es zu erheblichen Verschiebungen in der Sozialauswahl kommen kann. Mangels einer gesetzlich vorgegebenen Grenze wird letztlich in diesen Fällen nur das Missbrauchsargument bleiben.

Sogar nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallende arbeitnehmerähnliche Personen können über eine in Anspruch genommene Pflegezeit einen Sonderkündigungsschutz haben.

Lange Bindung an den Mitarbeiter bei der Familienpflegezeit

Auch das FPfZG sieht eine Regelung zum Sonderkündigungsschutz vor. In § 9 Abs. 3 FPfZG ist geregelt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während der bis zu 24 Monate dauernden Familienpflegezeit und während der sogenannten Nachpflegephase nicht kündigen darf. Nur in Ausnahmefällen kann die Kündigung von der zuständigen Behörde für Arbeitsschutz für zulässig erklärt werden. Aber auch aus eigenem Interesse sollten Arbeitgeber eine Kündigung sorgfältig überdenken, weil sie sonst Rückzahlungsansprüche verlieren können. Der entscheidende Unterschied zur Pflegezeit besteht hier darin, dass der Sonderkündigungsschutz nicht schon dann einsetzt, wenn der Mitarbeiter auf

den Arbeitgeber zugeht, um eine Vereinbarung über die Familienpflegezeit abzuschließen. Umgekehrt muss der Arbeitgeber beim Vereinbaren einer Familienpflegezeit berücksichtigen, dass er sich durch den damit einhergehenden Sonderkündigungsschutz sehr lange an den Mitarbeiter bindet.

Neues Urteil: Pflegezeit ist unteilbar

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat einer der drohenden Missbrauchsgefahren zwischenzeitlich einen Riegel vorgeschoben: Es hatte über die Frage zu entscheiden, ob Beschäftigte die sechsmonatige Pflegezeit nur einmal in Anspruch nehmen dürfen oder ob sie diese auch auf mehrere Zeitabschnitte verteilen können. Der 9. Senat des BAG schloss sich den Vorinstanzen an und entschied: Beschäftigte können pro pflegebedürftigem nahen Angehörigen nur einmalig die Freistellung von der Arbeit beanspruchen. Unabhängig davon, ob der pflegende Mitarbeiter die Höchstdauer von sechs Monaten ausschöpft, erlischt dadurch dessen Recht auf Pflegezeit vollständig (BAG, Urteil v. 15.11.2011, Az.: 9 AZR 348/10).

Geklagt hatte ein Beschäftigter, der seine pflegebedürftige Mutter (Pflegestufe I) für vier Tage im Juni 2009 sowie am 28. und 29. Dezember 2009 pflegen wollte. Die von dem klagenden Mitarbeiter gewählten Zeiträume lassen erkennen, dass es sich um Zeiten handelte, in denen erfahrungsgemäß viele Mitarbeiter gerne Urlaub nehmen wollen. Der Arbeitgeber hatte ihm nur für Juni Pflegezeit gewährt, für Dezember aber abgelehnt und zur Begründung angeführt: Der Anspruch auf Pflegezeit sei aufgebraucht, da diese nur

einmal geltend gemacht und allenfalls verlängert werden könne.

Zwar orientiert sich das PflegeZG grundsätzlich an der Elternzeit, sieht aber anders als die vergleichbare Regelung für die Kindeserziehung (§ 16 Abs. 1 Satz 5 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz) nicht vor, dass die Pflegezeit auf mehrere Zeitabschnitte verteilt werden kann, so dass bislang kontrovers über die Verteilung der Pflegezeit diskutiert wurde.

Individuelle Lösungen – zufriedene Mitarbeiter

Der Gesetzgeber hat mit dem PflegeZG und dem FPfZG umfangreiche und in der Praxis teilweise schwer zu handhabende gesetzliche Regelungen geschaffen. Beide Gesetze bieten aus arbeitsrechtlicher Sicht dennoch genügend Raum für individuelle und flexible Gestaltungsmodelle. Wie groß die Resonanz in der Arbeitnehmerschaft letztlich sein wird, ist noch nicht absehbar.

Arbeitgeber, die mit der Thematik Pflegezeit oder Familienpflegezeit konfrontiert werden, sollten folgende Punkte beachten:

- Prüfen Sie sorgfältig, ob ein Mitarbeiter tatsächlich Zeit für die Pflege naher Angehöriger benötigt oder ob er die gesetzlichen Möglichkeiten eventuell nur ausnutzt, um sich Vorteile gegenüber anderen Mitarbeitern zu verschaffen. Ein Missbrauch der Pflegezeit liegt z. B. nahe, wenn Mitarbeiter die bis zu zehntägige Kurzzeitpflege für Zeiträume beanspruchen, in denen ein Urlaubsstopp gilt oder andere Mitarbeiter vorrangig Urlaub haben.
- Wenn ein Missbrauch ausgeschlossen werden kann, besprechen Sie mit dem

Mitarbeiter persönlich, ob er komplett oder nur teilweise für die häusliche Pflege freigestellt werden möchte.

- Gehen Sie gemeinsam Vorschläge für die Organisation der Arbeitszeit während oder auch nach der Pflegephase durch, so finden Sie am ehesten die für beide Seiten passendste Lösung wie Home Office oder Teilzeit.

Möchten Arbeitgeber langfristig qualifizierte Mitarbeiter motivieren und an das Unternehmen binden, ist es ratsam, beim sensiblen und für den Mitarbeiter häufig schwierigen Thema Pflege keine Blockadehaltung einzunehmen, sondern nach individuellen Lösungen zu suchen. Gleichwohl ist im Hinblick auf die Vielzahl der rechtlichen Stolpersteine eine sorgfältige Prüfung der Rechtslage im Einzelfall dringend zu empfehlen.



EVA WISSLER
Fachanwältin für
Arbeitsrecht und
Partnerin in der
Kanzlei Schmalz
Rechtsanwälte
Frankfurt

Entgeltfortzahlung

Gilt die Vorlage eines ärztlichen Attests ab dem 1. Krankentag als Arbeiterschikane?

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln hat in zweiter Instanz darüber entschieden, dass der Arbeitgeber die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung eines erkrankten Mitarbeiters bei einer Kurzerkrankung schon ab dem ersten Krankentag fordern darf und dass er dieses Verlangen nicht besonders begründen muss. Gegen dieses Urteil wurde jetzt Revision beim BAG (Az. 10 AZR 886/11) eingelegt.

Ist ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, muss er gemäß § 5 Absatz 1 Satz 2 des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) spätestens nach drei Kalendertagen dem Arbeitgeber unaufgefordert eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegen. Das LAG Köln hat nun entschieden, dass der Arbeitgeber berechtigt ist, die Vorlage eines ärztlichen Attestes schon viel früher zu verlangen. Ebenso bedarf die Aufforderung des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG weder seiner Begründung noch eines Sachverhalts, der Anlass für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitnehmers gibt. Bislang war unter Juristen umstritten, ob der Arbeitgeber dafür einen besonderen Beweggrund braucht.

Das Landesarbeitsgericht Köln kam mit dem jetzt veröffentlichten Urteil vom 14.09.2011 (Az. 3 Sa 597/11) zu dem Ergebnis, dass das Verlangen des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon ab dem ersten Tag der Krankheit vorzulegen habe, weder einer Begründung bedarf noch die Aufforderung des Arbeitgebers vom Gericht auf „billiges Ermessen“ zu überprüfen sei. Angesichts der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfrage wurde die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen.

Der Fall:

Die Arbeitnehmerin ist bei einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag des W K (MTV) Anwendung.

Die Arbeitnehmerin stellte für den 30.11.2010 einen Dienstreiseantrag. Diesem Antrag wurde nicht entsprochen. Nachdem auch eine nochmalige Nachfrage der Arbeitnehmerin hinsichtlich der

Dienstreisegenehmigung abschlägig beschieden wurde, meldete sich die Arbeitnehmerin am Tag der beabsichtigten Dienstreise krank. Der Arbeitgeber forderte daraufhin die Arbeitnehmerin schriftlich auf, künftig am ersten Tag der Krankmeldung ein ärztliches Attest einzuholen und vorzulegen, und machte darin deutlich, dass „diese Abläufe sein Vertrauen in diese Krankmeldung erschüttern würden“. Daher bat der Arbeitgeber, bei zukünftigen Krankheitsfällen schon am ersten Tag der Krankmeldung einen Arzt aufzusuchen und ein entsprechendes Attest zu liefern.

Die Arbeitnehmerin sah diese Forderung ihres Arbeitgebers als sachlich ungegerechtfertigt an und ließ mit Schreiben ihres späteren Prozessbevollmächtigten dem Arbeitgeber mitteilen, dass keinerlei Anhaltspunkte für einen Missbrauchsverdacht gegeben seien und insbesondere kein Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem abgelehnten Dienstreiseantrag bestünde. Gleichzeitig forderte die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber auf, das mit seinem Schreiben geäußerte Verlangen nachvollziehbar zu begründen oder dieses ausdrücklich zurückzunehmen. Der Arbeitgeber wies mit Schreiben seines späteren Prozessbevollmächtigten darauf hin, dass die Aufforderung zur Vorlage der ärztlichen Bescheinigung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit nach seiner Auffassung keiner Begründung bedürfe. Die Arbeitnehmerin erkundigte sich daraufhin beim Betriebsarzt des Arbeitgebers per E-Mail danach, wie viele Mitarbeiter des Beklagten verpflichtet seien, am ersten Tag ihrer Erkrankung ein ärztliches Attest vorzulegen und ob er das in ihrem Fall für berechtigt halte. Erläuternd heißt es in dieser vom Prozessbevollmächtigten der Arbeitnehmerin vorgelegten E-Mail weiter: „... Ich bin einmal ein halbes Jahr wegen einer OP, war aber ansonsten in den ersten 30 Jahren meines Erwerbslebens so gut wie nie krank. Erst jetzt fange ich an, auf Signale meines Körpers intensiver zu hören, und entziehe mich hin und wieder den Anfeindungen durch Auszeiten ...“

Die Arbeitnehmerin zog vor das Arbeitsgericht und wandte sich dort mit einer Klage gegen die vorgenannte Anweisung des Arbeitgebers. Dabei vertrat sie die Auffassung, sofern der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer im Fall der Erkrankung früher als am vierten Tag die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung verlange, er hierfür einer sachlichen Rechtfertigung bedürfe, wie beispielsweise eines aus dem Vorverhalten des Arbeitnehmers oder aus Vorerkrankungen herzuleitenden Missbrauchsverdachts. Als Maßstab verwies sie auf § 275 Abs. 1a SGB V. Eine solche sachliche Rechtfertigung sei bezüglich der Anweisung des Arbeitgebers nicht gegeben. Das Verhalten des Arbeitgebers gegenüber der Arbeitnehmerin stelle sich daher als willkürlich dar und verletze nach Ansicht der Arbeitnehmerin das allgemeine arbeitsrechtliche Schikaneverbot (nach §§ 226 und 242 BGB ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen).

Aus der Urteils-Begründung:

Die Rechtmäßigkeit der Arbeitgeberanweisung folgt aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG. Nach dieser Vorschrift ist der Arbeitgeber berechtigt, vom Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung früher als nach drei Kalendertagen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG) zu verlangen. Der MTV enthält insofern keine abweichende Regelung, sondern wiederholt lediglich in § 9 Abs. 2 MTV die Grundregelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG.

Die Aufforderung des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 1 EFZG bedarf weder einer Begründung noch eines Sachverhalts, der Anlass für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitnehmers gibt (LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 13.10.2009 – 2 Sa 130/09, BeckRS 2011, 66401; ErfK/Dörner, 11. Aufl., § 5 EFZG Rn. 12; Handbuch, 13. Aufl., § 98 Rn. 120 f.; Ricken, in: BeckOK EFZG, § 5 Rn. 21; Feichtinger/Malkmus, EFZG, 2. Aufl., § 5 Rn. 21; Lepke, Kündigung bei Krankheit, 13. Aufl., Rn. 540 f.). Das folgt aus dem insoweit eindeutigen Normwortlaut und der Gesetzessystematik.

Einer im Schrifttum ähnlich stark vertretenen differenzierenden Meinung ist daher nicht zu folgen. Nach dieser Auffassung ist das Verlangen des Arbeitgebers auf billiges Ermessen zu überprüfen.

Die Vertreter dieser Auffassung stellen wesentlich auf den Weisungscharakter der Anweisung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ab und unterwerfen diese daher den rechtlichen Grenzen des § 106 GewO. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass § 5 EFZG insoweit eine speziellere Regelung für den Bereich der Nachweispflicht in der Entgeltfortzahlung darstellt, die unter Spezialitätsgesichtspunkten den allgemeinen Bestimmungen zum Weisungsrecht in § 106 GewO vorgeht. Eine Überprüfung auf allgemeine Billigkeit hat daher bei § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG gerade nicht zu erfolgen. Es bleibt allein bei den allgemeinen gesetzlichen Schranken der Willkür und des Verbots diskriminierenden Verhaltens.

Ausgehend von diesen Grundsätzen sei die Anweisung des Arbeitgebers aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte für ein willkürliches oder ansonsten gesetzeswidriges Verhalten des Arbeitgebers sind nicht ersichtlich. Die Beklagte hat in der kurzfristig nach Ablehnung des Dienstreiseantrags der Arbeitnehmerin aufgetretenen Erkrankung einen hinreichenden Anlass für die Anweisung gesehen. Bestätigung hat sie sodann zusätzlich in der klägerseits vorgelegten E-Mail-Korrespondenz der Arbeitnehmerin mit dem Betriebsarzt, in der die Arbeitnehmerin davon berichtet, sie fange an, auf Signale ihres Körpers intensiver zu hören, und entziehe sich hin und wieder den Anfeindungen durch Auszeiten. In einer solchen Situation handelt die Beklagte jedenfalls nicht willkür-

lich oder rechtsmissbräuchlich, wenn sie die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung ab dem ersten Krankheitstag verlangt.

Die Rechtmäßigkeit der Anweisung scheidet auch nicht am Vorliegen einer gegenteiligen betrieblichen Übung des Arbeitgebers. Für das Bestehen einer solchen betrieblichen Übung fehlt es bereits an hinreichendem Sachvortrag der Arbeitnehmerin.

Entgegen der Auffassung der Arbeitnehmerin ergibt sich eine solche Übung nämlich nicht aus der Stellungnahme des Betriebsarztes in dem von ihr vorgelegten E-Mail-Schriftwechsel. Dort hat der Betriebsarzt lediglich erklärt, dass „das Instrument immer dann eingesetzt werde, wenn deutliche Unter-Dreitagesfehlzeiten aufträten, also z. B. bei einem Fehlen jede zweite Woche, immer montags, immer freitags, immer an Brückentagen, immer zu bestimmten disponierten Diensten oder sonstigen disponierten Terminen sowie bei Suchtkranken“. Gleichzeitig hat er aber darauf hingewiesen, dass diese Aufzählung nicht vollzählig sei, er keine Informationen über die Anzahl der Mitarbeiter habe, die eine Aufforderung des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG erhalten hätten und er über die arbeitsrechtliche Seite keine Auskunft geben könne. Betrachtet man diese Erklärung in ihrer Gesamtheit und unter Berücksichtigung der weiteren Umstände, so ist diese für die Darlegung einer betrieblichen Übung dahin, dass die Beklagte immer nur in den vom Betriebsarzt beispielhaft genannten Fällen von ihrem Recht nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG Gebrauch mache, offensichtlich unergiebig und unzureichend. Hierfür hätte es vielmehr eines konkreten Vortrags der Arbeitnehmerin bedurft, wie viele Arbeitnehmer in der Vergangenheit aufgrund welcher Um-

stände von dem Arbeitgeber aufgefordert wurden, ab dem ersten Krankheitstag eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Hierzu fehlt aber jeglicher Vortrag.

Experten-Fazit

„Die Entscheidung des LAG Köln zur Forderung des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer für künftige Fälle bereits am ersten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen habe, entspricht der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung und der Literatur“, erklärt Roland Wolf, Geschäftsführer der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA).

Unter Bezugnahme auf den vorliegenden Fall weist der BDA-Arbeitsrechtsexperte Wolf darauf hin, dass bei einem Arbeitnehmer, der im Rahmen seiner Krankmeldung selbst einflücht, dass er künftig stärker auf die Signale seines Körpers hören und sich hin und wieder Anfeindungen durch Auszeiten „entziehen wolle“, allemal der Verdacht gegeben sei, dass die „Krankheit“ keine Krankheit ist.



RALF E. GEILING
Wirtschaftsjournalist
und Fachbuchautor
Neuss

Richtiges betriebliches Eingliederungsmanagement

Das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) ist von immenser Bedeutung für Arbeitgeber, die einerseits mit dauernd oder häufig erkrankten Arbeitnehmern Wege suchen wollen, das Arbeitsverhältnis zu „retten“, andererseits aber rechtssichere Voraussetzungen für eine etwaige spätere Kündigung schaffen möchten. Der nachfolgende Beitrag befasst sich mit den aus dem Kündigungsrecht folgenden Anforderungen an ein ordnungsgemäßes BEM.

Ausgangspunkt

Ein BEM ist gem. § 84 Abs. 2 Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) durchzuführen, wenn Beschäftigte innerhalb von zwölf Monaten länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig sind. Ziel des BEM ist zu klären, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden, mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Dies prüft der initiativpflichtige Arbeitgeber mit Zustimmung und unter Beteiligung der betroffenen Person. Zu beteiligen sind weiter die zuständige Interessenvertretung (Betriebsrat/Personalrat), bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung. Ein BEM ist also nicht nur im Hinblick auf schwerbehinderte, sondern im Hinblick auf alle Beschäftigten durchzuführen. Soweit erforderlich, ist der Werks- oder Betriebsarzt hinzuzuziehen. Der betroffene Arbeitnehmer ist vor der Durchführung des BEM auf dessen Ziele sowie auf Art und Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten hinzuweisen (§ 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX).

Leidensgerechte Beschäftigung

Ausgangspunkt für die Ziele des BEM und die Anforderungen an seine Durchführung ist der Begriff der Arbeitsfähig- bzw. -unfähigkeit. Diese bestimmt sich objektiv. Auf die subjektive, „gefühlte“ Arbeitsfähig- oder -unfähigkeit kommt es nicht an; es gibt keine teilweise Arbeitsunfähigkeit. Der Arbeitnehmer kann die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung entweder erbringen oder nicht. Allerdings darf der Arbeitgeber nicht allein prüfen, ob der Arbeitnehmer auf seinem bisherigen Arbeitsplatz noch einsetzbar ist. Er muss



Dicke Krankenakte: Ein ordnungsgemäßes BEM schafft Lösungen.

auch prüfen, ob er dem Arbeitnehmer im Rahmen seines Direktionsrechts – d. h. im Rahmen der arbeitsvertraglich vereinbarten Position oder Tätigkeit – eine leidensgerechte Arbeit zuweisen kann, die der krankheitsbedingt nur eingeschränkt leistungsfähige Arbeitnehmer übernehmen kann. Ggf. muss der Arbeitgeber durch Ausübung seines Direktionsrechts sogar

einen anderen zumutbaren Arbeitsplatz „freimachen“ (nicht: freikündigen), um den Arbeitnehmer leidensgerecht zu beschäftigen.

Für schwerbehinderte Menschen und ihnen Gleichgestellte sehen vor allem §§ 81 Abs. 4, 84 Abs. 1 SGB IX wichtige Sonderregelungen vor.

Kündigungsrechtlicher Hintergrund

Der zweite bedeutsame Bezugspunkt für das BEM ist die personenbedingte Kündigung infolge Krankheit. Diese soll das BEM möglichst verhindern. Hintergrund ist, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses unter Geltung des Kündigungsschutzgesetzes nur ultima ratio im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung sein darf. Vereinfacht gesagt, ist eine Kündigung infolge Krankheit unwirksam, wenn das Arbeitsverhältnis in für den Arbeitgeber zumutbarer Weise an die krankheitsbedingt eingeschränkte Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers angepasst und fortgesetzt werden kann. Dies soll im Rahmen des BEM herausgefunden werden, und zwar unter Beteiligung des betroffenen Arbeitnehmers sowie, falls bestehend, der Arbeitnehmervertretungen und des Werks-/Betriebsarztes.

Das BEM ist dabei keine zwingende Voraussetzung für eine wirksame Kündigung. Die Kündigung ist aber unwirksam, wenn eine adäquate Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, die – mangels Durchführung des BEM – nicht vor Kündigungsausspruch erkannt wurde. Ist ein BEM nicht oder nicht gesetzeskonform durchgeführt worden, hat dies zudem negative Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess: So muss der Arbeitgeber im Detail darlegen und beweisen, dass die leistungsgerechte Anpassung und Veränderung des Arbeitsplatzes des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist oder dieser nicht auf einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden kann. Der Arbeitgeber kann sich nicht auf den pauschalen Vortrag zurückziehen, alternative Einsatzmöglichkeiten bestünden nicht. Insbesondere in Großunternehmen wird der Arbeitgeber an dieser Hürde oftmals scheitern. In aller Regel sollte daher ein BEM durchgeführt werden.

Ist ein BEM ordnungsgemäß, aber mit für den Arbeitnehmer negativem Ergebnis durchgeführt worden, so kann der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess hierauf verweisen und anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bestreiten. In diesem Fall muss der Arbeitnehmer darlegen, dass die im Rahmen des BEM behandelten und verworfenen Beschäftigungsmöglichkeiten gleichwohl bestehen oder dass zwischen Abschluss des BEM und Kündigungsausspruch neue entstanden sind. Hingegen ist der Arbeitnehmer von Beschäftigungsmöglichkeiten ausgeschlossen, die bereits im BEM hätten behandelt werden können, aber nicht behandelt wurden.

Einverständnis des Betroffenen

Das Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers ist zwingende Voraussetzung für die Durchführung des BEM. Verweigert der Arbeitnehmer seine Einwilligung, hängen die Rechtsfolgen davon ab, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ordnungsgemäß belehrt hat. Dies erfordert gem. § 84 Abs. 2 Satz 3 SGB IX einen Hinweis auf die Ziele des BEM sowie auf die Art und den Umfang der hierfür erhobenen und verwendeten Daten. Der Arbeitgeber muss darauf hinweisen, dass es sich um gesundheitsbezogene und damit besondere personenbezogene Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 Bundesdatenschutzgesetz handelt. Die Einwilligung des Arbeitnehmers muss sich ausdrücklich auf deren Erhebung, Verarbeitung und Nutzung beziehen.

Unterbleibt das BEM nach nicht ordnungsgemäßer Belehrung und Verweigerung des Arbeitnehmers, unterliegt der Arbeitgeber im Falle eines Kündigungsschutzprozesses den o. g. strengen Regeln zur Darlegungs- und Beweislast. Verweigert der Arbeitnehmer nach ordnungsgemäßer Belehrung die Einwilligung, so ist die Nichtdurchführung des BEM laut Bundesarbeitsgericht „kündigungsneutral“. Gemeint ist damit wohl, dass es bei der grundsätzlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess bleibt, d. h. der Arbeitgeber kann zunächst pauschal bestreiten, dass der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers leistungsgerecht eingerichtet werden kann oder ein passender Alternativarbeitsplatz besteht. Erst wenn der Arbeitnehmer substantiiert vorträgt, muss der Arbeitgeber hierauf ebenso detailliert erwidern.

Kein formalisiertes Verfahren

§ 84 Abs. 2 SGB IX enthält keine detaillierten Regelungen zur näheren Ausgestaltung und Durchführung des BEM. Insbesondere enthält die Vorschrift keine Verfahrensordnung. Der Gesetzgeber hat den Beteiligten vielmehr bewusst „jeden denkbaren Spielraum“ überlassen im Vertrauen darauf, dass ihre Zusammenarbeit im Rahmen eines fairen und sachorientierten, verlaufs- und ergebnisoffenen Suchprozesses zu einem vernünftigen Ergebnis führen wird.

Der Arbeitgeber muss keine Vorschläge unterbreiten, ist aber grundsätzlich verpflichtet, Vorschläge umzusetzen, auf die sich die Teilnehmer eines BEM verständigt haben. Dies gilt ausnahmsweise z. B. dann nicht, wenn die arbeitsmedizinische

Begutachtung des Werks-/Betriebsarztes ergibt, dass der Arbeitnehmer die vereinbarte (Alternativ-)Tätigkeit nicht leisten kann.

Eine im BEM festgelegte Reha-Maßnahme muss der Arbeitnehmer durchführen, will er nicht seinen Arbeitsplatz riskieren. Der Arbeitgeber muss ggf. die Durchführung der Reha-Maßnahme mit Nachdruck verfolgen. Ist hierzu – wie regelmäßig – die Einwilligung des Arbeitnehmers erforderlich, sollte der Arbeitgeber diesen zweckmäßigerweise unter Fristsetzung zur Teilnahme auffordern und für den Fall der Weigerung mit Kündigung drohen. Lehnt der Arbeitnehmer die Maßnahme gleichwohl ab, braucht der Arbeitgeber diese nicht mehr als milderes Mittel gegenüber einer Kündigung zu berücksichtigen.

Wurde ein BEM durchgeführt oder hat der Arbeitnehmer seine Zustimmung zum BEM verweigert, ist es erst dann wieder durchzuführen, wenn die Sechswochenfrist des § 84 Abs. 2 Satz 1 SGB IX erneut überschritten wird.

Empfehlungen zum Ablauf

Der Arbeitgeber sollte bereits im Vorfeld eines BEM Fehlzeiten, bekannte Krankheitsursachen sowie bekannte krankheitsbedingte Einschränkungen des Arbeitnehmers dokumentieren, des Weiteren die angefallenen Entgeltfortzahlungskosten und etwaige Betriebsablaufstörungen. Nach etwaigen informellen Personalgesprächen sollte der Arbeitgeber im Rahmen des BEM zunächst bei der Aufforderung des Arbeitnehmers zur Teilnahme am BEM auf eine ordnungsgemäße Belehrung achten und diesen Vorgang dokumentieren. Dies gilt ebenfalls für die im Rahmen des BEM geführten Gespräche und deren Ergebnis. Insgesamt empfiehlt es sich, interne Richtlinien und Checklisten zur Vorbereitung und Durchführung eines BEM zu erstellen.



DR. SEBASTIAN PELZER
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für
Arbeitsrecht
Loschelder
Rechtsanwälte
Köln

Rechtsprechung für Sie aufbereitet

Sachgrundlose Befristung – Vorbeschäftigung beim selben Arbeitgeber

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Eine solche Befristung ist nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG aber nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Arbeitgeber im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ist der Vertragsarbeitgeber. Das ist die natürliche oder juristische Person, die mit dem Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Ein vorhergehender Arbeitsvertrag hat deshalb nur dann mit dem demselben Arbeitgeber bestanden, wenn Vertragspartner des Arbeitnehmers bei beiden Verträgen dieselbe natürliche oder juristische Person ist.

Das Zuvorbeschäftigungsverbot knüpft nicht an den Beschäftigungsbetrieb oder den Arbeitsplatz an. Auch die Überlassung eines Arbeitnehmers an seinen vormaligen Vertragsarbeitgeber, bei dem er zuvor sachgrundlos befristet beschäftigt war, führt für sich gesehen nicht zur Unwirksamkeit einer anschließend mit dem Verleiher im Sinne des § 1 AÜG nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vereinbarten sachgrundlosen Befristung. Der Gesetzgeber hat für die Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung nicht auf die vorherige Beschäftigung in einem Betrieb oder für einen Betriebsinhaber, sondern nur auf den rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses mit dem Vertragsarbeitgeber abgestellt.

Der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung beschränkt sowohl subjektive Rechte als auch Rechtsinstitute und Normen. Die sich aus einem Rechtsinstitut oder einer Rechtsnorm an sich ergebenden Rechtsfolgen müssen zurücktreten, wenn sie zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren Ergebnis führen.

Dies ist unter anderem der Fall, wenn ein Vertragspartner eine an sich rechtlich mögliche Gestaltung in einer mit Treu und Glauben unvereinbaren Weise nur dazu verwendet, sich zum Nachteil des

anderen Vertragspartners Vorteile zu verschaffen, die nach dem Zweck der Norm und des Rechtsinstituts nicht vorgesehen sind. Auch die Ausnutzung der durch das Teilzeit- und Befristungsgesetz vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten kann unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein, etwa wenn mehrere rechtlich und tatsächlich verbundene Vertragsarbeitgeber in bewusstem und gewollten Zusammenwirken mit einem Arbeitnehmer aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge ausschließlich deshalb schließen, um auf diese Weise über die nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorgesehenen Befristungsmöglichkeiten hinaus sachgrundlose Befristungen aneinanderreihen zu können.

(BAG, Urteil vom 09.03.2011 – 7 AZR 657/09)

Sachgrundlose Befristung – Neueinstellung nach mehr als drei Jahre zurückliegender Vorbeschäftigung

Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Das gilt nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Nach erneuter Prüfung hält das BAG an dem bisherigen zeitlich völlig uneingeschränkten Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht mehr fest. Nach seiner Ansicht ist unter Berücksichtigung aller Auslegungskriterien ein Verständnis der Vorschrift in dem Sinne geboten, dass das Zuvorbeschäftigungsverbot zeitlich eingeschränkt ist.

Der Wortlaut und die Gesetzessystematik zwingen zu keiner bestimmten Auslegung. Die Gesetzesgeschichte deutet eher auf ein zeitlich unbeschränktes Verbot der Zuvorbeschäftigung. § 1 Abs. 3 des bis zum 31.12.2000 geltenden Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung bezeichnete einen Zeitraum von vier Monaten als unschädlich für die (wiederholte) Inanspruchnahme der erleichterten Befristungsmöglichkeit ohne sachliche Rechtfertigung. Diesen Zeitraum hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen, sondern für die Verhinderung von „Kettenverträgen“ als un-

zureichend angesehen. Er hat den Zeitraum aber auch nicht modifiziert.

Gegen ein Verständnis des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG im Sinne eines zeitlich völlig unbeschränkten Verbots spricht der Zweck der Regelung. Dieser besteht darin, zu verhindern, dass die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG vorgesehene Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Befristungsketten“ missbraucht wird. Zur Verwirklichung dieses Zwecks bedarf es keines lebenslangen Anschlussverbots.

Die in § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG eröffnete Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverträgen soll zum einen dem Arbeitgeber ermöglichen, auf eine unsichere und schwankende Auftragslage und wechselnde Marktbedingungen durch Neueinstellungen flexibel zu reagieren. Zum anderen soll die befristete Beschäftigung für den Arbeitnehmer eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und eine Brücke zur Dauerbeschäftigung sein. Erklärter Gesetzeszweck von Satz 2 der Vorschrift ist die Verhinderung von „Befristungsketten“.

Hiernach rechtfertigt der mit § 14 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 TzBfG verfolgte Normzweck kein lebenslanges Verbot der Vorbeschäftigung. Wenn zwischen zwei Arbeitsverhältnissen ein Zeitraum von mehreren Jahren liegt, kann von „Kettenverträgen“, „Befristungsketten“ oder „aufeinanderfolgenden Arbeitsverhältnissen“ nicht mehr gesprochen werden. Es kommt hinzu, dass ein zeitlich völlig unbeschränktes Verbot der Vorbeschäftigung für beide Arbeitsvertragsparteien häufig erhebliche praktische Schwierigkeiten beim Vertragsschluss und eine nicht zu vernachlässigende Rechtsunsicherheit bedeuten; jedenfalls dann, wenn eine Vorbeschäftigung lange Zeit zurückliegt, dürfte deren zuverlässige Feststellung kompliziert sein. Unterlagen über längere Zeit zurückliegende, beendete Arbeitsverträge sind vielfach weder beim Arbeitgeber noch beim Arbeitnehmer vorhanden. Der Kreis und das Erinnerungsvermögen der Personen, die unmittelbar Kenntnis von der früheren Beschäftigung des Arbeitnehmers haben, nehmen ab.

Entscheidend gegen ein zeitlich uneingeschränktes Verbot der Vorbeschäftigung

sprechen verfassungsrechtliche Erwägungen. Vor allem spricht eine Gefährdung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit der Arbeitnehmer gegen ein Einstellungs Hindernis aus einem lebenslangen Anschlussverbot.

Aus Gründen der Rechtssicherheit hat sich das Bundesarbeitsgericht im Wege der Rechtsfortbildung für eine zeitliche Grenze ausgesprochen, nach deren Überschreitung eine Vorbeschäftigung im Sinne des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG nicht mehr anzunehmen ist. Dem Gericht scheint ein Zeitraum von drei Jahren geeignet, erforderlich und angemessen, der Missbrauchsverhinderung Rechnung zu tragen.

(BAG, Urteil vom 06.04.2011 – 7 AZR 716/09)

Gleichbehandlung bei Sonderzahlung als Ausgleich von Nachteilen

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung einer selbst gesetzten Regel gleich zu behandeln. Er verbietet nicht nur die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe, sondern auch eine sachfremde Gruppenbildung. Trotz des Vorrangs der Vertragsfreiheit ist der Gleichbehandlungsgrundsatz auch bei der Zahlung der Arbeitsvergütung anwendbar, wenn diese durch eine betriebliche Einheitsregelung generell angehoben wird oder der Arbeitgeber die Leistung nach einem erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er Voraussetzungen oder Zwecke festlegt.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt auch, wenn der Arbeitgeber nach selbst gesetzten Regeln freiwillige Sonderzahlungen leistet. Ihm ist es verwehrt, einzelne Arbeitnehmer oder bestimmte Gruppen aus unsachlichen Gründen von der Gewährung einer Sonderzahlung auszuschließen. Sachfremd ist die Benachteiligung jedoch nicht, wenn sich nach dem Leistungszweck Gründe ergeben, die es unter Berücksichtigung aller Umstände rechtfertigen, einer Gruppe von Arbeitnehmern eine Leistung vorzuenthalten. Die Zweckbestimmung einer Leistung ergibt sich dabei vorrangig aus den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen, von deren Vorliegen und Erfüllung die

Leistung abhängig gemacht wird. Gerechtfertigt ist die Gruppenbildung, wenn sie einem legitimen Zweck dient und zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich und angemessen ist. Die Gruppenbildung muss stets im Sinne materieller Gerechtigkeit sachgerecht sein.

Liegt ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Regel auf alle Arbeitnehmer anzuwenden und diese entsprechend zu begünstigen. Der benachteiligte Arbeitnehmer hat Anspruch auf die vorenthaltene Leistung.

Eine Sonderzahlung darf ohne Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einer Gruppe von Arbeitnehmern vorenthalten werden, wenn sie ausschließlich dem Ausgleich von Nachteilen derjenigen dient, die mit dem Arbeitgeber ungünstigere Arbeitsbedingungen vereinbart haben.

Das Vorenthalten einer Gehaltserhöhung oder einer Sonderzahlung gegenüber einer anderen Arbeitnehmergruppe kann zwar sachlich begründet sein, wenn mit der Leistung unterschiedliche Arbeitsbedingungen zwischen verschiedenen Gruppen von Arbeitnehmern ausgeglichen werden sollen. Nach dem Zweck einer auf den Ausgleich schlechterer Arbeitsbedingungen gerichteten Leistung ist eine Kompensation aber nur insoweit zulässig, als ein solcher Ausgleich herbeigeführt wird. Führt eine Leistung tatsächlich zu einer Überkompensation und damit zu einer Besserstellung einer Arbeitnehmergruppe, so besteht im Umfang der Überkompensation kein sachlicher Grund, der anderen Gruppe diese Leistung vorzuenthalten. Bei der notwendigen Würdigung besteht ein Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers, weil unterschiedliche Vergütungselemente wie Grundvergütung, Zuschläge, Einmalzahlungen und Arbeitszeit ins Verhältnis zu setzen und miteinander zu vergleichen sind.

Gemäß § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Benachteiligung nicht nur dann vor, wenn der Arbeitnehmer eine Einbuße erleidet, sondern auch dann, wenn ihm Vorteile vorenthalten werden, die der Arbeitgeber

Arbeitnehmern gewährt, falls diese Rechte nicht ausüben. Das Maßregelungsverbot ist aber nur dann verletzt, wenn zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Grund, d.h. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet.

(BAG, Urteil vom 13.04.2011 – 10 AZR 88/10)

Sexuelle Belästigung

Eine sexuelle Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG stellt nach § 7 Abs. 3 AGG eine Verletzung vertraglicher Pflichten dar. Sie ist „an sich“ als wichtiger Grund im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB geeignet. Ob die sexuelle Belästigung im Einzelfall zur außerordentlichen Kündigung berechtigt, ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls, unter anderem von ihrem Umfang und ihrer Intensität.

Eine sexuelle Belästigung im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG liegt vor, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere, wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Im Unterschied zu § 3 Abs. 3 AGG können danach auch einmalige sexuell bestimmte Verhaltensweisen den Tatbestand einer sexuellen Belästigung erfüllen.

Das jeweilige Verhalten muss bewirken oder bezwecken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird. Relevant ist entweder das Ergebnis oder die Absicht.

Für das „Bewirken“ genügt der bloße Eintritt der Belästigung. Gegenteilige Absichten oder Vorstellungen der für dieses Ergebnis aufgrund ihres Verhaltens objektiv verantwortlichen Person spielen keine Rolle. Auf vorsätzliches Verhalten kommt es nicht an. Das Tatbestandsmerkmal der Unerwünschtheit erfordert nicht, dass die

Betroffenen ihre ablehnende Einstellung zu den fraglichen Verhaltensweisen aktiv verdeutlicht haben. Maßgeblich ist allein, ob die Unerwünschtheit der Verhaltensweise objektiv erkennbar war.

Nach § 12 Abs. 3 AGG hat der Arbeitgeber bei Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG, zu denen auch sexuelle Belästigungen im Sinne von § 3 Abs. 4 AGG gehören, im Einzelfall die geeigneten, erforderlichen und angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen. Welche Maßnahmen er als verhältnismäßig ansehen darf, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. § 12 Abs. 3 AGG schränkt das Auswahlermessen jedoch insoweit ein, als der Arbeitgeber die Benachteiligung zu „unterbinden“ hat. Geeignet im Sinne der Verhältnismäßigkeit sind daher nur solche Maßnahmen, von denen der Arbeitgeber annehmen darf, dass sie die Benachteiligung für die Zukunft abstellen, d. h. eine Wiederholung ausschließen.

Die anzustellende Prognose fällt negativ aus, wenn aus der konkreten Vertragspflichtverletzung und der daraus resultierenden Vertragsstörung geschlossen werden muss, der Arbeitnehmer werde den Arbeitsvertrag in Zukunft erneut in gleicher oder ähnlicher Weise verletzen. Ist der Arbeitnehmer wegen gleichartiger Pflichtverletzungen schon einmal abgemahnt worden und verletzt er seine vertraglichen Pflichten gleichwohl erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, es werde auch weiterhin zu Vertragsstörungen kommen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass es sich um identische Pflichtverletzungen handelt. Es reicht aus, dass die jeweiligen Pflichtwidrigkeiten aus demselben Bereich stammen und somit Abmahnungs- und Kündigungsgründe in einem inneren Zusammenhang stehen. Entscheidend ist letztlich, ob der Arbeitnehmer aufgrund der Abmahnungen erkennen konnte, der Arbeitgeber werde weiteres Fehlverhalten nicht hinnehmen, sondern gegebenenfalls mit einer Kündigung reagieren. (BAG, Urteil vom 09.06.2011 – 2 AZR 323/10)

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) wird im Volksmund gerne auch Antidiskriminierungsgesetz genannt. Es handelt sich um ein deutsches Bundesgesetz, welches Benachteiligungen aufgrund der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern bzw. beseitigen soll. Um dieses Ziel erreichen zu können, erhalten die durch das AGG geschützten Personen Rechtsansprüche gegen Arbeitgeber und auch Privatpersonen, wenn diese ihnen gegenüber gegen die gesetzlichen Diskriminierungsverbote verstoßen.



DR. JUR. HANS-OTTO
BLAESER
Frechen

**Journal
für das Lohnbüro
02|2012**

Ein Service der Verlagsgruppe
Hüthig Jehle Rehm GmbH für die Bezieher
des Lexikons für das Lohnbüro 2012 plus

Verantwortlich im Sinne der Presse

Markus Matt-Kellner
Tel.: 02234/96610-12
matt-kellner@datakontext.com

Geschäftsführer

Dr. Karl Ulrich

Adresse

Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH
Hultschiner Straße 8
81677 München
Telefon: 0800/2183-333
kontakt@rehmnetz.de

Nachdruck

Nachdruck nur mit ausdrücklicher
Genehmigung des Verlages und unter
voller Quellenangabe.
ISSN 2191-625X