

# novus

## PERSONAL

Workation: Chance  
für Arbeitnehmer  
und Arbeitgeber

Referentenentwurf  
zur Änderung des  
Arbeitszeitgesetzes

Deutsche Regelung zum  
Arbeitnehmerdatenschutz  
nicht EU-rechtskonform?



## Vorwort



### Vieles im Umbruch im Personalbereich

Mangel an qualifizierten Mitarbeitern sowie Flexibilisierung von Ort und Zeit des Arbeitens stellen Arbeitgeber und ihre Personalabteilungen vor große neue Herausforderungen. Dazu kommen regulatorische Entwicklungen, die in nächster Zukunft zu berücksichtigen sind. Der Personalbereich sieht sich damit einigen gesetzlichen Neuerungen gegenüber.

Die Möglichkeit, zumindest einen Teil der Arbeitsleistung außerhalb des Betriebs zu erbringen, ist für viele Arbeitnehmer bereits Realität und wird regelmäßig auch von potenziellen neuen Mitarbeitern eingefordert. Ob Arbeiten im Home Office, mobiles Arbeiten im In- und ggf. auch im Ausland, oft im Zusammenhang mit einem Urlaub oder einer Auszeit (kurz Workation genannt) – für die Personalabteilung ergeben sich daraus eine Fülle an arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen, die es unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Unternehmen zu klären gilt.



Nachdem das Bundesarbeitsgericht 2022 entschied, dass Arbeitgeber bereits nach geltender Rechtslage zur Erfassung der Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter verpflichtet sind, liegt nun aus dem Bundesarbeitsministerium ein Referentenentwurf zur Reform des Arbeitszeitgesetzes vor. Ob damit die offenen Praxisfragen geklärt werden, bleibt abzuwarten.



Beim Hinweisgeberschutzgesetz konnte doch noch im Vermittlungsausschuss eine Einigung erzielt werden, nachdem zunächst der ursprüngliche Gesetzentwurf im Bundesrat keine erforderliche Mehrheit erhielt. Arbeitnehmern wird damit die Möglichkeit eröffnet, bei internen und externen Meldestellen auf Missstände und Gesetzesverstöße im Unternehmen hinzuweisen, ohne berufliche oder rechtliche Sanktionen befürchten zu müssen. Auch hier wird die Personalabteilung gefordert sein, möglichst kurzfristig ein internes Meldewesen einzurichten, um den gesetzlichen Anforderungen unter Wahrung der Interessen des Unternehmens und der hinweisgebenden Arbeitnehmer gerecht zu werden.



Damit wird deutlich, dass im Personalbereich viele Änderungen umgesetzt werden müssen, die es arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlich zu begleiten und zu gestalten gilt. Neben rein nationalen Regelungen sind mit zunehmender grenzüberschreitender Mobilität der Mitarbeiter auch internationale Vorgaben zu berücksichtigen. Mit unserem multidisziplinären Ansatz unterstützen wir Sie dabei, proaktiv diesen Wandel zu vollziehen.

*Anne-Marie Kekow*

*Eva Einfeldt*

*Dr. Evelyn Nau*

*Sten Günzel*



■ TOP-THEMA

Workation: Chance für Arbeitnehmer und Arbeitgeber 4

■ LOHNSTEUER

49 Euro-Ticket als Jobticket 5  
 Steuerfreie private Nutzung betrieblicher Telekommunikationsgeräte durch Arbeitnehmer 6  
 Keine Anwendung der Fahrtenbuchmethode bei Schätzung des Treibstoffverbrauchs 6  
 Lohnsteuerliche Abrechnung von Erstattungsbeträgen für Verdienstausschüttungen 7  
 Erste Tätigkeitsstätte unter Berücksichtigung von Bereitschaftszeiten 8  
 Steuerliche Maßnahmen zur Unterstützung der Erdbebenopfer in der Türkei und in Syrien 9  
 Solidaritätszuschlag in 2020 und 2021 laut BFH verfassungskonform 9

■ SOZIALVERSICHERUNG

Aktive Mitwirkungspflicht zur Aufhebung eines Statusfeststellungsbescheids bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse 10  
 Arbeitsunfall auch im Pausenbereich „beim Luftschnappen“ möglich 10

■ ARBEITSRECHT

Referentenentwurf zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes 11  
 Tägliche Ruhezeit unabhängig von wöchentlicher Ruhezeit 12  
 Dienstliche SMS müssen in der Freizeit nicht gelesen werden 12  
 Entgeltgleichheit von Männern und Frauen 13  
 Unterschiedlich hohe Tarifzuschläge bei regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit 13  
 Urlaubsabgeltungsansprüche: Beginn der Verjährungsfrist 14  
 Keine Nachholung der innerbetrieblichen Stellenausschreibung im gerichtlichen Zustimmungseretzungsverfahren 14  
 Beginn des Kündigungsverbots für schwangere Arbeitnehmerinnen 15

■ DATENSCHUTZRECHT

Deutsche Regelung zum Arbeitnehmerdatenschutz nicht EU-rechtskonform? 16

■ INTERNATIONAL

Vorübergehende Auslandsentsendung: Hypotax-Verfahren bei tarifvertraglich vorgesehener Bruttovergütung 18  
 Keine Arbeitgebereigenschaft der ausländischen Betriebsstätte einer im Inland ansässigen Kapitalgesellschaft 19

# Workation: Chance für Arbeitnehmer und Arbeitgeber

**In vielen Unternehmen ist mobiles Arbeiten inzwischen zur Normalität geworden. Arbeitet der Mitarbeiter kurzzeitig und auf eigenen Wunsch an einem anderen Arbeitsort, typischerweise im Ausland, und erfolgt dies im Zusammenhang mit einem Urlaub, einem Familienbesuch oder auch einer Auszeit spricht man von Workation.**

Bei dieser Form des mobilen Arbeitens steht die Verbindung von Freizeit und Arbeit im Vordergrund und erfüllt damit den Wunsch vieler Arbeitnehmer nach mehr Flexibilität im Berufsalltag. Damit die Workation sowohl für Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber eine positive Erfahrung wird, sollten sich beide Seiten allerdings vorab mit den geltenden rechtlichen Regularien im konkreten ausländischen Staat und den Folgewirkungen im Heimatstaat auseinandersetzen und ggf. entsprechende Vorkehrungen treffen.

Dabei gilt es zu beachten, dass die Regelungen und damit etwaige Anforderungen in jedem Staat unterschiedlich sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Workation außerhalb der EU stattfinden soll.

## Aufenthaltsrechtliche Implikationen

Aufgrund der Freizügigkeit innerhalb der EU stellt das Aufenthaltsrecht sowie die Arbeitserlaubnis für EU-Bürger regelmäßig kein Problem dar, wenn diese eine Workation in einem Mitgliedstaat der EU verbringen wollen. Zu beachten sind dann lediglich die in den einzelnen Mitgliedstaaten individuell geltenden Meldepflichten. Anders kann dies bei einer Tätigkeit außerhalb der EU bzw. für Arbeitnehmer mit der Staatsbürgerschaft eines Drittstaates auch innerhalb der EU aussehen. Hier ist individuell zu prüfen, welche aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen gelten.

**Hinweis:** Typischerweise wird die Einreise zu Urlaubszwecken in einen visumpflichtigen Staat mit einem Touristenvisum erfolgen. Dieses Visum deckt jedoch regelmäßig keine Arbeitstätigkeit ab, so dass theoretisch eine Arbeitserlaubnis erforderlich wäre. Eine sol-

che ist aber in der Praxis nur selten erhältlich. Einige Staaten bieten zwischenzeitlich sog. digitale Nomadenvisa an.

## Arbeitsrechtliche und arbeitsschutzrechtliche Erfordernisse

Je nachdem wie lange die Workation andauert und welche Bestimmungen der Aufenthaltsstaat vorsieht, kann der „gewöhnliche Arbeitsplatz“ unverändert fortbestehen. In diesem Falle gelten regelmäßig die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Staates weiter, in dem der Arbeitgeber seinen Sitz hat. Ggf. sind aber zusätzlich auch die Vorschriften des jeweiligen Tätigkeitsorts zu berücksichtigen. So kann z. B. erforderlich sein, die Vorschriften des Aufenthaltsstaats zum Arbeitsschutz, Regelungen zu Höchstarbeitszeiten, zu gesetzlichen Feiertagen oder zum Mutterschutz einzuhalten.

Möchte der Arbeitnehmer für einen längeren Zeitraum aus dem Ausland arbeiten, treffen den Arbeitgeber auch Pflichten zum Nachweis der Auslandstätigkeit nach der Entsenderichtlinie bzw. nach länderspezifischen Regelungen.

## Sozialversicherungsrechtliche Anforderungen

Zu klären ist zudem die Frage nach dem anzuwendenden Sozialversicherungsregime. Diesbezüglich hat die EU-Kommission zwischenzeitlich klargestellt, dass vorübergehende Remote Work im Ausland auch dann als Entsendung gilt, wenn sie arbeitnehmerveranlasst ist. Da demnach die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung des Arbeitnehmers in Deutschland bei einer Tätigkeit im Ausland von weniger als 24 Monaten grundsätzlich bestehen bleiben kann, sollte dies bei einer Workation regelmäßig unproblematisch sein.

**Hinweis:** Um die bestehende Zugehörigkeit zum Sozialversicherungssystem in Deutschland nachweisen zu können, ist wie im „normalen“ Fall der Entsendung innerhalb der EU, des EWR und der Schweiz eine A1-Bescheinigung zu beantragen und vom Arbeit-

nehmer mitzuführen. Dies erleichtert insb. die Abwicklung von Berufsunfällen bzw. von Kosten langwieriger Behandlungen im Falle ernsthafter Erkrankungen anlässlich der Workation.

## Ertragsteuerliche Folgen

Schließlich ist zu klären, ob sich aufgrund der Workation steuerliche Konsequenzen ergeben. Die Frage der Besteuerung des Arbeitslohns ist dabei bei Anwendbarkeit eines mit Deutschland abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommens regelmäßig unkritisch. Überwiegend sehen die Doppelbesteuerungsabkommen eine 183-Tage-Regelung vor, so dass bei nur kurzfristiger Tätigkeit vom Ausland aus grundsätzlich Deutschland als Ansässigkeitsstaat das Besteuerungsrecht innehat.

Je nach Dauer der Workation sowie der Funktion bzw. Tätigkeit des Arbeitnehmers besteht jedoch das Risiko der Begründung einer Betriebsstätte im jeweiligen Ausland. Insbesondere bei einem länger als 30 Tage andauernden Aufenthalt empfiehlt es sich daher, dieses Risiko anhand einer Einzelfallprüfung zu bewerten.

## Fazit

Für Arbeitgeber ist das Ermöglichen einer Workation ein attraktives Mittel zur Gewinnung und Bindung von Mitarbeitern. Um Klarheit für alle Beteiligten zu schaffen und den damit verbundenen Verwaltungsaufwand zu reduzieren, helfen klar definierte und zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kommunizierte Regelungen, die die vorgenannten Fragestellungen klären, die Möglichkeiten und Grenzen einer Workation definieren und bei der Abwicklung prozessseitig unterstützen.

Hierbei stehen wir Ihnen gerne mit unserem praxisorientierten Ansatz zur Seite, der eine ressourcenschonende Entwicklung von auf Ihr Unternehmen zugeschnittenen Regelungen ermöglicht. Für weitergehende Informationen stehen Ihnen unsere Experten im Bereich Global Mobility sehr gerne zur Verfügung.



## 49 Euro-Ticket als Jobticket

**Zuschüsse des Arbeitgebers für Fahrten seines Arbeitnehmers mit dem ÖPNV sind unter bestimmten Voraussetzungen lohnsteuer- und sozialversicherungsfrei. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber dazu seinem Arbeitnehmer das neue 49 Euro-Ticket zur Verfügung stellt.**

Die Steuerfreiheit von Zuschüssen des Arbeitgebers für Fahrten mit dem ÖPNV setzt voraus, dass

- ▶ die Zuschüsse dem Arbeitnehmer im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn gewährt werden und
- ▶ damit tatsächlich anfallende Aufwendungen für Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte im ÖPNV übernommen oder dem Arbeitnehmer erstattet werden.

Unter die Steuerbefreiung fällt insb. die kostenfreie oder verbilligte Überlassung eines sog. Jobtickets bzw. die Erstattung der entsprechenden Aufwendungen durch den Arbeitgeber. Für die Steuerfreiheit ist dabei unerheblich, ob der Arbeitnehmer das Jobticket neben Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte auch für andere private Fahrten nutzt. Allerdings gilt die Steuerbegünstigung bei privaten Fahrten nur im öffentlichen Personennahverkehr. Als Jobticket kann nun alternativ zum bisherigen, regional angebotenen Jobticket des ÖPNV auch das neu eingeführte 49 Euro-Ticket verwendet werden, das nicht nur die regionale, sondern die deutschlandweite Nutzung des ÖPNV ermöglicht. Arbeitgeber werden sich insb. dann bereit erklären, das 49 Euro-Ticket als Jobticket zu verwenden, wenn dieses günstiger als das bisher regional angebotene Jobticket ist.

**Hinweis:** Ein vergünstigtes ÖPNV-Ticket wurde bereits im Sommer 2022 mit dem sog. 9 Euro-Ticket angeboten. Hinsichtlich dessen Verwendung als Jobticket äußerte sich das BMF explizit mit Schreiben vom 30.05.2022 (Az. IV C 5 – S 2351/19/10002 :007). Dem Vernehmen nach sieht die Finanzverwaltung beim 49 Euro-Ticket keinen Bedarf an entsprechenden weiteren Ausführungen. Damit gelten die vorgenannten allgemeinen Voraussetzungen zur Steuerfreiheit von Arbeitgeberzuschüssen. Arbeitgeber, die bislang höhere Aufwendungen für das bisherige Jobticket übernommen haben, sollten darauf achten, die Zuschüsse ab Nutzung des 49 Euro-Tickets entsprechend zu begrenzen. Übersteigen die Zuschüsse des Arbeitgebers für das Jobticket die tatsächlich angefallenen Aufwendungen des Arbeitnehmers, liegt nämlich steuerpflichtiger Arbeitslohn vor. Anders als beim 9 Euro-Ticket besteht hier nicht die Möglichkeit einer Jahresbetrachtung, innerhalb der die Zuschüsse nicht die tatsächlichen Aufwendungen übersteigen dürfen. Vielmehr ist im jeweiligen Monat zu prüfen, ob maximal die tatsächlichen Aufwendungen des Arbeitnehmers erstattet werden.

## Steuerfreie private Nutzung betrieblicher Telekommunikationsgeräte durch Arbeitnehmer

**Erwirbt der Arbeitgeber ein vom Arbeitnehmer zuvor privat angeschafftes Mobiltelefon zu einem sehr geringen, unter dem Marktwert liegenden Preis und überlässt er das Gerät unmittelbar danach dem Arbeitnehmer zur privaten Nutzung, steht dies der Steuerfreiheit der Erstattung von Telefonkosten für einen vom Arbeitnehmer abgeschlossenen Mobilfunkvertrag durch den Arbeitgeber nach § 3 Nr. 45 EStG nicht entgegen.**

Zu diesem Ergebnis kommt der BFH mit Urteil vom 23.11.2022 (Az. VI R 50/20, DStR 2023, S. 327). Die Steuerbefreiung der Vorteile des Arbeitnehmers aus der privaten Nutzung von betrieblichen Datenver-

beitungs- und Telekommunikationsgeräten nach § 3 Nr. 45 EStG setze voraus, dass es sich um betriebliche Geräte handelt. Dies sieht der BFH im Streitfall für gegeben an.

Der Arbeitgeber sei zivilrechtlicher Eigentümer der Geräte. Eine neben dem Arbeitsverhältnis bestehende Sonderrechtsbeziehung, die dem Arbeitnehmer eine dem zivilrechtlichen Eigentum entgegenstehende Verfügungsmacht einräumt, sei nicht gegeben, da durch ergänzende Vereinbarungen zum Arbeitsvertrag die Geräteüberlassung an das bestehende Arbeitsverhältnis gekoppelt wurde.

Dem mit dem Arbeitnehmer abgeschlossenen Kaufvertrag über das Mobiltelefon sei auch nicht die steuerliche Anerkennung zu ver-

sagen. Eine Überprüfung nach Fremdvergleichsgrundsätzen sei wegen des natürlichen Interessengegensatzes beim Vertragsabschluss nicht angezeigt. Schließlich erkennt der BFH in dem Verkauf zu einem geringen Kaufpreis auch keinen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO. Es handele sich vielmehr um eine wirtschaftlich angemessene, einfache und zweckmäßige Möglichkeit, dem Arbeitgeber betriebliche Mobiltelefone zu verschaffen.

**Hinweis:** Entsprechend entschied der BFH auch in zwei weiteren Urteilen vom 23.11.2022 (Az. VI R 49/20 und VI R 51/20).

## Keine Anwendung der Fahrtenbuchmethode bei Schätzung des Treibstoffverbrauchs

**Werden belegmäßig nicht nachgewiesene Aufwendungen für ein betriebliches Kfz, konkret Treibstoffkosten, geschätzt, schließt dies laut BFH die Anwendung der Fahrtenbuchmethode zur Ermittlung des geldwerten Vorteils der Privatnutzung des Kfz aus.**

Im Streitfall führten zwei Angestellte zum Nachweis des Verhältnisses der privaten Fahrten, der Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte sowie der übrigen Fahrten mit den ihnen überlassenen betrieblichen Fahrzeugen Fahrtenbücher. Bei der Ermittlung des geldwerten Vorteils der außerdienst-

lichen Kfz-Nutzung nach der Fahrtenbuchmethode setzte der Arbeitgeber Treibstoffkosten nach Durchschnittswerten an, da die Fahrzeuge an einer betriebseigenen Tankstelle ohne Aufzeichnung der tatsächlich angefallenen Treibstoffkosten betankt wurden.

Laut Urteil des BFH vom 15.12.2022 (Az. VI R 44/20, DStR 2023, S. 390) setzt die Anwendung der Fahrtenbuchmethode nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 2 Satz 4 EStG neben der vollständigen Aufzeichnung der Fahrtstrecken mittels Fahrtenbuch auch die Ermittlung der insgesamt durch das Kfz entstehenden Aufwendungen voraus, die durch

Belege nachzuweisen sind. Die Schätzung von belegmäßig nicht erfassten Kfz-Kosten schließe die Anwendung der Fahrtenbuchmethode aus. Dies gelte auch dann, wenn im Rahmen der Schätzung ein „Sicherheitszuschlag“ berücksichtigt werde, so dass sich vermeintlich höhere Gesamtkosten ergeben.

**Hinweis:** Das Urteil ist zur Anwendung der Fahrtenbuchmethode bei Kfz-Überlassung an einen Arbeitnehmer ergangen, dürfte aber in gleicher Weise im Falle der Privatnutzung eines betrieblichen Kfz durch den (Mit-)Unternehmer zu beachten sein.

# Lohnsteuerliche Abrechnung von Erstattungsbeträgen für Verdienstaussfallentschädigungen

**Die Finanzverwaltung konkretisiert den lohnsteuerlichen Umgang mit unzutreffend ausgezahlten und abgerechneten Verdienstaussfallentschädigungen nach § 56 IfSG.**

Müssen Arbeitnehmer sich – ohne krank zu sein – in Quarantäne begeben oder unterliegen einem Tätigkeitsverbot, erhalten sie für einen Zeitraum von bis zu sechs Wochen eine Entschädigung für den Verdienstaussfall (§ 56 IfSG). Dies gilt grundsätzlich auch für Arbeitnehmer, die aufgrund von temporären Schließungen öffentlicher Betreuungseinrichtungen die Beaufsichtigung von Kindern oder behinderten Menschen übernehmen müssen. Die Entschädigung ist vom Arbeitgeber auszuführen und wird diesem auf Antrag von der Entschädigungsbehörde erstattet.

Mit Schreiben vom 25.01.2023 (Az. IV C 5 – S 2342/20/10008 :003, DStR 2023, S. 153) stellt das BMF u. a. klar, dass nach der Übermittlung bzw. Ausstellung der Lohnsteuerbescheinigung bekanntgewordene Abweichungen der Entschädigungsbehörde von der ursprünglichen Berechnung des Arbeitgebers für sich genommen keine Änderung der Lohnsteuerbescheinigung rechtfertigen. Abhängig davon, ob es sich um einen Fall der unzutreffenden Lohnversteuerung oder der unzutreffenden Steuerfreistellung handelt, sei daher wie folgt zu verfahren:

Wird vom Arbeitgeber zunächst Arbeitslohn versteuert und erhält dieser nachträglich Erstattungsbeiträge für die lohnsteuerfreie Verdienstaussfallentschädigung, handele es sich um eine unzutreffende Lohnversteuerung. In diesem Fall könne der Arbeitnehmer die zu Unrecht einbehaltene Lohnsteuer nur im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung geltend machen (Rn. 9f.).

Im umgekehrten Fall der unzutreffenden Steuerfreistellung ist die Rückforderung der zu viel gezahlten Verdienstaussfallentschädigung als Minderungsbetrag unter der Nr. 15 der Lohnsteuerbescheinigung einzutragen (Rn. 11ff.). Bei Verzicht auf die Rückforderung erfolge die Richtigstellung im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung oder über eine Lohnsteuer-Nachforderung beim Arbeitnehmer. Für diese Zwecke unterliegt der Arbeitgeber einer Anzeigepflicht (§ 41c Abs. 4 EStG). Sofern die zu viel gezahlte Verdienstaussfallentschädigung einen Betrag von 200 Euro pro Quarantänefall nicht übersteigt, beanstandet es die Finanzverwaltung jedoch nicht, wenn der Arbeitgeber von einer Anzeige absieht. In diesem Fall werden auch die weiteren, gemäß dem BMF-Schreiben grundsätzlich erforderlichen Korrekturmaßnahmen nicht vorgenommen (Rn. 14f.).

**Hinweis:** Das BMF-Schreiben ist anzuwenden, wenn eine für die Kalenderjahre 2020 bis 2023 vorzunehmende Änderung des Lohnsteuerabzugs nicht mehr zulässig ist.



## Erste Tätigkeitsstätte unter Berücksichtigung von Bereitschaftszeiten

**Die arbeitsvertraglich festgelegte Verpflichtung eines Arbeitnehmers, an verschiedenen Einsatzstellen tätig zu werden, verhindert nicht dessen Zuordnung zu einer ersten Tätigkeitsstätte. Dies hat der BFH im Zusammenhang mit Arbeitsbereitschafts- und Bereitschaftsruhezeiten klargestellt.**

Die betriebliche Einrichtung eines Arbeitgebers ist dann erste Tätigkeitsstätte, wenn der Arbeitnehmer dort dauerhaft zugeordnet ist. Fehlt eine arbeitsvertragliche oder andere arbeitsrechtliche Bestimmung der ersten Tätigkeitsstätte, ist maßgeblich, ob der Arbeitnehmer in einer betrieblichen Einrichtung dauerhaft mindestens zwei volle Arbeitstage pro Arbeitswoche bzw. mindestens ein Drittel seiner vereinbarten Arbeitszeit tätig werden soll.

Wird eine Arbeitnehmer gemäß seinem Arbeitsvertrag dazu verpflichtet, nach Einzelanweisung an unterschiedlichen betrieblichen Einrichtungen des Arbeitgebers tätig zu werden, steht dies laut Urteil des BFH vom 26.10.2022 (Az. VI R 48/20, BFH/NV 2023, S. 423) einer dauerhaften Zuordnung zu einer dieser Einrichtungen nicht per se entgegen. Dabei ist auch die Ableistung von Arbeitsbereitschafts- und Bereitschaftsruhezeiten in einer Einrichtung des Arbeitgebers als eine solche Tätigkeit anzusehen.

Der BFH hob das anderslautende Urteil des FG Rheinland-Pfalz auf und wies den Streitfall an das Finanzgericht zurück. Das FG Rheinland-Pfalz hat nun festzustellen, ob eine dauerhafte Zuordnung zu einer betrieblichen Einrichtung vorlag.

Ergänzend wies der BFH darauf hin, dass im Rahmen dieser Feststellung nur eingeschränkt auf die Dienstpläne des Arbeitnehmers zurückgegriffen werden könne. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach es regelmäßig der Lebenswirklichkeit entspricht, dass der Arbeitnehmer der betrieblichen Einrichtung des Arbeitgebers zugeordnet ist, in der er tatsächlich tätig ist bzw. tätig werden soll, sei nicht ohne Weiteres auf den konkreten Fall anzuwenden.

# Steuerliche Maßnahmen zur Unterstützung der Erdbebenopfer in der Türkei und in Syrien

**Angesichts des großen menschlichen Leids und der immensen Schäden durch das Erdbeben in der Türkei und in Syrien zeigte sich eine hohe Spenden- und Unterstützungsbereitschaft in Deutschland. Das BMF gab hierzu bekannt, wie die Finanzverwaltung im Zeitraum vom 06.02.2023 bis 31.12.2023 durchgeführte Unterstützungsmaßnahmen steuerlich behandelt.**

Laut Schreiben des BMF vom 27.02.2023 (Az. IV C 4 – S 2223/19/10003 :019) gilt für Zuwendungen, die u. a. auf ein dafür eingerichtetes Sonderkonto einer inländischen juristischen Person des öffentlichen Rechts eingezahlt werden, der vereinfachte Spendennachweis.

Neben weiteren steuerlichen Maßnahmen sieht das BMF für Unterstützungen des Arbeitgebers an vom Erdbeben betroffene Arbeitnehmer vor, dass diese bis zu einem Betrag von 600 Euro im Kalenderjahr lohnsteuerfrei geleistet werden können. Arbeitslohnspenden können bei der Feststellung des steuerpflichtigen Arbeitslohns außer Ansatz bleiben.

## Solidaritätszuschlag in 2020 und 2021 laut BFH verfassungskonform

**Der BFH entschied zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlags in 2020 und 2021 – und verwarf dabei verfassungsrechtliche Bedenken.**

In dem mit Urteil vom 17.01.2023 (Az. IX R 15/20) entschiedenen Revisionsverfahren vertraten die Kläger die Rechtsauffassung, die Erhebung des Solidaritätszuschlags sei ab 2020 verfassungswidrig. Der 1995 eingeführte Solidaritätszuschlag diene als Ergänzungsabgabe zur Einkommen- und Körperschaftsteuer der Finanzierung der Wiedervereinigung. Mit dem Auslaufen des Solidaritätspakts II und der Neuordnung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen ab 2020 entfalle – so die Kläger – die Rechtfertigung für die weitere Erhebung des Zuschlags.

Dieser Argumentation widersprach der BFH und kommt zu dem Ergebnis, dass die Erhebung des Solidaritätszuschlags in den Jahren 2020 und 2021 noch nicht verfassungswidrig war.

Es handele sich in beiden Jahren weiterhin um eine verfassungsrechtlich zulässige Ergänzungsabgabe. Das Auslaufen des Solidaritätspakts II und die Neuordnung des Länderfinanzausgleichs zum Jahresende 2019 stünden nicht zwingend in rechtstechnischer Verbindung zum Solidaritätszuschlag. Vielmehr bestünde in den Jahren 2020 und 2021 auch weiterhin ein wiedervereinigungsbedingter Finanzbedarf des Bundes.

Einer zu erwartenden Verringerung der Kosten im Laufe der Zeit habe der Gesetzgeber mit der Beschränkung des Solidaritätszuschlags auf die Beziehler höherer Einkommen ab 2021 bereits Rechnung getragen. Daraus werde auch deutlich, dass der Gesetzgeber den Zuschlag nicht unbegrenzt erheben will, sondern nur für einen Übergangszeitraum. Die ab 2021 geltende Beschränkung durch Anhebung der Freigrenzen verstoße auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, da die Ungleichbehandlung von Beziehern höherer Einkommen mit von den Freigrenzen Begünstigten durch das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes gerechtfertigt sei.

**Hinweis:** Derzeit ist noch eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG (Az. 2 BvR 1505/20) anhängig, mit der sich Bundestagsabgeordnete gegen die Fortführung des Solidaritätszuschlagsgesetzes wenden.

## Aktive Mitwirkungspflicht zur Aufhebung eines Statusfeststellungsbescheids bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse

**Ein Statusfeststellungsbescheid darf auch für die Vergangenheit aufgehoben werden, wenn sich eine wesentliche Änderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse auf die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht auswirkt. In diesem Fall darf auch eine Beitragsnachforderung für die Vergangenheit erhoben werden.**

Mittels eines sog. Statusfeststellungsbescheides, einem Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, legt die Deutsche Rentenversicherung Bund (DRV Bund) fest, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt. Laut Urteil des Bundessozialge-

richts vom 29.03.2022 (Az. B 12 KR 1/20 R) ist das von einer Statusentscheidung betroffene Unternehmen dazu verpflichtet, Änderungen der Gesellschafterverhältnisse anzuzeigen, wenn diese Auswirkungen auf die getroffene Statusentscheidung haben. Zwar fehle es an einer unmittelbaren Regelung über die Pflicht zur Mitteilung eingetretener wesentlicher Änderungen. Aber die Gesellschaft trage das Risiko fehlerhafter Einschätzung eines Auftragsverhältnisses. Dem entspricht – so das BSG – die Pflicht, die DRV Bund in die Lage zu versetzen, das Vorliegen der Voraussetzungen für die getroffene Statusentscheidung zu überprüfen. Im entschiedenen Fall hielt ein Gesellschafter-Geschäfts-

führer, der aufgrund seiner Anteile am Stammkapital bisher über eine (echte) Sperrminorität verfügte, nach einer Kapitalerhöhung nur noch einen derart geringen Anteil, dass er kein (umfassendes) Vetorecht gegen Gesellschafterbeschlüsse mehr besaß. Damit wurde er sozialversicherungspflichtig.

**Hinweis:** Unterbleibt eine solche Änderungsanzeige gegenüber der DRV Bund, handelt das Unternehmen (mindestens) grob fahrlässig. Der Statusbescheid ist laut BSG mit Wirkung für die Vergangenheit vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufzuheben.

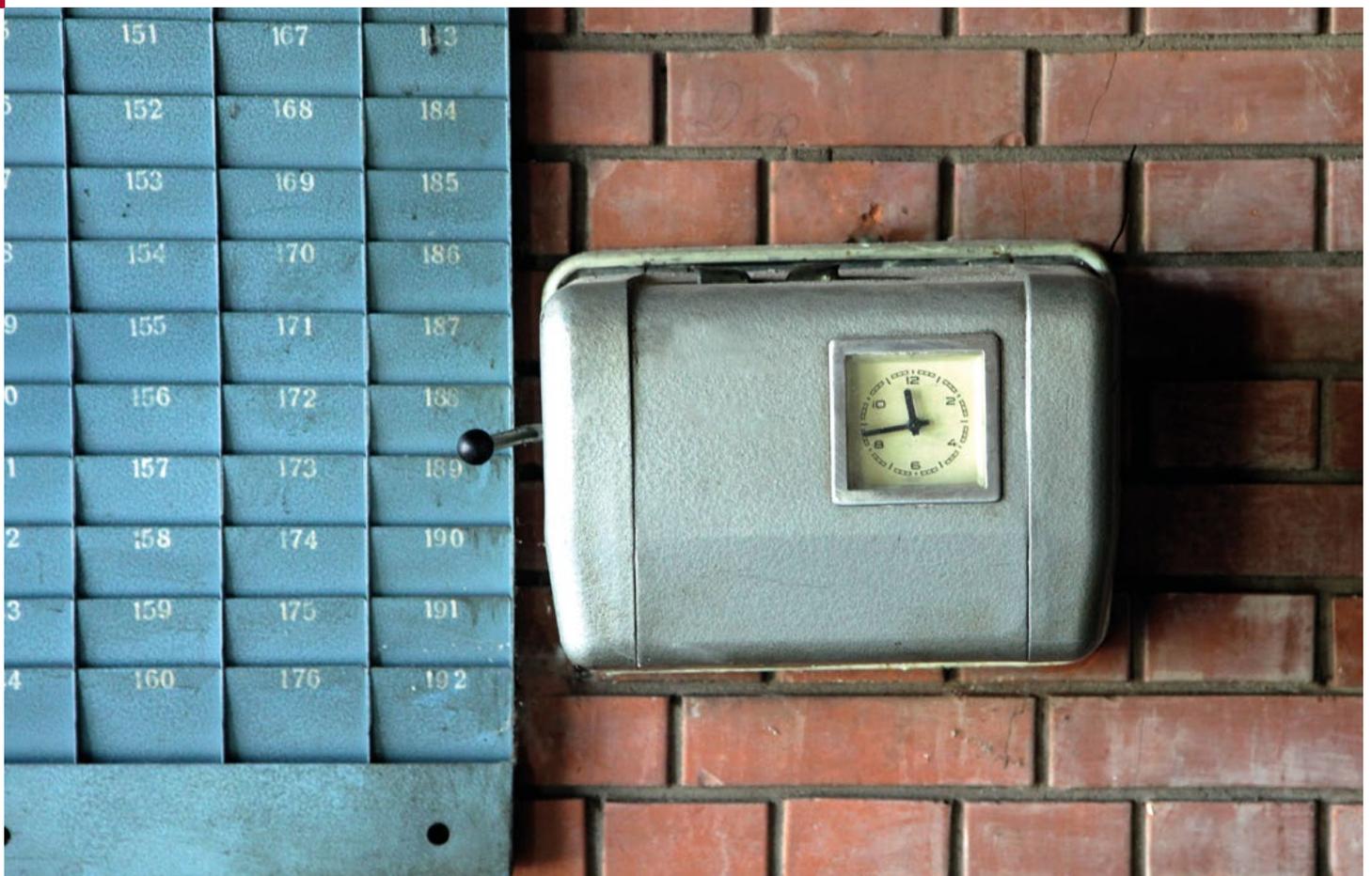
## Arbeitsunfall auch im Pausenbereich „beim Luftschnappen“ möglich

**Unfallversicherungsschutz besteht auch dann, wenn sich ein Arbeitnehmer zum Luftschnappen erlaubterweise in einem ausgewiesenen Pausenbereich aufhält und dort verletzt wird.**

Gemäß Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 27.02.2023 (Az. L 1 U 032/22) verwirklicht sich eine spezifische Betriebsgefahr, die zum Unfallversicherungsschutz auch in einer Zeit ohne betriebsbezogene Verrichtung führt, wenn ein Beschäftigter, der sich zu einem arbeitsrechtlich gestatteten „Luftschnappen“ in einem ausgewiesenen Pausenbereich auf dem Betriebsgelände aufhält und dort von einem Gabelstapler angefahren und verletzt wird.

Die zuständige Berufsgenossenschaft hatte die Anerkennung eines Arbeitsunfalls noch abgelehnt, weil der Kläger zur Zeit des Unfalls eine privatnützige Verrichtung ausgeführt habe. Auch das Sozialgericht verneinte den Unfallversicherungsschutz. Anders sieht es die Berufungsinstanz. Laut LSG ist der Betrieb von Gabelstaplern eine spezifische Betriebsgefahr, der ein Beschäftigter im alltäglichen Straßenverkehr nicht ausgesetzt ist. Ein Beschäftigter dürfe darauf vertrauen, dass er in einem Pausenbereich keiner solchen besonderen Gefahr ausgesetzt ist. Weiter führt das Berufungsgericht aus, dass der Unfallversicherungsschutz bei Verwirklichung einer spezifischen besonderen Betriebsgefahr nicht nur im unmittelbaren „räumlich-zeitlichen“ Umfeld des konkreten Arbeitsplatzes besteht.

**Hinweis:** Der Senat hat die Revision zum Bundessozialgericht zugelassen. Denn es sei nicht endgültig geklärt, ob der Versicherungsschutz wegen einer spezifischen betriebsbezogenen Gefahr nur in unmittelbarer Nähe des konkreten Arbeitsplatzes bestehe oder auch in einem weiter entfernt liegenden Pausenbereich. Ob die Berufsgenossenschaft Revision einlegt, ist derzeit noch offen.



## Referentenentwurf zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes

**Mit Beschluss vom 13.09.2022 (Az. 1 ABR 22/21) hat das BAG klargestellt, dass die Arbeitgeber – bereits nach aktueller Gesetzeslage – verpflichtet sind, ein System zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit aller Arbeitnehmer vorzuhalten (siehe dazu auch novus Personal 1. Ausgabe 2023, S. 4). Daraufhin teilte das Bundesarbeitsministerium mit, zeitnah einen praxistauglichen gesetzlichen Rahmen zur Arbeitszeiterfassung vorzulegen. Seit 18.04.2023 liegt nun der Referentenentwurf zur Änderung des Arbeitszeitgesetzes und anderer Vorschriften vor.**

Während der BAG-Beschluss die Form der Arbeitszeitaufzeichnung offen ließ, soll nach dem Referentenentwurf die tägliche Arbeitszeit der Beschäftigten in Deutschland künftig elektronisch aufgezeichnet werden müssen. Nach dem bisherigen Arbeitszeitgesetz mussten nur Überstunden und Sonntagsarbeit, nicht jedoch die gesamte Arbeitszeit dokumentiert werden. Eine bestimmte Art der elektronischen Aufzeichnung wird aber nicht vorgeschrieben.

Gemäß § 16 Abs. 2 ArbZG-E soll der Arbeitgeber verpflichtet werden, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit der Beschäftigten jeweils am Tag der Arbeitsleistung elektronisch aufzuzeichnen. Es soll aber möglich bleiben, die Aufzeichnung auf die Mitarbeitenden selbst oder einen Dritten, etwa den Vorgesetzten, zu delegieren, § 16 Abs. 3 ArbZG-E. Gemäß § 16 Abs. 4 ArbZG-E kann der Arbeitgeber auf die Kontrolle der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit verzichten, wenn er durch geeignete Maßnahmen sicherstellt, dass ihm Verstöße gegen die gesetzlichen Bestimmungen zu Dauer und Lage der Arbeits- und Ruhezeiten bekannt werden. Dies kann laut Gesetzesbegründung zum Beispiel durch die entsprechende Meldung eines elektronischen Arbeitszeiterfassungssystems erfolgen. Ferner enthält der Referentenentwurf eine sog. Tariföffnungsklausel, die abweichende Regelungen zur Form und zum Zeitpunkt der Aufzeichnung zulässt.

§ 16 Abs. 8 ArbZG-E enthält eine nach Unternehmensgröße gestaffelte Übergangsregelung für die Einführung eines elektronischen Systems der Arbeitszeiterfassung. Generell sollen Arbeitgeber bis zu einem Jahr

nach Inkrafttreten des Gesetzes die Arbeitszeit nicht nur elektronisch, sondern etwa auch handschriftlich aufzeichnen können. Für Arbeitgeber mit weniger als 250 Mitarbeitenden gilt die Übergangsregelung zwei Jahre, für solche mit weniger als 50 Mitarbeitenden fünf Jahre. Arbeitgeber mit bis zu zehn Mitarbeitenden (Kleinbetriebsklausel) sollen dauerhaft von der Vorgabe der elektronischen Arbeitszeitaufzeichnung abweichen können.

Schließlich soll die Möglichkeit von sog. Vertrauensarbeitszeit, d. h. flexiblen Arbeitszeitmodellen ohne Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit, durch die Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung nicht beeinträchtigt werden.

**Hinweis:** Der Referentenentwurf beschränkt sich inhaltlich auf die bereits nach BAG-Beschluss bestehende Arbeitszeitaufzeichnungspflicht. Darüber hinausgehende Themen des Arbeitszeitrechts werden – zumindest bisher – mit diesem Entwurf nicht angegangen. Es bleibt abzuwarten, ob der Referentenentwurf in den weiteren Abstimmungen ggf. noch umfassendere Änderungen erfährt.

## Tägliche Ruhezeit unabhängig von wöchentlicher Ruhezeit

**Die tägliche Ruhezeit und die wöchentliche Ruhezeit stellen zwei autonome Rechte dar. Laut EuGH müssen die danach jeweils vorgeschriebenen Zeiten unabhängig voneinander gewährt werden.**

Im Streitfall gewährte der ungarische Arbeitgeber einem Lokführer eine wöchentliche Mindestruhezeit von 42 Stunden. Diese lag deutlich höher als die nach der EU-Arbeitszeitrichtlinie vorgegebenen 24 Stunden. Allerdings gewährte der Arbeitgeber keine tägliche Ruhezeit, wenn er seinem Arbeitnehmer die wöchentliche Ruhezeit oder Urlaub gewährte. Damit handelte der Arbeitgeber so, als sei die tägliche Ruhezeit Teil der wöchentlichen Ruhezeit.

Der EuGH stellte in seinem Urteil vom 02.03.2023 (Rs. C-477/21, NZA 2023, S. 349) klar, dass die tägliche Ruhezeit nicht Teil der wöchentlichen Ruhezeit ist, sondern zu dieser hinzukommt, auch wenn sie dieser unmittelbar vorausgeht. Er begründet dies damit, dass beide Ruhezeiten unterschiedliche Ziele verfolgen. Über die tägliche Ruhezeit könne sich der Arbeitnehmer nach einer Arbeitsperiode aus seiner Arbeitsumgebung zurückziehen und erholen. Über die wöchentliche Ruhezeit hingegen könne er sich ausruhen.

**Hinweis:** Laut EuGH würde der Anspruch auf die tägliche Ruhezeit ausgehöhlt, wenn sie bei der Inanspruchnahme der wöchentlichen Arbeitszeit wegfällt. Die Arbeitszeitrichtlinie

gewähre jedem Arbeitnehmer pro Siebentageszeitraum eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden und die tägliche Ruhezeit von elf Stunden. Hieran ändere sich auch dadurch nichts, dass der Lokführer von seinem Arbeitgeber sogar eine längere Ruhezeit bekommt als nach der Richtlinie vorgegeben. Denn eine günstigere Regelung könne dem Arbeitnehmer nicht andere Rechte nehmen, insbesondere nicht das Recht auf tägliche Ruhezeit. Daher müsse die tägliche Ruhezeit unabhängig von der Dauer der in der anwendbaren nationalen Regelung vorgesehenen wöchentlichen Ruhezeit gewährt werden.

## Dienstliche SMS müssen in der Freizeit nicht gelesen werden

**Ein Arbeitnehmer muss sich in seiner Freizeit nicht erkundigen, ob sein Dienstplan geändert worden ist. Auch muss er in seiner Freizeit keine Mitteilung des Arbeitgebers – etwa per Telefon – entgegennehmen oder eine SMS lesen.**

Mit der Änderung des Dienstplans eines Mitarbeiters, im Streitfall eines Notfallsanitäters, übt der Arbeitgeber sein Direktionsrecht aus. Dabei handelt es sich um ein Gestaltungsrecht, das durch Gestaltungserklärung ausgeübt wird. Die Änderung des Dienstplans muss dem Mitarbeiter zugehen. Allerdings ist der Mitarbeiter nach einem Urteil des LAG Schleswig-Holstein vom 27.09.2022 (Az. 1 Sa 39öD/22) nicht verpflichtet, sich in seiner Freizeit zu erkundigen, ob sein Dienstplan geändert worden ist. Auch ist er nicht verpflichtet, eine Mitteilung des Arbeitgebers – etwa per Telefon – entgegenzunehmen oder eine SMS zu lesen. Nimmt er eine Information über eine Dienstplanänderung nicht zur Kenntnis, gehe ihm diese erst bei Dienstbeginn zu.

**Hinweis:** Da der Arbeitgeber den Zugang der Dienstplanänderung nicht nachweisen konnte, befand er sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers im Verzug und war zur Entgeltzahlung nach § 615 Satz 1 BGB verpflichtet. Gegen das LAG-Urteil wurde Revision beim BAG eingelegt (Az. 5 AZR 349/22).

# Entgeltgleichheit von Männern und Frauen

**Eine Frau hat Anspruch auf gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit, wenn der Arbeitgeber männlichen Kollegen aufgrund des Geschlechts ein höheres Entgelt zahlt. Daran ändert es nichts, wenn der männliche Kollege ein höheres Entgelt fordert und der Arbeitgeber dieser Forderung nachgibt, so das BAG vom 16.02.2023 (Az. 8 AZR 450/21).**

Die Klägerin machte geltend, dass der Arbeitgeber ihr ein ebenso hohes Grundentgelt wie ihrem fast zeitgleich eingestellten männlichen Kollegen zahlen müsse und zwar u. a. deshalb, weil sie die gleiche Arbeit wie er verrichte.

Das BAG sah die Klägerin aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt, weil ihr, obgleich sie und der männliche Kollege gleiche Arbeit verrichteten, ein niedrigeres Grundentgelt gezahlt wurde als dem männlichen Kollegen, der bei seiner Einstellung ein höheres Gehalt ausgehandelt hatte. Sie habe deshalb einen Anspruch nach Art. 157 AEUV, § 3 Abs. 1 und § 7 EntgTranspG auf das gleiche Grundentgelt wie ihr männlicher Kollege. Der Umstand, dass die Klägerin für die gleiche Arbeit ein niedrigeres Grundentgelt erhalten hat als ihr männlicher Kollege, begründe die vom Arbeitgeber nicht widerlegte Vermutung nach § 22 AGG, dass die Benachteiligung aufgrund des Geschlechts erfolgt ist.

Darüber hinaus hat das BAG dem Antrag der Klägerin auf Zahlung einer Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG wegen einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts teilweise entsprochen und sprach ihr einen Betrag von 2.000 Euro zu.

**Hinweis:** Der Grundsatz der Entgeltgleichheit zwischen Mann und Frau ist rechtlich etabliert. Allein ein etwaig besseres Verhandlungsgeschick reicht damit nicht mehr aus, um eine unterschiedliche Vergütung zu rechtfertigen. Zur abschließenden rechtlichen Beurteilung der Entscheidung müssen die noch nicht vorliegenden Urteilsgründe analysiert werden.

# Unterschiedlich hohe Tarifizuschläge bei regelmäßiger und unregelmäßiger Nachtarbeit

**Eine tarifvertragliche Regelung, die für unregelmäßige Nachtarbeit einen höheren Zuschlag vorsieht als für regelmäßige, verstößt dann nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn ein aus dem Tarifvertrag erkennbarer sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt.**

In seinem Urteil vom 22.02.2023 (Az. 10 AZR 332/20) erkennt das BAG als solchen sachlichen Grund an, wenn mit dem höheren Zuschlag neben den spezifischen Belastungen durch die Nachtarbeit auch die Belastungen durch die geringere Planbarkeit eines Arbeitseinsatzes in unregelmäßiger Nachtarbeit ausgeglichen werden sollen.

Nach Auffassung des BAG sind zwar Arbeitnehmer, die regelmäßige bzw. unregelmäßige Nachtarbeit im Tarifsinn leisten, miteinander vergleichbar. Auch werden sie ungleich behandelt, indem für unregelmäßige Nachtarbeit ein höherer Zuschlag gezahlt wird als für regelmäßige Nachtarbeit. Für diese Ungleichbehandlung sei aber ein aus dem streitgegenständlichen Tarifvertrag erkennbarer sachlicher Grund gegeben.

Der Manteltarifvertrag beinhaltet zunächst einen angemessenen Ausgleich für die gesundheitlichen Belastungen sowohl durch regelmäßige als auch durch unregelmäßige Nachtarbeit und habe damit Vorrang vor dem gesetzlichen Anspruch auf einen Nachtarbeitszuschlag nach § 6 Abs. 5 ArbZG. Daneben bezwecke er aber auch, Belastungen für die Beschäftigten, die unregelmäßige Nachtarbeit leisten, wegen der schlechte-

ren Planbarkeit dieser Art der Arbeitseinsätze auszugleichen. Den Tarifvertragsparteien sei es im Rahmen der Tarifautonomie nicht verwehrt, mit einem Nachtarbeitszuschlag neben dem Schutz der Gesundheit weitere Zwecke zu verfolgen. Eine Angemessenheitsprüfung hinsichtlich der Höhe der Differenz der Zuschläge erfolge nicht. Es liege im Ermessen der Tarifvertragsparteien, wie sie den Aspekt der schlechteren Planbarkeit für die Beschäftigten, die unregelmäßige Nachtarbeit leisten, finanziell bewerten und ausgleichen.

**Hinweis:** Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des BAG (Beschluss vom 09.12.2020, Az. 10 AZR 332/20 (A)) entschied der EuGH mit Urteil vom 07.07.2022 (Rs. C-257/21), dass die Regelung von Nachtarbeitszuschlägen in Tarifverträgen keine Durchführung von Unionsrecht ist.

## Urlaubsabgeltungsansprüche: Beginn der Verjährungsfrist

**Der gesetzliche Urlaubsabgeltungsanspruch unterliegt einer dreijährigen Verjährungsfrist. Diese beginnt am Ende des Jahres, in dem das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass es auf die Erfüllung von Mitwirkungsobliegenheiten ankommt.**

Das BAG stellt mit Urteil vom 31.01.2023 (Az. 9 AZR 456/20) klar, dass die dreijährige Verjährungsfrist eines gesetzlichen Urlaubsabgeltungsanspruchs in der Regel mit dem Ende des Jahres beginnt, in dem der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet.

Zuvor hatte das BAG mit Urteil vom 20.12.2022 (Az. 9 AZR 266/20) bereits klargestellt, dass Urlaubsansprüche verjähren

können. Allerdings beginnt die dreijährige Verjährungsfrist erst am Ende des Kalenderjahres, in dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über seinen konkreten Urlaubsanspruch informiert und ihn im Hinblick auf Verfallfristen aufgefordert hat, den Urlaub tatsächlich zu nehmen. Sofern der Arbeitgeber diesen Mitwirkungsobliegenheiten nicht entsprochen hat, könne der nicht erfüllte gesetzliche Urlaubsanspruch aus möglicherweise mehreren Jahren im laufenden Arbeitsverhältnis weder nach § 7 Abs. 3 BUrlG verfallen noch nach § 195 BGB verjähren. Vielmehr sei er bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 7 Abs. 4 BUrlG abzugelten. Dieser Urlaubsabgeltungsanspruch unterliege seinerseits der Verjährung. Die dreijährige Verjährungsfrist für den

Abgeltungsanspruch beginnt laut BAG in der Regel am Ende des Jahres, in dem das Arbeitsverhältnis endet, ohne dass es auf die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten ankommt. Dies begründet das BAG damit, dass die rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Zäsur bildet. Der Urlaubsabgeltungsanspruch sei anders als der Urlaubsanspruch nicht auf Freistellung von der Arbeitsverpflichtung zu Erholungszwecken unter Fortzahlung der Vergütung gerichtet, sondern vielmehr auf dessen finanzielle Kompensation beschränkt. Die strukturell schwächere Stellung des Arbeitnehmers, aus der der EuGH die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers bei der Inanspruchnahme von Urlaub ableitet, ende mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

## Keine Nachholung der innerbetrieblichen Stellenausschreibung im gerichtlichen Zustimmungseretzungsverfahren

**Der Arbeitgeber muss eine – vom Betriebsrat verlangte – innerbetriebliche Ausschreibung von Arbeitsplätzen vornehmen, bevor er eine Entscheidung über die Besetzung einer offenen Stelle trifft und den Betriebsrat zu der beabsichtigten personellen Maßnahme um Zustimmung ersucht.**

Damit der Betriebsrat den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt aktivieren kann, sieht § 93 BetrVG die Durchführung eines innerbetrieblichen Ausschreibungsverfahrens vor, bevor dann der Arbeitgeber die Entscheidung über die Besetzung der freien Stelle trifft und den Betriebsrat um eine entsprechende Zustimmung ersucht. Darüber hinaus bezweckt die Vorschrift, für die Belegschaft eine erhöhte Transparenz von betrieblichen Vorgängen zu schaffen. Dieser Zweck ist nicht gewähr-

leistet, wenn die innerbetriebliche Stellenausschreibung erst erfolgt, nachdem der Arbeitgeber seine Entscheidung über die Stellenbesetzung getroffen und sie dem Betriebsrat mit der Bitte um Zustimmung unterbreitet hat.

Bereits die Unterrichtung des Betriebsrats über eine Besetzungsentscheidung birgt die Gefahr, dass der Eindruck vermittelt wird, der Arbeitgeber habe die – aus seiner Sicht – am besten geeignete Person für die zu besetzende Stelle bereits ausgewählt mit der Folge, dass Belegschaftsangehörige bei einer späteren Ausschreibung von einer eigenen Bewerbung absehen, weil sie ihr keinen Erfolg einräumen. Nach Auffassung des BAG in seiner Entscheidung vom 11.10.2022 (Az. 1 ARB 16/21) konnten die erforderlichen Stellenausschreibungen nicht während des

gerichtlichen Zustimmungseretzungsverfahrens nachgeholt werden. Unerheblich sei, dass der Arbeitgeber bei seiner Auswahl nicht an den Kreis innerbetrieblicher Bewerber gebunden ist und es grundsätzlich in seinem Ermessen liegt, die Stelle mit einem Arbeitnehmer seiner Wahl zu besetzen.



## Beginn des Kündigungsverbots für schwangere Arbeitnehmerinnen

**Das BAG hält weiterhin an seiner Auffassung fest, dass das Kündigungsverbot während der Schwangerschaft 280 Tage vor dem ärztlich festgestellten voraussichtlichen Entbindungstermin beginnt.**

§ 17 Abs. 1 Nr. 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) untersagt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einer Frau während ihrer Schwangerschaft. Schon unter der Geltung des bis Ende 2017 maßgeblichen § 9 MuSchG war es ständige Rechtsprechung des BAG, dass der Beginn der Schwangerschaft rechnerisch zu ermitteln sei, indem vom ärztlich attestierten voraussichtlichen Geburtstermin 280 Tage zurückzurechnen sei. Dieser Auffassung wurde sowohl im Schrifttum wie auch durch das LAG Baden-Württemberg widersprochen. Denn sie

berücksichtige nicht, dass eine Schwangerschaft typischerweise lediglich 266 Tage dauere und damit der Mutterschutz auch auf Frauen erstreckt würde, die bei Zugang der Kündigung noch gar nicht schwanger gewesen seien (LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 01.12.2021, Az. 4 Sa 32/21, NZA-RR 2022, 78). Das BAG hält jedoch gemäß Urteil vom 24.11.2022 (Az. 2 AZR 11/22) an seiner bisherigen Auffassung fest, wonach das Kündigungsverbot während der Schwangerschaft aus § 17 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MuSchG 280 Tage vor dem ärztlich festgestellten voraussichtlichen Entbindungstermin beginnt. Dieser Zeitraum stelle die äußerste zeitliche Grenze dar, innerhalb derer eine Schwangerschaft vorliegen könne. Diese Auslegung stehe im Einklang mit dem Unionsrecht. Das in Art. 10 Nr. 1 Mutterschutzrichtlinie vorgesehene Kündigungsverbot

solle verhindern, dass sich die Gefahr, aus Gründen entlassen zu werden, die mit dem Zustand der schwangeren Arbeitnehmerin in Verbindung stehen, schädlich auf ihre physische und psychische Verfassung auswirken könne. Daher sei vom frühestmöglichen Zeitpunkt einer Schwangerschaft auszugehen, um die Sicherheit und den Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen zu gewährleisten.

Weiter stellt das BAG klar, dass, soweit die Arbeitnehmerin die Frist zur Mitteilung der Schwangerschaft an den Arbeitgeber unverschuldeter Versäumnis habe, diese unverzüglich beim Arbeitgeber nachgeholt werden müsse. Eine Zurechnung des Verschuldens Dritter bei der Schwangerschaftsmitteilung erfolge nicht.

# Deutsche Regelung zum Arbeitnehmerdatenschutz nicht EU-rechtskonform?

**Der EuGH hat Ende März in einer aktuellen Entscheidung klargestellt, dass spezifischere Vorschriften zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext nur in dem durch die DSGVO vorgegebenen Rahmen zulässig sind. Wird dieser Rahmen nicht eingehalten, sind nationale Regelungen unwirksam und es gelten die Grundsätze der DSGVO. Ob der in Deutschland geregelte Arbeitnehmerdatenschutz dem vollumfänglich gerecht wird, darf bezweifelt werden.**

## Was lag dem EuGH zur Entscheidung vor?

Gegenstand des Streits war die Verarbeitung der personenbezogenen Daten von Lehrerinnen und Lehrern während der COVID-19-Pandemie bei der Durchführung von Videokonferenz-Livestreams für den hybriden Schulunterricht. In der vom EuGH entschiedenen Rechtssache ging es konkret um eine hessische Regelung im Landesdatenschutzgesetz zum Arbeitnehmerdatenschutz. Auf Basis dieser Regelung sah es das Hessische Kultusministerium nicht für erforderlich an, von Lehrerinnen und Lehrern eine datenschutzrechtliche Einwilligung für die Videokonferenz-Livestreams einzuholen. Schüler hingegen wurden um deren Einwilligung, ggf. vertreten durch die Eltern, gebeten. Sowohl das Hessische Kultusministerium als auch das zuständige Verwaltungsgericht auf die Klage des Hauptpersonalrats der Lehrerinnen und Lehrer sahen in der hessischen Regelung zum Arbeitnehmerdatenschutz eine „spezifischere Vorschrift“ im Sinne des Art. 88 Abs. 1 DSGVO, die damit

die Verarbeitung vorrangig erlaubt und damit eine Einwilligung der Lehrerinnen und Lehrer nicht benötigt wird. Nach Art. 88 DSGVO sind Mitgliedstaaten ermächtigt, spezifischere, nationale Regelungen zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Beschäftigten hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten im Beschäftigungskontext zu fassen. Allerdings zweifelte das Verwaltungsgericht die Vereinbarkeit der hessischen Regelung mit den Voraussetzungen des Art. 88 Abs. 2 DSGVO an und ersuchte deshalb den EuGH um eine Vorabentscheidung.

## Zu welchem Ergebnis kam der EuGH?

In seinem Urteil vom 30.03.2023 (Rs. C-34/21, Hauptpersonalrat der Lehrerinnen und Lehrer) führt der EuGH zunächst aus, dass der Videokonferenz-Livestream des öffentlichen Schulunterrichts grundsätzlich in den sachlichen Anwendungsbereich der DSGVO fällt. Die Übertragung der Kamerabilder sowie Namensangaben im Rahmen der Videokonferenz sind eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne der DSGVO. Hinsichtlich der hessischen Regelung zum Arbeitnehmerdatenschutz, woraus das Hessische Kultusministerium gefolgert hatte, dass keine ausdrückliche datenschutzrechtliche Einwilligung der Lehrerinnen und Lehrer erforderlich sei, urteilt der EuGH, dass es sich nur dann um eine nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO „spezifischere Vorschrift“ handeln kann, wenn diese auch die Vorgaben des Art. 88 Abs. 2 DSGVO erfüllt.

Als „spezifischere Vorschriften“ gefasste Regelungen eines Mitgliedstaats dürfen sich dabei aber nicht auf eine bloße Wiederholung der Bestimmungen der DSGVO zur Verarbeitung personenbezogener Daten beschränken. Vielmehr ist erforderlich, dass die Regelungen sich von dem allgemeinen Regelungsgehalt der DSGVO unterscheiden und auf den zusätzlichen Schutz der Rechte und Freiheiten der Beschäftigten abzielen müssen. Zudem ist gemäß Art. 88 Abs. 2 DSGVO erforderlich, dass die „spezifischeren Vorschriften“ geeignete und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, der Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe sowie der Überwachungssysteme am Arbeitsplatz treffen. Nur wenn diese beiden Anforderungen erfüllt sind, finden nationale Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz Anwendung. Sind die Anforderungen nicht oder nur teilweise erfüllt, sind die Regelungen nicht anwendbar und es verbleibt beim gesetzlichen Rahmen der DSGVO.

Ob die gegenständlichen Normen diese Anforderungen erfüllen, muss nun das vorlegende Gericht, hier das zuständige Verwaltungsgericht, beurteilen. Sofern das nationale Gericht dies verneint, seien die Bestimmungen nicht anwendbar.

### **Was bedeutet das für den Arbeitnehmerdatenschutz in Deutschland?**

Im Rahmen der Einführung der DSGVO haben der Bundesgesetzgeber und die Länder vermeintlich von ihrer Befugnis aus Art. 88 DSGVO Gebrauch gemacht und gesonderte Regelungen zum Beschäftigten-datenschutz im BDSG und den Landesdatenschutzgesetzen aufgenommen. Die Gesetzgeber haben dabei jedoch entweder die bisherigen Regelungen (etwa § 32 BDSG alt) nahezu wortgleich übernommen oder in Anlehnung an die Regelungen der DSGVO formuliert.

Mit seinem Urteil stellt der EuGH nun klar, dass es für die vorrangige Anwendung von nationalen Regelungen im Beschäftigten-datenschutz nicht allein darauf ankommt, dass der nationale Gesetzgeber eigene Regelungen erlassen hat, sondern er muss auch sicherstellen, dass diese Regelungen einen eigenen, über die Regelungen der DSGVO hinausgehenden Schutzbereich haben. Ist dies nicht der Fall, bleibt es beim Vorrang der DSGVO.

Gerade im Rahmen der Regelungen zur Begründung, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehen nunmehr erhebliche Zweifel, ob § 26 BDSG oder die vergleichbaren Regelungen in den Landesdatenschutzgesetzen weiterhin angewandt werden können, da diese keinen zusätzlichen Schutz zu den Regelungen der DSGVO für die Betroffenen bieten. Diese

Einschätzung teilt nun auch der Hamburgische Beauftragte für den Datenschutz. Er hält die Regelungen zum Arbeitnehmerdatenschutz im BDSG und den jeweiligen Landesgesetzen für unanwendbar.

Die Verarbeitung von Beschäftigtendaten wird dadurch nicht unzulässig, sodass kein Grund zu Panik besteht, aber Arbeitgeber müssen erneut die einschlägigen Rechtsgrundlagen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern überprüfen und insbesondere Datenschutzhinweise anpassen. Auch die allgemeinen Regelungen der DSGVO bieten ausreichend Grundlage für die Verarbeitung von Mitarbeiterdaten, wie sich auch in anderen Mitgliedstaaten der EU zeigt. Deutschland war eines der wenigen Länder, das von der Öffnungsklausel in Art. 88 DSGVO Gebrauch gemacht hat. Im Einzelfall kann auch der Abschluss zusätzlicher Betriebsvereinbarungen hilfreich sein, wenn die Verarbeitung nicht auf die allgemeinen Regelungen der DSGVO gestützt werden kann.

Ob die nationalen Regelungen nun vollständig unwirksam sind, bleibt jedoch abzuwarten. Zunächst ist darauf zu achten, zu welchem Ergebnis das zuständige Verwaltungsgericht für die hessische Regelung kommt. Sollte das Verwaltungsgericht die Regelungen für unwirksam halten, wird man davon ausgehen können, dass auch die Regelungen des BDSG und den übrigen Landesgesetzen nicht anwendbar sind. Der Gesetz-

geber wird seine Regelungen anpassen müssen, sollte er einen weitergehenden Schutz als die DSGVO beabsichtigen.

Unternehmen bleiben bis dahin aber gut beraten, stets zu prüfen, auf welcher Rechtsgrundlage nach der DSGVO sie die personenbezogenen Daten ihrer Mitarbeiter verarbeiten, und ggf. erforderliche Anpassungen zu treffen.



## Vorübergehende Auslandsentsendung: Hypotax-Verfahren bei tarifvertraglich vorgesehener Bruttovergütung

**Für die Dauer einer vorübergehenden Auslandsentsendung des Arbeitnehmers kann im Rahmen eines Hypotaxverfahrens eine Nettolohnvereinbarung getroffen werden, wenn kein Anspruch auf eine tariflich vorgesehene Bruttovergütung, sondern ein durch eine Bezugnahme Klausel vermittelter vertraglicher Anspruch besteht.**

In dem vom BAG mit Urteil vom 07.09.2022 (Az. 5 AZR 128/22) zu entscheidenden Fall war die Höhe der Vergütung streitig, nachdem der Arbeitgeber während einer zeitlich befristeten Entsendung des Arbeitnehmers nach Frankreich hypothetisch für ihn in Deutschland anfallende Steuern im sog. Hypotax-Verfahren von seinem Entgelt einbe-

halten hatte. Bei der sog. Hypotax handelt es sich um eine fiktive Steuer vom Einkommen eines ins Ausland entsandten im Heimatland steuerpflichtig beschäftigten Arbeitnehmers. Sie entspricht dem Steuerbetrag, den der ins Ausland entsandte Mitarbeiter im Heimatland hätte entrichten müssen.

Dazu stellte das BAG klar, dass der Arbeitgeber während einer vorübergehenden Auslandsentsendung des Arbeitnehmers den darauf gerichteten Anspruch bei Steuerpflicht im Einsatzland nicht teilweise durch den Einbehalt der hypothetisch in Deutschland zu entrichtenden (im Vergleich höheren) Lohnsteuer erfüllen kann, wenn der Tarifvertrag eine Bruttovergütung vorsieht.

Besteht dagegen mangels beiderseitiger Tarifgebundenheit kein Anspruch des Arbeitnehmers auf eine tariflich vorgesehene Bruttovergütung, sondern ein durch eine Bezugnahme Klausel vermittelter vertraglicher Anspruch, können die Parteien abweichend hiervon für die Dauer einer vorübergehenden Auslandsentsendung des Arbeitnehmers im Rahmen eines sog. Hypotax- oder Steuerausgleichsverfahrens eine Nettolohnvereinbarung treffen, wonach der Arbeitnehmer trotz Steuerpflicht im Einsatzland weiter die (im Vergleich niedrigere) Nettovergütung erhält, die er bei hypothetischer Weitergeltung des deutschen Steuerrechts beziehen würde.

# Keine Arbeitgeberberei­genschaft der ausländischen Betriebsstätte einer im Inland ansässigen Kapitalgesellschaft

**Auch wenn ein Arbeitnehmer für eine ausländischen Zweigniederlassung einer in Deutschland ansässigen Kapitalgesellschaft tätig ist, ist die Kapitalgesellschaft zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Arbeitgeber und hat Lohnsteuer für im Inland geleistete Arbeitstage einzubehalten.**

Das FG Niedersachsen hatte in einem Streitfall zu entscheiden, in dem eine im Inland ansässige Aktiengesellschaft Arbeitnehmer in ausländischen Zweigniederlassungen beschäftigte. Die zivilrechtlichen Arbeitsverhältnisse bestanden jeweils mit der Aktiengesellschaft. Streitig war, ob diese für unregelmäßig erfolgende kurzfristige Dienstreisen

im Inland von Arbeitnehmern ihrer ausländischen Zweigniederlassungen Lohnsteuer einzubehalten hatte.

Dies bejahte das FG Niedersachsen mit Urteil vom 16.12.2021 (Az. 11 K 14196/20, EFG 2022, S. 405). Dass der Arbeitslohn von den ausländischen Zweigniederlassungen getragen wurde, ist nach Auffassung des FG Niedersachsen insofern unerheblich. Auch wenn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung der zum Lohnsteuereinbehalt verpflichtete Arbeitgeber diejenige Person sei, die den Arbeitslohn wirtschaftlich trägt, könnten die ausländischen Zweigniederlassungen nicht als ein solcher wirtschaftlicher Arbeitgeber betrachtet werden.

Für die Arbeitgeberberei­genschaft in diesem Sinne sei eine rechtlich selbständige Person erforderlich. Dies begründe sich u. a. aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 OECD-MA.

**Hinweis:** Einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) von ausländischen Arbeitnehmern ausländischer Zweigniederlassungen im Vergleich zu Arbeitnehmern ausländischer Tochtergesellschaften sowie einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit bzw. gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verneinte das Finanzgericht mangels Vergleichbarkeit der Sachverhalte.

---

## VERANSTALTUNGEN

---

JUNI

### **Arbeitsrechts-Frühstück**

06.06.2023 // Hamburg

### **Arbeitsrechts-Frühstück**

14.06.2023 // Köln

### **Arbeitsrechts-Frühstück**

22.06.2023 // Stuttgart

---

## IMPRESSUM

---

### Herausgeber:

Ebner Stolz Mönning Bachem  
Wirtschaftsprüfer Steuerberater Rechtsanwälte  
Partnerschaft mbB  
[www.ebnerstolz.de](http://www.ebnerstolz.de)

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

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

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

### Redaktion:

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

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

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

Wir legen großen Wert auf Gleichbehandlung. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verzichten wir jedoch auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers. Im Sinne der Gleichbehandlung gelten entsprechende Begriffe grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform beinhaltet also keine Wertung, sondern hat lediglich redaktionelle Gründe.

### Fotonachweis:

Alle Bilder: © [www.gettyimages.com](http://www.gettyimages.com)