

- In der Insolvenz trifft man auch im deutschen Rechtsraum verstärkt auf dieses Instrument (s. Rn. 7 f.). Das ist nicht verwunderlich, da es sich um ein sehr schnell einsetzbares Instrument handelt.
- Bei Spaltung und Verkauf indes trifft man bei obersten Führungskräften eher **Change-in-Control-Klauseln** an als Halteregelelungen – wohl geschuldet der Tatsache, dass ein Erwerber seinen eigenen „Stempel“ aufdrücken möchte und die bisherige Führungsriege – inklusive Schlüsselpersonen – dabei eher hinderlich sein kann; eher anzutreffen sind hier Regelungen, die an bestimmte Ergebnisse anknüpfen (s. Rn. 25 ff.).
- Um Beschäftigte vom Wettbewerb abzuhalten, kann einerseits an das **nachvertragliche Wettbewerbsverbot** gedacht werden (s. Rn. 27 f.) oder, besser, an eine entsprechend motivierende Personalpolitik und Führungskultur (s. Rn. 1).
- Das Halten von besonders qualifizierten Beschäftigten vor dem Austritt in (vorgezogene) Rente¹⁰ dürfte zu einem enorm hohen Erpressungspotenzial qualifizierter Beschäftigter dem Arbeitgeber gegenüber führen – eine vorausschauende, planende Personal- und Ausbildungspolitik ist hier sicher zu bevorzugen.

b) Aktienprogramme

Aktienprogramme können im Grundsatz in zwei Kategorien aufgeteilt werden: **16**

- **Kurzfristige** Programme; diese sind meist Ansparrprogramme mit der Option, zu einem bestimmten Stichtag nach Ablauf eines Jahres Aktien zu einem definierten Kurswert zu kaufen. Meist können die Aktien dann rasch veräußert werden.
- **Langfristige** Programme: Beschäftigte erhalten die Möglichkeit, Aktien zu erwerben – mit einem Matching-Beitrag des Arbeitgebers oder vollständig arbeitgeberfinanziert – mit der Auflage, diese einen bestimmten Zeitraum (z. B. 5 Jahre) zu halten. Solche Programme werden häufig nicht vom Vertragsarbeitgeber, sondern von der **Konzernobergesellschaft** aufgelegt. Häufig sind sie mit einer „good leaver“-Regelung gekoppelt, d. h. bei z. B. verhaltensbedingter Beendigung des Arbeitsverhältnisses können die Aktienwerte nicht realisiert werden.

Während erstere Lösung eine reine zusätzliche Compensation-Lösung darstellt, kann die zweite durchaus in den Bereich der Retention-Instrumente geordnet werden. Weitere Ausführungen hierzu an anderer Stelle (s. Kap. 22). **17**

¹⁰ Vgl. *Kleinebrink*, Strategisches Arbeitsrecht, Tipp Nr. 68, <http://www.strategisches-arbeitsrecht.de>, der diese Option als „strategisch eingesetztes Arbeitsrecht“ verstehen will.

Kap. 26 Halteprämien, Anwesenheitsprämien

c) Prämien mit Stichtagscharakter

- 18 Häufig anzutreffen sind Regelungen, die **Sonderzahlungen** (Weihnachtsgeld, zusätzliches Urlaubsgeld) an bestimmte Voraussetzungen, namentlich das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der Auszahlung, knüpfen.
- 19 Beispiel § 4 Tarifvertrag über Einmalzahlung und Altersvorsorge Chemie:
Der Anspruch auf Jahresleistung setzt voraus, dass sich der Anspruchsberechtigte am 31. Dezember des jeweiligen Kalenderjahres in ungekündigter Stellung befindet; vom Arbeitgeber ausgesprochene betriebsbedingte Kündigungen oder vertragliche Befristungen aus betriebsbedingten Gründen berühren den Anspruch nicht, soweit das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember besteht.
- 20 Eine gewisse Bindungswirkung mag eine solche Regelung durchaus darstellen. Allerdings besteht das Risiko, dass, ob der relativ geringen Beträge von allenfalls einem Monatsentgelt, ein interessierter neuer Arbeitgeber dem betroffenen Beschäftigten bei Arbeitgeberwechsel diese Zahlung selbst leistet.

d) Jubiläumsleistungen, Altersversorgung

- 21 Im weitesten Sinne als Retention Risk mindernde Instrumente können – noch – zwei an sich den Sozialleistungen bzw. fringe benefits (s. Kap. 23 und Kap. 31) zuzuordnende Instrumente sein:
- 22 Namhafte **Jubiläumsleistungen** sind durchaus geeignet, Beschäftigte im Unternehmen zu halten. Dabei leuchtet rasch ein, dass in einer schnelllebigem Zeit wie heute die Zusage eines Monatsentgelts nach 35 Betriebszugehörigkeitsjahren keinen großen Attraktivitätscharakter aufweist. Indes können schon kleinere Beträge im Fünfjahres-Rhythmus geeignet sein, ggf. mit Zuführungsmöglichkeit in die betriebliche Altersversorgung mit Matching-Betrag des Arbeitgebers ein solches Ziel zu realisieren.
- 23 Die **betriebliche Altersversorgung** verliert indes immer mehr an Attraktivität als Mitarbeiterbindungsinstrument. War vorkonstitutionell noch das Halten des Arbeitnehmers bis ins Rentenalter möglich, ohne dass er eine unverfallbare Anwartschaft bei Austritt erwarb, änderte die Rechtsprechung dies und sprach nach 20 Jahren Betriebszugehörigkeit eine unverfallbare Quote zu.¹¹ Mit der Einführung des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung sank diese Betriebsbindung auf 10 Jahre, und im Rahmen der Diskussion der sog. Portabilitätsrichtlinie wurde diese auf heute 5 Jahre abgesenkt. Weitere Absenkun-

11 BAG 3 AZR 278/71, AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unverfallbarkeit; BAG 3 AZR 334/00, AP Nr. 11 zu § 1 BetrAVG Unverfallbarkeit.

gen – teilweise heute schon freiwillig, insbesondere bei durch die Arbeitnehmer (teil-)selbstfinanzierten Systemen – entwerfen dieses Instrument als Bindungsinstrument – freilich zu Gunsten einer verbesserten sozialen Absicherung im Alter.

Als Halteinstrument ist die Altersversorgungszusage also wohl nur tauglich in den letzten Monaten, bevor sie unverfallbar wird. **24**

e) Zielerreichungsprämien

Unterstellt man, dass der Arbeitgeber mit dem Halten eines Mitarbeiters nicht dessen bloße Anwesenheit als Ziel verfolgt, sondern insbesondere bestimmte **Ergebnisse**, liegt nichts näher, als das Halten des Arbeitnehmers mit einer klaren Zielerfüllung zu verbinden und zu vergüten. **25**

Hinsichtlich der Einzelheiten kann auf eine andere Stelle verwiesen werden (s. Kap. 20). Wichtig ist an dieser Stelle hervorzuheben, dass klare Zielvereinbarungen mit klaren Meilensteinen und Auszahlungszeitpunkten vereinbart werden. Häufig lässt sich in ein bereits bestehendes betriebliches zusätzliches Vergütungssystem (zum Beispiel **Score-Card**) die „Halteprämie“ mit einbauen. Wichtig ist bei dieser Zielsetzung, dass – im Rahmen des rechtlich Möglichen – ein unterjähriges Ausscheiden bei Teilzielerreichung **keine pro-rata-Auszahlung** nach sich ziehen darf. **26**

f) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot

Das nachvertragliche Wettbewerbsverbot, in §§ 74 ff. HGB geregelt, ist nur indirekt auch ein Bindungsinstrument: ein Beschäftigter, der kein adäquates anderes Arbeitsverhältnis eingehen kann, wird vom Arbeitgeberwechsel eher abrücken. Dennoch ist die Zielrichtung primär, den Arbeitgeber vor unerwünschtem Wettbewerb zu schützen. Dies wird auch daran ersichtlich, dass der Arbeitsmarkt für den „abkehrwilligen“ Beschäftigten sich nur verkleinert, der Wechsel aber weiterhin möglich wird. Und im Falle der Realisierung des Arbeitgeberwechsels wird dieser aufgrund der nur eingeschränkten Anrechenbarkeit gem. § 74c HGB für den Arbeitgeber immer eine **kostspielige Lösung**. **27**

Zudem ist es **hoch risikobehaftet**, ein verbindliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot zu gestalten. Überzogene Verbote führen insoweit zur Unverbindlichkeit des Verbots (§ 74a HGB) und zu einem noch größeren Risiko des Arbeitgebers, für ein nicht wirkendes Verbot Karenzzahlungen leisten zu müssen. Nicht ohne Grund ist im deutschen Rechtsraum – zumal bei immer weitergehender Globalisierung der Märkte – dieses Instrument in der Praxis weit zurückgedrängt worden. **28**

g) Dauer der Kündigungsfristen (ggf. mit Vertragsstrafenregelung)

- 29 Eine ähnliche Wirkung wie das Wettbewerbsverbot mag eine – gegenüber den gesetzlichen oder, soweit zulässig, tariflichen Regelungen – verlängerte Kündigungsfrist für beide Vertragsparteien haben. Zwar bindet sich auch der Arbeitgeber an die längere Kündigungsfrist, bei wirkender Bindung des betroffenen Arbeitnehmers mag dieses Manko indes hingenommen werden.
- 30 Indes ist die Wirkung selbst eher fraglich. Hält sich der Arbeitnehmer nicht an seine Kündigungsfrist, ist der Arbeitgeber letztlich machtlos, da eine tatsächliche Weiterbeschäftigung **nicht gerichtlich durchgesetzt** werden kann. In diesem Fall käme eine fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber in Betracht (womit der Arbeitnehmer allerdings sein Ziel – die vorzeitige Beendigung – erreicht hätte) allenfalls sanktioniert mit einem „krummen“ Beendigungsdatum im Zeugnis. Wandert der Arbeitnehmer indes in dieser Situation zum Wettbewerb ab, sollte nicht eine Kündigung in Betracht gezogen werden, sondern das relativ scharfe Instrument des vertraglichen Wettbewerbsverbots aus § 60 HGB, mit den Folgen von z. B. Schadenersatzforderungen gegenüber dem Arbeitnehmer aus § 61 HGB, oder auf Unterlassung geklagt werden.¹²
- 31 Verstärken lässt sich die Wirkung (ggf. zusätzlich) mit einer **Vertragsstrafenregelung** („Konventionalstrafe“). Diese ist nach wie vor, auch unter Geltung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, wirksam vereinbar,¹³ allerdings sind die Hürden groß, das Maß der unangemessenen Benachteiligung nicht zu überschreiten; denn eine geltungserhaltende Reduktion bei Überschreiten dieser Grenze kommt nicht in Betracht.¹⁴ Unter Betrachtung der bisherigen Rechtsprechung wird man davon ausgehen können, dass die Höhe der Arbeitnehmerbezüge bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist als Obergrenze für den Fall der vertragswidrigen Lösung vom Arbeitsverhältnis für eine verwirkte Vertragsstrafe berücksichtigt werden kann – was allerdings weiterer Abwägungen bedarf.¹⁵ Neben dem Risiko der Unwirksamkeit der Konventionalstrafenvereinbarung besteht zudem das Risiko, dass ein neuer Arbeitgeber häufig bereit sein wird, eine ggf. verwirkte Vertragsstrafe für den Arbeitnehmer, den er einstellen möchte, zu übernehmen.

h) Zusammenfassung

- 32 **Rechtssicher** durchzusetzende und **effiziente** monetäre Leistungen mit dem Zweck, Beschäftigte zu binden, sind dem deutschen Arbeitsrechtssystem zuneh-

12 Allerdings teils hohe Anforderungen, vgl. BAG 24.3.2010, 10 AZR 66/09, NZA 2010, 693.

13 Grundlegend BAG 4.3.2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727.

14 BAG 4.3.2004, 8 AZR 196/03, NZA 2004, 727; i.E. auch BAG 17.3.2016, 8 AZR 665/15, APNews 2016, 173.

15 Vgl. MASIG-Windeln, 560 Rn. 30 f.

mend fremd und in praxi immer weniger anzutreffen. In der Relation Nutzen – Zweck – Rechtssicherheit schneiden die möglichen Instrumente extrem unterschiedlich ab:

Instrument	Rechts-sicherheit	Durchsetz-barkeit	Erreichung des Ziels „Halten“	Nutzen für den Arbeitgeber (Gegen-leistung)
Halteprämie	mittel	mittel	mittel	niedrig
Aktien-programm	hoch	hoch	mittel	mittel
Stichtags-regelung	hoch	hoch	niedrig	niedrig
Alters-versorgung	hoch	hoch	mittel	niedrig
Zielerrei-chungsprämie	hoch	hoch	mittel	hoch
Nachvertragli-ches Wettbe-werbsverbot	niedrig	mittel	hoch	niedrig
Verlängerte Kündigungs-frist	mittel	mittel	hoch	niedrig

Mitarbeiterbindung findet daher zu Recht verstärkt im Bereich **softer Faktoren**, 33 einer gesamthaften Personalpolitik und Führungskompetenzen, ihren Raum. In anderen soziokulturellen Rechtskreisen können hier allerdings andere Bewertungen zu finden sein.

II. Anwesenheitsprämien

1. Historie der gesetzlichen Regelung

Die gesetzliche Regelung der Anwesenheitsprämie – in § 4a Entgeltfortzahlungsgesetz als „Kürzung von Sondervergütungen“ bezeichnet – führte der Gesetzgeber 1996 ein, um die Betriebe von „beschäftigungsfeindlich hohen Lohn-zusatzkosten zu entlasten“. ¹⁶ Bis dahin entwickelte, differenzierte und unterschiedliche Grundsätze der Rechtsprechung ¹⁷ wurden damit einheitlich nor- 34

¹⁶ BT-Drs. 13/4612; die zugleich eingeführte Reduzierung der Entgeltfortzahlung auf 80 % wurde indes wieder zurückgenommen.

¹⁷ Zusammenfassender Überblick in BAG 15.2.1990, 6 AZR 381/88, AP BGB § 611 Anwesenheitsprämie Nr. 15.

Kap. 26 Halteprämien, Anwesenheitsprämien

miert. Dies macht auch klar, weshalb die Kürzungsregelung ausschließlich für Krankheitstage greift.

2. Voraussetzungen der Regelung

- 35 Zunächst ist festzuhalten, dass § 4a EfzG keine Grundlage für eine (direkte) Kürzung einer Sonderzahlung darstellt. Vielmehr erlaubt diese Norm lediglich, eine Anwesenheitsprämie zu vereinbaren – sei es individual- oder kollektiv-rechtlich. Ist also eine Sonderzahlung zugesagt, so bedarf es zur Kürzung derselben eines weiteren rechtlichen Akts.

a) Einführung oder Bestand einer Sonderzahlung

- 36 **Nur Sonderzahlungen** können einer Kürzung unterzogen werden. Denklogisch setzt die Kürzung der Sonderzahlung also zunächst deren **Einführung** oder Bestehen voraus.

b) Vereinbarung der Kürzung

- 37 Die Kürzung kann in jeder Weise vereinbart werden, der Gesetzgeber macht hier keine Vorschriften. In Betracht kommen daher neben Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung individualrechtliche Regelungen – Letztere ausdrücklich in Vertrag, Gesamtzusage oder betrieblicher Übung.

c) Umfang der Kürzung

- 38 Kürzbar ist für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ein Betrag von **maximal einem Viertel** eines durchschnittlichen täglichen Arbeitsentgelts.
- 39 Das durchschnittliche tägliche Arbeitsentgelt beinhaltet dabei zunächst das (ggf. tarifliche) Grundentgelt. Aber auch andere regelmäßige Bezüge – wie etwa Leistungszulagen, Sonn- und Feiertagszuschläge – dürften einrechenbar sein.¹⁸ Nicht einzurechnen sind die Sonderzahlungen selbst (wie etwa Weihnachtsgeld – das dann selbst kürzungsfähig ist).
- 40 Die Berechnung erfolgt auf **Jahresbasis**. Der Gesetzgeber hat dabei offengelassen, ob auf Kalenderjahresbasis oder anderweitiger (gewillkürter, z. B. durchlaufender) Basis. Gegen die Heranziehung des Kalenderjahres oder Geschäftsjahres werden Bedenken also nicht erhoben werden können.¹⁹ Die rückwirkende Betrachtung vom Auszahlungszeitpunkt her bietet sich zudem an.

¹⁸ Vgl. ErfK-Reinhard, § 4a EfzG Rn. 8.

¹⁹ So auch ErfK-Reinhard, § 4a EfzG Rn. 12.

Auch wenn der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich regelt, wird als **Divisor** 41 nicht die Anzahl der (tatsächlichen) „Arbeitstage“ herangezogen werden müssen, sondern auch die der (bezahlten) Urlaubs- und Feiertage.²⁰ Die Einbeziehung der Arbeitsunfähigkeitstage in der Entgeltfortzahlung dürfte ebenso möglich sein.²¹

Gelangt man so zu einem täglichen Arbeitsentgelt, ist hieraus 1/4 zu berechnen. 42 Dies ist der – maximale – Kürzungsbetrag je Tag der Arbeitsunfähigkeit.

Grob kann also gesagt werden: Für je vier Arbeitsunfähigkeitstage kann maxi- 43 mal ein tägliches Arbeitsentgelt gekürzt werden. Beträgt also die kürzbare Sonderzahlung z. B. ein Monatsentgelt, so ist diese nach vier Monaten Arbeitsunfähigkeit vollständig verbraucht. Bei einem Monatsentgelt von 4.000 EUR könnten (im Fall einer Fünftageweche) rund 4.000 EUR/21,75 Tage im Monat/4 = 46 EUR täglich Minderung der Sonderzahlung erfolgen.

Inwieweit dies tatsächlich den Zweck einer verstärkten Anwesenheit und effekti- 44 ven Entlastung des Arbeitgebers von Lohnnebenkosten darstellt, auch im Vergleich zu den **Transaktionsaufwänden** (Betriebsvereinbarung, Einzelverträge) und Administrationsaufwänden, mag im Einzelfall beurteilt werden.

20 So auch ErfK-Reinhard, § 4a EHzG Rn. 14.

21 Mit LAG Hamm 21.2.2013, 8 Sa 1588/12, BeckRS 2013, 67801; a. A. ErfK-Reinhard, § 4a EHzG Rn. 13.

Kapitel 27

Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

Schrifttum: *Baeck/Diller*, Arbeitsrechtliche Probleme bei Aktienoptionen und Belegschaftsaktien, DB 1998, 1405; *Busch*, Aktienoptionspläne – arbeitsrechtliche Fragen, BB 2000, 1294; *Göpfert/Buschbaum*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung als Modell für die Krise, ZIP 2010, 2330; *Hees/Kramarsch/Wolff*, Mehr Schwung in der Bude, PERSONALmagazin 12.2015, 51; *John/Stachel*, Mitarbeiterbeteiligung konkret: Belegschaftsaktien, Aktienoptionen, Genussscheine und Zertifikate, BB 2009, 17; *Lembke*, Die Ausgestaltung von Aktienoptionsplänen in arbeitsrechtlicher Hinsicht, BB 2001, 1469; *Röder/Göpfert*, Aktien statt Gehalt – Aktienoptionszusagen und Festgehalt nach dem Kurseinbruch am Neuen Markt, BB 2001, 2002; *Sieg*, Renaissance der Mitarbeiter-Kapitalbeteiligung, NZA 2015, 784.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Mitarbeiterkapitalbeteiligung als Teil der Vergütung. 1	b) Phantomaktien (Virtuelle Stock Awards) 37
II. Aktienbasierte Vergütung. 3	4. Zusage von Aktienbezugs- rechten (Aktienoptionen) 38
1. Angebot von Aktien zum Vorzugspreis. 9	a) Option auf Erwerb von tatsächlichen Aktien (Stock Options) 38
a) Steuer- und abgabenfreies Aktienangebot 10	aa) Begriffsbestimmung .. 38
aa) Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 39 EStG 11	bb) Gestaltungsbeispiel ... 41
bb) Privatrechtliche Veräußerungssperre ... 16	b) Option auf Erwerb von Phantomaktien (Virtuelle Stock Options) 42
cc) Risikoaufklärung 18	5. Gratisaktien beim Kauf von Aktien (Matching-Aktien) ... 43
dd) Gestaltungsbeispiele .. 19	a) Matching-Aktien 43
b) Steuerpflichtige Aktien- angebote. 22	b) Risikoaufklärung 44
aa) Teilnahmberechtigte .. 23	c) Gestaltungsbeispiele 45
bb) Gestaltungsbeispiele .. 25	III. Dividendenbasierte Vergütung.. 47
2. Aktiengeschenke zu bestimmten Anlässen 28	IV. Angebot von Genussrechten, Genussscheinen 49
a) Anlassbedingte Aktien- zuwendung 28	V. Angebot von GmbH-Anteilen .. 51
b) Gestaltungsbeispiele 29	VI. Angebot von Stillen Beteiligungen 53
3. Zusage von Aktien 34	VII. Angebot von Arbeitnehmer- darlehen 55
a) Tatsächliche Aktien (Stock Awards). 34	
aa) Begriffsbestimmung .. 34	
bb) Gestaltungsbeispiele .. 35	

I. Mitarbeiterkapitalbeteiligung als Teil der Vergütung

- 1 Der Arbeitgeber kann seine Mitarbeiter außer mit Geld auch durch Beteiligung an seinem Unternehmen vergüten. Für viele Unternehmen ist es elementarer Bestandteil ihrer Entgeltspolitik, den Arbeitnehmern – insbesondere den Führungskräften – zusätzlich zur Barvergütung eine **Mitarbeiterkapitalbeteiligung** anzubieten. Ziel dieser langfristig angelegten Vergütung ist es, eine nachhaltige Unternehmensentwicklung zu fördern und die Interessen von Arbeitnehmern und Aktionären noch stärker aufeinander auszurichten. Durch eine Beteiligung am Unternehmen werden das unternehmerische Denken und die Motivation gefördert.¹ Die Studie „Global Equity Insights“ (eine Kooperation der Universität Göttingen mit GEO, Siemens, SAP und der hkp group) hat erst jüngst erneut bestätigt, dass Unternehmen, die eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung anbieten, erfolgreicher sind als Unternehmen, die dies nicht tun.² Je nach Unternehmensform kommen unterschiedliche Mitarbeiterkapitalbeteiligungen in Betracht. Am häufigsten werden der Belegschaft Aktien/Stock Awards/Stock Options angeboten (s. Rn. 3 ff.), danach kommen Genussrechte/-scheine (s. Rn. 49 ff.), GmbH-Anteile (s. Rn. 51 f.) und Stille Beteiligungen (s. Rn. 53 f.). Will der Arbeitgeber das Entstehen einer **Betrieblichen Übung** durch das Angebot einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung vermeiden, muss er seine Arbeitnehmer hierüber unmissverständlich aufklären, z. B. wie folgt: „Die **Entscheidung**, ob im Unternehmen eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung ausgegeben wird, trifft der Arbeitgeber für **jedes Geschäftsjahr neu**. Auch darüber, ob ein Arbeitnehmer eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung erhält und ggf. wie viel, entscheidet der Arbeitgeber jährlich neu. Aus einer individuellen Zusage in einem Jahr entsteht für den Arbeitnehmer kein weiterer Anspruch in einem Folgejahr.“
- 2 Mitarbeiterkapitalbeteiligung kann in Zeiten von Unternehmenskrisen als **Sanierungsinstrument** eingesetzt werden.³ Wenn Mitarbeitern für den Fall der Krisenbewältigung eine Beteiligung an der Wertsteigerung angeboten wird, werden sie noch mehr für das Überleben ihres Unternehmens kämpfen. Sollte trotz größtmöglichem Arbeitseinsatz die Insolvenz des Unternehmens nicht vermieden werden können, wäre die finanzielle Mitarbeiterbeteiligung verloren. Kritiker einer (auch) mitarbeiterfinanzierten Kapitalbeteiligung sprechen hier vom doppelten Arbeitnehmerrisiko (von der doppelten Arbeitnehmerchance bei Beteiligung an prosperierenden Unternehmen spricht in der Literatur umgekehrt

1 Hees/Kramarsch/Wolff, PERSONALmagazin 12.2015, 51.

2 Global Equity Insights 2016, abrufbar unter: https://www.computershare.com/News/Global%20Equity%20Insights%202016_Report_Web.pdf, S. 13 (Abrufdatum: 18.9.2018); Global Equity Insights 2017, abrufbar unter: https://www.equity-insights.org/reports/Global_Equity_Insights_2017.pdf, S. 13 (Abrufdatum: 18.9.2018).

3 Göpfert/Buschbaum, ZIP 2010, 2330.

niemand), zum Verlust des Arbeitsplatzes komme auch noch der Verlust des eingesetzten Kapitals.⁴ Das ist zwar richtig, in der Unternehmenspraxis gibt es jedoch viele Beispiele, bei denen alle nicht tariflich „festgezurrt“ Beschäftigungsbedingungen im Krisenfall ohne Äquivalent für den Fall des „Überlebens“ gestrichen werden. Selbst wenn das Unternehmen schnell wieder in die Gewinnzone kommt, heißt das nicht unbedingt, dass die früheren freiwilligen Unternehmensleistungen automatisch wieder eingeführt werden. Bei einer „ausgelobten Gewinnbeteiligung“ für den Fall der Krisenbewältigung würden die Arbeitnehmer dagegen zeitgleich mit den Eigentümern vom wirtschaftlichen Aufschwung ihres Unternehmens profitieren.

II. Aktienbasierte Vergütung

Die Belegschaftsaktie ist volumenmäßig das bedeutendste Modell der Mitarbeiterkapitalbeteiligung in Deutschland.⁵ Attraktive Aktienangebote für die Belegschaft erhöhen das **Ansehen** des Arbeitgebers auf dem internationalen **Arbeitsmarkt**, insbesondere bei jungen Stellensuchenden. Bei Startups verzichten Arbeitnehmer oft auf einen Teil ihres, ihnen eigentlich zustehenden festen Einkommens zugunsten eines größeren Aktienpakets, in der Hoffnung auf eine deutliche Steigerung des Aktienwerts und hohe Dividendenzahlungen. 3

In der Unternehmenspraxis gibt es eine Fülle von **Aktienangeboten** für die **Belegschaft**, zum Teil für alle Arbeitnehmer, zum Teil auch nur für Vorstände, Geschäftsführer, leitende Angestellte oder sonstige Führungskräfte. Zu den häufigsten zählen u. a. Angebote von Aktien zum Vorzugspreis (s. Rn. 9 ff.), Aktiengeschenke zu bestimmten Anlässen (s. Rn. 28 ff.), Aktienzusagen/Stock Awards (s. Rn. 34 ff.), Aktienbezugsrechte/Aktienoptionen/Stock Options (s. Rn. 38 ff.) und Matching-Aktien-Angebote (s. Rn. 43 ff.). 4

Für aktienbasierte Vergütungsmodelle kann der Arbeitgeber grundsätzlich die **Voraussetzungen** wie z. B. Kaufberechtigte, Aktienanzahl, Aktienpreis, Warte-/Haltezeiten und Veräußerungssperren sowie Administration **frei bestimmen**. 5

In Unternehmen mit **Betriebsrat** ist die Entscheidung, ob überhaupt Aktien(-optionen) an die Belegschaft ausgegeben werden, wie viel Geld hierfür zur Verfügung gestellt wird und welche Arbeitnehmergruppen zu welchem Preis beteiligt werden, **mitbestimmungsfrei**. Ein **Mitbestimmungsrecht** des Betriebsrats besteht jedoch für die Ausgabe von begünstigten Belegschaftsaktien als „Frage der 6

4 „Aktien statt Gehalt – eine Option mit Schattenseiten“, abrufbar unter: <https://www.welt.de/wirtschaft/karriere/leadership/article12327594/Aktien-statt-Gehalt-eine-Option-mit-Schattenseiten.html> (Abrufdatum: 18.9.2018).

5 Hans-Böckler-Stiftung, Study Mitarbeiterkapitalbeteiligung, S. 26, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_mbf_bvd_333.pdf (Abrufdatum: 18.9.2018).

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

betrieblichen Lohngestaltung“ gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bezüglich der Aufteilung des Volumens auf einzelne Arbeitnehmergruppen oder Arbeitnehmer sowie hinsichtlich der Vereinbarung von Veräußerungssperren, sofern es sich bei der Bezugsgruppe nicht ausschließlich um Leitende Angestellte handelt.

- 6a** Weiter können Arbeitnehmervertretungen in den deutschen Aktiengesellschaften Impulsgeber und Multiplikator für die Einführung bzw. Weiterentwicklung von Mitarbeiterkapitalbeteiligung sein. Das Betriebsverfassungsgesetz sieht die Regelung von „Maßnahmen zur Förderung der Vermögensbildung“ durch freiwillige Betriebsvereinbarung in § 88 Nr. 3 BetrVG ausdrücklich vor. Auch die Sprecherausschüsse können freiwillige Vereinbarungen mit dem Arbeitgeber über eine Kapitalbeteiligung der Leitenden Angestellten nach § 28 SprAuG abschließen.⁶
- 7** Die **erforderlichen Aktien** für Belegschaftsaktienprogramme können vom Unternehmen entweder durch eine bedingte Kapitalerhöhung und die damit verbundene Ausgabe neuer Aktien (§ 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG) oder durch Rückkauf eigener Aktien (§ 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG) **beschafft** werden. Sowohl die Kapitalerhöhung als auch der Erwerb eigener Aktien darf 10% des Grundkapitals nicht überschreiten (§§ 71 Abs. 2 Satz 1, 192 Abs. 3 Satz 1 AktG).
- 8** Arbeitnehmer werden durch den Erwerb der vom Arbeitgeber angebotenen Aktien zu Anteilseignern mit allen Rechten (z.B. **Rede-** und **Stimmrechte** in der Hauptversammlung, **Dividende**) und Pflichten. Einige Unternehmen bieten ihren Mitarbeitern keine Stammaktien, sondern **Vorzugsaktien** an. Bei Vorzugsaktien wird der Wegfall der Stimmrechte in der Hauptversammlung durch eine bevorzugte, i. d. R. höhere Dividende ausgeglichen.

1. Angebot von Aktien zum Vorzugspreis

- 9** Ein Unternehmen kann im Rahmen seiner Vergütungspolitik den Arbeitnehmern eigene Aktien bzw. Aktien der Konzernobergesellschaft kostenlos oder zu einem (gegenüber dem Börsenpreis) vergünstigten Kaufpreis überlassen.

a) Steuer- und abgabenfreies Aktienangebot

- 10** Aktiengesellschaften sollten auf jeden Fall allen Arbeitnehmern ein Aktienangebot machen, mit dem die **steuerliche Förderung** gemäß § 3 Nr. 39 EStG voll **ausgeschöpft** wird.

⁶ Sieg, NZA 2015, 784, 786.

aa) Steuerfreiheit nach § 3 Nr. 39 EStG

Steuerfrei ist gemäß § 3 Nr. 39 EStG der Vorteil des Arbeitnehmers im Rahmen eines gegenwärtigen Dienstverhältnisses aus der unentgeltlichen oder vergünstigten Überlassung von Vermögensbeteiligungen i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, b und f bis 1 und Abs. 2 bis 5 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes am Unternehmen des Arbeitgebers, soweit der Vorteil insgesamt **360 € im Kalenderjahr** nicht übersteigt. Der steuerfreie Betrag gehört gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) auch nicht zum Arbeitsentgelt in der **Sozialversicherung**. **11**

Voraussetzung für die Steuerfreiheit ist, dass die (gleiche) Beteiligung **allen Arbeitnehmern** offensteht, die im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Angebots mindestens **ein Jahr** ununterbrochen in einem gegenwärtigen **Dienstverhältnis** zum Unternehmen stehen (**steuerrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz**). **Einzubeziehen** sind auch Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag (auch Aushilfen) und ruhendem Arbeitsverhältnis, weiterbeschäftigte Rentner, geringfügig Beschäftigte, (Alters-)Teilzeitkräfte, Auszubildende und Werkstudenten (nicht: Praktikanten, Doktoranden, Diplomanden, Bacheloranden, Masteranden, Stipendiaten). Bei einem Entleiher sind Leiharbeiternehmer nicht einzubeziehen. **12**

Nach einem BMF-Schreiben vom 8.12.2009 wird jedoch nicht beanstandet, wenn der Arbeitgeber aus Vereinfachungsgründen **Arbeitnehmer ausschließt**, die ins Ausland entsandt wurden, sowie Organe von Körperschaften (Vorstände und Geschäftsführer), Mandatsträger (Aufsichtsräte), Arbeitnehmer mit einem gekündigten Dienstverhältnis und Arbeitnehmer, die zwischen dem Zeitpunkt des Angebots und dem Zeitpunkt der Überlassung der Vermögensbeteiligung aus sonstigen Gründen aus dem Unternehmen ausscheiden. Es ist dem Arbeitgeber jedoch unbenommen, diese Arbeitnehmer als auch Arbeitnehmer mit einzubeziehen, die weniger als ein Jahr im Unternehmen tätig sind (z. B. Arbeitnehmer, die eine 6-monatige Probezeit bestanden haben). **13**

Seit 2009 ist die steuerliche Förderung auch dann möglich, wenn die Vermögensbeteiligungen durch **Entgeltumwandlung** finanziert werden. Eine Beitragsfreiheit für die **Sozialversicherung** ist mit dieser Entgeltumwandlung nicht verbunden. Diese ist nur bei **zusätzlich zum** ohnehin geschuldeten **Arbeitsentgelt** gewährten Entgeltbestandteilen möglich. **14**

Innerhalb eines Konzerns kann jedes Unternehmen Aktien eines konzernzugehörigen Unternehmens steuerfrei an seine Arbeitnehmer ausgeben, da jedes dieser Unternehmen i. S. v. § 18 AktG als arbeitgebendes Unternehmen gilt (**Konzernklausel**). Bei einem Konzernunternehmen verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht, dass die Aktienprogramme auch den Arbeitnehmern der übrigen Konzernunternehmen angeboten werden, die Konzernklausel gilt insoweit nicht. **15**

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

bb) Privatrechtliche Veräußerungssperre

- 16** Seit der Reform der steuerlichen Behandlung von Mitarbeiterkapitalbeteiligungen im Jahr 2002 unterliegt die Gewährung des Steuerfreibetrags keiner gesetzlichen **Haltefrist** mehr (1960 bis 1983: 6 Jahre, 1984 bis 2001: 5 Jahre), die Aktien können also sofort nach der Einbuchung in sein Depot vom Arbeitnehmer „steuerunschädlich“ wieder verkauft werden (faktisch handelt es sich in diesem Fall um eine „legale Steuerwäsche“).
- 17** Wenn es dem Arbeitgeber außer einer steuerfreien Vergütung auch auf eine nachhaltige Bindung seiner Arbeitnehmer ans Unternehmen ankommt, sollte er eine **privatrechtliche Veräußerungssperre** vorsehen.⁷ Ob es zeitliche Grenzen für den Ausschluss der Übertragbarkeit von Belegschaftsaktien und Aktienoptionen gibt, ist noch nicht gerichtlich entschieden; jedenfalls die üblichen Bindefristen von nicht mehr als fünf oder im Einzelfall auch zehn Jahren sind sicherlich noch akzeptabel.⁸ Eine Veräußerungssperre hindert jedoch nicht den rechtswirksamen Verkauf der Aktien durch den Arbeitnehmer. Sie erlaubt dem Arbeitgeber aber, ggf. Vertragsstrafen bis hin zur Kündigung geltend zu machen.

cc) Risikoaufklärung

- 18** Der Kauf von Aktien ist immer mit einem Kursrisiko verbunden, schlimmstenfalls kann ein Totalverlust des Investments eintreten. Die künftige Entwicklung von Aktien ist (weil sie nicht nur vom Unternehmenserfolg abhängig ist, sondern auch von unternehmensexternen Entwicklungen, z. B. unbeeinflussbaren weltpolitischen Ereignissen) nicht vorhersehbar. Die Entwicklung der Aktien in der Vergangenheit ist deshalb nur bedingt zur Einschätzung der künftigen Kursentwicklung tauglich. Wegen der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers empfiehlt sich zusammen mit dem Kaufangebot auch eine ehrliche Risikoaufklärung. Durch attraktive Aktienangebote (z. B. besonders günstiger Vorzugspreis) können die potenziellen negativen Einflüsse eines rückläufigen Aktienkurses allerdings bis zu einem bestimmten Ausmaß abgefedert werden.

dd) Gestaltungsbeispiele

- 19** (1) Eine Aktiengesellschaft kann allen Mitarbeitern (zu den gesetzlich zugelassenen Ausnahmen s. Rn. 13) jährlich Aktien im Wert von bis zu 360 € **schenken** und damit den Steuerfreibetrag für ihre Mitarbeiter ausschöpfen. Um den Freibetrag voll auszuschöpfen, können auch Teilaktien (Fractional Shares) angeboten werden.

⁷ BayObLG 24.11.1988, BReg. 3 Z 111/88, NJW-RR 1989, 687.

⁸ Baeck/Diller, DB 1998, 1405, 1407.

(2) Will der Arbeitgeber einen möglichst hohen Anteil von Aktien in Mitarbeiterhand erreichen (Stichwort: Belegschaft als Ankeraktionär), dann wird er seinen Mitarbeitern eine größere Aktienanzahl anbieten und gleichzeitig ein **Eigeninvestment** fordern. So kann er z. B. Aktien im Wert von 720 € (bzw. 1.080 €) anbieten und hierzu einen Zuschuss von 360 € zahlen, wenn der Arbeitnehmer die andere Hälfte (bzw. die anderen 2/3) als Eigeninvestment beisteuert. Bei einigen Unternehmen unterliegen diese Aktien keinen **Veräußerungsbeschränkungen**, d. h. sie können nach Übertragung auf den Arbeitnehmer ohne Haltefrist von diesem sofort wieder an der Börse verkauft werden. Viele Unternehmen fordern – vor allem bei geringem Eigeninvestment der Arbeitnehmer – eine Haltefrist. In der Unternehmenspraxis sind bis zu fünf Jahre üblich. Will ein Arbeitnehmer nicht so viel Geld investieren, dass er den vollen Freibetrag ausschöpfen kann, ist grundsätzlich auch der Erwerb einer geringeren Aktienzahl möglich. Einige Arbeitgeber schließen dies zur Reduzierung der Verwaltungskomplexität in ihren Angebotsbedingungen jedoch explizit aus.

(3) Will der Arbeitgeber die Einhaltung von Haltefristen überwachen, wird er zur Vereinfachung der Administration von Belegschaftsaktienprogrammen mit einer **Depotbank** seines Vertrauens einen **Treuhand-** und **Verwahrungsvertrag** abschließen und deren „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ zu einem Bestandteil des Aktienkaufvertrags machen. Für die Verwaltung des Arbeitnehmer-Kontos bei der Depotbank entstehen Gebühren, die grundsätzlich der Depotinhaber – also der Arbeitnehmer – zu zahlen hat. Meist übernimmt der Arbeitgeber jedoch die **Kosten** für die Einbuchung der jeweils bestellten Aktien sowie für deren Verwahrung und Verwaltung auf dem Arbeitnehmer-Depot. Die aufgrund von Verkaufsaufträgen entstehenden Bankgebühren und Fremdkosten (z. B. Börsengebühr) gehen aber zulasten des Arbeitnehmers.

b) Steuerpflichtige Aktienangebote

Dem Arbeitgeber ist es natürlich unbenommen – auch über ein steuerrechtlich gefördertes Aktienangebot hinaus –, weitere vergünstigte (dann als geldwerter Vorteil zu versteuernde) Aktien an die gesamte Belegschaft oder aber (anders als von § 3 Nr. 39 EStG gefordert) nur an Teile davon auszugeben.

aa) Teilhabeberechtigte

Der Arbeitgeber muss bei der Festlegung des Kreises der Bezugsberechtigten den allgemeinen **arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz** beachten. Dieser verbietet die willkürliche Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer innerhalb einer Gruppe von Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage⁹ und eine sach-

9 BAG 21.10.2009, 10 AZR 664/08, NZA-RR 2010, 289.

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

fremde Gruppenbildung.¹⁰ Eine **Differenzierung** nach Vertragsgruppen (Leitende Angestellte, Außertarifliche Angestellte, Führungskräfte), Führungsebenen, Funktionsstufen, Unternehmenssparten oder nach Funktionsbereichen ist dagegen zulässig. Berücksichtigt werden können auch die interne und externe Bedeutung der Funktion, persönliche Gesichtspunkte wie Potenzial, Arbeitsergebnisse und Abwerbegefahr, aber auch Erfordernisse des lokalen Arbeitsmarkts. Die Gruppe der Bezugsberechtigten muss sich nur klar von der Gruppe der vom Bezugsrecht ausgenommenen Arbeitnehmer abgrenzen lassen.¹¹

- 24 Keine Anwendung** findet der Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die Besserstellung einzelner Arbeitnehmer unabhängig von abstrakten Differenzierungsmerkmalen (diskretionär = vom Willen des Arbeitgebers gekürt) erfolgt, da hier ein **kollektiver Bezug fehlt**.

bb) Gestaltungsbeispiele

- 25** (1) Alle Arbeitnehmer (oder: alle Arbeitnehmer der Vertragsgruppen/Funktionsstufen ...) können Aktien mit einem Rabatt von ... % bis zu einem Höchstbetrag von ... € erwerben.
- 26** (2) Arbeitnehmer der Vertragsgruppe/Funktionsstufe A können für 10% ihres Jahresbonus/ihrer Erfolgsbeteiligung Aktien zum Vorzugspreis von ... € erwerben. Für die Vertragsgruppe/Funktionsstufe B sind es 20%, für C 30%, für D 40% und für E 50%.
- 27** (3) Arbeitnehmer mit der Leistungsbeurteilung „sehr gut“ können 30 Aktien zum Vorzugspreis von ... € erwerben. Bei der Leistungsbeurteilung „gut“ sind es 20 Aktien, bei „befriedigend“ 10 Aktien.

2. Aktiengeschenke zu bestimmten Anlässen

a) Anlassbedingte Aktienzuwendung

- 28** Arbeitgeber können ihren Arbeitnehmern zu besonderen Anlässen (z. B. Firmenjubiläen der Mitarbeiter, Jahrestage des Unternehmens, Zielerreichung, erfolgreicher Projektabschluss, Geburt eines Kindes) einen Geldbetrag schenken, sie können stattdessen aber auch Aktien ausgeben.

10 St. Rspr. BAG 3.4.1957, 4 AZR 644/54, AP § 242 BGB Gleichbehandlung Nr. 4; 6.12.1995, 10 AZR 198/95, AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 187; 25.10.2001, 6 AZR 560/00, NJOZ 2002, 1941, 1943; 11.4.2006, 9 AZR 528/05, NZA 2006, 1217, 1218; 24.10.2006, 9 AZR 681/05, AP § 611 BGB Gratifikation Nr. 263; 22.1.2009, 8 AZR 808/07, NZA 2009, 547, 550.

11 BAG 11.4.2006, 9 AZR 528/05, NZA 2006, 1217, 1218; 21.10.2009, 10 AZR 664/08, NZA-RR 2010, 289.

b) Gestaltungsbeispiele

- (1) Alle Mitarbeiter (oder: vertragsgruppen-/funktionsstufenabhängige Regelung, je höher die Vertragsgruppe/Funktionsstufe, desto größer das Aktienpaket) bekommen nach einer Unternehmenszugehörigkeit von 10/20/25/30/40/50 Jahren als Jubiläumsgeschenk ein Aktienpaket von ... Aktien. Für dieses gilt eine Sperrzeit von 1/2/3/4/5 Jahren (oder: keine Sperrzeit). **29**
- (2) Zum ...-jährigen Firmenjubiläum erhalten alle Mitarbeiter eine Aktie (oder: ... Aktien) ihres Unternehmens geschenkt. Für diese Aktie/n gilt eine Sperrzeit von 1/2/3/4/5 Jahren (oder: keine Sperrzeit). **30**
- (3) Wegen des unerwartet guten Geschäftsverlaufs gewährt die Unternehmensleitung allen Mitarbeitern eine/... Gratisaktie/n. **31**
- (4) Weil im Geschäftsjahr ... die geschäftlichen Erwartungen deutlich übertroffen wurden, macht die Unternehmensleitung allen Mitarbeitern (oder: folgenden Vertragsgruppen: ...) als Anerkenntnis ihrer guten Arbeit ein Angebot von ... Aktien zu einem Vorzugspreis von ... €. **32**
- (5) Der Vorstandsvorsitzende gewährt einem Mitarbeiter, der ein Projekt erfolgreich abgeschlossen hat/eine besonders herausragende Leistung erbracht hat, als besondere Anerkennung statt einer sonst üblichen Sonderzahlung ein Sonderaktienpaket. **33**

3. Zusage von Aktien*a) Tatsächliche Aktien (Stock Awards)**aa) Begriffsbestimmung*

Der Arbeitgeber kann – statt Aktien sofort an seine Mitarbeiter auszugeben – **34**
Arbeitnehmern (allen Arbeitnehmern oder nur außertariflichen Mitarbeitern oder nur Leitenden Angestellten oder nur besonders erfolgreichen Mitarbeitern) auch nur zusagen, nach Ablauf einer von ihm vorgegebenen **Wartezeit** und bei Erfüllung bestimmter, von ihm vorgegebener Voraussetzungen, ihnen eine bestimmte Anzahl Aktien des Unternehmens zu übertragen. Damit werden Aktien außer zu einem Vergütungsbestandteil zusätzlich auch zu einem **Firmenbindungs-Instrument**. Denn wenn ein Mitarbeiter aus eigenem Antrieb das Unternehmen verlässt (z. B. um zum Wettbewerb überzutreten), verliert er den Anspruch auf die Aktien.

bb) Gestaltungsbeispiele

- (1) Der Arbeitgeber sagt dem Arbeitnehmer zu, ihm nach Ablauf von 1/2/3/4/5 **35**
Jahren Aktien des Unternehmens unentgeltlich auf ein für den Arbeitnehmer an-

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

gelegtes Depot bei der (vom Arbeitgeber ausgewählten) Administrationsbank zu überweisen. Während der **Wartezeit** kann der Arbeitnehmer nicht über die Aktienzusagen verfügen, diese also weder veräußern, übertragen noch belasten. Bei **Beendigung** des **Arbeitsverhältnisses** während der Wartezeit erlöschen mit dem Tag des Ausscheidens beim Arbeitgeber – mit **Ausnahme** bei Pensionierung, Erwerbsunfähigkeit oder Tod, Ausgliederung/Betriebsübergang oder bei Weiterbeschäftigung im Konzern – sämtliche Bezugsrechte. Ein wertmäßiger Ausgleich für das Erlöschen der Bezugsrechte ist ausgeschlossen. Nach Ablauf der Wartezeit kann der Arbeitnehmer **3 Übertragungswege** für die zugesagten Aktien wählen. Damit soll ihm ermöglicht werden, seine Steuerlast (die übertragenen Aktien sind als geldwerter Vorteil ein steuerpflichtiger Vergütungsbestandteil) – ggf. auch die Sozialversicherungsabgaben – gemäß seiner persönlichen Liquiditätsplanung zu begleichen: (1) Der Arbeitnehmer möchte vom Arbeitgeber alle Aktien verkaufen lassen. Der voraussichtliche Steuer- und Sozialversicherungsbetrag wird vom Arbeitgeber aus dem Verkaufserlös zurückbehalten. (2) Der Arbeitnehmer kann vom Arbeitgeber so viele Aktien verkaufen lassen, wie zur Begleichung der anfallenden Steuern und Sozialversicherungsabgaben benötigt werden. (3) Der Arbeitnehmer möchte alle Aktien behalten. In diesem Fall muss er dem Arbeitgeber vorab den voraussichtlichen Betrag für Steuern und Sozialversicherungsabgaben bezahlen.

- 36 (2) Der Arbeitgeber kann von vornherein eine feste Anzahl von Aktien nach Ablauf der Wartezeit ausloben, er kann die tatsächliche Aktienanzahl aber auch von der Erreichung bestimmter, von ihm vorgegebener **Performance-Ziele** während der Wartezeit abhängig machen. In diesem Fall sagt er dem Arbeitnehmer einen bestimmten 100%-Geldbetrag zu, für den er nach Ablauf der Wartezeit Aktien erhält. Dieser 100%-Betrag wird entsprechend der Performance-Erreichung erhöht bzw. gesenkt. Als Performance-Ziele können z. B. festgelegt werden: Entwicklung des Ergebnisses je Aktie vom Zuteilungstag bis zum Übertragungstag oder Aktienkursentwicklung gegenüber folgenden relevanten Wettbewerbern ... (Durchschnitt der 36 Monatsschlusskurse vor dem Übertragungsmonat). Es können auch mehrere Performance-Ziele festgelegt werden (z. B. 50 % Ergebnis je Aktie und 50 % Aktienkursentwicklung).

b) Phantomaktien (Virtuelle Stock Awards)

- 37 Will ein Arbeitgeber sich den mit Erwerb und Verteilung eigener Aktien verbundenen organisatorischen Aufwand ersparen, kann er seinen Arbeitnehmern auch eine aktienbasierte Vergütung durch Zusage virtueller Aktien (Phantomaktien) ermöglichen. Bei diesen „Virtuellen Stock Awards“ werden die Zusagen am Ende der vom Arbeitgeber festgelegten Wartezeit nicht in Aktien erfüllt, sondern in Geld. Der Barauszahlungsbetrag pro Zusage entspricht dann dem Gegenwert einer Aktie an einem vom Arbeitgeber vorab festgelegten **Tag** (z. B. erster

Börsentag nach Ablauf der Wartezeit) oder dem durchschnittlichen Aktienkurs in einem genau festgelegten Zeitraum (z. B. Durchschnitt der Tagesschlusskurse im Zeitraum vom ... bis ...). Um Unstimmigkeiten zu vermeiden, sollten die **Börse** (eine der Handelsbörsen: Xetra, etc.) und der konkrete **Börsenkurs** (Eröffnungskurs, Schlusskurs, Tiefstkurs oder Höchstkurs) unmissverständlich festgelegt werden. Die Barauszahlung erfolgt – wie bei „normalem“ Einkommen – unter Abzug von Steuern und ggf. Sozialversicherungsabgaben über die Entgeltabrechnung. Allerdings entfallen bei dieser Variante die Vorteile des Besitzes von Aktien in der Hand eigener Arbeitnehmer (Stichwort: Belegschaft als verlässlicher Ankeraktionär).

4. Zusage von Aktienbezugsrechten (Aktienoptionen)

a) Option auf Erwerb von tatsächlichen Aktien (Stock Options)

aa) Begriffsbestimmung

Eine **Aktienoption** (auch Aktienbezugsrecht genannt) ist das Recht, zu einem späteren Termin unter bestimmten Bedingungen eine Aktie des Arbeitgebers zu einem vorab festgelegten Preis zu erwerben.¹² Dadurch hat der Arbeitnehmer den Vorteil, Aktien unter dem Marktwert zu erhalten, wenn der Aktienkurs zum Zeitpunkt des Erwerbs der Aktien höher als der zuvor vereinbarte Preis ist. Ist der Aktienkurs nach Ablauf der Wartezeit jedoch geringer als bei der Aktienzusage, dann kann sich eine Aktienoption als wirtschaftlich wertlos erweisen, weshalb viele Aktiengesellschaften mit bescheidenen Kursentwicklungen von Aktienoptionen auf Aktienzusagen umgestellt haben. Bei Stock Awards bekommt der Mitarbeiter zumindest immer eine Aktie, auch wenn deren Wert gegenüber dem Kurs am Zuteilungstag geringer sein kann.

Die erhaltenen Aktien sind im Rahmen der Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit als geldwerter Vorteil **lohnsteuer-** und **sozialversicherungspflichtig**. Gegenstand der Besteuerung ist die bei der Ausübung der Option entstehende Differenz zwischen dem vereinbarten Basispreis und dem bei der Ausübung des Optionsrechts bestehenden Kurswert der Aktie.¹³

Eine Klausel, die den ersatzlosen **Verfall** der Bezugsrechte bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Wartefrist anordnet, ist arbeitsrechtlich zulässig, da dem Arbeitnehmer kein Verdienst, sondern nur eine Verdienst**chance** entzogen wird.¹⁴ Dies gilt auch für **betriebsbedingte** Kündigungen.¹⁵ Allerdings

12 Busch, BB 2000, 1294; Lembke, BB 2001, 1469; Röder/Göpfert, BB 2001, 2002.

13 BFH 20.6.2001, VI R 105/99, DB 2001, 1861.

14 BAG 28.5.2008, 10 AZR 351/07, NZA 2008, 1066, 1071, 1073; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 505a.

15 BAG 28.5.2008, 10 AZR 351/07, NZA 2008, 1066.

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

wird in der betrieblichen Praxis kaum ein Personaler eine geräuschlose betriebsbedingte Kündigung an einem ersatzlosen Verfall von Aktienoptionen scheitern lassen wollen. Schließlich will nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beenden. Verlässt der Arbeitnehmer dagegen das Unternehmen aus eigenem Antrieb – weil er z. B. zum Wettbewerb wechselt –, dann ist das Verfallen der Aktienoption schon deshalb gerechtfertigt, weil einer der Gründe für dieses Vergütungselement – die Firmenbindung – entfallen ist.

bb) Gestaltungsbeispiel

- 41 Die individuelle **Anzahl** der **Bezugsrechte** eines Bezugsberechtigten wird aufgrund folgender **Kriterien** festgelegt: Bedeutung der Funktion, individuelle Arbeitsergebnisse des Mitarbeiters, regionale Besonderheiten und aktuelle Performance des Betriebs/Bereichs/Unternehmens. Bei einem Funktionswechsel können bei der Festlegung die Funktionen zeitanteilig einbezogen werden. Die Bezugsrechte dürfen erst nach Ablauf einer **Wartezeit** von 1/2/3/4/5 Jahren nach dem Zuteilungstag ausgeübt werden. Die **Ausübung der Bezugsrechte** kann in den 1/2/3/4/5 auf die Wartezeit folgenden Jahren erfolgen. Bezugsrechte aus dem Aktienoptions-Vertrag dürfen in folgenden Zeiträumen nicht ausgeübt werden (**Ausübungsbeschränkung**): zwei Wochen vor Quartalsende bis zwei Tage nach der Bekanntgabe der Quartalergebnisse und zwei Wochen vor Geschäftsjahresende bis zwei Tage nach Bekanntgabe der Ergebnisse des abgelaufenen Geschäftsjahres. Der Arbeitgeber wird Ausübungsaufträge in diesen **Sperrfristen** zurückweisen. Neben den Sperrfristen muss der Arbeitnehmer die **nationalen und internationalen Beschränkungen** beachten, die aus allgemeinen Rechtsvorschriften folgen, wie z. B. dem **Gesetz über den Wertpapierhandel**. Nach diesem Gesetz ist es Insidern verboten, nicht öffentlich bekannte Tatsachen, die geeignet sind, den Kurs börsennotierter Wertpapiere erheblich zu beeinflussen, für eigene oder fremde Wertpapiergeschäfte auszunutzen, solche Tatsachen Dritten zugänglich zu machen oder Dritten den Kauf oder Verkauf diesbezüglicher Wertpapiere zu empfehlen. Wer gegen ein inländisches oder ausländisches Verbot des Insiderhandels verstößt, kann mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft werden. Der **Ausübungspreis** ist der bei Zuteilung des Bezugsrechts vereinbarte Preis, der später für den Erwerb der Aktie zu bezahlen ist. Er entspricht dem durchschnittlichen Eröffnungskurs der Aktien im Xetra-Handel (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) an den fünf Handelstagen, die dem Tag der Zuteilung vorangegangen sind, zuzüglich 10/20/30/... %. Bevor Bezugsrechte ausgeübt werden können, muss die Aktie ein **Erfolgsziel** erreicht haben. Diese Ausübungshürde ist überwunden, wenn der Kurs der Aktie im Xetra-Handel (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) einmalig den Ausübungspreis von ... € erreicht hat. Allerdings ist die Bezugsrechtsausübung nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn der Aktienkurs auch zum Aus-

übungszeitpunkt über dem Ausübungspreis liegt. Die Bezugsrechte sind **nicht übertragbar, verpfändbar oder abtretbar**, sondern können nur durch den bezugsberechtigten Arbeitnehmer ausgeübt werden. Im **Todesfall** gehen die Bezugsrechte auf den überlebenden Ehepartner oder die Kinder über, nicht aber auf andere Erben. Die Berechtigung, die Optionen auszuüben, ist nachzuweisen. Das Unternehmen überträgt die Bezugsrechte mit befreiender Wirkung jeweils nur auf einen berechtigten Erben. Sofern die Bezugsrechte nicht bis zum **Ablauf des Ausübungszeitraums** ausgeübt werden, verfallen sie ersatzlos. Bei **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** erlöschen mit dem Tag des Ausscheidens beim AG – mit **Ausnahme** bei Pensionierung, Erwerbsunfähigkeit oder Tod, Ausgliederung/Betriebsübergang oder bei Weiterbeschäftigung im Konzern – sämtliche Bezugsrechte und ein Anspruch auf Gewährung von Aktienoptionen besteht nicht mehr. Ein wertmäßiger Ausgleich für das Erlöschen der Bezugsrechte ist ausgeschlossen. Der Arbeitgeber behält sich vor, in bestimmten Fällen bei der Ausübung der Bezugsrechte statt der Auslieferung von Aktien (aus dem bedingten Kapital oder aus eigenen Aktien) einen **Barausgleich** vorzunehmen. Ein Barausgleich wird dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Ausübungspreis und dem Eröffnungskurs der Aktie im Xetra-Handel (oder einem vergleichbaren Nachfolgesystem) am Tag der Ausübung der Bezugsrechte entsprechen. **Steuern** und etwaige **Sozialversicherungsbeiträge** auf die Einkünfte aus den Bezugsrechten sind vom Arbeitnehmer zu tragen. Für die Einbuchung in das Aktienoptionskonto, die Verwaltung und die Ausübung der Bezugsrechte fallen beim Arbeitnehmer keine **Kontoführungsgebühren** an. Ein vom Arbeitnehmer ggf. gewünschter Transfer der Verkaufserlöse oder der Aktien vom Konto bei der . . .-Bank auf andere Konten des Arbeitnehmers wird zu dessen Lasten durchgeführt.

b) Option auf Erwerb von Phantomaktien (Virtuelle Stock Options)

Will ein Arbeitgeber sich den mit Erwerb und Verteilung eigener Aktien verbundenen organisatorischen Aufwand ersparen, kann er seine Arbeitnehmer auch an einer eventuellen Steigerung des Börsenwerts seiner Aktien beteiligen, ohne dass er diesen Aktien übertragen muss. Bei **virtuellen** Aktienoptionen zum Erwerb von Phantomaktien wird der Arbeitnehmer finanziell so gestellt, als ob er Inhaber echter Aktienoptionen wäre. Das heißt, der Ausübungsberechtigte erhält den Unterschiedsbetrag zwischen dem Börsenkurs am Ausübungstag und dem vorab zugesagten Ausübungspreis unter Abzug von Steuern und ggf. Sozialversicherungsabgaben in bar.

42

5. Gratisaktien beim Kauf von Aktien (Matching-Aktien)

a) Matching-Aktien

- 43** Um die Arbeitnehmer zum Kauf von Aktien ihres Unternehmens anzureizen, kann der Arbeitgeber das langfristige Halten von mit eigenen Mitteln erworbenen Aktien durch Gratisaktien (Matching-Aktien) für eine bestimmte Zahl von Investment-Aktien belohnen. Die Voraussetzungen für den Erhalt dieser Matching-Aktien, wie z.B. Teilnahmeberechtigung, Angebotsfrist, Haltefrist, Matching-Verhältnis, Verwahrdepot sowie Mindest- und Höchstzahl der geförderten Aktien, kann der Arbeitgeber frei bestimmen.

b) Risikoauflklärung

- 44** Auch bei Matching-Aktien-Programmen müssen die Mitarbeiter über das bei einer Teilnahme verbundene Kursrisiko informiert werden (s. Rn. 18). Die angebotenen Matching-Aktien federn zwar die potenziellen negativen Einflüsse eines rückläufigen Aktienkurses bis zu einem bestimmten Ausmaß ab, es bleibt aber ein gewisses Risiko. Hinzu kommt, dass die gekauften Aktien mindestens 1/2/3/4/5 Jahre lang gehalten werden müssen, bevor der Arbeitnehmer Matching-Aktien erhält.

c) Gestaltungsbeispiele

(1) 3+1 Matching-Aktienangebot (MAA)

- 45** Teilnahmeberechtigt am Angebot von Matching-Aktien sind alle Arbeitnehmer, die am Geschäftsjahresbeginn und am Tag der Bekanntgabe des Matching-Aktien-Programms zum Arbeitgeber in einem Arbeitsverhältnis stehen. Einbezogen sind auch Arbeitnehmer mit (Alters-)Teilzeitvereinbarung (auch geringfügig Beschäftigte), befristetem Arbeitsvertrag (auch Aushilfen) und ruhendem Arbeitsverhältnis sowie ins Ausland abgeordnete (nicht ins Ausland versetzte) Arbeitnehmer und Werkstudenten (nicht Praktikanten, Doktoranden, Diplomanden, Bacheloranden, Masteranden, Stipendiaten). Die **Angebotsfrist** beginnt am ... um 00:00 Uhr und endet am ... um 24:00 Uhr. Der **Kaufpreis** für eine Aktie entspricht dem Schlusskurs der Aktie im Xetra-Handel an der Frankfurter Wertpapierbörse am ... Das **Investment** muss mindestens 1 % und kann (jeweils in vollen %-Sprüngen) bis höchstens 50/60/70/80/90/100 % der variablen Brutto-bezüge für das Geschäftsjahr ... für den Kauf von Aktien betragen. Mit der Teilnahme des Arbeitnehmers am Matching-Aktien-Programm kommt gleichzeitig ein Treuhand- und Verwahrungsvertrag mit der vom Arbeitgeber für die MAA-Abwicklung beauftragten ...-Bank zustande. Deren „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ sind auch Bestandteil dieses Vertrags. Matching-Aktien werden nur gewährt, wenn die erworbenen Aktien auf dem Sammelverwahr-

depot der ...-Bank während einer 1/2/3/4/5-jährigen Haltefrist ununterbrochen gehalten werden. Die im Rahmen des Matching-Aktien-Programms erworbenen Aktien unterliegen jedoch keinen **Veräußerungsbeschränkungen**, sie dürfen jederzeit verkauft oder in Privatdepots überführt werden. Dies führt jedoch zum Verlust des Anspruchs auf Matching-Aktien. Nach Ablauf der Haltefrist erhält der Arbeitnehmer für je 1/2/3 im ...-Bank-Depot gehaltene Aktien (Investment-Aktien) eine kostenlose Aktie (**Matching-Aktie**), sofern er zu diesem Zeitpunkt noch in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber steht. Die Aktien aus dem Matching-Aktien-Programm sind **dividendenberechtigt**. Solange der Arbeitnehmer seine Aktien im Verwahrdepot bei der ...-Bank hält, werden Dividenden nicht in bar ausgezahlt, sondern wieder angelegt. Das bedeutet, dass in Höhe der ausgeschütteten Dividende (nach Abzug von Steuern und Sozialversicherungsabgaben) zusätzliche Aktien durch die ...-Bank im Namen des Arbeitnehmers erworben und auf das Verwahrdepot übertragen werden. Der bei der Wiederanlage zugrunde zu legende Kaufpreis ist der handelsgewichtete Durchschnittskurs der Aktie im Xetra-Handel oder ein entsprechender anderer Marktpreis an dem Handelstag, an dem die ...-Bank den Ausschüttungsbetrag der Dividende erhält. Die zusätzlichen (Teil-)Aktien begründen keinen Anspruch auf Matching-Aktien. Die **Kosten** für die Einbuchung der bestellten Aktien und Matching-Aktien sowie deren Verwahrung und Verwaltung auf dem Depot der ...-Bank werden vom Arbeitgeber getragen. Gebühren für den Verkauf von Aktien gehen zulasten des Arbeitnehmers.

(2) $[2 \times 10] + [2 \times 10]$ - und $[8 \times 10] + [8 \times 5]$ -Matching-Aktienangebot

Alle Mitarbeiter können aus ihrem Einkommen (oder: variablen Einkommen) **46** zwei Aktienpakete mit jeweils zehn Aktien zum Börsenkurs am ... kaufen. Wenn die Investaktien in den folgenden zehn Jahren nicht verkauft werden, erhält der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber jedes Jahr eine Gratisaktie. Wenn der Arbeitnehmer eine Investaktie verkauft, verfallen alle Ansprüche auf künftige Gratisaktien aus dem jeweiligen 10er-Aktienpaket. Mit diesen beiden Aktienpaketen ($[2 \times 10] + [2 \times 10]$ -**Matching-Aktienangebot**) wird der jeweilige **Steuerfreibetrag ausgeschöpft**. – Alle Mitarbeiter (oder: Mitarbeiter der folgenden Vertragsgruppen/Funktionsstufen ...) können **zusätzlich zum steuerfreien Grundangebot** acht weitere steuerpflichtige 10er-Aktienpakete zu den gleichen Bedingungen wie beim $[2 \times 10] + [2 \times 10]$ -Matching-Aktienangebot kaufen. Wenn diese Investaktien in den nächsten zehn Jahren nicht verkauft werden, erhält der Arbeitnehmer jeweils nach zwei Jahren eine Gratisaktie ($[8 \times 10] + [8 \times 5]$ -**Matching-Aktienangebot**).

III. Dividendenbasierte Vergütung

- 47 Um eine Eigentümerkultur im Unternehmen zu fördern, kann der Arbeitgeber den Gleichklang von Mitarbeiterinteressen und Aktionärsinteressen auch durch eine dividendenabhängige Vergütung fördern.
- 48 **Beispiel aus der Unternehmenspraxis:** Für die Berechnung einer jährlichen Erfolgsbeteiligung wird ein rang-/vertragsgruppen-/funktionsstufen-abhängiger Faktor (je höher die Gruppe, desto höher der Faktor) mit der jeweiligen Dividende für das Ausschüttungsjahr multipliziert. Diesen Betrag kann sich der Mitarbeiter in bar auszahlen lassen. Er kann ihn aber auch in Aktien seines Unternehmens, die der Arbeitgeber zu einem Vorzugspreis anbietet, investieren (= **Doppelförderung der Eigentümerkultur**). Der Arbeitnehmer freut sich dann nicht nur als Mitarbeiter, sondern auch als Belegschaftsaktionär über eine möglichst hohe Dividende seines Unternehmens (= **Doppelnutzen der Eigentümerkultur**). Der Unternehmer bringt mit einem solchen Angebot zum Ausdruck, dass für ihn die Interessen seiner Aktionäre und die Interessen seiner Mitarbeiter gleichwertig sind.

IV. Angebot von Genussrechten, Genussscheinen

- 49 Arbeitnehmer können ihrem Unternehmen Kapital überlassen, das nach einer mit dem Arbeitgeber zu vereinbarenden Laufzeit zurückzuzahlen ist.¹⁶ Als „Genuss“ erhalten sie dafür eine **jährliche Gewinnbeteiligung**.¹⁷
- 50 Da es für Genussscheine keine gesetzlichen Vorschriften gibt, kommen diese grundsätzlich für Unternehmen jeglicher Rechtsform in Betracht.¹⁸ Auch für kleine und mittlere Unternehmen besteht ein breiter Gestaltungsspielraum bezüglich fester oder variabler Verzinsung, Beteiligung am Gewinn bzw. Verzinsung abhängig von Gewinn, Laufzeit, Tilgung und Kündigungsgründen. Anders als bei Aktien besteht meist kein Kursrisiko, es sei denn es liegen **börsengehandelte** Genussscheine vor, dann kann es zu Kurssteigerungen, aber auch zu Kursverlusten kommen. Inhaber von Genussscheinen haben keine Mitspracherechte am Unternehmensgeschehen, Informationsrechte können jedoch vereinbart werden.
- 50a Für eine Förderung nach dem Vermögensbildungsgesetz müssen Genussrechte gewinnabhängig gestaltet sein (Koppelung der Verzinsung an die Ertragslage des Unternehmens); eine garantierte Mindestverzinsung ist nur in beschränktem Umfang förderungsunschädlich vereinbar. Das Genussrecht ist somit ein Risiko-

16 Göpfert/Buschbaum, ZIP 2010, 2330, 2332.

17 John/Stachel, BB 2009, 17.

18 Göpfert/Buschbaum, ZIP 2010, 2330.

papier ähnlich der Aktie, jedoch ohne die mit der Aktie verbundenen Eigentümerrechte.¹⁹

V. Angebot von GmbH-Anteilen

Für die Vergütung von Mitarbeitern einer GmbH kommt außer Geldzahlungen auch das Angebot von Anteilen der GmbH in Betracht. **Mitarbeiter** beteiligen sich dann am Stammkapital der GmbH und werden somit deren **Gesellschafter**. Sie sind einerseits am Wertzuwachs und Gewinn der GmbH beteiligt, ihr eingebrachtes Kapital haftet andererseits vollständig für Verluste der Gesellschaft. Arbeitnehmer mit GmbH-Anteilen sind – wie alle anderen Gesellschafter – in der Gesellschafterversammlung stimmberechtigt, haben ein Einsichtsrecht in die Bücher und ggf. Anfechtungsrechte. **51**

Eine Mitarbeiterkapitalbeteiligung ist hier allerdings weitaus komplizierter in der organisatorischen Umsetzung als die Ausgabe von Aktien bei einer Aktiengesellschaft. Denn bei jeder Änderung des Kapitals oder bei der Übertragung von Kapitalanteilen sind Beschlüsse der Gesellschafter mit notarieller Beurkundung und ein Eintrag ins Handelsregister erforderlich. Mitarbeiterkapitalbeteiligung durch GmbH-Anteile ist deshalb meist nur für kleinere Unternehmen mit geringer Fluktuation geeignet. Da – anders als bei Aktien börsennotierter Aktiengesellschaften – kein Kurswert für GmbH-Anteile besteht, ist eine Veräußerung in der Unternehmenspraxis meist schwierig. Diese bürokratischen Erfordernisse sind u. a. Grund dafür, dass GmbH-Mitarbeitern statt Anteilen an ihrem Unternehmen vorzugsweise Stille Beteiligungen angeboten werden. **52**

VI. Angebot von Stillen Beteiligungen

Arbeitgeber können ihren Arbeitnehmern anbieten, Gesellschafter ihres Unternehmens zu werden, ohne nach außen in Erscheinung zu treten (**Stille Beteiligung**, §§ 230 f. HGB). Grundsätzlich haben die so von ihrem Arbeitgeber beteiligten Arbeitnehmer keinerlei Einfluss auf die Entscheidungen der Geschäftsführung. Mitspracherechte haben sie nur bei weitreichenden grundsätzlichen Entscheidungen der Geschäftsführung (z. B. Änderung der Rechtsform des Unternehmens, Verkauf des Unternehmens). Das Kontrollrecht beschränkt sich auf das Recht, die abschriftliche Mitteilung des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen (§ 233 I HGB).²⁰ Der Anteil am Gesellschaftskapital wird beim Ausscheiden eines Stil- **53**

19 Hans-Böckler-Stiftung, Study Mitarbeiterkapitalbeteiligung, S. 43, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_mbf_bvd_333.pdf (Abrufdatum: 18.9.2018).

20 Hans-Böckler-Stiftung, Study Mitarbeiterkapitalbeteiligung, S. 39, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_mbf_bvd_333.pdf (Abrufdatum: 18.9.2018).

Kap. 27 Vergütung durch Mitarbeiterkapitalbeteiligung

len Teilhabers zurückgezahlt. In der Unternehmenspraxis sind allerdings lange Mindestlaufzeiten üblich.

- 54 Bei Stillen Beteiligungen erhalten Mitarbeiter eines Unternehmens für ihr eingesetztes Kapital entweder einen über den Sparzinsen liegenden **festen Zinssatz**, was bei den derzeitigen Mini-Zinsen am Kapitalmarkt sehr attraktiv sein kann. Alternativ kommt auch eine prozentuale **Beteiligung** an den **Unternehmensgewinnen** in Betracht. Anders als beim Aktienkauf müssen Mitarbeiter beim Erwerb von Stillen Beteiligungen, bei entsprechender vertraglicher Gestaltung, nicht mit dem Wertverlust ihres Investments rechnen. Das gilt allerdings nicht mehr bei einer Insolvenz des Unternehmens. In diesem Fall werden die Mitarbeiter mit Stillen Beteiligungen wie alle anderen Eigentümer behandelt. Das heißt, zuerst werden die Gläubiger befriedigt, dann die Stillen Beteiligungen der Mitarbeiter, was ggf. zum Totalverlust ihres Investments führen kann.

VII. Angebot von Arbeitnehmerdarlehen

- 55 Arbeitgeber können ihren Arbeitnehmern ein Darlehen anbieten, dessen Zinsen deutlich über den (derzeit sehr mageren) Kapitalmarktzinsen liegen. Die jährlichen Ausschüttungen können aber auch an variable Unternehmenskennzahlen gekoppelt sein (z. B. Gewinn, Umsatzsteigerung, Auftragseingang, ROCI). Die Arbeitnehmer haben zwar einerseits keinen Einfluss auf die Geschäftspolitik ihres Arbeitgebers (keine zusätzlichen Mitwirkungs- oder Informationsrechte), andererseits haben sie aber auch kein Risiko bezüglich des eingesetzten Kapitals. Eine Verlustbeteiligung der Arbeitnehmer ist grundsätzlich ausgeschlossen. Um die Arbeitnehmer vor Verlust ihres Investments zu schützen, bestimmt das Gesetz über das Kreditwesen, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmerdarlehen gegen Insolvenz abzusichern hat. Damit wird das Darlehen als Einlagengeschäft von der Erlaubnispflicht gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG i.V. m. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG befreit. Das Ausstiegsdatum wird im Darlehensvertrag mit der Laufzeit des Arbeitnehmerdarlehens vereinbart. Arbeitnehmerdarlehen sind in allen Unternehmen gleich welcher Rechtsform möglich. Sie eignen sich wegen ihrer einfachen organisatorischen Umsetzung gut als Einstieg in die Mitarbeiterkapitalbeteiligung, aber auch als risikofreie Ergänzung zu anderen risikobehafteten Beteiligungsformen.

Kapitel 28

Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

Schrifttum: *Böhm*, Das unterschätzte Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten, ArbRB 2015, 240; *Dieterich*, Betriebsverfassungsrecht und betriebliche Altersversorgung, NZA 1984, 273; *Hamann*, die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321; *Hampe/Endriß*, Spielregeln der betrieblichen Übung, DB 2016, 1635; *Kock*, Neue Pflichten für Entleiher: Information über freie Stellen und Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten (§ 13a und § 13b AÜG), BB 2012, 323; *Lembke*, Arbeitnehmerüberlassung im Konzern, BB 2012, 2497; *Maschmann*, Diversity Management als Rechtsproblem, NZA-Beil. 2012, 103; *Maschmann/Sieg/Göpfert*, Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 2. Auflage 2016; *Oberthür*, Die Neuregelung des AÜG, ArbRB 2011, 146; *Reiserer/Fallenstein*, Mitarbeiterbindung und leistungsabhängige Bonussysteme: ein Widerspruch oder zulässige Praxis? (Teil I), DStR 2011, 1572; *Roloff*, Entwicklungslinien der Rechtsprechung ■ zu § 87 Absatz 1 Nr. 10 BetrVG, RdA 2014, 228; *Schaub*, Arbeitsrecht von A–Z, 22. Auflage 2018; *Schiefer*, Urlaub, Pflegezeit, Teilzeitwunsch – Wie das Arbeitsrecht knappe Güter verteilt, NZA-Beil. 2012, 132; *Vielmeier*, Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen nach § 13b AÜG, NZA 2012, 535; *von Steinau-Steinrück/Ziegler*, Betriebliche Freizeit- und Sportveranstaltungen, NJW-Spezial 2009, 770; *Wagner/Knittel*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt-Kommentar, 93. Aufl. 2016; *Zimmermann*, Die neuen Pflichten der Einsatzunternehmen nach der AÜG Reform 2011, ArbRAktuell 2011, 264.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Einführung	1
II. Anspruchsgrundlage	1a
1. Betriebsvereinbarung	1a
2. Gesamtzusage	2
3. Betriebliche Übung	3
III. Gleichbehandlung	4
1. Grundsatz	4
2. Anspruch aller Arbeitnehmer bei Knappheit?	5
a) Teilhabe von Leiharbeitnehmern	6
b) Teilhabe von Teilzeitkräften	7
IV. Mitbestimmung durch den Betriebsrat	8
1. Geltungsbereich § 87 Abs. 1 Nr. 8 oder Nr. 10 BetrVG	8
2. Begriff der Sozialeinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG	9
3. Beispiele für Sozialeinrichtungen	10
4. Umfang der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG	12
5. Durchführung der Mitbestimmung	14
6. Formen der Sozialeinrichtungen	15
V. Betriebskindergarten	16
1. Inhalt und Ausgestaltung	16
2. Betriebliche Mitbestimmung	17
a) Betriebseigener Kindergarten	17
b) Zuschuss zur Kinderbetreuung	18
3. Steuerrecht	19
4. Sozialversicherungsrecht	20

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

VI. Essenszuschuss und Betriebs-	VII. Fahrtkostenzuschüsse und Job-
kantine 21	Tickets 24
1. Inhalt und Ausgestaltung . . . 21	1. Inhalt und Ausgestaltung . . . 24
2. Mitbestimmung 22	2. Mitbestimmung 25
3. Steuerrecht 23	3. Steuerrecht 26

I. Einführung

- 1 Stellt der Arbeitgeber zusätzlich zum Gehalt Leistungen in Aussicht oder zur Verfügung, um seinen Beschäftigten „etwas Gutes“¹ zu tun, handelt es sich um Sozialleistungen mit Entgeltcharakter. Sie sind kein Lohn, da sie zur Arbeitsleistung nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.² Dies können etwa sein: Zuschüsse zum Essen in der Betriebskantine, kostenlose Getränke oder Obst, die Zurverfügungstellung von Parkplätzen, Zuschüsse zur Gesundheitsvorsorge wie bspw. für Beiträge für ein Fitnessstudio oder zur Teilnahme an Sportveranstaltungen bzw. Stadtläufen, Sonderzahlungen zum Jubiläum, Zuschüsse zur Kinderbetreuung oder nach dem Ablauf des gesetzlichen Entgeltfortzahlungszeitraums. Denkbar ist vieles mehr.

II. Anspruchsgrundlage

1. Betriebsvereinbarung

- 1a Sozialleistungen des Arbeitgebers sind regelmäßig freiwillig, sodass darauf grundsätzlich ohne schriftliche, mündliche, konkludente oder kollektivrechtliche Vereinbarung kein Anspruch besteht. Vergünstigtes Essen in einer Betriebskantine etwa oder die Bereitstellung von Betreuungsplätzen in Betriebskindergärten stellen in der Regel Sozialeinrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG dar (s. dazu unten Rn. 8). Jedenfalls aufgrund des Entgeltcharakters sind Sozialleistungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig, sodass die Betriebsvereinbarung über die vom Arbeitgeber gewährte Sozialleistung entsprechend der dort festgelegten Kriterien und Voraussetzungen die Anspruchsgrundlage für die Gewährung der Leistung bildet. Dies betrifft vor allem die Ausgestaltung der Bezugsbedingungen der jeweiligen Leistung.³ Die Tatsache, dass es sich um eine freiwillige Leistung handelt, schließt das Mitbestimmungsrecht nicht aus.⁴ Vorteil einer Betriebsvereinbarung im Vergleich zu einer Gesamtzusage oder zur betrieblichen Übung ist, dass sie kündbar ist und die

1 Schaub ArbR-Formb. Kapitel B Rn. 235c.

2 Richardi/Richardi, § 87 BetrVG Rn. 763.

3 BAG 10.6.1986, 1 ABR 65/84, NZA 1987, 30.

4 Richardi/Richardi, § 87 BetrVG Rn. 853.

Nachwirkung ausgeschlossen werden kann.⁵ Die Gewährung der jeweiligen Sozialleistung bleibt dadurch – theoretisch – für den Arbeitgeber planbar. Faktisch wird der Arbeitgeber eine einmal gewährte Leistung arbeitspolitisch schwer ohne jeglichen Ersatz abschaffen können.

2. Gesamtzusage

Ein Anspruch auf Gewährung einer Sozialleistung und Teilhabe an dieser kann auch aufgrund einer Gesamtzusage bestehen. Eine Gesamtzusage ist die ausdrückliche Erklärung des Arbeitgebers an alle Arbeitnehmer des Betriebs oder an einen nach abstrakten Merkmalen bestimmbar Teil der Belegschaft, eine Leistung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gewähren zu wollen.⁶ Die Gesamtzusage ist eine einseitige Verpflichtungserklärung des Arbeitgebers, welche kollektiven Charakter hat.⁷ Anders als bei der betrieblichen Übung steht der Bindungswille des Arbeitgebers nicht in Frage.⁸ Die Gesamtzusage wird als Anspruchsgrundlage wirksam, wenn sie gegenüber den Beschäftigten so verkündet wird, dass diese typischerweise davon Kenntnis nehmen können.⁹ Nachteil an der Gesamtzusage ist, dass der Arbeitgeber sich nur mit vertragsrechtlichen Mitteln wie bspw. einer Änderungskündigung wieder von ihr lösen kann.¹⁰ Eine solche Gesamtzusage liegt beispielsweise vor, wenn der Arbeitgeber durch eine „Krankheitspolicy“ festlegt, unter welchen Voraussetzungen Mitarbeitern ein Krankengeldanspruch bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit zusteht, und die Zusage im Firmenintranet veröffentlicht.¹¹

3. Betriebliche Übung

Soweit keine Betriebsvereinbarung oder Gesamtzusage als Anspruchsgrundlage in Frage kommt, kann bspw. bei Fahrtkostenzuschüssen, einem kostenlosen Werksbusverkehr oder Betriebsparkplätzen der Anspruch auf (Weiter-)Gewährung der Sozialleistung aus betrieblicher Übung bestehen.¹² Eine betriebliche Übung ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG die regelmäßige Wiederho-

5 Schaub ArbR-Formb. Kapitel B Rn. 235c.

6 BAG 23.1.2018, 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871; BAG 20.8.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333.

7 Schaub, Arbeitsrecht von A–Z, Gesamtzusage.

8 BAG 16.2.2010, 3 AZR 181/08, NZA 2011, 42, 45; MüArbR-Fischinger, § 8 Rn. 48.

9 BAG 23.1.2018, 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871, 874.

10 BAG 23.1.2018, 1 AZR 65/17, NZA 2018, 871, 874; Schaub, Arbeitsrecht von A–Z, Gesamtzusage.

11 BAG 20.8.2014, 10 AZR 453/13, NZA 2014, 1333, 1334.

12 BAG 20.10.2015, 9 AZR 655/14, NJOZ 2016, 1054; LAG Nürnberg 29.10.2004, 2 Sa 828/02, NZA-RR 2005, 291, 292; LAG Baden-Württemberg 13.1.2014, 1 Sa 17/13, RDG 2014, 72, 73; Hampe/Endriß, DB 2016, 1635, 1636.

lung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, dass ihnen die aufgrund dieser Verhaltensweise gewährten Leistungen oder Vergünstigungen auch künftig auf Dauer gewährt werden sollen.¹³ Dies ist etwa der Fall, wenn jahrelang anlässlich einer bestimmten Betriebszugehörigkeitsdauer von z. B. 10 Jahren vorbehaltlos an die jeweiligen Beschäftigten eine Sondervergütung gezahlt wird.¹⁴ Während im Allgemeinen eine einseitige Verhaltensänderung durch den Arbeitgeber nicht zur Beendigung der betrieblichen Übung führt,¹⁵ hat das LAG Baden-Württemberg im Hinblick auf die kostenlose Nutzung von Betriebsparkplätzen das Gegenteil festgestellt. Denn der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht verpflichtet, seinen Arbeitnehmern Parkplätze zur Verfügung zu stellen, da diese nicht beliebig erweiterbares Firmengelände in Anspruch nehmen.¹⁶ Da der Arbeitgeber die Parkfläche ebenso anderweitig für Büro- oder Produktionsflächen nutzen könnte, kann er für die Parkplätze künftig auch Gebühren erheben, anstatt sie weiterhin kostenfrei zur Verfügung zu stellen.¹⁷ Diese Entscheidung lässt sich aber nicht beliebig auf andere Sozialleistungen übertragen, welche auf Grundlage einer betrieblichen Übung gewährt werden. So hat das LAG Nürnberg festgestellt, dass der Arbeitgeber einen kostenlosen Transport durch Werksbusse nicht einfach einstellen kann, sondern stattdessen Ausgleichszahlungen an die Arbeitnehmer zu leisten sind.¹⁸ Und auch eine betriebliche Übung durch mehrjährige Zahlung von monatlichen Fahrgeldzuschüssen kann der Arbeitgeber laut BAG nicht durch Betriebsvereinbarungen ablösen.¹⁹ Die Lösung von durch betriebliche Übung gewährten Sozialleistungen ist daher nur schwer möglich. Soll ein Anspruch für die Zukunft ausgeschlossen werden oder eine Kürzung oder Änderung der Leistung möglich sein, muss die Freiwilligkeit und die fehlende Bindungswirkung für die Zukunft ausdrücklich und unmissverständlich erklärt werden, um eine betriebliche Übung auszuschließen.

III. Gleichbehandlung

1. Grundsatz

- 4 Grundsätzlich haben alle Beschäftigten aus Gleichbehandlungsgründen gleichermaßen Anspruch auf gewährte Sozialleistungen mit Entgeltcharakter. Der An-

13 BAG 20.10.2015, 9 AZR 655/14, NJOZ 2016, 1054.

14 BAG 28.5.2008, 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941, 942.

15 BAG 28.5.2008, 10 AZR 274/07, NZA 2008, 941, 943; Küttner-Kreitner, Betriebliche Übung, Rn. 14.

16 LAG Baden-Württemberg 13.1.2014, 1 Sa 17/13, RDG 2014, 72, 73.

17 LAG Baden-Württemberg 13.1.2014, 1 Sa 17/13, RDG 2014, 72, 73.

18 LAG Nürnberg 29.10.2004, 2 Sa 828/02, NZA-RR 2005, 291, 294.

19 BAG 20.10.2015, 9 AZR 655/14, NJOZ 2016, 1054, 1055.

spruch auf Gleichbehandlung ist ein Grundprinzip des deutschen Arbeitsrechts.²⁰ Der Anspruch greift und gilt nach ständiger Rechtsprechung des BAG immer dann, wenn der Arbeitgeber Leistungen nach einem bestimmten, erkennbaren und generalisierenden Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder einen bestimmten Zweck festlegt.²¹ Der Arbeitgeber muss Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, folglich gleich behandeln und darf nicht einzelne willkürlich von der Leistungsgewährung ausnehmen.²² Voraussetzung für den Leistungsausschluss ist ein sachlicher Grund, der unter Berücksichtigung aller Umstände die andere Behandlung rechtfertigt.²³

2. Anspruch aller Arbeitnehmer bei Knappheit?

Der Anspruch auf Gleichbehandlung bereitet jedoch Probleme, wenn und da 5
nicht alle sozialen Leistungen des Arbeitgebers in beliebiger Höhe oder Anzahl zur Verfügung stehen. Parkplätze oder Plätze in Kinderbetreuungseinrichtungen können bspw. knapp sein.²⁴ Aufgrund der tatsächlichen Knappheit bedarf es daher Lösungen, ohne einerseits den Betriebsfrieden zu gefährden und andererseits ohne Benachteiligung einzelner Arbeitnehmer.²⁵ Da kein gesetzlicher Anspruch auf Schaffung von Betriebskindergärten, Kantinen und ähnlichen anderen geldwerten Sozialleistungen besteht, ist der Arbeitgeber bei der Verteilung knapper Güter lediglich an allgemeine Rechtssätze wie die des AGG, TzBfG oder AÜG gebunden. Empfehlenswert, wenn auch gegebenenfalls zeitaufwendig, kann sein, die Verteilung knapper Güter durch Betriebsvereinbarung zu regeln, um innerhalb der Belegschaft Akzeptanz zu schaffen und Diskussionen die Grundlage zu nehmen.

a) Teilhabe von Leiharbeitnehmern

Gemäß § 13b Satz 1 AÜG ist Leiharbeitnehmern Zugang zu Gemeinschaftsein- 6
richtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern im Betrieb. Dies gilt, wie § 13b Satz 2 AÜG ausdrücklich festlegt, insbesondere für Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel. Die Vorschrift begründet einen Anspruch der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer auf Gleich-

20 *ErfK-Preis*, § 611 BGB Rn. 572.

21 BAG 11.7.2017, 3 AZR 691/16, NZA 2017, 1388, 1390 f.

22 BAG 11.7.2017, 3 AZR 691/16, NZA 2017, 1388, 1390 BAG 21.10.2009, 10 AZR 664/08, NZA-RR 2010, 289, 290.

23 BAG 21.10.2009, 10 AZR 664/08, NZA-RR 2010, 289, 291.

24 *Maschmann*, NZA-Beil. 2012, 103, 104; *Schiefer*, NZA-Beil. 2012, 132.

25 *Maschmann*, NZA-Beil. 2012, 103, 104; *Schiefer*, NZA-Beil. 2012, 132.

behandlung.²⁶ Eine Gemeinschaftseinrichtung ist eine physisch nutzbare Einrichtung, die Stammarbeitnehmern aufgrund ihres täglichen Tätigwerdens im Betrieb zur Verfügung steht, sodass insbesondere Betriebskindergärten oder Kantinen darunter fallen.²⁷ Sozialeinrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG stellen Gemeinschaftseinrichtungen in diesem Sinne dar, weshalb Leiharbeiter die Nutzung von Sozialeinrichtungen grundsätzlich offen steht.²⁸ Bloße Geldleistungen des Arbeitgebers sind keine physisch nutzbare Einrichtung, sodass bspw. Essensgutscheine oder Fahrtkostenzuschüsse nicht unter § 13b AÜG fallen und auch keinen Gleichbehandlungsanspruch von Leiharbeitnehmern begründen.²⁹ Sofern sich die Gemeinschaftseinrichtung im Unternehmen befindet, ist es irrelevant, ob der Arbeitgeber die Gemeinschaftseinrichtung selbst betreibt oder durch einen Dritten betreiben lässt.³⁰ Der Gleichbehandlungsanspruch nach § 13b AÜG gilt jedoch nicht für externe Unternehmen, mit denen der Entleiher Verträge geschlossen hat, sodass seine Mitarbeiter günstigere Tarife in Anspruch nehmen können.³¹ Denn dann handelt es sich nicht um eine Gemeinschaftseinrichtung des Arbeitgebers.³² Das erlaubt dem Arbeitgeber, durch entsprechende Gestaltung Leiharbeiter auszuschließen, indem er Betriebskindergärten durch Dritte bewirtschaften lässt und dies für seine Mitarbeiter durch Geldzahlungen subventioniert.³³ Ein Ausschluss von Leiharbeitnehmern von der Teilhabe an der Gemeinschaftseinrichtung ist ferner dann möglich, wenn sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung als bei vergleichbaren Arbeitnehmern rechtfertigen.³⁴ So ist der Entleiher nicht verpflichtet, zusätzliche Kapazitäten zu schaffen, um die Teilhabe von Leiharbeitnehmern zu ermöglichen.³⁵ Es muss jedoch sichergestellt sein, dass der Zugang durch ein objektives und neutrales Auswahlverfahren erfolgt, wie etwa durch Zugrundelegung einer Warteliste o.Ä.³⁶ Auch ein unverhältnismäßiger Verwaltungsauf-

26 ErfK-Wank, § 13b AÜG Rn. 1; Thüsing-Kock, § 13b Rn. 15; Lembke, BB 2012, 2497, 2503.

27 Kock, BB 2012, 323, 325; Thüsing-Kock, § 13b Rn. 19.

28 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 331.

29 Thüsing-Kock, § 13b Rn. 19; Kock, BB 2012, 323, 325; Lembke, BB 2012, 2497, 2503; Oberthür, ArbRB 2011, 146, 149; Vielmeier, NZA 2012, 535, 537; Zimmermann, ArbRAktuell 2011, 264, 266.

30 BeckOKArbR-Kock, § 13b AÜG Rn. 7.

31 BeckOKArbR-Kock, § 13b AÜG Rn. 7.3.

32 Vielmeier, NZA 2012, 535, 538.

33 Hamann, RdA 2011, 321, 337; Vielmeier, NZA 2012, 535, 538.

34 Thüsing-Kock, § 13b Rn. 25.

35 Hamann, RdA 2011, 321, 338; Thüsing-Kock, § 13b Rn. 26.

36 BeckOKArbR-Kock, § 13b AÜG Rn. 16; Hamann, RdA 2011, 321, 338; Kock, BB 2012, 323, 325.

wand, den die Teilhabe von Leiharbeitnehmern für den Entleiher darstellen würde, kann den Ausschluss von Leiharbeitnehmern rechtfertigen.³⁷

b) Teilhabe von Teilzeitkräften

Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer dürfen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 TzBfG wegen ihrer Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn die unterschiedliche Behandlung ist durch sachliche Gründe gerechtfertigt. Daher sind gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG teilbare geldwerte Leistungen Teilzeitbeschäftigten mindestens in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil der Arbeitszeit des Teilzeitbeschäftigten an der Arbeitszeit eines vergleichbaren vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers entspricht. Ein völliger Ausschluss von sozialen Leistungen mit Entgeltcharakter kommt daher nicht in Betracht. Anders ist es bei unteilbaren Leistungen, diesbezüglich haben Teilzeitbeschäftigte in der Regel einen Anspruch auf die gesamte Leistung.³⁸ Die Nutzung von Betriebsparkplätzen oder Betriebskindergartenplätze sind unteilbare Leistungen.³⁹ Diesbezüglich gilt das Diskriminierungsverbot des § 4 TzBfG nicht, auch wenn ein Teilzeitbeschäftigter bei Gewährung der vollen Leistung erheblich besser steht als ein Vollzeitbeschäftigter.⁴⁰ Allerdings kann es gerade erwünscht sein, auch Teilzeitkräften Kindergartenplätze zur Verfügung zu stellen, um einerseits die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu gewährleisten und um andererseits den Wiedereinstieg in das Berufsleben zu erleichtern. Da die Besserstellung von Teilzeitkräften gegenüber Vollzeitkräften ausweislich der Gesetzesbegründung nicht verboten ist,⁴¹ ist es in diesem Fall möglich, Teilzeitkräften einen Kindergartenplatz zur Verfügung zu stellen.

IV. Mitbestimmung durch den Betriebsrat

1. Geltungsbereich § 87 Abs. 1 Nr. 8 oder Nr. 10 BetrVG

Soziale Leistungen des Arbeitgebers haben regelmäßig Entgeltcharakter, sodass sich der Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG mit dem des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG überschneidet.⁴² Für die Verwaltung von Sozialeinrichtungen

37 *Lembke*, BB 2012, 2497, 2503; *Oberthür*, ArbRB 2011, 146, 149; *Zimmermann*, ArbRAktuell 2011, 264, 266.

38 *Meinel/Hey/Herms-Herms*, § 4 TzBfG Rn. 44.

39 *Meinel/Hey/Herms-Herms*, § 4 TzBfG Rn. 44; *Böhm*, ArbRB 2015, 240, 241.

40 *Böhm*, ArbRB 2015, 240, 141.

41 BT-Drs. 14/4374, S. 15.

42 *BeckOKArbR-Werner*, § 87 BetrVG Rn. 121; *ErfK-Kania*, § 87 BetrVG Rn. 69 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 331.

gen geht der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG als *lex specialis* vor.⁴³ Die Mitbestimmung sowohl nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG als auch nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG dient der Sicherstellung der innerbetrieblichen Verteilungsgerechtigkeit sowie der Transparenz aller mit der Sozialeinrichtung verbundenen Maßnahmen.⁴⁴ Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG darüber hinaus Sorge zu tragen, dass Leiharbeitnehmern nach § 13b AÜG gleichberechtigt Zugang zu betrieblichen Sozialeinrichtungen gewährt wird.⁴⁵ Soweit die gewährte freiwillige Sozialleistung keine „Einrichtung“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG darstellt, ist § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einschlägig.⁴⁶ In beiden Fällen, egal ob es sich um eine „Sozialeinrichtung“ handelt oder nicht, kann der Betriebsrat eine solche Sozialleistung mit Entgeltcharakter nicht erzwingen.⁴⁷ Es liegt allein am Arbeitgeber ob und in welchem Umfang er solche Leistungen gewähren will.⁴⁸ Im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG geht der Umfang des Mitbestimmungsrechtes jedoch insoweit über den der Nr. 10 hinaus, als es auch die Verwaltung und die Gewährung von Leistungen im Einzelfall umfasst.⁴⁹

2. Begriff der Sozialeinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

- 9 „Sozialeinrichtung“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG jedes zweckgebundene Sondervermögen, in dem ein Teil der sachlichen oder finanziellen Mittel des Unternehmens abgesondert und einer eigenen Organisation und Verwaltung unterstellt wird.⁵⁰ Notwendig sind die soziale Zwecksetzung der Leistung sowie das Vorliegen einer „Einrichtung“.⁵¹ Die soziale Zwecksetzung ist gegeben, wenn der Arbeitgeber den Beschäftigten und gegebenenfalls deren Familienangehörigen Vorteile gewährt, ohne dass dies eine direkte Gegenleistung für die von den Beschäftigten geschuldete Arbeitsleistung darstellt.⁵² Die zu sozialen Zwecken gewährten Leistungen müssen eine Einrichtung darstellen. Dies ist der Fall, sofern ein zweckgebundenes Sondervermögen gebildet wird, welches von anderen Betriebsmitteln ab-

43 Dieterich, NZA 1984, 273, 274; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 69; Fitting, § 87 BetrVG Rn. 331.

44 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA 2012, 462.

45 LAG Hamburg 7.6.2012, 2 TaBV 4/12, BeckRS 2013, 66789; Fitting, § 87 BetrVG Rn. 331.

46 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 332; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 705.

47 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 332.

48 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 332.

49 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 332.

50 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA 2012, 462, 463; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 2.

51 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 334; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 708.

52 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 463.

grenzbar ist und einer äußerlich erkennbaren, auf Dauer angelegten Organisation bedarf.⁵³ Falls kein zweckgebundenes Sondervermögen gebildet wird, liegt keine Sozialeinrichtung vor. Des Weiteren findet § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG keine Anwendung mehr, sofern die zur Verfügung gestellten Mittel die Grenzen des Unternehmens bzw. des Konzerns überschreiten und planmäßig Personen zugutekommen, die keine Arbeitnehmer sind. Der Betriebsrat ist aber auch in diesen Fällen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG zu beteiligen. Die Beschränkung auf Arbeitnehmer und deren Angehörige ergibt sich direkt aus dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, der den Tatbestand eröffnet, soweit der Wirkungsbereich der Sozialeinrichtung auf den Betrieb, das Unternehmen oder den Konzern beschränkt ist. Unschädlich ist jedoch, wenn die Sozialeinrichtung der Nutzung durch Gäste offen steht.⁵⁴ Der Arbeitgeber muss mit der Sozialeinrichtung keine uneigennützigen oder sonstigen besonderen Motive verfolgen.⁵⁵ Er muss die Einrichtung jedoch veranlasst haben.⁵⁶

3. Beispiele für Sozialeinrichtungen

Beispiele für Sozialeinrichtungen im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG können unter anderem, Kantinen,⁵⁷ Kindergärten,⁵⁸ Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaften, Sportanlagen,⁵⁹ Parkplätze oder Parkhäuser (soweit die Benutzungsregelungen betroffen sind greift zusätzlich § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG),⁶⁰ Pensions- und Unterstützungskassen, sofern sie nicht allgemein am Markt tätig sind,⁶¹ Werksbüchereien,⁶² Werksbusverkehr⁶³ oder Beschäftigungsgesellschaft-

53 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA 2012, 462, 463; BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 564.

54 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 564.

55 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 337; GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 720.

56 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 337; GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 708.

57 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462.

58 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 564.

59 *Von Steinau-Steinrück/Ziegler*, NJW Spezial 2009, 770.

60 GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 721; zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch Rn. 228.

61 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 16; BAG 18.3.1976, 3 ABR 32/75, AP BetrVG § 87 Altersversorgung Nr. 4: Auch Altersvorsorgeleistungen durch den Arbeitgeber müssen einer eigenständigen Organisation unterliegen, um als Sozialeinrichtung qualifiziert werden zu können. Daran fehlt es, wenn die Altersversorgung durch Direktversicherungen bedient wird, da der Arbeitgeber dafür keine Betriebsmittel absondert und kein Sondervermögen bereitstellt.

62 GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 721.

63 BAG 9.7.1985, 1 AZR 631/80, AP BPersVG § 75 Nr. 16: Die Einrichtung eines Werksverkehrs fällt dann unter § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, wenn die dafür zur Verfügung gestellten Busse eigenständig organisiert werden oder dafür abgesonderte Betriebsmittel vorliegen.

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

ten⁶⁴ sein. Ob tatsächlich eine mitbestimmungspflichtige Sozialeinrichtung vorliegt ist eine Frage der jeweiligen konkreten Ausgestaltung.

- 11 Keine Sozialeinrichtungen sind demgegenüber Arbeitgeber-Darlehen ohne abgesonderte Fonds,⁶⁵ Betriebsfeiern und Betriebsausflüge,⁶⁶ Betriebskrankenkassen als gesetzliche Träger der Sozialversicherung, Bilanzrückstellungen,⁶⁷ Ausgabe von Essensmarken unmittelbar an die Arbeitnehmer,⁶⁸ Personalverkauf, selbst unter Einsatz sachlicher Betriebsmittel,⁶⁹ Vermittlung des verbilligten Warenbezugs durch den Arbeitgeber⁷⁰ sowie Werkszeitungen.⁷¹

4. Umfang der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG

- 12 Wie § 88 Nr. 2 BetrVG verdeutlicht, ist der Arbeitgeber frei in der Entscheidung, ob er eine Sozialeinrichtung errichtet, schließt oder veräußert.⁷² Dem Betriebsrat ist es jedoch unbenommen, die Errichtung einer Sozialeinrichtung nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG anzuregen.⁷³ Auch die Höhe und der Umfang der für die betriebliche Sozialeinrichtung zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel, sowie im Rahmen der Zweckbestimmung die abstrakte Definition des begünstigten Personenkreises liegen in der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers.⁷⁴ Der Dotierungsrahmen unterliegt damit nicht der Mitbestimmung. Der Betriebsrat darf auch bei der Zweckbestimmung der vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Mittel nicht mitbestimmen.⁷⁵ Das Mitbestimmungsrecht greift erst ein, wenn der Arbeitgeber die Entscheidung getroffen hat, dass und in welcher Höhe er finanzielle Mittel zur Verfügung stellt und welchen Zweck er damit verfolgen will.⁷⁶
- 13 Die Mitbestimmung des jeweils zuständigen Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG bezieht sich daher nur auf die Frage des „Wie“ der Sozialeinrichtung. Dem Gesetzeswortlaut nach unterfallen „Form, Ausgestaltung und Verwaltung“ von Sozialeinrichtungen der zwingenden Mitbestimmung durch den Betriebsrat.

64 BAG 23.8.2001, 5 AZB 11/01, NZA 2002, 230, 231.

65 BAG 9.12.1980, 1 ABR 80/77, NJW 1952, 253, 254.

66 BAG 27.1.1998, 1 ABR 35/97, NZA 1998, 835, 837.

67 GK-BetrVG-*Wiese/Gutzeit*, § 87 Rn. 709.

68 BAG 15.1.1987, 6 AZR 589/84, AP BPersVG § 75 Nr. 21.

69 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA 2012, 462, 463.

70 BAG 18.5.1965, 2 AZR 329/64, AP BetrVG § 56 Nr. 26.

71 Richardi-*Richardi*, § 87 BetrVG Rn. 644.

72 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, NZA 1989, 219, 220, BAG 15.9.1987, 1 ABR 31/86, AP BetrVG 1972 § 87 Sozialeinrichtung Nr. 9.

73 Fitting, § 87 BetrVG Rn. 350.

74 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 16.

75 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 16.

76 BAG 26.4.1988, 3 AZR 168/86, AP BetrVG 1972 § 87 Altersversorgung Nr. 16.

„Form“ in diesem Sinne ist die Rechtsform der Sozialeinrichtung.⁷⁷ Der Mitbestimmung unterliegt die Frage, ob die Sozialeinrichtung mit eigener Rechtspersönlichkeit geschaffen werden soll, und falls ja, in welcher Rechtsform, oder ob sie als unselbständiger Bestandteil des Betriebs, Unternehmens oder Konzerns errichtet wird.⁷⁸ Daher fällt unter das Mitbestimmungsrecht auch die Frage, ob die Sozialeinrichtung vom Arbeitgeber selbst betrieben wird oder, wie beispielsweise bei der Verpachtung einer Betriebskantine, der Betrieb durch einen Dritten stattfindet.⁷⁹ Neben der „Form“ ist die „Ausgestaltung“ der Sozialeinrichtung mitbestimmt. Damit ist die innere Ausgestaltung einer Sozialrichtung gemeint, d. h. ihre Organisation wie bspw. die Aufstellung einer Geschäftsordnung, Benutzungsrichtlinien die Festlegung der Öffnungszeiten oder konkreter Nutzungszwecke oder Grundsätze über die Ausstattung.⁸⁰ Dementsprechend sind alle „Maßnahmen, die nach ihrer Bedeutung und ihrer zeitlichen Reihenfolge nach der grundsätzlichen Entscheidung über die Errichtung zwischen der Bestimmung der Form, insbesondere der Rechtsform, und der laufenden Verwaltung der Sozialeinrichtung liegen“ als Ausgestaltung der Sozialeinrichtung mitbestimmungspflichtig.⁸¹ Wesentlicher Gegenstand des Mitbestimmungsrechtes ist die Aufstellung der Verteilungsgrundsätze oder eines Leistungsplans.⁸² Will der Arbeitgeber den Dotierungsrahmen für die Sozialeinrichtung kürzen, muss zunächst die Umverteilung anhand eines neuen Leistungsplans geregelt werden.⁸³ Zur mitbestimmungspflichtigen Ausgestaltung gehört des Weiteren die Konkretisierung des Benutzerkreises und der allgemeinen Zweckbestimmung.⁸⁴ Schließlich ist auch die „Verwaltung“ der Sozialeinrichtung mitbestimmungspflichtig. Die „Verwaltung“ der Sozialeinrichtung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG betrifft alle übrigen Entscheidungen und Maßnahmen, wie etwa das Aufstellen einer Hausordnung.⁸⁵

77 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 76; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 655.

78 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 76; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 656; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 748.

79 Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 635; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 749 f.

80 BAG 15.9.1987, 1 ABR 31/86, AP BetrVG 1972 § 87 Sozialeinrichtung Nr. 9; GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 755 f; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 362.

81 BAG 13.3.1973, 1 ABR 16/72, NJW 1973, 1900.

82 BeckOKArbR-Werner, § 87 BetrVG Rn. 130; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 363; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 12.

83 BeckOKArbR-Werner, § 87 BetrVG Rn. 130; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 75; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 365.

84 GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 757.

85 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 78; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 366.

5. Durchführung der Mitbestimmung

- 14 Es bietet sich wie regelmäßig bei Betriebsvereinbarungen an, diese in schriftlicher Form niederzulegen. Dies ist jedoch nicht zwingend. Auch formlose Regelungsabreden sind grundsätzlich möglich.⁸⁶ Zuständig ist nach den allgemeinen Grundsätzen des BetrVG entweder der Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat, abhängig davon, ob die Sozialeinrichtung für den einzelnen Betrieb, das ganze Unternehmen oder gar den ganzen Konzern errichtet wird.⁸⁷

6. Formen der Sozialeinrichtungen

- 15 Zu unterscheiden ist zwischen unselbstständigen und selbstständigen Sozialeinrichtungen. Während sich bei unselbstständigen Sozialeinrichtungen, die keine selbstständige juristische Einrichtung sind, die Einrichtung eines Ausschusses nach § 28 Abs. 3 BetrVG oder eines anderen paritätisch besetzten Gremiums zur Verwaltung der Sozialeinrichtung anbietet, ist bei juristisch selbstständigen Einrichtungen die Mitbestimmung des Betriebsrats auf zweierlei Art möglich.⁸⁸ Beim einstufigen Weg oder der sog. organschaftlichen Lösung entsendet der Betriebsrat Mitglieder in die satzungsmäßigen Organe der Einrichtung, sodass mitbestimmungspflichtige Themen und Fragen innerhalb dieser Organe besprochen werden.⁸⁹ Beim zweistufigen Weg werden mitbestimmungspflichtige Themen und Fragen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber besprochen und der Arbeitgeber setzt die Entscheidungen dann durch sein Weisungsrecht in der Sozialeinrichtung um.⁹⁰ Die organschaftliche Lösung ist praktikabler, dennoch dürfte der zweistufige Weg den Regelfall darstellen.⁹¹ Besonderheiten sind zu beachten, wenn die Sozialeinrichtung durch einen Pächter betrieben wird. Da der Pachtvertrag zwischen Pächter und Arbeitgeber geschlossen wird, muss der Arbeitgeber die mit dem Betriebsrat getroffenen Vereinbarungen dem Pächter gegenüber durchsetzen (können).⁹² Sofern die Sozialeinrichtung einen eigenen betriebsratsfähigen Betrieb bildet und dort ein Betriebsrat gewählt ist, ist dieser Betriebsrat für alle mitbestimmungspflichtigen Sachverhalte, die die Sozialein-

86 GK-BetrVG-Wiese/Gutzeit, § 87 Rn. 762, 771; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 13.

87 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 563.

88 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 80; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 371; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 15.

89 BeckOKArbR-Werner, § 87 BetrVG Rn. 133; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 372; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 15.

90 BeckOKArbR-Werner, § 87 BetrVG Rn. 132; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 371; Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 16.

91 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 371 f.

92 Küttner-Kreitner, Sozialeinrichtungen, Rn. 17; Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 685.

richtung selbst betreffen, zuständig, nicht aber für die eigene Form, Ausgestaltung und Verwaltung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG.⁹³

V. Betriebskindergarten

1. Inhalt und Ausgestaltung

Eine familienfreundliche Personalpolitik ist in Zeiten, in denen die Vereinbarkeit von Familie und Beruf groß geschrieben wird, allgegenwärtig. Der Fachkräftemangel macht das Finden und Binden von Talenten und neuen Mitarbeitern zunehmend schwerer. Die Unterstützung der Mitarbeiter bei der Kinderbetreuung ist eine häufig nachgefragte Arbeitgeberleistung in Bewerbungsprozessen und oft ausschlaggebend für die Arbeitsplatzentscheidung. Sie kann darüber hinaus dazu beitragen, dass Arbeitnehmer nach Mutterschutz und Elternzeit schneller wieder in den Beruf einsteigen. Die Errichtung eines betriebseigenen Kindergartens oder die Bezuschussung von externen Betreuungseinrichtungen ist daher als freiwillige soziale Leistung des Arbeitgebers nicht lediglich eine soziale Nettigkeit, sondern dient der Wirtschaftlichkeit und Attraktivität des Unternehmens.⁹⁴ Die Schaffung von Betreuungsmöglichkeiten kann außerdem notwendig sein, wenn aufgrund der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeitszeiten ein externer Kindergarten noch nicht oder nicht so lange öffnet, um beispielsweise für Mitarbeiter im Schichtdienst die externe Kinderbetreuung sicherzustellen. **16**

Ausreichende Betreuungskapazitäten in städtischen Einrichtungen können fehlen, da Kommunen (zunächst) den Bedarf der Einwohner der jeweiligen Gemeinde decken. „Mitarbeiterkinder“ von ortsansässigen Firmen, die ihren Wohnsitz nicht in der Gemeinde haben, erhalten oft nur nachrangig einen Betreuungsplatz. Oft scheuen Kommunen vor der zusätzlichen Schaffung weiterer Kapazitäten für diese Kinder zurück, da sie sich dafür ungeachtet staatlicher Zuschüsse und interkommunalen Ausgleichszahlungen nicht als „zuständig“ erachten. Dadurch kann der Druck auf Arbeitgeber steigen, eigene Kindergärten anzubieten oder für Mitarbeiterkinder Belegplätze in externen Einrichtungen zu erwerben. Auch Kooperationen mit Kommunen oder freien Trägern sind denkbar. Die Kosten für den Bau und den Betrieb des Kindergartens können auf diese Weise geteilt werden. Der Betrieb der Kinderbetreuungseinrichtung durch die Stadt, einen kirchlichen Träger oder einen anderen Betreiber bietet für den Arbeitgeber den Vorteil, dass er sich nicht mit für ihn in der Regel branchenfremden Fragen der Erziehung und Betreuung von Kindern oder der für den Betrieb einer Kinderbetreuungseinrichtung notwendigen behördlichen Erlaubnis- und **16a**

⁹³ ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 82; *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 368.

⁹⁴ *Küttner-Kreitner*, Betriebskindergarten Rn. 1; Reiserer/Fallenstein, DStR 2011, 1573; *Schiefer*, NZA-Beil. 2012, 132, 132.

Genehmigungsprozesse widmen muss. Hierfür besteht bei städtischen, kirchlichen oder anderen typischen Trägern von Kindergärten die größere Expertise, weshalb eine wie auch immer geartete Kooperation aus vielen Gründen sinnvoll sein kann.

2. Betriebliche Mitbestimmung

a) Betriebseigener Kindergarten

- 17 Betriebskindergärten sind Sozialeinrichtungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG, sofern sie ausschließlich für Mitarbeiterkinder zur Verfügung stehen und der Arbeitgeber ein abgesondertes Vermögen bereitstellt. Der Betriebsrat hat jedoch keinen Anspruch darauf, dass ein Betriebskindergarten für die Zukunft als Sozialeinrichtung fortgeführt wird.⁹⁵ Der Arbeitgeber kann daher beschließen, künftig alle Kinder aufzunehmen, unabhängig davon, ob deren Eltern bei dem Arbeitgeber beschäftigt sind oder nicht.⁹⁶ Dies kann aus Kostengründen notwendig werden. Da in der heutigen Zeit jedoch Betreuungsplätze fehlen und der Arbeitgeber in der Regel ein großes Interesse daran hat, seinen Mitarbeitern die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu ermöglichen, wird dies faktisch selten vorkommen. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG entfällt in diesem Fall nachträglich.⁹⁷ Sofern eine Sozialeinrichtung vorliegt, unterfällt der Mitbestimmung des Betriebsrats insbesondere die Staffelung der Elternbeiträge.⁹⁸
- 17a Es bietet sich an, die Mitbestimmung des Betriebsrats durch eine Betriebsvereinbarung über die Ausgestaltung und Nutzung des Betriebskindergartens zu regeln. Regelungsgegenstände sind etwa der Nutzerkreis, Anzahl der Plätze je Altersgruppe, Art und die Kriterien für die Auswahl der Kinder, sofern mehr Mitarbeiter ihre Kinder dort betreuen lassen möchten als Plätze verfügbar sind.⁹⁹ Aus Arbeitgebersicht wird es bei der Auswahl der Kinder erstrebenswert sein, ein Vetorecht für einzelne Plätze zu haben, um bestimmten Mitarbeitern von bspw. schwer zu besetzenden, erfolgskritischen Funktionen einen Platz garantieren und sie so an das Unternehmen binden zu können. Umgekehrt wird der Betriebsrat ein Interesse daran haben, durch das Ausverhandeln einer möglichst langen Laufzeit der Betriebsvereinbarung und damit der Verpflichtung zur Verfügungstellung der Betreuungsplätze durch den Arbeitgeber mittelbar auf den Dotie-

95 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 565.

96 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 565.

97 BAG 10.2.2009, 1 ABR 94/07, NZA 2009, 562, 565.

98 Richardi-Richardi, § 87 BetrVG Rn. 641.

99 Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Betriebsvereinbarung geben MaSiG-Sieg, Kinderbetreuung Rn. 9 sowie Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 31.

rungsrahmen Einfluss zu nehmen, welchen der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei festlegen kann.¹⁰⁰

b) Zuschuss zur Kinderbetreuung

Sofern der Arbeitgeber keinen eigenen Betriebskindergarten betreibt und dennoch die Vereinbarkeit von Familie und Beruf fördern will, ist dies durch finanzielle Unterstützung bei der Unterbringung der Mitarbeiterkinder in Kindergärten oder Kindertageseinrichtungen möglich. Hierfür wird eine individuelle Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Ergänzung zum Arbeitsvertrag getroffen, in welcher die Höhe und die Modalitäten des Zuschusses geregelt werden.¹⁰¹ Daneben werden beispielsweise Tagesmütterssysteme gefördert oder Notfall-Betreuungsmöglichkeiten geschaffen. Diese finanziellen Unterstützungen sind keine Sozialeinrichtungen.¹⁰² Dennoch unterliegen sie der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats, da sie als geldwerte Vorteile nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind.¹⁰³ Daher genügt die Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag nicht. Mit dem Betriebsrat ist über die Art und Ausgestaltung des Zuschusses zu verhandeln. Aus Arbeitgebersicht sollte insbesondere sicher gestellt sein, dass der Kreis der Berechtigten auf diejenigen Mitarbeiter bzw. deren Kinder beschränkt wird, für die § 3 Nr. 33 EStG Anwendung findet, um die steuer- und sozialabgabenfreie Zahlung sicher zu stellen. Weitere Regelungsgegenstände einer solchen Betriebsvereinbarung sollten vor allem die Voraussetzungen für die Gewährung eines Zuschusses sein, z. B. das Bestehen eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses, der Ablauf der Probezeit oder ähnliches. Sofern mit der jeweiligen Arbeitspolitik des Arbeitgebers vereinbar können bestimmte Beschäftigtengruppen ausgeschlossen werden, sofern dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Dies können bspw. diejenigen Beschäftigten sein, die parallel zu ihrer Ausbildung beschäftigt werden, wie bspw. Bachelor-, Master- oder Werkstudenten). Kein sachlicher Grund für die Differenzierung liegt grundsätzlich bei Teilzeitbeschäftigten, befristet Beschäftigten oder Leiharbeitnehmern vor.

3. Steuerrecht

Die Unterbringung sowohl in betriebseigenen als auch in betriebsfremden Kindergärten stellt steuerrechtlich Arbeitslohn dar, da der Arbeitgeber dadurch eine **19**

¹⁰⁰ Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 30.

¹⁰¹ Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Vereinbarung gibt MaSiG-Sieg, Kinderbetreuung Rn. 8.

¹⁰² HaKo-Kohle, § 87 BetrVG Rn. 95.

¹⁰³ HaKo-Kohle, § 87 BetrVG Rn. 95.

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

Privataufwendung des Arbeitnehmers übernimmt.¹⁰⁴ Die Charakterisierung als Arbeitslohn folgt aus der Steuerbefreiung des § 3 Nr. 33 EStG. Steuerfrei sind danach vom Arbeitgeber zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn erbrachte Leistungen zur Unterbringung und Betreuung von nicht schulpflichtigen Kindern der Arbeitnehmer in Kindergärten oder vergleichbaren Einrichtungen. Dies gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber in Einrichtungen für Mitarbeiterkinder Belegplätze erwirbt. Die Inanspruchnahme der Belegplätze gilt nicht als geldwerter Vorteil, sodass auch dies gemäß R 3.33 Abs. 1 S. 4 LStR 2015 keine Steuerpflicht auslöst. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist zunächst, dass der Kinderbetreuungszuschuss vom Arbeitgeber „zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn erbracht wird“. Dies ist gemäß R 3.33 Abs. 5 S. 1 f LStR 2015 nur der Fall, wenn der Arbeitgeber zusätzlich zum arbeitsrechtlich geschuldeten Arbeitslohn eine zweckbestimmte Leistung an den Arbeitnehmer erbringt, ohne dass dies auf den Arbeitslohn angerechnet wird oder der Arbeitslohn umgewandelt wird. Eine reine Gehaltsumwandlung ist daher schädlich und fällt nicht unter die Befreiung des § 3 Nr. 33 EStG.¹⁰⁵ Erfolgt eine Anrechnung auf eine andere zusätzliche freiwillige Sonderzahlung wie bspw. das Weihnachtsgeld ist die Zusätzlichkeitsvoraussetzung des § 3 Nr. 33 EStG gemäß R 3.33 Abs. 5 S. 3 LStR 2015 jedoch erfüllt. Die Steuerbefreiung für Kinderbetreuungszuschüsse gilt des Weiteren nur für Aufwendungen, die für Unterkunft und Verpflegung des Kindes anfallen, nicht erfasst sind gemäß R 3.33 Abs. 2 S. 5 f LStR 2015 die Kosten für Unterrichtsleistungen oder die Beförderungen für die Wege zwischen Wohnung und Kindergarten. Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 33 EStG gilt nur, soweit es sich um Unterbringungskosten für nicht schulpflichtige Kinder handelt, was gemäß R 3.33 Abs. 3 S. 1 LStR 2015 nach den landesrechtlichen Schulgesetzen zu bestimmen ist. Die Unterbringung muss in einem „Kindergarten oder einer vergleichbaren Einrichtung“ erfolgen. Vergleichbare Einrichtungen im Sinne des § 3 Nr. 33 EStG sind nach R 3.33 Abs. 2 Satz 2 LStR 2015 bspw. Schulkindergärten, Kindertagesstätten, Kinderkrippen, Tagesmütter, Wochenmütter und Ganztagspflegestellen. Keinen Steuervorteil dagegen bringt dagegen gemäß R 3.33 Abs. 2 Satz 4 LStR die Unterbringung bei Kinderpflegern, Hausgehilfen oder Familienangehörigen.

4. Sozialversicherungsrecht

- 20 Sozialversicherungsrechtlich ist die Zurverfügungstellung eines Betriebskindergartens kein Ertrag aus nichtselbstständiger Arbeit, da die Leistung vom Arbeitgeber überwiegend im betrieblichen Interesse zur Steigerung der Arbeitgeberattraktivität erbracht wird.¹⁰⁶

104 Küttner-Thomas, Betriebskindergarten, Rn. 3.

105 H 3.33 (Zusätzlichkeitsvoraussetzung) LStH 2018.

106 Küttner-Ruppelt, Betriebskindergarten, Rn. 11.

VI. Essenszuschuss und Betriebskantine**1. Inhalt und Ausgestaltung**

Die Verpflegung während des Arbeitstages obliegt dem Arbeitnehmer selbst. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Essenszuschüsse zu gewähren, kann dies aber freiwillig in Form von Barleistungen, Essensgutscheinen oder der Errichtung einer Kantine mit verbilligtem Kantinenessen tun.¹⁰⁷ Soweit der Arbeitgeber sich nicht durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder (Haus-)Tarifvertrag oder betriebliche Übung an die fortwährende Gewährung von Essenszuschüssen gebunden hat, kann er diese grundsätzlich für die Zukunft wieder einstellen oder kürzen. Beruht die Gewährung der Zuschüsse auf einer vertraglichen Verpflichtung, ist diese zu kündigen oder durch Änderungskündigung anzupassen, bevor Essenszuschüsse gestrichen oder nach unten angepasst werden können.¹⁰⁸ Der Arbeitgeber darf dabei einzelne Beschäftigte oder Beschäftigtengruppen nicht ohne sachlichen Grund aus dem Kreis der Zuschussberechtigten ausschließen. Insbesondere bei Teilzeitbeschäftigten ist kein sachlicher Grund für den Ausschluss gegeben. Demzufolge muss auch Teilzeitbeschäftigten der Essenszuschuss gewährt werden, wenn Vollzeitbeschäftigte einen solchen erhalten, um eine Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten auszuschließen.¹⁰⁹ Während Leiharbeiter von der Teilhabe an der Betriebskantine gemäß § 13b AÜG nicht ausgeschlossen werden dürfen, haben sie demgegenüber keinen Anspruch auf Gewährung von Essenszuschüssen, wenn der Arbeitgeber diese Art zur Sozialleistung wählt.¹¹⁰ **21**

2. Mitbestimmung

Errichtet der Arbeitgeber eine Betriebskantine und stellt er dort verbilligtes Essen zur Verfügung, so stellt diese eine Sozialeinrichtung dar, deren Ausgestaltung und Verwaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist.¹¹¹ Über die Errichtung und Abschaffung der Kantine sowie ihren Dotierungsrahmen kann der Arbeitgeber eigenständig und ohne Mitbestimmung des Betriebsrats entscheiden.¹¹² Der Betriebsrat wird jedoch typischerweise im Rahmen der Verhandlungen über den Abschluss einer Betriebsvereinbarung versuchen, eine möglichst lange Verpflichtung des Arbeitgebers für das Bestehen des Kantenbetriebs zu erreichen, um auf diesem Wege mittelbar auf den Dotierungsrah- **22**

107 BAG 26.9.2001, 10 AZR 714/00, AP TzBfG § 4 Nr. 1.

108 Küttner-Griese, Essenszuschuss, Rn. 3.

109 BAG 26.9.2001, 10 AZR 714/00, AP TzBfG § 4 Nr. 1.

110 LAG Hamburg, 9.9.2016, 10 Sa 474/16, NZA-RR 2017, 236, 238.

111 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 463.

112 BAG 15.1.1987, 6 AZR 589/84, AP BPersVG § 75 Nr. 21.

men Einfluss zu nehmen.¹¹³ Er hat in diesem Zusammenhang zwar ein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung und Gestaltung der Kantinenpreise.¹¹⁴ Sofern diese zur Kostendeckung oder zum wirtschaftlichen Arbeiten der Kantine jedoch nicht ausreichen, kann der Betriebsrat keine weiteren finanziellen Mittel vom Arbeitgeber verlangen.¹¹⁵ Unter die „Ausgestaltung“ der Sozialeinrichtung fällt im Rahmen der Mitbestimmung auch die Frage, welchen Kostenbeitrag der Arbeitnehmer leistet, sodass auch die Erhöhung der Kantinenpreise nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist.¹¹⁶ Typische Regelungsgegenstände einer Betriebsvereinbarung sind dementsprechend der Kreis der Berechtigten, die Öffnungszeiten der Kantine, die Errichtung eines Kantinenausschusses und dessen Aufgaben, insbesondere die Speiseplanung und deren Preisgestaltung.¹¹⁷ Die Betriebsparteien überschreiten ihre Regelungskompetenz, soweit sie Beschäftigten Nutzungsentgelte auferlegen, die die Kantine gar nicht nutzen.¹¹⁸ Eine derartige Regelung ist unwirksam. Soll eine bereits bestehende Betriebskantine durch Outsourcing ausgegliedert werden, ist dies als Verwaltungsmaßnahme nach § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig.¹¹⁹

- 22a** Errichtet der Arbeitgeber keine Kantine und gewährt stattdessen Essenszuschüsse, ist dies als Entlohnungsgrundsatz nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig.¹²⁰ Die Mitbestimmung greift auch dann, wenn zunächst Essenszuschüsse auf Grundlage einer Gesamtzusage gewährt wurden und die Regelungen später modifiziert werden sollen, da in diesem Fall Entlohnungsgrundsätze geändert werden.¹²¹

3. Steuerrecht

- 23** Lohnsteuerrechtlich greift für Arbeitnehmer für vom Arbeitgeber gewährte Essenszuschüsse § 8 Abs. 1 EStG, diese sind eine zu versteuernde Einnahme.¹²² Die Versteuerung kann dabei entweder gemäß § 8 Abs. 2 S. 6 EStG durch Einzelbewertung nach § 2 SvEV mit dem amtlichen Sachbezugswert oder nach § 40

113 Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 28.

114 Küttner-Griese, Essenszuschuss, Rn. 2.

115 Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 28.

116 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 464; BAG 15.1.1987, 6 AZR 589/84, AP BPersVG § 75 Nr. 21.

117 Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Vereinbarung gibt Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 28.

118 BAG 11.7.2000, 1 AZR 551/99, NZA 2001, 462, 464.

119 ArbG Köln 25.3.1998, 7 BV 232/96, BeckRS 1998, 30905502.

120 Roloff, RdA 2014, 228, 240.

121 BAG 11.12.2007, 1 AZR 869/06; BeckRS 2009, 72290.

122 Küttner-Griese, Essenszuschuss, Rn. 7.

EStG pauschaliert vorgenommen werden.¹²³ Betreibt der Arbeitgeber selbst eine Kantine oder trägt er durch Barzuschüsse oder andere Leistungen zur Verbilligung von Mahlzeiten in betriebsfremden Kantinen bei, sind gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 1, Nr. 2 LStR 2015 die amtlichen Sachbezugswerte der SvEV zugrunde zu legen. Gemäß § 2 Abs. 1 SvEV beträgt der amtliche Sachbezugswert für Verpflegung 246 €, wovon 52 € auf das Frühstück und je 97 € für Mittagessen und Abendessen entfallen. Der Sachbezugswert eines täglichen Mittag- oder Abendessens entspricht demzufolge $3,23 \text{ €} (97 : 30 = 3,23)$.

Gibt der Arbeitgeber Essensgutscheine oder Restaurantschecks aus, die in einer Gaststätte verrechnet werden, ist gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4a S. 1 LStR 2015 grundsätzlich nicht der Wert des Gutscheins als Sachbezug maßgebend, sondern der amtliche Sachbezugswert. Voraussetzung hierfür ist, dass tatsächlich eine Mahlzeit abgegeben wird, die ausgegebenen Lebensmittel zum unmittelbaren Verzehr geeignet oder zum Verbrauch während der Essenspausen bestimmt sind, für jede Mahlzeit lediglich eine Essensmarke täglich in Zahlung genommen wird, der Verrechnungswert der Essensmarke den amtlichen Sachbezugswert einer Mittagsmahlzeit um nicht mehr als 3,23 Euro übersteigt und die Essensmarken nicht an Arbeitnehmer ausgegeben werden, die eine Auswärtstätigkeit ausüben. Liegen diese Voraussetzungen nicht kumulativ vor, ist der Wert des Essens als Barlohn zu versteuern.¹²⁴ Der Arbeitgeber muss gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 a) S. 3 LStR 2015 sicherstellen, dass für jeden Arbeitnehmer dessen Abwesenheitstage infolge von Auswärtstätigkeiten, Urlaub oder Erkrankung notiert werden, da die für diese Tage ausgegebenen Essensmarken zurückzufordern sind oder die Zahl der im Folgemonat auszugebenden Essensmarken um die Zahl der Abwesenheitstage zu vermindern ist. Die Pflicht zur Feststellung der Abwesenheitstage und zur Anpassung der Zahl der Essensmarken im Folgemonat entfällt gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 a) S. 4 LStR 2015 für Arbeitnehmer, die im Kalenderjahr durchschnittlich an nicht mehr als drei Arbeitstagen je Kalendermonat Auswärtstätigkeiten ausüben, wenn keiner dieser Arbeitnehmer im Kalendermonat mehr als 15 Essensmarken erhält. Eine Ausnahme davon gilt gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 b) LStR 2015 nur, sofern der Arbeitgeber ausschließlich Essensmarken ausgibt und der Verrechnungswert der Essensmarke den geldwerten Vorteil nach R 8.1 Abs. 7 Nr. 3 LStR 2015, d.h. den amtlichen Sachbezugswert unterschreitet.¹²⁵

23a

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können durch die verschiedenen Gestaltungen Einfluss auf die Besteuerung nehmen. Kommt es zu einer Änderung des Arbeitsvertrages und wird vereinbart, dass der Arbeitnehmer anstelle von Barlohn Es-

23b

¹²³ Küttner-Griese, Essenszuschuss, Rn. 8.

¹²⁴ FG Düsseldorf 19.5.2010, 15 K 1185/09, becklink 1003871.

¹²⁵ Beispiele zur Berechnung gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 a b) siehe H 8.1 Abs. 7 (Essensmarken) LStH 2018.

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

sensmarken erhält, ist gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 c) LStR 2015 der Barlohn in Höhe des Wertes der Essensmarken zu verringern. Die Essensmarken sind mit dem Wert steuerlich anzusetzen, der sich gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 a) oder b) LStR 2015 ergibt, d.h. entweder mit dem amtlichen Sachbezugswert (Nr. 4a) oder sofern dieser unterschritten wird mit dem Verrechnungswert der Essensmarke (Nr. 4b). Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien keine Änderung des Arbeitsvertrages bleibt der steuerpflichtige Barlohn unverändert. Die Essensmarke wirkt sich dennoch steuerlich aus. Der Betrag, um den sich der ausgezahlte Barlohn verringert, gilt als Entgelt für die Mahlzeit und ist daher von dem steuerlichen Wert der Essensmarke abzusetzen. Eingelöste Essensmarken müssen gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 d) Satz 1 LStR 2015 vom Restaurant nicht an den Arbeitgeber zurückgegeben und von diesem aufbewahrt werden, wenn der Arbeitgeber vom Restaurant eine Abrechnung erhält, aus der sich ergibt, wie viele Essensmarken mit welchem Verrechnungswert eingelöst worden sind. Nur diese Abrechnung muss der Arbeitgeber aufbewahren.

- 23c** Gibt der Arbeitgeber keine Essensmarken aus, sondern zahlt auf Grundlage einer arbeitsvertraglichen oder anderweitigen Vereinbarung einen Essenszuschuss für jeden Arbeitstag sind die oben genannten Rahmenbedingungen der R 8.1 Abs. 7 Nr. 4 S. 1 a) LStR 2015 nicht anzuwenden. Steuerlich anzusetzender Arbeitslohn ist in diesem Fall nicht der jeweils gezahlte Zuschuss, sondern grundsätzlich der maßgebende Sachbezugswert der SvEV.¹²⁶
- 23d** Alternativ kann die Lohnsteuer gemäß § 40 Abs. 2 EStG pauschaliert mit einem Pauschsteuersatz von 25 % erhoben werden. Voraussetzung ist nach § 40 Abs. 2 Nr. 1 EStG, dass die arbeitstäglichen Mahlzeiten im Betrieb an die Arbeitnehmer unentgeltlich oder verbilligt abgegeben werden bzw. dass der Arbeitgeber alternativ Barzuschüsse an ein anderes Unternehmen leistet, welches die arbeitstäglichen Mahlzeiten verbilligt oder unentgeltlich an die Arbeitnehmer ausgibt. § 40 Abs. 2 EStG kann nicht herangezogen werden, sofern die Mahlzeiten als Lohnbestandteile vereinbart sind. Gemäß R 8.1 Abs. 7 Nr. 5 LStR 2015 kann der geldwerte Vorteil in diesem Fall mit dem Durchschnittswert der Pauschalbesteuerung zugrunde gelegt werden, wobei dies nicht tageweise durchgeführt werden muss, sondern sich auf den gesamten Lohnzahlungszeitraum erstrecken kann. Bestehen bei einem Arbeitgeber mehrere Kantinen, so ist der Durchschnittswert für jede Kantine getrennt zu ermitteln.

¹²⁶ BMF vom 24.2.2016 (BStBl. I S. 238).

VII. Fahrtkostenzuschüsse und Job-Tickets**1. Inhalt und Ausgestaltung**

Die Kosten für Fahrten von der Wohnung zur Arbeitsstätte hat der Arbeitnehmer selbst zu tragen.¹²⁷ Dem Arbeitgeber ist es jedoch unbenommen, freiwillig und obwohl eine rechtliche Verpflichtung nicht besteht, Fahrtkostenzuschüsse zu gewähren. Dies bietet sich nicht nur an, wenn der Betriebssitz etwas abgelegen liegt, um die Arbeitgeberattraktivität zu steigern. Bei Parkplatznot kann die Bezuschussung von Job-Tickets die Nutzung des öffentlichen Personennahverkehrs fördern. Bezuschusst der Arbeitgeber die Fahrten zur Arbeitsstätte, sei es durch Pauschalen, Kilometergeld oder Zuschüsse zum Job-Ticket, hat er den Gleichbehandlungsgrundsatz zu wahren.¹²⁸ Dieser verbietet ihm, durch sachfremde Gruppenbildung bestimmte Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen von den Fahrtkostenzuschüssen auszuschließen.¹²⁹ Sagt der Arbeitgeber einen Fahrtkostenzuschuss einzelvertraglich zu, kann er sich von diesen nur entsprechend der vereinbarten Möglichkeiten lösen. Möglich ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehalts, dieser muss sich jedoch in den Grenzen des § 308 Nr. 4 BGB halten.¹³⁰ Da der Fahrtkostenzuschuss keine unmittelbare Gegenleistung für die Arbeitsleistung darstellt, sondern Ersatz für Aufwendungen, die an sich der Arbeitnehmer selbst tragen müsste, ist ein Widerrufsvorbehalt unzulässig, soweit der widerrufliche Teil bei über 30 % des Gesamtverdienstes liegt oder Tariflohn unterschritten wird.¹³¹

2. Mitbestimmung

Die Ausgestaltung freiwillig gewährter Fahrtkostenzuschüsse ist als betrieblicher Lohngrundsatz und als Teil der Lohngestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig.¹³² Mitbestimmungsfrei ist die Entscheidung, ob und wie lange der Arbeitgeber den Zuschuss gewährt.¹³³ Die Mitbestimmung erstreckt sich jedoch auf die inhaltliche Ausgestaltung des gewährten Zuschusses, insbesondere also auf die Bestimmung des berechtigten Personenkreises.¹³⁴ Des Weiteren sollten die Modalitäten der Auszahlung des Fahrtkostenzuschusses

127 BAG 14.6.2016, 9 AZR 409/15, NJOZ 2017, 200, 201; BAG 20.3.2012, 9 AZR 518/10, NJOZ 2012, 1274, 1275.

128 BAG 11.8.1998, 9 AZR 39/97, NZA 1999, 474, 475.

129 BAG 11.8.1998, 9 AZR 39/97, NZA 1999, 474, 475.

130 Küttner-Griese, Fahrtkostenzuschuss, Rn. 3.

131 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/2005, NZA 2007, 87, 89.

132 BAG 9.7.1985, 1 AZR 631/80, AP BPersVG § 75 Nr. 16.

133 BAG 9.7.1985, 1 AZR 631/80, AP BPersVG § 75 Nr. 16.

134 Oberthür/Seitz-Wiedebusch, B. IX Rn. 34.

Kap. 28 Sozialleistungen mit Entgeltcharakter

durch Betriebsvereinbarung geregelt werden.¹³⁵ Bei vorhandener Parkplatznot auf dem oder in der näheren Umgebung des Betriebsgeländes bietet es sich eine „entweder-oder-Lösung“ an: Mitarbeiter, die einen Fahrtkostenzuschuss erhalten, können von der Nutzung betrieblicher Parkflächen ausgeschlossen werden. Hierin besteht kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot, da der Differenzierung ein sachlicher Grund zugrunde liegt.

3. Steuerrecht

- 26 Seit 2004 ist die ehemals nach § 3 Nr. 34 EStG bestehende Steuerfreiheit für Zuschüsse des Arbeitgebers zu den Aufwendungen des Arbeitnehmers für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte mit öffentlichen Verkehrsmitteln sowie bei Nutzung des Job-Tickets weggefallen.¹³⁶ Erhält der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verbilligt oder unentgeltlich ein Jobticket, liegt darin gemäß ein Sachbezug im Sinne von § 8 Abs. 2 EStG.¹³⁷ Der Preis für das Job-Ticket abzüglich des vom Arbeitnehmer zu bezahlenden Betrags ist als geldwerter Vorteil zu versteuern. Kein Sachbezug und damit auch kein geldwerter Vorteil im Sinne des Lohnsteuerrechts liegt folglich vor, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern das Job-Ticket zum unrabattierten Preis überlässt.

Fahrtkostenzuschüsse und verbilligte Job-Tickets sind daher grundsätzlich als Sachbezüge nach § 8 Abs. 2 S. 1 EStG steuerpflichtig. Allerdings kann die Freigrenze nach § 8 Abs. 2 S. 11 EStG zur Anwendung kommen. Nach § 8 Abs. 2 S. 11 EStG sind Sachbezüge nicht anzusetzen, wenn die gewährten Vorteile 44 € im Kalendermonat nicht übersteigen. Sofern das Jobticket in Form eines Jahrestickets und nicht als Monatsticket verschafft wird, ist dies im Rahmen der Freigrenze relevant: Während der Bezug von Monatstickets bei einer Höhe von maximal 44 Euro gemäß R 8.1 Abs. 3 S. 5 LStR 2015 unter die Freigrenze fallen, ist dies bei einem Jahresticket nicht der Fall, sodass der Mitarbeiter nicht von § 8 Abs. 2 Satz 11 EStG profitiert. Der geldwerte Vorteil fließt dem Arbeitnehmer schon mit dem Erwerb der Jahreskarte zu, sodass im Rahmen des § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG auf den Zeitpunkt des Erwerbs abzustellen ist.¹³⁸ Soll dem Arbeitnehmer also die Anwendung der Freigrenze ermöglicht werden, empfiehlt es sich, als Arbeitgeber seinen Mitarbeitern den Erwerb von vergünstigten Monatskarten zu ermöglichen, soweit es das Verkehrsunternehmen anbietet. Für die Anwendbarkeit des § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG ist gemäß R 8.1 Abs. 3 S. 3 LStR entscheidend, dass die einzelnen Monatskarten dem Ar-

135 Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Vereinbarung gibt Oberthür/Seitz-Wiedebusch B. IX Rn. 28.

136 HR-Mengel, Kap. 1 Rn. 2374.

137 H 8.1 Abs. 1–4 (Job Ticket) LStH 2018.

138 Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 6.

beitnehmer auch nur Monat für Monat ausgehändigt und überlassen werden. Die Einhaltung der 44-Euro-Freigrenze kann dabei durch entsprechende Gestaltung sichergestellt werden, indem Arbeitnehmer den über 44 Euro hinausgehenden Betrag selbst zuzahlen. Bestehen noch weitere Sachbezüge und der Bezug geht insgesamt über 44 Euro pro Monat hinaus, greift die Freigrenze jedoch nicht und die Sachbezüge sind nach § 8 Abs. 2 Satz 1 EStG voll steuerpflichtig.¹³⁹

139 HR-Mengel, Kap. 1 Rn. 2375.

Kapitel 29

Sachbezüge

Schrifttum: *Bayreuther*, Rechtsfragen des Mindestlohns in der betrieblichen und anwaltlichen Praxis – ein Update, NZA 2015, 385; *Lembke*, Das Mindestlohngesetz und seine Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, NZA 2015, 70; *Lembke*, Die Gestaltung von Vergütungsvereinbarungen, NJW 2010, 257; *Lembke*, Mindestlohngesetz – erste Rechtsprechung und praktische Erfahrungen, NZA 2016, 1; *Macher*, Verbilligt überlassene Wohnung, NZA 2009, 1081; *Macher*, Lohnsteuerpflicht bei Gewährung von Vorteilen durch verbundene Unternehmen, NZA 2006, 970; *Schöne*, Die Novellierung der Gewerbeordnung und die Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, NZA 2002, 829.

Übersicht

Rn.	Rn.
I. Einführung: Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts 1	5. Anrechnung von Waren 14
II. Inhalt und Grenzen der Gewährung von Sachbezügen nach § 107 GewO 3	6. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 107 Abs. 2 GewO . . . 15
1. Geltungsbereich 3	7. Berücksichtigung der Pfändungsfreigrenzen 16
2. Grundprinzip des § 107 Abs. 1 GewO 4	8. Steuerrecht 17
3. Gewährung von Sachbezügen, § 107 Abs. 2 GewO 5	9. Sozialversicherungsrecht . . . 21
a) Begriff: „Sachbezug“ 7	10. Betriebliche Mitbestimmung bei Sachbezügen 22
b) Berechnung und Beschaffenheit der Sachbezüge . . . 10	III. Personalrabatt 29
c) Sachbezug bei Arbeitsverhinderung 12	1. Grundsätze 29
4. Kreditierungsverbot 13	2. Mitbestimmung 30
	3. Steuer- und Sozialversicherungsrecht 31
	IV. Trinkgeld, § 107 Abs. 3 GewO . . 32

I. Einführung: Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts

§ 611 BGB verpflichtet den Arbeitgeber im Gegenzug zur Arbeitsleistung zur Gewährung der „Vergütung“. Nicht selten wird die Vergütung nicht rein in Geld gewährt, sondern teilweise durch bestimmte, vorab definierte Sachbezüge ersetzt. Der vermutlich am häufigsten vereinbarte Sachbezug ist die Überlassung eines Dienstwagens mit dem Recht zur privaten Nutzung. Und dies nicht nur, wenn die Art der Arbeitsleistung dies erfordert, wie etwa bei der Tätigkeit im Außendienst oder Vertrieb. Zahlreiche Gründe können hierfür sprechen, wie etwa die höhere Attraktivität einer Stelle oder der je nach Vorgaben und PKW-Richtlinie eines Unternehmens durch den Dienstwagen bescheinigte Status eines

Kap. 29 Sachbezüge

Mitarbeiters.¹ Weitere typische Sachbezüge sind Personalrabatte für Waren oder Dienstleistungen, Job-Tickets,² die Gewährung von Unterkunft oder Verpflegung, Tankkarten oder Tankgutscheine,³ das immer beliebter werdende Dienstfahrrad/Job-Rad und ähnliche Naturalleistungen.

- 2 Der Gewährung von Sachbezügen sind Grenzen gesetzt. Der Vergütungsanspruch eines Arbeitnehmers kann nur im Rahmen des durch § 107 GewO gesetzten Spielraumes durch Naturalleistungen ersetzt werden. Voraussetzung für die Gewährung von Sachbezügen ist eine entsprechende Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.⁴ Nach § 107 Abs. 1 GewO ist die Arbeitsvergütung grundsätzlich in Euro abzurechnen und zu bezahlen. Das soll sicherstellen, dass Arbeitnehmer einen ausreichenden Anteil ihrer Arbeitsvergütung in Geld erhalten und dieses auch nicht erst von fremden Währungen in Euro oder von Waren in Geld umtauschen müssen.⁵ § 107 GewO dient daher klar dem Arbeitnehmerschutz.⁶ Von diesem Grundsatz des § 107 Abs. 1 GewO abweichend kann gemäß § 107 Abs. 2 GewO zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Gewährung von Sachbezügen als Teil des Arbeitsentgelts vereinbart werden, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Darüber hinaus verbietet § 107 Abs. 2 GewO, dass Waren auf Kredit überlassen werden (sog. Kreditierungsverbot). Als explizit geregelter Sachbezug wird das Trinkgeld in § 107 Abs. 3 GewO definiert und die Gewährung und Anrechnung von Trinkgeld auf die Arbeitsvergütung Schranken unterworfen. So ist nach § 107 Abs. 3 GewO unzulässig, die Zahlung eines regelmäßigen Arbeitsentgelts auszuschließen, wenn der Arbeitnehmer für seine Tätigkeit von Dritten Trinkgeld erhält.

II. Inhalt und Grenzen der Gewährung von Sachbezügen nach § 107 GewO

1. Geltungsbereich

- 3 § 107 GewO gilt wegen § 6 Abs. 2 GewO in persönlicher Hinsicht für alle Arbeitnehmer. Sachlich greift § 107 GewO nur für das sogenannte „Arbeitsentgelt im engeren Sinn“. ⁷ Arbeitsentgelt und Sachbezug in diesem Sinne ist jede Leistung eines geldwerten Vorteils durch den Arbeitgeber, die zumindest auch die unmittelbare Abgeltung der in einem bestimmten Zeitraum erbrachten Arbeits-

1 Ausführlich zum Dienstwagen Kapitel 25.

2 Ausführlich zum Fahrtkostenzuschuss Kapitel 28.

3 H 8.1 Abs. 1–4 (Geldleistung oder Sachbezug) LStH 2018.

4 Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 1.

5 ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 2; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 1.

6 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 3.

7 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 5.

leistung zum Gegenstand hat und in das vertragliche Synallagma eingebunden ist.⁸ Nicht unter § 107 GewO fallen alle sonstigen vom Arbeitgeber mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis gewährten Geld- oder Sachzuwendungen, die ausschließlich der Honorierung der Betriebstreue oder sonstiger Zwecke außerhalb der Vergütung geleisteter Arbeit dienen und sich im üblichen Rahmen von Treue- oder Sonderzuwendungen halten (Arbeitsentgelt im weiteren Sinn).⁹

2. Grundprinzip des § 107 Abs. 1 GewO

Arbeitsentgelt ist nach § 107 Abs. 1 GewO in Euro zu berechnen und auszuzahlen. Die Norm schützt den Arbeitnehmer davor, durch Währungsumtauschgebühren finanzielle Nachteile zu erleiden.¹⁰ Die Auszahlungspflicht stellt sicher, dass Arbeitnehmer tatsächlich in Geld bezahlt werden und dass sie über dieses Geld frei verfügen können.¹¹ § 107 Abs. 1 GewO verbietet dem Arbeitgeber daher grundsätzlich, seine Pflicht zur Zahlung der Arbeitsvergütung durch Sach- oder Dienstleistungen zu erfüllen. Seiner Geldzahlungspflicht kann der Arbeitgeber auch durch bargeldlose Zahlung in Form der Überweisung auf ein vom Arbeitnehmer genanntes Konto gerecht werden.¹² Mit § 107 Abs. 1 GewO nicht vereinbar sind demgegenüber etwa die Hingabe eines Wechsels oder von Gutscheinen.¹³

3. Gewährung von Sachbezügen, § 107 Abs. 2 GewO

Der Grundsatz der Geldzahlungspflicht gilt nicht absolut. Ausnahmen sind nach Maßgabe des § 107 Abs. 2 GewO möglich. Der Arbeitgeber kann einen Teil des zu zahlenden Arbeitsentgeltes durch die Gewährung von Sachbezügen ersetzen. Beispiele für Sachbezüge sind etwa die Überlassung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung,¹⁴ der kostenlose Werksbusverkehr,¹⁵

8 BAG 24.3.2009 – 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862.

9 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 5; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 8; Lembke, NJW 2010, 257, 259.

10 ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 2; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 1; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 11.

11 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 6; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 2; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 11.

12 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 7; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 398; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 12; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 3.

13 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 7; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 12.

14 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, NZA 2007, 809, 810; LAG Hamm 7.2.2014, NZA-RR-2014, 425, 426.

15 LAG Nürnberg 29.10.2004, 2 Sa 828/02, NZA-RR 2005, 291, 293.

Kap. 29 Sachbezüge

Personalrabatte,¹⁶ das Recht zur privaten Nutzung betrieblicher Telekommunikationsgeräte, wie z.B. Privatnutzung von betrieblichen Mobiltelefonen und das Recht zur privaten Internetnutzung,¹⁷ Werkdienstwohnungen, Deputate in der Landwirtschaft,¹⁸ Kohlen im Bergbau, Kost, z.B. Haustrunk im Brauereigewerbe, Heizung und Beleuchtung.¹⁹ Keine Sachbezüge sind demgegenüber bspw. die Überlassung von Dienstkleidung²⁰ oder Arbeitsgeräten, die Berechtigung des Arbeitnehmers zur Teilhabe an betrieblichen Sozialeinrichtungen, wie Kantine, Sportanlage, Kindergarten oder Bücherei.²¹

- 6 Voraussetzung für die Gewährung von Sachbezügen ist nach § 107 Abs. 2 GewO, dass dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Nicht möglich ist die Anrechnung von Sachbezügen auf den allgemeinen Mindestlohn nach dem MiLoG oder tarifliche Mindestlöhne nach dem AEntG und AÜG.²² Aufgrund der Spezialvorschrift des § 17 Abs. 2 BBiG gilt für Ausbildungsvergütungen § 107 Abs. 2 GewO nicht. Bei Ausbildungsvergütungen können daher 75 % der Bruttovergütung durch Sachbezüge ersetzt werden.²³

a) Begriff: „Sachbezug“

- 7 Ein Sachbezug ist jede Zuwendung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, die zwar eine geldwerte Leistung darstellt, aber nicht in Geld erbracht wird.²⁴ Erfasst ist jede Gewährung einer Naturalvergütung anstelle eines Teiles der (engeren) Arbeitsvergütung. Daher sind nicht nur reine Sachleistungen ein Sachbezug,

16 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/11, NZA 2012, 462, 464; BAG 13.12.2006, 10 AZR 792/05, NZA 2007, 325, 326.

17 Moll-Hesse/Tischer, § 23 Rn. 85; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

18 BT-Drs. 14/8796, S. 24.

19 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 19; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 26; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 6; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

20 BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100.

21 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 21; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 27; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 6; Schaub-Linck, § 68 Rn. 5.

22 Bayreuther, NZA 2015, 385, 390; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 12, 24; Lembke, NZA 2015, 70, 75; Lembke, NZA 2016, 1, 6; Schaub-Vogelsang, § 66 Rn. 33; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 GewO Rn. 3.

23 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 17; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 24.

24 BT-Drs. 14/8796, S. 24; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 GewO Rn. 18; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 25; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

sondern auch Dienstleistungen des Arbeitgebers.²⁵ Sachbezüge, die außerhalb des vertraglichen Synallagmas gewährt werden, sind nicht von § 107 Abs. 2 GewO erfasst und folglich nicht den dort gesetzten Grenzen unterworfen. § 107 Abs. 2 GewO greift nur, wenn die Sachleistung und die Arbeitsleistung in einem unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.²⁶

Vereinbarte Sachbezüge müssen nach § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entsprechen. Ein Sachbezug ist dann im Interesse des Arbeitnehmers, wenn ein verständiger Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage nach Maßstab eines objektiven Empfängers ein Interesse am Sachbezug hätte.²⁷ Maßgeblich sind folglich nicht der subjektive Standpunkt oder das individuelle Interesse des betroffenen Arbeitnehmers.²⁸ Berücksichtigt werden können dennoch die Umstände des Einzelfalls, wie beispielsweise die Höhe der Sachleistung im Verhältnis zur verbleibenden Geldleistung.²⁹ Abzustellen ist letztlich darauf, ob der Arbeitnehmer durch die Gewährung der Sachleistung unangemessen benachteiligt wird.³⁰ Wenn das der Fall ist, liegt der Sachbezug nicht im Interesse des Arbeitnehmers und die Arbeitsvergütung darf nicht durch den Sachbezug ersetzt werden. Bei der Auslegung und Bestimmung, ob ein Sachbezug (noch) im Interesse des Arbeitnehmers liegt, sind zwei Grenzen zu beachten: Einerseits ist der Arbeitnehmer vor sich selbst zu schützen,³¹ andererseits darf dies nicht in eine Bevormundung des Arbeitnehmers umschlagen.³² Bei Sachleistungen, an denen der Arbeitnehmer einen objektiven Nutzen hat, wie etwa an der privaten Nutzungsmöglichkeit des Mobiltelefons oder Laptops³³ oder bei der Überlassung eines Firmenwagens³⁴ ist in der Regel von einem vorhandenen Interesse des Arbeitnehmers auszugehen, sofern – was regelmäßig der Fall sein wird – der Arbeitnehmer diese Sachbezüge frei-

25 BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 18; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 25 Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

26 BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862.

27 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340.

28 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 22; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; Schaub-Linck, § 68 Rn. 1.

29 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 29.

30 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 31; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

31 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340.

32 DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 31.

33 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 30; Schöne, NZA 2002, 829, 831; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

34 BT-Drs. 14/8796, S. 24; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 4; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 22; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 30; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

willig und ausdrücklich mit dem Arbeitgeber vereinbart hat.³⁵ Auch Personalrabatte können nach dieser Maßgabe im Interesse des Arbeitnehmers liegen.³⁶

- 9 Unabhängig vom konkreten oder objektivierten Interesse des Arbeitnehmers am Sachbezug kann ein solcher vereinbart werden, wenn er der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Das ist der Fall, wenn die Vereinbarung des Sachbezugs bei objektiver Betrachtung der Verkehrssitte entspricht.³⁷ Üblich sind solche Sachbezüge im Gaststätten- oder Brauereigewerbe in Form von Deputaten.³⁸ Ein der Verkehrssitte entsprechender Sachbezug ist auch die Überlassung einer Dienstwohnung an den Hausmeister.³⁹

b) Berechnung und Beschaffenheit der Sachbezüge

- 10 Der Wert eines Sachbezugs bzw. die Höhe, in welcher ein Sachbezug auf das Arbeitsentgelt angerechnet wird, kann und sollte vereinbart werden.⁴⁰ Fehlt eine solche individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarung, ist nach § 612 Abs. 2 BGB auf den üblichen Wert der Sachleistung abzustellen.⁴¹ Üblich in diesem Sinne sind die in der Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) genannten Beträge.⁴²
- 11 Dem Arbeitgeber ist nach § 107 Abs. 2 Satz 4 GewO verwehrt, durch Hingabe minderwertiger Sachen seine Pflicht zur Leistung des Arbeitsentgeltes zu erfüllen. Demnach müssen die geleisteten Gegenstände im Sinne von § 243 BGB mittlerer Art und Güte sein.⁴³ Den Arbeitsvertragsparteien bleibt unbenommen, eine andere Vereinbarung über die Beschaffenheit der Sachbezüge zu vereinbaren.⁴⁴ Das ist etwa der Fall, wenn der Bezug von billigeren Zweite-Wahl-Gegenständen vereinbart wird.⁴⁵ Wenn der Arbeitnehmer hieran ein Interesse hat, empfiehlt es sich, eine solche Abrede über den Qualitätsmaßstab in die Sachbezugs-

35 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 22; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 30; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

36 ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 519.

37 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 23; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 32; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

38 BT-Drs. 14/8796, S. 24; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 32; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 7.

39 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 32.

40 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 18; Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2.

41 Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2.

42 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 18; Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2.

43 BT-Drs. 15/8796, S. 25.

44 BT-Drs. 14/8796, S. 25; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 35; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 9.

45 BT-Drs. 14/8796, S. 25; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 38.

vereinbarung aufzunehmen.⁴⁶ Treffen die Arbeitsvertragsparteien keine solche abweichende Vereinbarung und ist der Sachbezug nicht von mittlerer Art und Güte oder gar mangelhaft, sind die §§ 434 ff., 536 ff. BGB in entsprechender Anwendung heranzuziehen.⁴⁷

c) Sachbezug bei Arbeitsverhinderung oder ruhendem Arbeitsverhältnis

Bei Verhinderung des Arbeitnehmers durch Krankheit oder Urlaub ist die Naturalvergütung grundsätzlich weiter zu gewähren. Kann der Arbeitnehmer die Naturalvergütung nicht entgegennehmen, ist ihr Wert gemäß § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG, § 4 EfzG in bar abzugelten.⁴⁸ Da die Naturalvergütung Teil des Entgeltes ist, endet der Sachbezug, wenn die Vergütungspflicht endet, d. h. etwa nach dem sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraum des § 3 Abs. 1 Satz 1 EfzG.⁴⁹ Soll der Sachbezug darüber hinaus fortgewährt werden, ist dies zu vereinbaren. Eine solche Abrede wird sich regelmäßig bei der Vereinbarung über die private Dienstwagenutzung anbieten, da es sich hierbei um einen Sachbezug von relativ hohem Wert handelt und auch der Arbeitgeber abwägen muss, ob und wie er das Fahrzeug nutzt, da die Leasingkosten weiterlaufen und getragen werden müssen, auch wenn es dem Arbeitnehmer nicht zur Verfügung steht.

Auch für den Fall des ruhenden Arbeitsverhältnisses sollte zur Klarstellung und Vermeidung von Missverständnissen eine klare Abrede getroffen werden. Ein häufiger Fall ist das Ruhen während der Elternzeit. Während der Schutzfristen des MuSchG ist der Sachbezug unverändert fort zu gewähren.⁵⁰ Tritt der Beschäftigte sodann die Elternzeit an, ruht das Arbeitsverhältnis, sodass der Anspruch auf Gewährung und Nutzung des Sachbezuges endet.⁵¹ Soll etwas anderes gelten, kann und muss dies ausdrücklich vereinbart werden.

4. Kreditierungsverbot

§ 107 Abs. 2 Satz 2 GewO regelt über die Grenzen bei der Gewährung von Sachbezügen hinaus, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Waren auf Kredit überlassen darf. § 107 Abs. 2 Satz 2 GewO verbietet daher, die Waren auf Kredit zu verkaufen und die Kreditraten vom Lohn abzuziehen.⁵² Dies soll den Arbeit-

⁴⁶ *Schöne*, NZA 2002, 829, 832.

⁴⁷ BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 43; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 37; MüArbR-Krause, § 60 Rn. 3; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 9; Schaub-Linck, § 68 Rn. 22.

⁴⁸ Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2; Schaub-Linck, § 68 Rn. 21.

⁴⁹ BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NJW 2011, 1469, 1470.

⁵⁰ BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99 NZA 2001, 445, 448.

⁵¹ Schaub-Linck, § 172 Rn. 19.

⁵² BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 27; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 6.

nehmer davor schützen, sich zu überschulden oder in eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber zu geraten.⁵³ Nicht unter das Verbot des § 107 Abs. 2 Satz 2 GewO fällt die Gewährung eines Darlehens zwischen den Arbeitsvertragsparteien.⁵⁴

5. Anrechnung von Waren

- 14 § 107 Abs. 2 Satz 3 GewO enthält als weitere Ausnahme vom Geldzahlungsgebot des § 107 Abs. 1 GewO die Möglichkeit der Überlassung von Waren unter Anrechnung auf das Arbeitsentgelt. Die Arbeitsvertragsparteien können vereinbaren, dass der Arbeitgeber eigene Waren an den Arbeitnehmer aufgrund eines Kauf- oder Mietvertrages überlässt und den vom Arbeitnehmer geschuldeten Betrag vom Arbeitsentgelt abzieht und einbehält.⁵⁵ „Waren“ in diesem Sinne sind alle beweglichen Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können.⁵⁶ Die Höhe des angerechneten Warenwertes muss den durchschnittlichen Selbstkosten des Arbeitgebers entsprechen. „Durchschnittliche Selbstkosten“ in diesem Sinne sind nicht die Einkaufs- oder Herstellungskosten, sondern derjenige Preis, zu dem der Arbeitgeber die Ware veräußern kann, ohne Gewinn oder Verlust zu machen.⁵⁷ Einzupreisen sind daher alle Aufwendungen, die durch die Anschaffung und Weitergabe entstehen.⁵⁸

6. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 107 Abs. 2 GewO

- 15 Verstößt die Vereinbarung eines Sachbezugs gegen § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO und liegen die Voraussetzungen für die Vereinbarung eines Sachbezugs nicht vor, so ist sie gemäß § 134 BGB nichtig.⁵⁹ Denkbar ist dabei eine bloße Teilnichtigkeit, sofern der Sachbezug teilbar ist.⁶⁰ Ist dies nicht der Fall, wie beispielsweise bei einem auch zur privaten Nutzung überlassenen Dienstwagen, ist die gesamte Vereinbarung über den Sachbezug nichtig.⁶¹ Der Arbeitnehmer kann

53 BT-Drs. 14/8796, S. 24f.; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 27; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 1.

54 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 GewO Rn. 27, 30.

55 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 38; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 13.

56 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 34.

57 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 38; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 63; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 13.

58 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 38.

59 BAG 24.3.2009, 9AZR 733/07, NZA 2009, 861, 863; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 33; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 8; Schöne, NZA 2002, 829, 832; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 26.

60 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 44; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 10.

61 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 45.

die Tilgung des geschuldeten Arbeitsentgelts in Form der Sachleistung ablehnen und die Zahlung in Geld nach § 107 Abs. 1 GewO verlangen.⁶² Die Gewährung der Sachleistung hat in diesem Fall keine Erfüllungswirkung nach §§ 362, 364 BGB, sodass der Arbeitnehmer den auf die Sachleistung entfallenden Teil der Arbeitsvergütung noch weiter geltend machen kann.⁶³ Hat der Arbeitgeber die Sache schon an den Arbeitnehmer übereignet, bleibt diese Übereignung wirksam, da sie rechtlich neutral ist.⁶⁴ Der Arbeitgeber muss die übergebene Sache dann im Wege der Leistungskondition herausverlangen.⁶⁵ Bei Verstößen gegen § 107 Abs. 2 Satz 3 GewO ist die Anrechnungsabrede nach § 134 BGB nichtig, soweit der durchschnittliche Selbstkostenpreis überschritten wird.⁶⁶ Der Arbeitgeber kann das Arbeitsentgelt nur in der Höhe des durchschnittlichen Selbstkostenpreises einbehalten.⁶⁷

7. Berücksichtigung der Pfändungsfreigrenzen

Sachbezüge dürfen lediglich einen Teil des Arbeitsentgeltes ersetzen. Der Arbeitgeber muss gemäß § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO das Arbeitsentgelt mindestens in Höhe des Pfändungsfreibetrages, der sich aus § 850c ZPO ergibt, in Geld leisten.⁶⁸ Dem Arbeitnehmer muss mindestens der Teil seines Arbeitsentgeltes in Geld verbleiben, der unpfändbar ist.⁶⁹ Die Regelung stellt sicher, dass Arbeitnehmer einen gewissen Anteil ihrer Arbeitsvergütung immer in Geld erhalten und nicht erst die ihnen an dieser Stelle gewährten Sachbezüge verkaufen und zu Geld machen müssen.⁷⁰ § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO gilt auch bei der Anrechnung von Waren. Diese ist wie bei Sachbezügen nur bis zur Höhe des Pfändungsfrei-

16

62 LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 33; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 10.

63 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 863; LAG Düsseldorf 30.10.2008, 5 Sa 977/08, BeckRS 2009, 50340; BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 26; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 45; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 10.

64 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 26; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 34.

65 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 26; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 34; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 8.

66 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 66; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 14.

67 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 66; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 14.

68 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 40; Schöne, NZA 2002, 829, 832; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 10; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 7.

69 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, NZA 2010, 99, 100; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861, 862; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 40; MüArbR-Krause, § 60 Rn. 1; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 7; Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 2; Schaub-Linck, § 68 Rn. 2.

70 BT-Drs. 14/8796, S. 25; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 42; Schöne, NZA 2002, 829, 832; ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 7.

betrages möglich, der Pfändungsfreibetrag muss dem Arbeitnehmer trotz Anrechnung verbleiben.⁷¹

8. Steuerrecht

- 17 Sachbezüge sind als Teil des Arbeitsentgeltes lohnsteuerrechtlich als Arbeitsentgelt zu bewerten. Voraussetzung aus lohnsteuerrechtlicher Sicht ist die Änderung des Anstellungsvertrages mit der Abrede, dass der Arbeitnehmer auf einen Teil des Barlohnes verzichtet und er stattdessen vom Arbeitgeber einen definierten Sachlohn erhält.⁷² Da es sich um Einkünfte aus nichtselbstständiger Tätigkeit im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 19 EStG handelt, greift § 8 EStG. Sie sind gemäß § 8 Abs. 2 EStG mit den um die üblichen Preisnachlässe geminderten Endpreisen am Abgabeort anzusetzen. Gemäß R 8.1 Abs. 2 S. 3 LStR 2015 kann der Sachbezug aus Vereinfachungsgründen mit 96% des Endpreises bewertet werden, zu dem der Abgebende oder dessen Abnehmer fremden Letztverbraucher im allgemeinen Geschäftsverkehr die Ware oder Dienstleistung anbietet. Da der „um die üblichen Preisnachlässe geminderte Endpreis“ anzusetzen ist, ist auf das günstigste Angebot am Markt abzustellen, das zum Zeitpunkt der Abgabe besteht.⁷³ Die „üblichen Preisnachlässe“ sind nicht solche, die ein überdurchschnittlicher, verhandlungsgewandter Käufer erzielt oder die durch Sonderkonditionen erzielt werden, sondern nur solche, die ein durchschnittlicher Endverbraucher erzielt.⁷⁴
- 18 Die Höhe, in welcher die gewährten Sachbezüge anzusetzen sind, kann gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 ff. EStG zum Teil pauschaliert angegeben werden.⁷⁵ Bezüglich Kost und Logis ist gemäß § 8 Abs. 2 S. 6 EStG auf die SvEV abzustellen. Auf die Sachbezugswerte der SvEV ist gemäß § 8 Abs. 2 S. 8 EStG insbesondere dann abzustellen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen einer Auswärtstätigkeit eine Mahlzeit auf Kosten des Arbeitgebers erhält, sofern der Preis pro Mahlzeit 60 Euro nicht übersteigt.
- 19 Gemäß § 8 Abs. 2 S. 11 EStG besteht eine monatliche Freigrenze in Höhe von insgesamt 44 Euro, d.h. Sachbezüge bleiben lohnsteuerrechtlich außer Ansatz, wenn die sich nach Anrechnung der vom Steuerpflichtigen gezahlten Entgelte ergebenden Vorteile 44 Euro im Kalendermonat nicht übersteigen. Die gesetzliche Regelung stellt auf den Kalendermonat ab, sodass eine Aufsummierung auf das Kalenderjahr nicht möglich ist. Der in einem Monat nicht ausgeschöpfte

71 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 69; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 14.

72 H 8.1 Abs. 1–(Geldleistung oder Sachbezug) LStH 2018.

73 BFH, 17.8.2005, IX R 10/05, NZA-RR 2006, 258, 259; BFH 4.5.2006, VI R 28/05, DStR 2006, 1594, 1595; Macher, NZA 2009, 1081.

74 Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 19.

75 Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 21.

Betrag kann daher nicht auf einen anderen Monat übertragen werden.⁷⁶ Erhält ein Arbeitnehmer im Kalendermonat Sachbezüge im Wert von über 44 Euro, so ist der gesamte Sachbezug in voller Höhe steuerpflichtiges Einkommen. Dies gilt selbst bei einem nur geringfügigen Überschreiten.⁷⁷ Der Sachbezug ist daher lohnsteuerrechtlich nicht teilbar in einen steuerpflichtigen und nicht steuerpflichtigen Teil. Soweit ein Sachbezug im Sinne von § 8 Abs. 2 S. 1 EStG nach §§ 37b, 40 EStG pauschal versteuert wird, bleibt dieser gemäß R 8.1 Abs. 3 S. 1 LStR 2015 für die Freigrenze des § 8 Abs. 2 Satz 11 EStG unberücksichtigt. § 37b EStG erlaubt innerhalb eines Wirtschaftsjahres die pauschalisierte Versteuerung von betrieblich veranlassten Zuwendungen, die zusätzlich zur ohnehin vereinbarten Leistung oder Gegenleistung erbracht werden, und Geschenken, die nicht in Geld bestehen. Dies gilt gemäß § 37b Abs. 1 S. 3 EStG nicht, wenn die Sachzuwendungen den Betrag von 10.000 Euro übersteigen. Die Freigrenze des § 8 Abs. 2 S. 11 EStG gilt nur für nach § 8 Abs. 2 S. 1 EStG zu versteuernde Sachbezüge.

Sofern der Sachbezug in Form eines Personalrabattes gewährt wird, gilt nicht § 8 Abs. 2 EStG, sondern § 8 Abs. 3 EStG. Voraussetzung für die Anwendung des § 8 Abs. 3 EStG ist, dass der Arbeitnehmer aufgrund seines Dienstverhältnisses Waren oder Dienstleistungen erhält, die vom Arbeitgeber nicht überwiegend für den Bedarf seiner Arbeitnehmer hergestellt, vertrieben oder erbracht werden. In diesem Fall gelten gemäß § 8 Abs. 3 EStG als lohnsteuerrechtliche Werte die um 4% geminderten Endpreise, zu denen der Arbeitgeber oder der dem Abgabeort nächstansässige Abnehmer die Waren oder Dienstleistungen fremden Letztverbrauchern im allgemeinen Geschäftsverkehr anbietet. Etwas anderes gilt nur, sofern der Bezug nach § 40 pauschal versteuert wird. Die Rabattbesteuerung des § 8 Abs. 3 EStG ist nicht auf soziale Leistungen anwendbar, die der Arbeitgeber gerade für seine Arbeitnehmer erbringt, wie dies etwa bei verbilligtem Essen in der Betriebskantine der Fall ist.⁷⁸ „Waren“ sind nach R 8.2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Satz 2 LStR 2015 alle Wirtschaftsgüter, die im Wirtschaftsverkehr wie Sachen behandelt werden, weshalb auch Strom oder Wärme darunter fallen. Dienstleistung im Sinne des § 8 Abs. 3 EStG sind gemäß R 8.2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 S. 2 LStR 2015 alle Leistungen, die üblicherweise gegen Entgelt erbracht werden. Erfasst sind gemäß R 8.2 Abs. 1 S. 2 LStR 2015 sowohl teilentgeltliche als auch unentgeltliche Waren oder Dienstleistungen. Voraussetzung für die Anwendung des § 8 Abs. 3 EStG ist aber in jedem Fall, dass der Rabatt vom Arbeitgeber und nicht von Dritten gewährt wird.⁷⁹ „Dritter“ ist auch ein anderes Konzernunter-

⁷⁶ Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 6.

⁷⁷ Küttner-Griese, Sachbezug, Rn. 4.

⁷⁸ Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 31.

⁷⁹ Küttner-Thomas, Sachbezug, Rn. 30.

nehmen. Die Rabattbesteuerung des § 8 Abs. 3 EStG kann daher nicht auf Produkte und Vorteile eines anderen Konzernunternehmens erstreckt werden.⁸⁰

- 20a** Lohnsteuerrechtliche Folge des § 8 Abs. 3 EStG ist, dass als Sachbezugswert die um 4 % geminderten Endpreise zu erfassen sind. Als zu versteuernder Arbeitslohn ist gemäß R 8.2 Abs. 2 S. 8 LStR 2015 der Differenzbetrag zwischen dem um 4 % geminderten Endpreis und dem vom Arbeitnehmer gezahlten Entgelt anzusetzen. Die Summe der Differenzbeträge zwischen dem um 4 % geminderten Angebotspreis und dem vom Arbeitnehmer entrichteten Entgelt bleibt gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 EStG in Höhe des Rabattdreibetrags von jährlich 1080 Euro steuerfrei.⁸¹ Die Regelung des § 8 Abs. 3 EStG führt zur unterschiedlichen lohnsteuerrechtlichen Bewertung wirtschaftlich vergleichbarer Sachverhalte, da beispielsweise bezuschusstes Kantinenessen unter § 8 Abs. 2 EStG fällt, während auf Gewährung freier Kost für Arbeitnehmer einer Gaststätte § 8 Abs. 3 EStG anzuwenden ist.⁸² Durch eine pauschale Versteuerung nach § 40 EStG kann der Arbeitgeber jedoch bis zur Ausschöpfung des Rabattdreibetrages die Anwendung des § 8 Abs. 2 EStG herbeiführen. Es besteht insoweit gemäß R 8.2 Abs. 1 Nr. 4 LStR ein Wahlrecht, ob nach § 8 Abs. 2 EStG oder nach § 8 Abs. 3 EStG versteuert wird.

9. Sozialversicherungsrecht

- 21** Sozialversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung. Da somit sämtliche Einkommensbestandteile der Sozialversicherung unterliegen, gilt dies auch für Sachbezüge.⁸³ Wie der Wert für Sachbezüge zu ermitteln ist, wird gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB IV durch Rechtsverordnung festgelegt. Daher ist zur Beantwortung der Frage, in welcher Höhe Sachbezüge den Geldlohn erhöhen, auf die Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) abzustellen.⁸⁴ § 2 SvEV setzt die Höhe der Sozialversicherungspflichtigkeit von Verpflegung, Wohnung und freier Unterkunft als Sachbezug fest. Der Wert sonstiger, nicht von § 2 SvEV erfasster Sachbezüge ist nach § 3 SvEV zu ermitteln. Anzusetzen ist demnach gemäß § 3 Abs. 1 SvEV als Wert für unentgeltlich zur Verfügung gestellte Sachbezüge der um übliche Preisnachlässe geminderte übliche Endpreis am Abgabeort. Für verbilligt zur Verfügung gestellte Sachbezüge, die nicht unter § 2 SvEV fallen, legt § 3 Abs. 2 SvEV fest, dass auf den Differenzbetrag abzustellen und dem Arbeitsentgelt hinzuzurechnen ist, der sich aus

80 BFH 10.5.2006, IX R 82/98; *Macher*, NZA 2006, 970; *Küttner-Thomas*, Sachbezug, Rn. 30.

81 *Küttner-Thomas*, Sachbezug, Rn. 34.

82 *Küttner-Griese*, Sachbezug, Rn. 12.

83 *MüArbR-Krause*, § 60 Rn. 32; *BeckOKSGB-Wagner*, § 14 SGB IV Rn. 6.

84 *Küttner-Schlegel*, Sachbezug, Rn. 41; *BeckOKSGB-Wagner*, § 14 SGB IV Rn. 21.

dem vereinbarten Preis und dem Wert im Falle eines freien Bezuges ergeben würde. § 3 SvEV verweist damit auf § 8 Abs. 2 EStG.⁸⁵

10. Betriebliche Mitbestimmung bei Sachbezügen

Da Sachbezüge nach § 107 Abs. 2 GewO einen Teil des Arbeitsentgeltes ersetzen, sind sie als „Lohn“ grundsätzlich dem Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterworfen.⁸⁶ Daher unterliegt die Gewährung von Sachbezügen der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats, sofern die übrigen Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG erfüllt sind. Voraussetzung für die Eröffnung des Mitbestimmungstatbestandes des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist das Vorhandensein eines Dotierungsrahmens bei der Gewährung von Sachbezügen.⁸⁷ Der Arbeitgeber muss seinen Arbeitnehmern eine nennenswerte Leistung zur Verfügung stellen, um das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auszulösen.⁸⁸ Daher unterliegt z.B. die Gestattung der gelegentlichen Privatnutzung eines dienstlichen Telefons oder Handys oder des Internet-Zugangs nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.⁸⁹ Erlaubt der Arbeitgeber dagegen die unbegrenzte Privatnutzung des Diensthandys und trägt er dafür sämtliche Kosten, fließt dem Arbeitnehmer dadurch ein nennenswerter Vermögensvorteil zu, der mitbestimmungspflichtig ist.⁹⁰

Rn. 23–28 entfallen.

IV. Personalrabatt

1. Grundsätze

Der Arbeitgeber kann seinen Mitarbeitern Personalrabatte gewähren. Diese Rabatte können für alle Wirtschaftsgüter gewährt werden, die der Arbeitgeber herstellt und/oder vertreibt und mit denen er im Wirtschaftsverkehr handelt.⁹¹ Die Gewährung eines Personalrabattes ist nur dann mit § 107 Abs. 2 Satz 3 GewO vereinbar, sofern die Überlassung von Waren an die Belegschaft zum durchschnittlichen Selbstkostenpreis erfolgt.⁹² In der Automobilindustrie werden diese Personalrabatte häufig auf Jahreswagen gewährt.⁹³ Üblich ist dabei, den Ra-

85 Küttner-Schlegel, Sachbezug, Rn. 47; BeckOKSGB-Wagner, § 14 SGB IV Rn. 22a.

86 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464; LAG Hamm 7.2.2014, 13 TaBV 86/13, NZA-RR 2014, 425, 426; ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 96 f.

87 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

88 Moll-Hesse, § 23 Rn. 85.

89 Moll-Hesse, § 23 Rn. 85.

90 Moll-Hesse, § 23 Rn. 85.

91 HR-Mengel, § 1 Rn. 2371; MüArbR-Krause, § 60 Rn. 12; Schaub-Linck, § 68 Rn. 18.

92 BT-Drs. 14/8796, S. 25.

93 MüArbR-Krause, § 60 Rn. 13.

batt an eine Nachzahlungsklausel zu koppeln: Der Preisnachlass wird häufig dergestalt gewährt, dass der Rabatt wegfällt, sofern das Arbeitsverhältnis vor Ablauf bestimmter Fristen endet.⁹⁴ Der ausscheidende Arbeitnehmer muss dann den ursprünglich gewährten Nachlass nachzahlen.⁹⁵ In diesen Fällen ist wegen des Transparenzgebots nach § 307 Abs. 1 BGB darauf zu achten, dass die Rabatt-Vereinbarung die Voraussetzungen für den Wegfall des Preisnachlasses klar und verständlich regelt und dass das Verständnis der Klausel keine erst intensive Beschäftigung mit den AGB des Arbeitgebers oder gar eine Nachfrage erfordert.⁹⁶ Insbesondere muss im Vertrag die Höhe des Preisnachlasses angegeben werden.⁹⁷ Besonderes Augenmerk auf die Inhaltskontrolle ist auch deshalb zu legen, weil der Wegfall des Werksangehörigenrabattes bei frühzeitiger Vertragsbeendigung eine Kündigungsschwerung darstellt.⁹⁸ Ein etwaiger Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB kann nur so lange geheilt werden, wie der Arbeitnehmer noch entscheiden kann, ob er den Kaufvertrag schließt oder nicht.⁹⁹

2. Mitbestimmung

- 30 Nicht der Mitbestimmung unterfällt mangels Vorliegens eines zu verteilenden Dotierungsrahmens die Entscheidung, ob überhaupt und, falls ja, welche Waren der Belegschaft mit Personalrabatten zur Verfügung gestellt werden.¹⁰⁰ Das Mitbestimmungsrecht beginnt erst dort, wo die Beteiligung des Betriebsrats notwendig ist, um die Angemessenheit des innerbetrieblichen Lohngefüges und dessen Transparenz zu gewährleisten.¹⁰¹ Bei der Gewährung von Personalrabatten führt allerdings nicht die Entscheidung des Arbeitgebers über die Gewährung der Leistung bereits zu einem Vermögensvorteil der Arbeitnehmer.¹⁰² Dieser tritt erst und ausschließlich durch die Entscheidung der Arbeitnehmer ein, von dem Angebot und dem Vermögensvorteil Gebrauch zu machen.¹⁰³ Sofern Personalrabatte daher allen Arbeitnehmern in gleicher Weise offenstehen, ist die Verteilungsgerechtigkeit nicht betroffen, sodass kein Bedürfnis für die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG besteht.¹⁰⁴ Auch § 87

94 MüArbR-Krause, § 60 Rn. 13.

95 MüArbR-Krause, § 60 Rn. 13.

96 LAG Düsseldorf 4.3.2005, 9 Sa 1782/04, BeckRS 2005, 41647; HR-Mengel, § 1 Rn. 2372.

97 BAG 26.5.1993, 5 AZR 219/92, NZA 1993, 1029, 1031.

98 LAG Düsseldorf 4.3.2005, 9 Sa 1782/04, BeckRS 2005, 41647; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 520; Schaub-Linck, § 68 Rn. 19.

99 BAG 26.5.1993, 5 AZR 219/92, NZA 1993, 1029, 1031; HR-Mengel, § 1 Rn. 2372.

100 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

101 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

102 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

103 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

104 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 464.

Abs. 1 Nr. 8 BetrVG gebietet nur dann eine andere Bewertung, wenn für die Gewährung von Personalrabatten aufgrund eines gebildeten Sondervermögens eine Sozialeinrichtung anzunehmen ist.¹⁰⁵ Das wird regelmäßig nicht der Fall sein.¹⁰⁶

3. Steuer- und Sozialversicherungsrecht

Gewährt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern Personalrabatte, sind diese Käufe als geldwerter Vorteil aus dem Beschäftigungsverhältnis nach § 8 Abs. 2 EStG oder § 8 Abs. 3 EStG zu versteuern (s. Rn. 20). Für die sozialversicherungsrechtliche Bewertung ist entscheidend, ob eine Pauschalbesteuerung nach § 40 EStG durch den Arbeitgeber stattgefunden hat.¹⁰⁷ Ist dies nicht der Fall, ist gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 SvEV als Wert für diese Sachbezüge der um übliche Preisnachlässe geminderte übliche Endpreis am Abgabeort anzusetzen. Rabatte bis zur Grenze des § 8 Abs. 3 S. 2 EStG sind auch sozialversicherungsrechtlich nicht relevant. Soweit eine Pauschalbesteuerung nach § 40 EStG durchgeführt wird, wird ein betriebsinterner Durchschnittswert gebildet.¹⁰⁸ § 3 Abs. 3 S. 1 SvEV erlaubt, den Durchschnittswert des Vorjahres anzusetzen. Um zu verhindern, dass ein Arbeitnehmer durch diese pauschalierte Wertermittlung benachteiligt wird, weil ihm tatsächlich ein nur kleinerer Vorteil zugeflossen ist, muss der Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 3 S. 3 SvEV den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrag übernehmen. **31**

V. Trinkgeld, § 107 Abs. 3 GewO

In manchen Branchen, etwa im Gaststättengewerbe, ist der Empfang von Trinkgeldern üblich. Ob ein Arbeitnehmer Trinkgelder annehmen darf, richtet sich nach der Verkehrsanschauung.¹⁰⁹ Es bietet sich daher an, eine Regelung, ob und wenn ja, in welcher Höhe ein Trinkgeld angemessen ist und angenommen werden darf, in den unternehmenseigenen Ethik- oder Compliance-Richtlinien oder den Code of Conduct aufzunehmen. „Trinkgeld“ ist gemäß der Legaldefinition des § 107 Abs. 3 S. 2 GewO „ein Geldbetrag, den ein Dritter ohne rechtliche Verpflichtung dem Arbeitnehmer zusätzlich zu einer dem Arbeitgeber geschuldeten Leistung zahlt“. Trinkgeld ist grundsätzlich kein Teil des Arbeitsentgelts, regelmäßig handelt es sich vielmehr um eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB, die aufgrund ihrer sofortigen Vollziehung nach § 518 Abs. 2 BGB formlos möglich ist.¹¹⁰ Da Trinkgelder kein Arbeitsentgelt sind, müssen sie bei der Be- **32**

105 BAG 8.11.2011, 1 ABR 37/10, NZA-RR 2012, 462, 463.

106 ErfK-Kania, § 87 BetrVG Rn. 72.

107 Küttner-Schlegel, Sachbezug, Rn. 52.

108 Küttner-Schlegel, Sachbezug, Rn. 55.

109 Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 1.

110 HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 74.

rechnung des während des Urlaubs oder der Arbeitsunfähigkeitszeiten fortzuzahlenden Entgelts unberücksichtigt bleiben.¹¹¹ Keine Berücksichtigung finden sie auch bei dem für die Betriebsrattätigkeit fortzuzahlenden Entgelt.¹¹² Dies gilt jedenfalls, soweit die Berücksichtigung des Trinkgeldes für Krankheits-, Urlaubs- oder Betriebsrattätigkeitszeiten nicht explizit vereinbart ist.¹¹³

- 33** Nach § 107 Abs. 3 S. 1 GewO kann die Zahlung eines regelmäßigen Arbeitsentgelts nicht für die Fälle ausgeschlossen werden, in denen der Arbeitnehmer von Dritten ein Trinkgeld erhält. Um zu verhindern, dass Arbeitnehmern durch Verweisung auf das Trinkgeld das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko auferlegt wird, muss ein fester Entgeltbestandteil vom Arbeitgeber gewährt werden.¹¹⁴ Möglich und zulässig ist es jedoch, im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, Trinkgelder ganz oder teilweise mit dem Festbetrag der Vergütung zu verrechnen.¹¹⁵ Damit wird die Vereinbarung eines geringen Lohnes, der dem Mindestlohn entsprechen muss, attraktiver, da er durch die Gewährung von Trinkgeldern aufgewertet wird.¹¹⁶ Die Verrechnungsmöglichkeit gilt nicht für den Anteil, der dem Mindestlohn nach dem MiLoG oder einem Tarifvertrag entspricht.¹¹⁷ Um diese Anrechnung vornehmen zu können, muss der Arbeitnehmer Auskunft über die Höhe des Trinkgeldes geben.¹¹⁸ Die Pflicht zur Auskunft ist als vertragliche Nebenpflicht im Arbeitsvertrag verankert.¹¹⁹ Gibt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber keine Auskunft über die erzielten Trinkgelder, haftet der Arbeitgeber den Steuerbehörden auch nicht im Hinblick auf die diesbezüglich abzuführende Lohnsteuer.¹²⁰ Besonders zu behandeln sind Trinkgelder im Spielbankbereich, die hier außen vor bleiben sollen.
- 34** Vertraglich geschuldete Trinkgelder sind nach R 19.3 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 LStR 2015 in voller Höhe steuerpflichtig. Demgegenüber sind freiwillig von Dritten an Arbeitnehmer gegebene Trinkgelder unabhängig von ihrer Höhe nach § 3 Nr. 51 EStG steuerfrei. Soweit Trinkgelder steuerfrei sind, gehören sie auch nicht zum sozialversicherungspflichtigen Entgelt.¹²¹

111 BAG 28.6.1995, 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252 f.

112 BAG 28.6.1995, 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252 f.

113 BAG 28.6.1995, 7 AZR 1001/94, NZA 1996, 252 f.

114 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 48; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 72; DHSW-Becker, § 107 GewO Rn. 16.

115 Schöne, NZA 2002, 829, 832; Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 2; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 77.

116 ErfK-Preis, § 107 GewO Rn. 8.

117 BeckOGKGewO-Maschmann, § 107 Rn. 49; Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 3; Lembke, NZA 2015, 70, 75; Lembke, NZA 2016, 1, 6; HWK-Lembke, § 107 GewO Rn. 77.

118 Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 5; HR-Mengel, § 1 Rn. 2391.

119 Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 5.

120 BFH 24.10.1997, VI R 23/94, DStR 1997, 2016, 2016.

121 Küttner-Griese, Trinkgeld, Rn. 11.

Kapitel 30

Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

Schrifttum: *Abeln/Meier*, Dienstwagen – Entzug der Privatnutzung, AuA 2005, 264; *Abeln/Steinkühler*, Wie man als Arbeitgeber gut fährt – Dienstwagen, AuA 2002, 116; *Becker-Schaffner*, Die Nutzung von Firmenfahrzeugen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, DB 1993, 2078; *Benkert*, Entgelttransparenzgesetz vor dem Praxistest, NJW-Spezial 2018, 178; *van Bürck/Nussbaum*, Herausgabe des Dienstfahrzeugs während der Freistellung des Arbeitnehmers: Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten für die Praxis, BB 2002, 2278; *Fischer*, Der privat genutzte Dienstwagen und das Ende des Entgeltfortzahlungszeitraumes, FA 2003, 105; *Dombrowski/Zettelmeyer*, Die Wertermittlung der Nutzungsvorteile von Firmenwagen, NZA 1995, 155; *Gaul/Ludwig*, Uneingeschränkte AGB-Kontrolle bei dynamischer Bezugnahme im Arbeitsvertrag bei arbeitgeberseitigen Regelungswerken, BB 2010, 55; *Grobys*, Auswirkungen einer nachträglichen Arbeitszeitreduzierung auf das Arbeitsentgelt und andere Vertragsbestandteile, DB 2001, 758; *Haase*, Steuerfalle bei Zuschüssen des Arbeitgebers zum Dienstwagen?, NZA 2002, 1199; *Hansen*, Dienstwagen als Vergütungsbestandteil – Eine gute Flotte, AuA 2003, 44; *Höser*, Die Dienstwagennutzung bei Arbeitsunfähigkeit, BB 2012, 573; *Hoß/Kothe-Heggemann*, Inhalt arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge, MDR 1997, 1077; *Joussen*, Der Betriebsrat und die Privatnutzung eines Dienstwagens, NZA 2018, 139; *Keilich*, Von der Überlassung bis zum Widerruf, AuA 2009, 264; *Kelber/Zeißig*, Das Schicksal der Gegenleistung bei der Reduzierung der Leistung nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz, NZA 2001, 577; *Laws*, Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Gewährung der privaten Nutzung von Dienstwagen durch den Arbeitgeber, FA 2015, 234; *Lembke*, BB-Kommentar zu BAG, 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1627; *Lohr*, Rechtsfragen der Überlassung eines Dienstfahrzeuges, MDR 1999, 1353; *Lunk* (Hrsg.), *AnwaltFormulare Arbeitsrecht – Schriftsätze, Verträge, Erläuterungen*, 2. Aufl. 2014; *Mauer*, Dienstwagenüberlassung an Arbeitnehmer, 2003; *Meier*, Der Entzug des Dienstwagens und seiner privaten Nutzung, Festschrift für Adomeit, 2008, S. 453; *Meier*, Möglichkeiten zum Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens, NZA 1997, 298; *Moll/Roehbers*, Mitbestimmung des Betriebsrats beim Dienstwagen, DB 2010, 2672; *Nägele*, Der Dienstwagen, 2. Aufl. 2010; *Nägele*, Der Dienstwagenüberlassungsvertrag, ArbRB 2002, 346; *Nägele*, Probleme beim Einsatz von Dienstfahrzeugen, NZA 1997, 1196; *Nägele/Schmidt*, Das Dienstfahrzeug, BB 1993, 1797; *Oelkers*, Mitbestimmung bei Dienstwagenregelungen, NJW-Spezial 2009, 514; *Pauly*, Zur Nutzungsentschädigung des Arbeitnehmers wegen Entzugs des privat genutzten Firmenwagens, ArbuR 1999, 467; *Reifelsberger/Kopp*, Lohnpfändung bei Sachbezügen in der betrieblichen Praxis – insbesondere bei Dienstwagen, NZA 2013, 641; *Roloff*, Entwicklungslinien der Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, RdA 2014, 228; *Schiefer/Buse*, Der Dienstwagen – arbeits- und steuerrechtliche Aspekte, DB 2017, 2097; *Schmiedl*, Die Sicherung des Herausgabeanspruchs am Dienstwagen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mittels einstweiliger Verfügung, BB 2002, 992; *Schrader/Straube*, Der Dienstwagen im Arbeits- und Steuerrecht, 2013; *Sommer*, Arbeitnehmerhaftung und Kaskoversicherung, NZA 1990, 837; *Stöhr*, Die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen auf dem Prüfstand, ZfA 2013, 213; *Straube/Klages*, „In der jeweils geltenden Fassung“-Regelungen sind unwirksam, ArbRAktuell 2011, 421; *Stoffels*, Die Überlassung von Dienstwagen, FA 2009, 329; *Stoffels*, Neues zu Widerrufsvorbehalten in Arbeitsverträgen, NZA 2017, 1217; *Urban*, Aktuelle Probleme der Besteuerung von Dienst- und Firmenwagen,

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

NJW 2011, 2465; *Yakhoulfi/Klingenberg*, Die Mitbestimmung des Betriebsrates bei Firmenwagen, BB 2013, 2102; *Zange/Behrendt*, Elektroautos in der Dienstwagenflotte, AuA 2016, 556.

Übersicht	
	Rn.
I. Interessenlage	1
II. Arbeitsrechtliche Aspekte der Privatnutzung	2
1. Abgrenzung der Überlassungsformen eines Dienstwagens . . .	2
a) Überlassung zu ausschließlich dienstlichen Zwecken . .	3
b) Überlassung mit der Befugnis zur Privatnutzung	4
2. Zustandekommen und Inhalt der Nutzungsvereinbarung	5
3. Haftung des Arbeitnehmers bei Beschädigung des Dienstwagens	8
4. Dauer der privaten Nutzung . .	10
a) Arbeitsunfähigkeit	10
b) Freistellung	11
c) Mutterschutz	13
d) Elternzeit	14
e) Teilzeit	15
f) Urlaub	19
g) Freigestellte Betriebsratsmitglieder	20
h) Widerrufsvorbehalt	21
i) Änderungskündigung zur Beseitigung der Nutzungsvereinbarung	23
5. Verweigerung der Dienstwagenherausgabe an den Arbeitgeber	25
a) Herausgabe des Dienstwagens bei Kündigung	25
b) Durchsetzung und Sicherung des Herausgabeanspruchs . .	27
6. Vertragswidriger Entzug des Dienstwagens	28
a) Schadensersatzansprüche infolge unberechtigter Nutzungsentziehung	28
b) Einstweilige Verfügung des Arbeitnehmers auf Dienstwagenherausgabe	30
7. Dienstwagen für Betriebsratsmitglieder	31
8. Berücksichtigung der Privatnutzung bei betrieblicher Altersversorgung	32
9. Privatnutzung als Einkommensbestandteil einer Sozialplanabfindung	33
10. Berücksichtigung der Privatnutzung bei Karenzentschädigung	34
11. Dienstwagen als Regelungsgegenstand eines Aufhebungsvertrags	35
12. Pfändbares Arbeitseinkommen bei Privatnutzung eines Dienstwagens	39
13. Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Privatnutzung . . .	40
a) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG . .	41
b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG . .	42
c) § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG .	43
III. Steuerrechtliche Aspekte der Privatnutzung	44
1. Nutzungspauschale (1 %-Regelung)	46
2. Fahrtenbuchmethode	48
IV. Beitragsrechtliche Aspekte der Privatnutzung	50
V. Beispiel einer Dienstwagenüberlassungsvereinbarung	51

I. Interessenlage

Die Überlassung eines Dienstwagens mit der Befugnis zur privaten Nutzung zählt bei vielen Berufsgruppen zum arbeitsvertraglichen Standard.¹ Kaum eine Leistung des Arbeitgebers dürfte dabei stärker mit Emotionen verknüpft sein als die Dienstwagenüberlassung.² Arbeitgeber nutzen diese emotionale Wirkung gezielt, um Mitarbeiter für sich zu gewinnen, zu motivieren und zum Bleiben zu animieren.³ Spiegelbildlich dazu erhalten Arbeitnehmer ein Statussymbol und damit eine regelrechte Streicheleinheit auf Rädern.⁴ Sie ersparen außerdem die Anschaffungs- und Betriebskosten eines eigenen Fahrzeugs. Zu Interessenkonflikten kommt es oftmals bei späteren Veränderungen im wechselseitigen Austauschverhältnis des Arbeitsvertrags. Bei Trennungsszenarien schließlich wird um den Dienstwagen häufig von beiden Vertragsparteien hart gerungen, zumal die Rechtslage nach Ausspruch einer Kündigung insbesondere während eines längeren Kündigungsschutzverfahrens zunächst häufig unklar erscheint. Insgesamt reicht das Spektrum arbeitsrechtlicher Fragestellungen von der Fahrzeugüberlassung und einer etwaigen Mitbestimmung des Betriebsrats, über den Widerruf der Überlassung bis zur betrieblichen Altersversorgung. Auch steuerrechtlich ist das Thema ein Dauerbrenner. Die pauschale Versteuerung der Dienstwagenüberlassung mit der Befugnis zur privaten Nutzung wird steuerrechtlich fast jährlich diskutiert.⁵

II. Arbeitsrechtliche Aspekte der Privatnutzung**1. Abgrenzung der Überlassungsformen eines Dienstwagens**

Firmen- und Dienstwagen sind keine Rechtsbegriffe.⁶ Allgemein ist von einem Dienstwagen immer dann auszugehen, wenn einem Mitarbeiter anlässlich des Dienstverhältnisses ein Fahrzeug zur Verfügung gestellt wird.⁷ Weichenstellend für die Rechtslage ist sodann die Abgrenzung zwischen der Überlassung zu ausschließlich dienstlichen Zwecken einerseits und einer Überlassung mit Privatnutzungsbefugnis andererseits.

1 Fischer, FA 2003, 105; Hoß/Kothe-Heggemann, MDR 1997, 1077, 1079; Meier, FS Adomeit, S. 453.

2 Vgl. Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116; Hoß/Kothe-Heggemann, MDR 1997, 1077; vgl. auch Laws, FA 2015, 234, wonach ein Dienstwagen „meist mit Begeisterung“ angenommen wird.

3 Höser, BB 2012, 573; Schmiedl, BB 2002, 992; Stoffels, FA 2009, 329.

4 Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116; Hansen, AuA 2003, 44, spricht zutreffend von einem „Motivationsfahrzeug“.

5 MASIG-Eckert, 280 Rn. 1.

6 Vgl. Urban, NJW 2011, 2465.

7 Nägele, NZA 1997, 1196; Nägele/Schmidt, BB 1993, 1797; Mauer, S. 1.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

a) Überlassung zu ausschließlich dienstlichen Zwecken

- 3 Wird der Wagen dem Mitarbeiter zu ausschließlich dienstlichen Zwecken zur Verfügung gestellt, handelt es sich um ein bloßes Arbeitsmittel.⁸ Die Fahrzeugüberlassung hat **keinen Vergütungscharakter**.⁹ Der Arbeitnehmer ist lediglich Besitztener i. S. d. § 855 BGB.¹⁰ Der Arbeitgeber kann über das Fahrzeug nach Belieben verfügen. Es unterliegt seinem Direktionsrecht nach § 315 BGB.¹¹ Erlaubt ist dem Arbeitnehmer nur die Nutzung zu Dienstfahrten. Hierzu gehören nicht die Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte.¹²

b) Überlassung mit der Befugnis zur Privatnutzung

- 4 Mit der vereinbarten Überlassung des Dienstwagens auch zur privaten Nutzung erweitern die Arbeitsvertragsparteien die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers.¹³ Nach § 107 Abs. 2 Satz 1 GewO können Sachbezüge als Teil des Arbeitsentgelts vereinbart werden, wenn dies dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Sachleistung und Arbeitsleistung müssen im unmittelbaren Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.¹⁴ Die Überlassung eines Dienstwagens auch zu privaten Zwecken ist eine zusätzliche **Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung**.¹⁵ Die private Nutzungsmöglichkeit liegt objektiv betrachtet im Interesse des Arbeitnehmers.¹⁶ Aus diesem Grund ist die Erfüllung des Anspruchs auf private Nutzung eines Dienstwagens ein **Sachbezug** i. S. v. § 107 Abs. 2 Satz 1 und 5 GewO und damit ein **geldwerter Vorteil**.¹⁷ Sie ist steuer- und abgabenpflichtiger Teil des nach § 611a Abs. 2 BGB geschuldeten Arbeitsentgeltes.¹⁸ Der Arbeitnehmer ist gegenüber

8 Keilich, AuA 2009, 264, 267; Lohr, MDR 1353; Nägele/Schmidt, BB 1993, 1797.

9 BAG 25.2.2009, 7 AZR 954/07, juris; BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2004, 2702.

10 Becker-Schaffner, DB 1993, 2078; van Bürck/Nussbaum, BB 2002, 2278; Schmiedl, BB 2002, 992, 993.

11 van Bürck/Nussbaum, BB 2002, 2278.

12 Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 3.

13 Zur Frage eines Anspruchs eines Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher auf Gewährung eines Dienstwagens siehe LAG Hessen 9.9.2016, 10 Sa 474/16, NZA-RR 2017, 236.

14 BAG 17.2.2009, 9 AZR 676/07, BB 2009, 1303 m. w. N.

15 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 23.6.1994, 8 AZR 537/92, BB 1994, 2276.

16 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861.

17 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 16.11.1995, 8 AZR 240/95, BB 1996, 630; vgl. auch BT-Drs. 14/8796, S. 24.

18 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; zum Dienstwagen als Entgeltbestandteil des individuellen Auskunftsanspruchs nach §§ 10 ff. Entgelt-TranspG siehe Benkert, NJW-Spezial 2018, 178.

dem Arbeitgeber zum Besitz des Dienstwagens berechtigt, sodass er mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB) ist.¹⁹

2. Zustandekommen und Inhalt der Nutzungsvereinbarung

Ein Anspruch auf Überlassung eines Dienstwagens mit Privatnutzungsmöglichkeit setzt eine vertragliche Vereinbarung voraus.²⁰ Diese Nutzungsvereinbarung sollte zur Vermeidung späterer Streitigkeiten und insbesondere zu Dokumentationszwecken **schriftlich** fixiert werden.²¹ Ihre möglichst **präzise Ausgestaltung** ist empfehlenswert (s. Rn. 52).²² Fehlt beispielsweise eine Regelung zum Ausschluss der Nutzung durch Dritte, so wird sich im Wege der Auslegung regelmäßig ergeben, dass zumindest auch sämtliche Familienmitglieder das Fahrzeug nutzen dürfen.²³ Wird eine Befugnis zur Auswahl des Dienstwagens nicht vereinbart, steht regelmäßig dem Arbeitgeber das Leistungsbestimmungsrecht zu.²⁴ Die Nutzungsvereinbarung kann entweder vollständig in den Arbeitsvertrag integriert werden oder in einer **gesonderten Vereinbarung**, die im Arbeitsvertrag erwähnt wird, erfolgen. Aus Beratersicht ist die vollständige Aufnahme einer umfangreichen Nutzungsvereinbarung in den Arbeitsvertrag nicht zu empfehlen. Der eigentliche Arbeitsvertrag wird dadurch mit Regelungen zur Dienstwagenüberlassung regelrecht überfrachtet.²⁵ Bei **befristeten Arbeitsverträgen** und gesondert unterzeichneten Dienstwagenvereinbarungen ist das **Schriftformerfordernis** des § 14 Abs. 4 TzBfG genauestens im Blick zu behalten.²⁶

Vorsicht ist geboten, wenn eine unternehmensinterne Dienstwagen-Richtlinie (Car-Policy) mittels einer **Bezugnahme Klausel** in den Arbeitsvertrag integriert werden soll. Verweist die Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag oder in der gesonderten Nutzungsvereinbarung dynamisch auf eine bestehende Car-Policy in „ihrer jeweils geltenden Fassung“, so holen sich Arbeitgeber unnötig Probleme ins Haus. Die **Rechtsprechung** des BAG zur Wirksamkeit derartiger „Jeweilig-

19 *Becker-Schaffner*, DB 1993, 2078, 2079; *van Bürck/Nussbaum*, BB 2002, 2278; *Küttner-Griese*, Dienstwagen, Rn. 14.

20 Vgl. nur *Küttner-Griese*, Dienstwagen, Rn. 1.

21 Vgl. hierzu das Formulierungsbeispiel unter Rn. 52 sowie weitere Beispiele bei *Abeln/Meier*, AuA 2005, 264, 271; *Preis-Greiner*, II D 20 Rn. 3; *Hansen*, AuA 2003, 44, 47; *Keilich*, AuA 2009, 264, 268; *Schrader/Straube*, Rn. 115 f.

22 *Schaub-Linck*, § 68 Rn. 6a; *Nägele*, ArbRB 2002, 346; siehe *Schiefer/Buse*, DB 2017, 2097 zu möglichen Regelungsinhalten einer Nutzungsvereinbarung.

23 *Nägele*, ArbRB 2002, 346.

24 Vgl. LAG Köln 19.11.2009, 7 Sa 879/09, juris (keine Anspruchserfüllung durch Überlassung eines Leichenwagens).

25 Vgl. *Mauer*, S. 18.

26 Vgl. den Fall von BAG 4.11.2015, 7 AZR 933/13, NJW 2016, 2134, in dem nur die gesonderte Dienstwagenregelung, nicht aber der eigentliche Arbeitsvertrag von beiden Vertragsparteien unterzeichnet war.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

keitsklauseln“ ist **nicht einheitlich**.²⁷ Das BAG hatte in seiner Entscheidung vom 11.2.2009²⁸ in einer vertraglichen Bezugnahme auf eine Arbeitsordnung in ihrer „jeweils neuen Fassung“ einen Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB gesehen. Es hielt die Klausel angesichts des einseitigen Änderungsrechts des Arbeitgebers für **unwirksam**.²⁹ Weder die ursprüngliche noch spätere Fassungen der Arbeitsordnung seien deshalb Vertragsinhalt geworden.³⁰ Demgegenüber gelangte das BAG rund zwei Jahre später in seiner Entscheidung vom 24.2.2011³¹ bei einer Bezugnahme auf eine Arbeitsordnung „in der jeweils geltenden Fassung“ über den sog. **blue-pencil-Test**³² zur Teilbarkeit der Klausel. Nach Streichung der Worte „in der jeweils geltenden Fassung“ sei die verbleibende Regelung weiterhin verständlich und bleibe daher ohne die Dynamik bestehen. Demzufolge bleibe die ursprünglich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Arbeitsordnung dauerhaft Vertragsinhalt.³³ Insoweit besteht für die Praxis derzeit Rechtsunsicherheit. Klar ist lediglich, dass die gewünschte dynamische Einbeziehung nicht funktioniert.³⁴ Damit wiederum ist der praktische Nutzen solcher Klauseln zunichte gemacht.

- 7 Die Nutzungsvereinbarung kann auch **konkludent zustande kommen**. Dies kann insbesondere dann – zur Überraschung des Arbeitgebers – der Fall sein, wenn der Arbeitgeber dem Mitarbeiter einen Dienstwagen für betrieblich veranlasste Fahrten zur Verfügung stellt, der Mitarbeiter dieses Fahrzeug dann nach Arbeitsende mit nach Hause nimmt und es darüber hinaus auch mit Wissen und Dulden des Arbeitgebers privat, beispielsweise am Wochenende, nutzt.³⁵

3. Haftung des Arbeitnehmers bei Beschädigung des Dienstwagens

- 8 Bei einer Beschädigung des Dienstwagens, die im Zusammenhang mit einer betrieblich veranlassten Fahrt entsteht, sind die Grundsätze zum **innerbetriebli-**

27 Eingehend *Straube/Klagges*, ArbRAktuell 2011, 421, sowie *Schrader/Straube*, Rn. 30 ff.

28 BAG 11.2.2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428; näher hierzu *Gaul/Ludwig*, BB 2010, 55.

29 So auch *Küttner-Griese*, Dienstwagen, Rn. 3.

30 BAG 11.2.2009, 10 AZR 222/08, NZA 2009, 428.

31 BAG 24.2.2011, 6 AZR 634/09, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Kirchendienst.

32 Siehe zum blue-pencil-Test insbesondere BAG 12.3.2008, 10 AZR 152/07, AP Nr. 10 zu § 305 BGB; BAG 21.4.2005, 8 AZR 425/04, NZA 2005, 1053; BGH 18.4.1989, X ZR 31/88, BB 1989, 1295.

33 BAG 24.2.2011, 6 AZR 634/09, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Kirchendienst.

34 Näher zu den Folgen für die Vertragsgestaltung *Gaul/Ludwig*, BB 2010, 55, sowie *Straube/Klagges*, ArbRAktuell 2011, 421, 423.

35 LAG Rheinland-Pfalz 19.11.1996, 4 Sa 733/96, NZA 1997, 942; *Joussen*, NZA 2018, 139.

chen Schadensausgleich zu beachten.³⁶ Der Arbeitnehmer haftet dem Arbeitgeber danach nur eingeschränkt.³⁷ Seine Haftung sowie deren Umfang richten sich nach dem Verschuldensgrad. Bei leichtester Fahrlässigkeit haftet der Arbeitnehmer nicht, während bei normaler bzw. mittlerer Fahrlässigkeit der Schaden in aller Regel zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer quotal zu verteilen ist. Bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit hat der Arbeitnehmer in aller Regel den gesamten Schaden zu tragen. Auch bei grober bzw. selbst bei gröbster Fahrlässigkeit ist eine Haftungserleichterung allerdings nicht kategorisch ausgeschlossen.³⁸

Ob und ggf. in welchem Umfang der Arbeitnehmer an den Schadensfolgen zu beteiligen ist, richtet sich im Rahmen einer **Abwägung der Gesamtumstände** nach Billigkeits- und Zumutbarkeitsgesichtspunkten.³⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Abschluss einer Vollkaskoversicherung durch den Arbeitgeber regelmäßig als zumutbar angesehen wird.⁴⁰ Die Haftung des Arbeitnehmers ist somit der Höhe nach tendenziell auf den Umfang der üblichen **Selbstbeteiligung einer Vollkaskoversicherung** (bis 500,00 €) beschränkt.⁴¹ Zu den Umständen gehören der Grad des dem Arbeitnehmer zur Last fallenden Verschuldens, die Gefahrgeneignetheit der Arbeit, die Schadenshöhe, ein vom Arbeitgeber einkalkuliertes oder durch Versicherung deckbares Risiko, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die Höhe des Arbeitsentgelts, in dem möglicherweise eine Risikoprämie enthalten ist.⁴² Auch können unter Umständen die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, wie die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit,

36 BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 705; BAG 5.2.2004, 8 AZR 91/03, BB 2004, 1507; BAG 27.9.1994, GS 1/89 (A), BB 1994, 2205, sowie BAG 12.6.1992, GS 1/89, BB 1993, 1009; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 6; Lohr, MDR 1999, 1353; Nägele, S. 117; Stoffels, FA 2009, 329, 331.

37 Dritten gegenüber, beispielsweise gegenüber dem Leasingunternehmen des Dienstwagens, haftet der Arbeitnehmer uneingeschränkt. Er hat allerdings einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber in Höhe der Haftungsquote.

38 Vgl. BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 705; BAG 28.10.2010, 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345.

39 BAG 13.12.2012, 8 AZR 432/11, NZA 2013, 622; BAG 28.10.2010, 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345; BAG 27.9.1994, GS 1/89 (A), BB 1994, 2205.

40 LAG Köln 22.12.2004, 7 Sa 859/04, BB 2006, 335; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 6; Otto/Schwarze/Krause-Schwarze, § 12 Rn. 18; Sommer, NZA 1990, 837, 840.

41 BAG 28.10.2010, 8 AZR 647/09, NZA 2011, 406 sowie BAG 24.11.1987, 8 AZR 66/82, BB 1988, 1604 verneinen zwar eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum Abschluss einer Vollkaskoversicherung, berücksichtigen diesen Umstand jedoch im Rahmen der Gesamtabwägung; vgl. auch LAG Köln 22.12.2004, 7 Sa 859/04, BB 2006, 353, wonach eine Obliegenheit des Arbeitgebers zum Abschluss einer Vollkaskoversicherung besteht.

42 BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 708; BAG 5.2.2004, 8 AZR 91/03, DB 2004, 1266; BAG 27.9.1994, GS 1/89 (A), BB 1994, 2205; Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116, 117; Lohr, MDR 1999, 1353, 1358.

sein Lebensalter, seine Familienverhältnisse und sein bisheriges Verhalten, zu berücksichtigen sein.⁴³ Von den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs kann weder einzel- noch kollektivvertraglich zulasten des Arbeitnehmers abgewichen werden.⁴⁴ Eine summenmäßige Begrenzung ist gesetzlich nicht vorgesehen und wird von der Rechtsprechung des BAG abgelehnt.⁴⁵ Wird der Schaden am Dienstwagen während einer **Privatfahrt** verursacht, finden die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs keine Anwendung.⁴⁶ Der Schaden ist dann nicht dem Tätigkeitsbereich des Arbeitgebers zuzuordnen. Er ist vom Arbeitnehmer zu ersetzen.⁴⁷

4. Dauer der privaten Nutzung

a) Arbeitsunfähigkeit

- 10 Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EfzG Anspruch auf **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen. Für diesen Zeitraum ist dem Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 1 EfzG das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. **Innerhalb des Entgeltfortzahlungszeitraums** kann der Arbeitnehmer somit auch den Dienstwagen beanspruchen.⁴⁸ **Nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums** ist grundsätzlich auch die Gebrauchsüberlassung des Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis nicht länger seitens des Arbeitgebers geschuldet. Das Recht zum Besitz endet. Bis zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit ist der Dienstwagen an den Arbeitgeber herauszugeben.⁴⁹ Etwas anderes kann dann gelten, wenn die Arbeitsvertragsparteien, aus-

43 BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 705; BAG 27.9.1994, GS 1/89 (A), BB 1994, 2205.

44 BAG 5.2.2004, 8 AZR 91/03, BB 2004, 1507, 1508; vgl. auch LAG Köln 25.1.2011, 5 Sa 1291/10, juris.

45 BAG 15.11.2012, 8 AZR 705/11, DB 2013, 705; BAG 28.10.2010, 8 AZR 418/09, NZA 2011, 345; siehe aber Küttner-Griese, Arbeitnehmerhaftung, Rn. 17 m. w. N. zur Forderung nach einer summenmäßigen Haftungsbegrenzung.

46 Mit Abschluss einer Vollkaskoversicherung, die auch Unfallschäden bei der Privatnutzung erfasst, verliert diese Abgrenzung allerdings an Bedeutung; vgl. Preis-Greiner, II D 20 Rn. 24.

47 LAG Köln 24.6.1994, 13 Sa 37/94, NZA 1995, 1163; Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116, 118; Keilich, AuA 2009, 264, 266; Schrader/Straube, Rn. 109.

48 BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569; Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116, 117; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 3; ErfK-Reinhard, § 4 EfzG Rn. 12; Stoffels, FA 2009, 329, 330.

49 BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569; Meier, NZA 1997, 298, 299; ErfK-Preis, § 611a BGB Rn. 523; HWK-Schliemann, § 4 EfzG Rn. 29; a. A. Fischer, FA

drücklich oder konkludent, eine entsprechende Vereinbarung zugunsten des Arbeitnehmers getroffen haben. Verpflichtet sich der Arbeitgeber beispielsweise zu **weitergehenden Entgeltfortzahlungen**, so steht dem Arbeitnehmer regelmäßig auch die weitere Privatnutzung des Dienstwagens zu.⁵⁰ Alleine in einer **längeren Nichtgeltendmachung** des Anspruchs auf Dienstwagenherausgabe nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums kann allerdings **keine konkludente Vereinbarung** einer weiteren Dienstwagenüberlassung zu Privatzwecken gesehen werden.⁵¹

b) Freistellung

Die **einseitige Freistellungsanordnung** des Arbeitgebers kollidiert mit dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers.⁵² Demzufolge ist eine einseitige Suspendierung regelmäßig nur dann zulässig, wenn dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar ist, wenn also überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitgebers dem Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers entgegenstehen.⁵³ Diese Interessen können sich aus einer erheblichen Gefährdung für die Ordnung des Betriebs oder der Gefahr einer schwerwiegenden Vertragsverletzung ergeben.⁵⁴ Im Grundsatz ändert die Freistellung nichts an der Vergütungspflicht. Es tritt **Annahmeverzug** nach § 615 Satz 1 BGB ein.⁵⁵ Da die Überlassung des Dienstwagens mit der Befugnis zur Privatnutzung Vergütungscharakter besitzt, ist dem Arbeitnehmer der Dienstwagen während der Freistellungsphase grundsätzlich weiter zu gewähren.⁵⁶

Eine **Freistellung aufgrund individueller Vereinbarung** zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist grundsätzlich zulässig. Soweit eine solche Absprache anlässlich eines konkreten Einzelfalls getroffen wird, begegnet dies keinen Bedenken. Der **Beschäftigungsanspruch** ist **dispositiv**; er kann dem Arbeitnehmer

2003, 105, 106 unter Hinweis auf BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364, wonach die Rechtslage mit der Überlassung einer Werkdienstwohnung vergleichbar sei.

50 LAG Köln 29.11.1995, 2 Sa 843/95, LAGE § 616 BGB Nr. 8; *Höser*, BB 2012, 573, 575.

51 BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569; LAG Köln 22.6.2001, 11, 6 Sa 391/01, NZA-RR 2001, 523; vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz 15.5.2018, 8 Sa 1/18, juris.

52 Grundlegend BAG GS 27.2.1985, GS 1/84, BB 1985, 1978 sowie bereits BAG 10.11.1955, 2 AZR 591/54, BAGE 2, 221; HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 321; ErfK-*Preis*, § 611a BGB Rn. 563.

53 BAG GS 27.2.1985, GS 1/84, BB 1985, 1978; HWK-*Thüsing*, § 611a BGB Rn. 326; ErfK-*Preis*, § 611a BGB Rn. 567.

54 Küttner-*Kania*, Beschäftigungsanspruch, Rn. 7.

55 BAG 23.9.2009, 5 AZR 518/09, NZA 2010, 781; ErfK-*Preis*, § 611a BGB Rn. 567.

56 Küttner-*Griese*, Dienstwagen, Rn. 3; van *Bürck/Nussbaum*, BB 2002, 2278, 2279; *Lohr*, MDR 1999, 1353, 1355.

nicht aufgezwungen werden.⁵⁷ Auch hier bleibt es grundsätzlich dabei, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf die vereinbarte Vergütung nach § 615 Satz 1 BGB aufrechterhalten bleibt und dem Arbeitnehmer folglich auch während der Freistellung die Privatnutzung des Dienstwagens zu gestatten ist. Noch nicht höchstrichterlich entschieden ist die Frage, ob bereits im Arbeitsvertrag eine Abweichung vom Beschäftigungsanspruch im Voraus als **Freistellungsvorbehalt** vereinbart werden kann. Eine solche Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB. Bei ihrer Angemessenheitskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB muss der allgemeine Beschäftigungsanspruch als Leitbild i. S. v. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB berücksichtigt und ein genereller Prüfungsmaßstab angelegt werden.⁵⁸ Hiervon ausgehend wird ein Freistellungsvorbehalt nur dann als **zulässig** angesehen, wenn die Freistellung auf einem **sachlichen Grund** beruht und dieser, in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG zu Änderungsvorbehalten,⁵⁹ in der Klausel transparent angegeben wird.⁶⁰ Neben dem Verdacht des Verrats von Betriebsgeheimnissen oder strafbaren Handlungen des Arbeitnehmers dürften auch alle Gründe in Betracht kommen, die eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.⁶¹ Demgegenüber ist eine generelle, einschränkungslose Freistellungsklausel nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.⁶² Dies gilt auch für generelle, einschränkungslose Freistellungsklauseln für den Fall der Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder einer sonstigen Vertragsbeendigung.⁶³ Denn anderenfalls könnte bereits eine grundlose Kündigung zur Suspendierung des Arbeitnehmers berechtigen.⁶⁴ Wird der Arbeitnehmer aufgrund des **Freistellungsvorbehalts** von der Arbeitspflicht befreit, gilt auch hier, dass er den **Dienstwagen** grundsätzlich **weiter nutzen** darf. Die Freistellung bewirkt den Annahmeverzug des Arbeitgebers. Der Vergütungsanspruch besteht fort.

57 LAG Hamm 3.2.2004, 19 Sa 120/04, NZA-RR 2005, 358; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 568; Küttner-Kania, Beschäftigungsanspruch, Rn. 5.

58 LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; *HWK-Thüsing*, § 611a BGB Rn. 329.

59 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833; vgl. auch die Ausführungen zum Widerrufsvorbehalt unter Rn. 21.

60 Vgl. LAG Hamburg 22.10.2008, 5 SaGa 5/08, BeckRS 2008, 58013; LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; *HWK-Thüsing*, § 611a BGB Rn. 329; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 570.

61 Vgl. LAG Köln 20.3.2001, 6 Ta 46/01, MDR 2001, 1176.

62 Vgl. LAG Baden-Württemberg 5.1.2007, 7 Sa 93/06, NZA-RR 2007, 406, sowie LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; Küttner-Kania, Beschäftigungsanspruch, Rn. 5.

63 LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; *Preis-Preis*, II F 10 Rn. 21; a. A. Küttner-Kania, Beschäftigungsanspruch, Rn. 6.

64 LAG München 7.5.2003, 5 Sa 297/03, LAGE § 307 BGB 2002 Nr. 2; *Preis-Preis*, II F 10 Rn. 21.

*c) Mutterschutz***13**

Mit Beginn der Schutzfristen des MuSchG werden die gegenseitigen **Hauptleistungspflichten** aus dem Arbeitsvertrag **suspendiert**.⁶⁵ Die Schwangere schuldet keine Arbeit, der Arbeitgeber keine Vergütung mehr.⁶⁶ Ein auf § 611a BGB gestützter Anspruch auf Weitergewährung des Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis scheidet damit aus. An die Stelle des Vergütungsanspruchs tritt als „lohnähnlicher arbeitsrechtlicher Anspruch“⁶⁷ der Anspruch auf Zahlung eines **Zuschusses zum Mutterschaftsgeld** nach § 14 Abs. 1 MuSchG.⁶⁸ Dessen Höhe entspricht dem Unterschied zwischen dem Höchstbetrag des Mutterschaftsgeldes von 13,00 € kalendertäglich und dem um die gesetzlichen Abzüge verminderten durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelt während der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor Beginn der Schutzfrist. Die Berechnung der Höhe des durchschnittlichen kalendertäglichen Arbeitsentgelts hat nach den Grundsätzen zu erfolgen, wie sie für die Berechnung des Mutterschaftslohns nach § 11 MuSchG gelten.⁶⁹ Zum „Durchschnittsverdienst“ in § 11 Abs. 1 Satz 1 MuSchG zählen wiederum sämtliche regelmäßigen und festen geldwerten Bezüge, auch **Sachbezüge**.⁷⁰ Somit ist der Arbeitnehmerin ein überlassener Dienstwagen mit Privatnutzungsbefugnis nicht nur während eines Beschäftigungsverbots während der Schwangerschaft im Sinne des § 3 Abs. 1, § 4 MuSchG, sondern regelmäßig auch während der Mutterschutzfristen des § 3 Abs. 2, § 6 Abs. 1 MuSchG weiter zu gewähren.⁷¹ Ein finanzieller Ausgleich des Verlusts der Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens kommt nicht in Betracht. Denn § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ist zum Schutz der Arbeitnehmerin dahingehend auszulegen, dass der Zuschuss des Arbeitgebers zum Mutterschaftsgeld grundsätzlich in Form einer **Weitergewährung von Sachbezügen** zu erfolgen hat, wenn diese in den letzten drei Monaten vor Beginn der Schutzfrist Teil des Arbeitsentgelts der Arbeitnehmerin waren.⁷² Dies schließt jedoch eine von bei-

65 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364; ErfK-Schlachter, § 3 MuSchG Rn. 2.

66 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364.

67 Küttner-Poeche, Mutterschutz, Rn. 33.

68 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364.

69 Vgl. zur Berechnung BAG 22.8.2012, 5 AZR 652/11, NZA 2012, 1277; BAG 14.12.2011, 5 AZR 439/10, NJW 2012, 1900; ErfK-Schlachter, § 14 MuSchG Rn. 8 m. w. N.

70 Vgl. nur ErfK-Schlachter, § 11 MuSchG Rn. 9.

71 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364; MASIG-Eckert, 280 Rn. 34; vgl. in diesem Zusammenhang auch ArbG Freiburg 6.2.2003, 11 Ca 611/02, NZA-RR 2003, 626 (kein Anspruch des Arbeitgebers gegen die einem Beschäftigungsverbot unterliegende Arbeitnehmerin auf Auskunft über die Nutzung des Dienstwagens und auf Erstattung der Kosten für Fahrten zu einem anderen Arbeitgeber).

72 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364; ErfK-Schlachter, § 11 MuSchG Rn. 7; Abeln/Steinkühler, AuA 2002, 116, 117; Küttner-Poeche, Mutterschutz, Rn. 35.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

den Seiten gewünschte Abgeltung in Geld und eine im Einzelfall unter Berücksichtigung von Treu und Glauben notwendige andere Entscheidung nicht aus.⁷³

d) Elternzeit

- 14 Die Inanspruchnahme der Elternzeit nach § 15 BEEG führt zur Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht.⁷⁴ Die Hauptpflichten des Arbeitsverhältnisses ruhen. Mit Beendigung der Elternzeit lebt das ursprüngliche Arbeitsverhältnis sodann wieder auf; der Arbeitnehmer ist berechtigt und verpflichtet, die Arbeit unaufgefordert wieder aufzunehmen.⁷⁵ Soweit Ansprüche des Arbeitnehmers auf laufend gezahltes Arbeitsentgelt im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der Arbeitspflicht stehen, entfallen sie mit dem Beginn der Elternzeit.⁷⁶ Hiervon ausgehend steht dem Arbeitnehmer während der Elternzeit **kein Anspruch auf private Nutzung** des ihm überlassenen Dienstwagens zu. Er hat das **Fahrzeug** mit Beginn der Elternzeit an den Arbeitgeber **herauszugeben**.⁷⁷
- 14a Eine Ausnahme hiervon besteht dann, wenn mit dem Arbeitgeber etwas Abweichendes vereinbart ist, oder die Erwerbstätigkeit lediglich auf den während der Elternzeit zulässigen Umfang reduziert wird. In diesen Fällen ist der fortbestehende geldwerte Vorteil der fortdauernden Möglichkeit, den vom Arbeitgeber gestellten Dienstwagen auch während der Elternzeit privat nutzen zu können, dann aber auch als anrechenbares Einkommen bei der Höhe des zu bewilligenden Elterngeldes zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn steuerrechtlich im Lohnsteuerjahresausgleich der steuerrechtliche Vorteil im Rahmen der sogenannten Escape-Klausel des § 8 Abs. 2 Satz 4 EStG bei tatsächlicher Nichtnutzung (Fahrtenbuchmethode) nachträglich korrigiert werden kann.⁷⁸

e) Teilzeit

- 15 Die Arbeitszeitverringerung nach dem TzBfG bedarf einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.⁷⁹ Auf der einen Seite regelt § 8 TzBfG die Voraussetzungen und den Weg, wie Arbeitnehmer diese „Reduzierungsvereinbarung“⁸⁰ durchsetzen können. Auf der anderen Seite enthält das Gesetz **keine Rege-**

73 BAG 11.10.2000, 5 AZR 240/99, BB 2001, 364.

74 ErfK-Gallner, § 15 BEEG Rn. 10.

75 Vgl. MüArbR-Heenen, § 308 Rn. 1.

76 Eingehend zu den Auswirkungen der Elternzeit auf einzelne Leistungen des Arbeitgebers MüArbR-Heenen, § 308 Rn. 21.

77 HWK-Gaul, Vor §§ 15–12 BEEG Rn. 6; Keilich, AuA 2009, 264, 267; Schaub-Linck, § 172 Rn. 22; Nägele, S. 192; Küttner-Poeche, Elternzeit, Rn. 65.

78 LSG Sachsen-Anhalt 26.10.2017, L 2 EG 2/14, DStR 2018, 1030.

79 Näher zur Geltendmachung des Anspruchs auf Teilzeit und dessen Durchsetzungsmöglichkeiten siehe Küttner-Poeche, Teilzeitbeschäftigung, Rn. 27 ff.

80 Laux/Schlachter-Laux, § 8 Rn. 1.

lung der Rechtsfolgen einer nachträglichen Reduzierung der Arbeitszeit. Da aber im Arbeitsverhältnis die Verpflichtungen zur Arbeitsleistung und Vergütungszahlung synallagmatisch verbunden sind und die Vertragsparteien bei Begründung des Austauschverhältnisses die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zugrunde legen, beinhaltet die Vereinbarung über die Reduzierung der Arbeitskraft regelmäßig – auch ohne ausdrückliche Abrede – zugleich eine entsprechende Reduzierung der Gegenleistung.⁸¹ Keine Probleme ergeben sich insoweit bei teilbaren Leistungen, insbesondere bei der monatlichen Grundvergütung. Die Gewährung eines **Dienstwagens** mit Privatnutzungsmöglichkeit stellt allerdings **keine teilbare geldwerte Leistung** dar. Er kann nur „ganz oder gar nicht“ gewährt werden.⁸² Insoweit ist zwischen den vertraglich geregelten Fällen und den Fällen einer fehlenden vertraglichen Regelung zu unterscheiden.

Sind die Rechtsfolgen einer späteren Arbeitszeitverringerung in der Nutzungsvereinbarung nicht geregelt, so finden die Regeln der **ergänzenden Vertragsauslegung** Anwendung.⁸³ Die Nutzungsvereinbarung ist nachträglich lückenhaft geworden. Sie ist insoweit planwidrig unvollständig. Die hierdurch entstandene Vertragslücke ist unter Berücksichtigung des hypothetischen Parteiwillens zu schließen. Dieser wird im Regelfall ergeben, dass die private Nutzung mit Blick auf das Vollzeitarbeitsverhältnis gewährt worden ist.⁸⁴ Hiervon ausgehend werden im Schrifttum **zwei Lösungswege** vorgeschlagen: Denkbar sei zum einen, dass sich der Arbeitnehmer in einem seiner Arbeitszeitreduzierung entsprechenden Verhältnis anteilig an den laufenden **Kosten** des Dienstwagens **beteilige**.⁸⁵ Ihm stünde das Fahrzeug – trotz ggf. umfangreicher Arbeitszeitreduzierung – weiterhin vollumfänglich zur Verfügung, jedoch müsste er sich an den daraus entstehenden Kosten des „überschießenden geldwerten Vorteils“ nunmehr anteilig durch Verrechnung mit dem Lohn beteiligen.⁸⁶ Zum anderen komme ein **Entzug** des Anspruchs auf **Privatnutzung** bei **anteiliger Kompensation** des bis-

81 *ErfK-Preis*, § 8 TzBfG Rn. 5 m. w. N.

82 *Grobys*, DB 2001, 758, 760; *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577, 579; mit Blick auf das arbeitsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung können sich Probleme auch dann ergeben, wenn ein Arbeitnehmer in Teilzeit eingestellt wird und vergleichbaren Vollzeitkräften bereits ein Dienstwagen zur Verfügung gestellt wird; vgl. *Nägele*, S. 314.

83 So auch *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577, 580; *Laux/Schlachter-Laux*, § 8 Rn. 313; *Sievers*, § 8 Rn. 67; nach *HWK-Schmalenberg*, § 8 TzBfG Rn. 45, findet insoweit § 313 BGB (Veränderung der Geschäftsgrundlage) Anwendung; a. A. *Grobys*, DB 2001, 758, 761, der allerdings den Dienstwagen trotz Privatnutzungsmöglichkeit als bloßes Sachmittel des Arbeitgebers einordnet.

84 Zutreffend *Laux/Schlachter-Laux*, § 8 Rn. 313.

85 *HWK-Schmalenberg*, § 8 TzBfG Rn. 45.

86 *HWK-Schmalenberg*, § 8 TzBfG Rn. 45; vgl. auch das Berechnungsbeispiel bei *Nägele*, S. 317, wonach sich der Arbeitnehmer den vollen Vorteil des Fahrzeugs im Rahmen der Arbeitszeitverringerung anrechnen lassen muss.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

lang erhaltenen geldwerten Vorteils in Betracht.⁸⁷ Hiernach würde der Teilzeitarbeitnehmer im Gegenzug für die Herausgabe des Dienstwagens den ihm bislang zugeflossenen geldwerten Vorteil im anteiligen Verhältnis zwischen dem Umfang der alten und der reduzierten Arbeitsleistung als zusätzliche Bruttovergütung erhalten.⁸⁸ Erzielen die Arbeitsvertragsparteien über diesen Punkt keine Einigung, ist eine **anteilige Beteiligung** des Arbeitnehmers an den laufenden Kosten des Dienstwagens **vorzugswürdig**. Denn derjenige Arbeitnehmer, dem ein Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung steht, wird im Zweifel kein eigenes Fahrzeug besitzen. Der Mitarbeiter wird also tendenziell eher bereit sein, einen Kostenanteil aus seinem Einkommen zu leisten, als den Dienstwagen herauszugeben.

- 17 Als **vertragliche Regelung** einer späteren Arbeitszeitverringerung kommt ein Widerrufsvorbehalt in Betracht. Knüpft dieser allerdings pauschal an die Geltendmachung der Teilzeit an, so stellt dies mit Blick auf das Diskriminierungsverbot des § 4 TzBfG eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB dar. Dem wiederum kann durch eine Ausklammerung geringfügiger Arbeitszeitreduzierungen Rechnung getragen werden. Darüber hinaus ist angesichts der Vorgaben der Rechtsprechung zum Widerrufsvorbehalt⁸⁹ im Blick zu behalten, dass infolge der Herausgabepflicht des Dienstwagens der Wert seiner Privatnutzung 25 % oder mehr der infolge der Teilzeit bereits verringerten Vergütung betragen kann.⁹⁰ Dies wiederum lässt sich dadurch ausgleichen, dass sich der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer in der Widerrufsklausel zur **Erstattung des anteilig gekürzten geldwerten Vorteils** verpflichtet.⁹¹

18 Formulierungsbeispiel:⁹²

„Bei einer Verringerung der Arbeitszeit um mehr als 25 % behält sich der Arbeitgeber das Recht zum Widerruf der Privatnutzung des Dienstwagens vor. Das Fahrzeug ist in diesem Fall nebst Schlüssel, Fahrzeugpapieren, Tankkarten und weiterem Zubehör am Sitz des Arbeitgebers herauszugeben. Der Arbeitgeber zahlt einen Ausgleich in Höhe des geldwerten Vorteils. Die Ausgleichszahlung wird linear um den Teil gekürzt, um den sich die Arbeitsvergütung infolge der Arbeitszeitverringerung kürzt.“

87 *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577, 580; *Sievers*, § 8 Rn. 68.

88 *Kelber/Zeißig*, NZA 2001, 577, 580; vgl. *Laux/Schlachter-Laux*, § 8 TzBfG Rn. 313 (für beide Lösungsansätze).

89 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833; vgl. auch die Ausführungen zum Widerrufsvorbehalt unter Rn. 21.

90 Vgl. das Beispiel bei *Nägele*, S. 316.

91 So auch *Nägele*, S. 316.

92 Vgl. *Nägele*, S. 317.

f) Urlaub

Nach § 1 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Der Arbeitnehmer behält nach § 1 BUrlG seinen sich aus § 611a Abs. 2 BGB ergebenden vertraglichen Vergütungsanspruch.⁹³ Dessen Höhe richtet sich allerdings nach § 11 BUrlG, der Sonderregelungen hinsichtlich der Bemessung und Fälligkeit enthält. Hiernach ist das **Urlaubsentgelt** für die im Urlaub ausfallende Arbeitszeit grundsätzlich nach dem in den letzten 13 Wochen vor Urlaubsantritt gezahltem durchschnittlichen Arbeitsverdienst zu bemessen.⁹⁴ Will der Arbeitgeber das Fahrzeug während der Urlaubsabwesenheit des Arbeitnehmers anderweitig, beispielsweise für eine Ersatzkraft, nutzen, kann er von der Regelung **des § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG** Gebrauch machen. Danach sind zum Arbeitsentgelt gehörende **Sachbezüge**, die während des Urlaubs nicht weitergewährt werden, für die Dauer des Urlaubs angemessen **in bar abzugelten**. Der Arbeitgeber belässt dem Mitarbeiter also entweder während des Urlaubs das Fahrzeug oder er verlangt das Fahrzeug während des Urlaubszeitraums heraus und zahlt dem Mitarbeiter nach § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG eine angemessene Abgeltung.⁹⁵ Ein **entschädigungsloser Entzug** des Dienstwagens während des Urlaubs ist **nicht möglich**, da nach § 13 Abs. 1 BUrlG von den Vorschriften des BUrlG grundsätzlich nicht abgewichen werden kann.⁹⁶ Zur **Höhe des angemessenen Entgelts** wird in der Literatur vereinzelt vorgeschlagen, den wirklichen Wert zu ermitteln und zugrunde zu legen.⁹⁷ Allerdings dürfte dies bei einem Dienstwagen mit Privatnutzungsmöglichkeit zum einen nicht dem praktischen Bedürfnis nach einer schlüssigen Handhabung der Fälle des § 11 Abs. 1 Satz 4 BUrlG entsprechen. Zum anderen geht es nach dem Gesetz (nur) um eine angemessene Abgeltung, was wiederum eine gewisse **Pauschalierung** ausdrücklich zulässt. Diese angemessene Abgeltung des auch zur Privatnutzung überlassenen Dienstwagens kann wiederum durch eine angemessene Bewertung der Privatnutzung erfolgen. Insoweit kann die Höhe des angemessenen Entgelts auf der Grundlage der **steuerlichen Bewertung** der privaten Nutzungsmöglichkeit⁹⁸ mit monatlich einem Prozent des Listenpreises des Kraftfahrzeuges im Zeitpunkt der Erstzulassung ermittelt werden.⁹⁹

93 BAG 9.11.1999, 9 AZR 771/98, BB 2000, 1737.

94 BAG 9.11.1999, 9 AZR 771/98, BB 2000, 1737.

95 *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 117; *Nägele*, NZA 1997, 1196, 1200.

96 Vgl. aber *ErfK-Gallner*, § 13 BUrlG Rn. 4 ff., zur Möglichkeit der Vereinbarung günstigerer Regelungen durch die Tarifvertragsparteien.

97 NFK-Neumann, § 11 BUrlG, Rn. 41.

98 Vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG sowie die Ausführungen unter Rn. 40 ff.

99 Vgl. BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624 sowie BAG 27.5.1999, 8 AZR 415/98, BB 1999, 1660 (jeweils zum Schadensersatz wegen unterbliebener Überlassung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung); *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 117; *Nägele*, S. 330; *Mauer*, S. 38.

g) Freigestellte Betriebsratsmitglieder

- 20 Betriebsratsmitgliedern steht während ihrer Freistellung nach § 37 Abs. 2 BetrVG oder Arbeitsbefreiung nach § 38 Abs. 1 BetrVG nach dem **Lohnausfallprinzip** dasjenige Arbeitsentgelt zu, das sie nach § 611a Abs. 2 BGB ohne Freistellung verdient hätten.¹⁰⁰ Hat ein Arbeitnehmer also einen Dienstwagen auch zur privaten Nutzung erhalten und wird er in den Betriebsrat gewählt, hat er auch weiterhin – unabhängig von einer etwaigen Freistellung oder Arbeitsbefreiung – einen Anspruch auf weitere Zurverfügungstellung des Fahrzeugs zur privaten Nutzung.¹⁰¹ Ein **vertraglicher Ausschluss der Überlassung** eines auch privat genutzten Dienstwagens im Fall einer Freistellung von der Arbeit nach § 37 Abs. 2 BetrVG verstößt gegen das Gesetz (§ 37 Abs. 2 i.V.m. § 78 Satz 2 BetrVG) und ist daher nach § 134 BGB **nichtig**.¹⁰² Die weitere Überlassung des Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis während der Freistellung stellt auch keine nach § 78 Satz 2 BetrVG unzulässige Begünstigung dar.¹⁰³ Denn § 37 Abs. 2 BetrVG stellt allein auf die arbeitsvertragliche Vergütung des freigestellten Betriebsratsmitglieds ab, die während der Freistellung nicht gemindert werden darf.¹⁰⁴

h) Widerrufsvorbehalt

- 21 Mit einem Widerrufsvorbehalt kann sich der Arbeitgeber die Möglichkeit des einseitigen Entzugs des Rechts auf Privatnutzung des Dienstwagens vorbehalten. Die Nutzungsvereinbarungen werden in der Praxis regelmäßig als vorformulierte Bedingungen mehreren Arbeitnehmern bei Überlassung des Dienstwagens vom Arbeitgeber gestellt. Es handelt sich daher um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Insoweit ist die Wirksamkeit eines Widerrufsvorbehalts zunächst an den Maßstäben der §§ 305 ff. BGB zu messen (Inhaltskontrolle).¹⁰⁵ Darüber hinaus sind bei Anwendung der Klausel im Einzelfall die Grundsätze von § 315 BGB (Ausübungskontrolle) zu beachten.¹⁰⁶ Im Rahmen der **Inhaltskontrolle** muss der Widerrufsvorbehalt den for-

100 BAG 18.9.1991, 7 AZR 41/90, NZA 1992, 936; Richardi-Thüsing, § 37 Rn. 53.

101 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2005, 111; MASIG-Eckert, 280 Rn. 22; Stoffels, FA 2009, 329, 332.

102 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2005, 111.

103 Zur Frage eines Anspruchs auf Dienstwagengewährung wegen der Mitgliedschaft im Betriebsrat siehe Rn. 31.

104 BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2005, 111.

105 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; eingehend zur Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen siehe Stöhr, ZfA, 2013, 213 ff.

106 BAG 20.4.2011, 5 AZR 191/10, BB 2011, 2364.

mellen Anforderungen von § 308 Nr. 4 BGB gerecht werden.¹⁰⁷ Eine Klausel, die den Arbeitgeber jederzeit und aus jedem Anlass zum Widerruf der Privatnutzung des Dienstwagens berechtigt, ist nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam.¹⁰⁸ Es muss die Richtung angegeben werden, aus der der Widerruf möglich sein soll.¹⁰⁹ Wirtschaftliche Gründe, die Leistung und das Verhalten des Arbeitnehmers kommen zwar als Anknüpfungspunkte in Betracht.¹¹⁰ Der erforderliche Konkretisierungsgrad der Widerrufsklausel ist insoweit jedoch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch ungeklärt.¹¹¹ Bis zur Klärung durch das BAG besteht daher Rechtsunsicherheit.¹¹² Außerdem muss der Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens **weniger als 25 % des regelmäßigen Verdienstes** betreffen.¹¹³ Anderenfalls wird durch den Wegfall der privaten Nutzungsmöglichkeit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis grundlegend gestört.¹¹⁴ Ohne **Angabe typisierender Sachgründe** für den Widerruf ist eine Widerrufsklausel insgesamt unwirksam, auch wenn die Privatnutzung weniger als 25 % des Verdienstes ausmacht.¹¹⁵

Neben der Inhaltskontrolle der Klausel steht die **Ausübungskontrolle** im Einzelfall gemäß § 315 BGB.¹¹⁶ Der Widerruf muss daher im Einzelfall billigem Ermessen entsprechen.¹¹⁷ In diesem Zusammenhang ist beim Widerruf der Privatnutzung des Dienstwagens eine **angemessene Auslauf- bzw. Ankündigungsfrist** zu beachten, da sich der Arbeitnehmer regelmäßig um ein Ersatzfahrzeug

107 Ergänzend sind die allgemeinen Wertungen von § 307 BGB heranzuziehen; vgl. BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

108 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 3.

109 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

110 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 12.1.2005, 5 AZR 364/04, BB 2005, 833.

111 Vgl. BAG 24.1.2017, 1 AZR 772/14, ZIP 2017, 1488 („Fall der wirtschaftlichen Notlage“ ist ausreichend); vgl. aber auch BAG 13.4.2010, 9 AZR 113/09, DB 2010, 1943 zum unwirksamen Widerrufsvorbehalt „aus wirtschaftlichen Gründen“; so i. E. auch LAG Niedersachsen 28.3.2018, 13 Sa 305/17, juris zum Widerrufsvorbehalt „aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens“; eingehend zu den neuen Akzenten der Rechtsprechung bei Widerrufsvorbehalten *Stoffels*, NZA 2017, 1217.

112 Die Revision gegen das Urteil des LAG Niedersachsen vom 28.3.2018 (13 Sa 305/17) ist derzeit beim BAG unter dem Aktenzeichen 5 AZR 257/18 anhängig.

113 BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624.

114 BAG 11.10.2006, 5 AZR 721/05, BB 2007, 109; BAG 7.12.2005, 5 AZR 535/04, BB 2006, 829.

115 BAG 13.4.2010, 9 AZR 113/09, DB 2010, 1943.

116 Die Erklärung des Widerrufs ist eine Leistungsbestimmung durch den Arbeitgeber nach § 315 Abs. 1 BGB.

117 BAG 20.4.2011, 5 AZR 191/10, BB 2011, 2364.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

bemühen muss.¹¹⁸ Rechtssicher ist in jedem Fall ein Widerruf zum Ende des Folgemonats.¹¹⁹ Die Widerrufsklausel selbst muss insoweit keine Ankündigungs- bzw. Auslauffrist enthalten.¹²⁰ Ihre ausdrückliche Regelung in der Widerrufs-klausel beugt jedoch Unklarheiten vor (s. Rn. 52).

i) Änderungskündigung zur Beseitigung der Nutzungsvereinbarung

- 23** Haben die Arbeitsvertragsparteien hinsichtlich der Dienstwagenüberlassung keinen Widerrufsvorbehalt vereinbart und kommt auch keine einvernehmliche Änderung des Arbeitsvertrages in Betracht, so kann der Arbeitgeber nur zum Mittel der Änderungskündigung greifen, um eine **Fortsetzung des Arbeitsvertrages ohne die private Nutzungsmöglichkeit** des Dienstwagens zu erreichen.¹²¹ Da aber die Überlassung des Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis Vergütungscharakter besitzt, sind hierfür die hohen Wirksamkeitsanforderungen einer **Änderungskündigung zur Entgeltabsenkung** zu beachten (s. Kap. 21 Rn. 27). Der Arbeitgeber greift nachhaltig in das arbeitsvertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ein, wenn er die vereinbarte Vergütung reduzieren will.¹²² Die Dringlichkeit eines schwerwiegenden Eingriffs in das Leistungsgefüge ist deshalb nur begründet, wenn bei Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebes führen.¹²³ Regelmäßig setzt deshalb eine solche Situation einen **umfassenden Sanierungsplan** voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft.¹²⁴ Vom Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang zu verlangen, dass er die Finanzlage des

118 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; vgl. auch BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569, wo offengelassen wurde, ob eine Frist von einer Woche ausreichend ist.

119 Vgl. BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; siehe auch Preis-Greiner, II D 20 Rn. 15; a. A. Lembke, BB 2007, 1627, 1628, wonach schon „etwa eine Woche“ ausreichend sei; vgl. auch MASIG-Eckert, 280 Rn. 37 („empfehlenswert: 8 bis 10 Tage vorab“).

120 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616.

121 Nägele, S. 31; insbesondere kommt eine Teilkündigung einzelner Vertragsbestandteile nicht in Betracht; vgl. hierzu BAG 23.3.2011, 10 AZR 562/09, BB 2011, 2683 sowie BAG 23.8.1989, NZA 1990, 740; Schaub-Linck, § 123 Rn. 9.

122 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG 12.11.1998, 2 AZR 91/98, BB 1999, 956; BAG 20.8.1998, 2 AZR 84/98, BB 1999, 320.

123 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; siehe auch BAG 16.5.2002, 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147 zur betriebsbedingten Änderungskündigung zum Abbau einer Zulage.

124 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 23.6.2005, 2 AZR 642/04, BB 2006, 159; BAG 12.11.1998, 2 AZR 91/98, BB 1999, 956.

Betriebs, den Anteil der Personalkosten, die Auswirkung der erstrebten Kostensenkungen für den Betrieb und für die Arbeitnehmer darstellt und ferner darlegt, warum andere Maßnahmen nicht in Betracht kommen.¹²⁵ Angesichts dieser hohen Wirksamkeitsanforderungen dürfte eine Änderungskündigung zum Entzug des Dienstwagens **überwiegend ohne Aussicht auf Erfolg** sein.¹²⁶

Verfügen im Unternehmen, insbesondere nach Umstrukturierungen, nur **einzelne Mitarbeitergruppen** über einen Dienstwagen mit Privatnutzungsbefugnis, stellt sich außerdem die Frage, ob der Arbeitgeber diese „Ungleichbehandlung“ durch Einziehung der Dienstwagen der insoweit begünstigten Gruppe im Wege der Änderungskündigung beseitigen darf. Hierfür ließe sich sein berechtigtes Interesse an der **Schaffung einheitlicher Vertragsbedingungen** und damit letztlich die Erhaltung des Betriebsfriedens ins Feld führen. Indes vermag dieses Interesse eine Änderungskündigung zum Entzug des Dienstwagens nicht sozial zu rechtfertigen.¹²⁷ Dem Arbeitgeber, der gegenüber einzelnen Arbeitnehmern einzelvertraglich an eine höhere Vergütung bzw. an eine Dienstwagenüberlassung mit Privatnutzungsbefugnis gebunden ist, ist es verwehrt, unter Berufung auf den **Gleichbehandlungsgrundsatz** diese Leistung dem Lohn der übrigen Arbeitnehmer anzupassen, mit denen er eine solche höhere Lohnvereinbarung nicht getroffen hat. Anderenfalls werde der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz in sein **Gegenteil verkehrt**. Der Gleichbehandlungsgrundsatz dient allein zur Begründung von Rechten, nicht aber zu deren Einschränkung.¹²⁸

5. Verweigerung der Dienstwagenherausgabe an den Arbeitgeber

a) Herausgabe des Dienstwagens bei Kündigung

Das Recht zum Besitz am Dienstwagen endet – wie die Lohnzahlungspflicht oder der Beschäftigungsanspruch – regelmäßig dann, wenn das Arbeitsverhältnis beendet wird. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer dann zur Herausgabe des Dienstwagens verpflichtet. Greift der Arbeitnehmer die Kündigung jedoch mit einer **Kündigungsschutzklage** an, so wird für die Parteien während des Rechtsstreits letztlich unklar sein, ob das Arbeitsverhältnis bereits beendet oder noch nicht beendet worden ist. Es entsteht ein „**Schwebezustand**“,¹²⁹ bei dem sich die

125 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 16.5.2002, 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147.

126 So auch *Abeln/Meier*, AuA 2002, 264, 270 („zweifelhafte Erfolgsaussichten“); *MA-SIG-Eckert*, 280 Rn. 38 („nur in äußerst seltenen Fällen“) sowie *Schrader/Straube*, Rn. 186 („rechtlich kaum zu begründen“).

127 BAG 12.1.2006, 2 AZR 126/05, BB 2006, 1115; BAG 16.5.2002, 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147.

128 BAG 16.5.2002, 2 AZR 292/01, NZA 2003, 147; BAG 20.1.2000, 2 ABR 40/99, BB 2000, 981.

129 LAG Hamm 9.11.2010, 12 Sa 1376/10, BeckRS 2011, 67819.

unterschiedlichen Ansichten über die Wirksamkeit der Kündigung gegenüber stehen. Klarheit schafft erst ein rechtskräftiges Urteil oder ein vorheriger Vergleich. Dieser Schwebezustand ist nach den allgemeinen **Regeln des Weiterbeschäftigungsanspruchs** aufzulösen.¹³⁰ Aufgrund der Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, die durch die ausgesprochene und angegriffene Kündigung begründet wird, besteht zunächst grundsätzlich ein **Herausgabeanspruch** des Arbeitgebers an dem Dienstwagen, ungeachtet der Frage, ob die Kündigung wirksam ist oder nicht. Insoweit ist das Recht zum Besitz nicht anders zu beurteilen als die Vergütungsansprüche oder ein Weiterbeschäftigungsanspruch,¹³¹ die ebenfalls letztlich davon abhängen, ob das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung beendet wurde.¹³² Es besteht somit eine „**Vermutung der Wirksamkeit**“¹³³ einer durch den Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung.¹³⁴

- 26 Etwas anderes kann – wie beim Weiterbeschäftigungsanspruch – nur gelten, wenn die betreffende **Kündigung offensichtlich unwirksam** ist. Dann besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Kläger im Prozess obsiegt und er deswegen seit dem tatsächlichen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis einen Anspruch darauf hatte und künftig haben wird, dass ihm das Fahrzeug weiter zur Verfügung gestellt wird. In diesem Fall kann das Interesse des Arbeitnehmers an der tatsächlichen Nutzung überwiegen.¹³⁵ Offensichtlich unwirksam ist eine Kündigung nur dann, wenn sie ohne nähere Prüfung und Wertung den Makel der Unwirksamkeit auf der Stirn trägt.¹³⁶ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Kündigung unstreitig ohne die erforderliche behördliche Genehmigung, z. B. bei der Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers, erklärt worden ist.¹³⁷ Liegen derartige Unwirksamkeitsgründe vor, gibt es **keinen Spielraum** hinsichtlich der Frage der Wirksamkeit der betreffenden Kündigung. Der Dienstwagen ist dann **nicht herauszugeben**.

130 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815; LAG Hamm 9.11.2010, 12 Sa 1376/10, BeckRS 2011, 67819; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 522; Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 11; *Schmiedl*, BB 2002, 992, 995.

131 Hierzu BAG GS 27.2.1985, GS 1/84, BB 1985, 1978 sowie bereits BAG 10.11.1955, 2 AZR 591/54, BAGE 2, 221.

132 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815.

133 Zutreffend *Schmiedl*, BB 2002, 992, 995.

134 Arbeitnehmer, die den Dienstwagen nach Ablauf der Kündigungsfrist (ggf. als Trotzreaktion) nicht herausgeben, bieten daher Angriffsfläche für eine Abmahnung und Folgekündigung; vgl. den Fall von LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815; siehe auch LAG Hamm 9.11.2010, 12 Sa 1376/10, BeckRS 2011, 67819 sowie *MASIG-Eckert*, 280 Rn. 50.

135 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815; LAG Hamm, 9.11.2010, 12 Sa 1376/10, BeckRS 2011, 67819; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 522.

136 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815.

137 LAG Nürnberg 25.1.2011, 7 Sa 521/10, BeckRS 2011, 71815.

b) Durchsetzung und Sicherung des Herausgabeanspruchs

Verweigert der Arbeitnehmer die Herausgabe des Dienstwagens trotz Bestehens einer Rückgabepflicht, kann der Arbeitgeber **auf Herausgabe klagen**. Neben vertraglichen Ansprüchen kommt insbesondere § 985 BGB in Betracht. Dem Herausgaberecht des Arbeitgebers als Eigentümer kann der Arbeitnehmer grundsätzlich während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) des Dienstwagens entgegenhalten. Das vertragliche Recht zur Privatnutzung des Dienstwagens begründet ein Besitzmittlungsverhältnis i. S. d. § 868 BGB.¹³⁸ Dieses endet mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Somit endet auch das Recht zum Besitz des Dienstwagens gemäß § 986 BGB. Zur Sicherung des Herausgabeanspruchs kommt ein Antrag des Arbeitgebers auf Erlass einer **einstweiligen Verfügung** in Betracht.¹³⁹ Gemäß § 62 Abs. 2 ArbGG i. V. m. §§ 935, 940 ZPO sind an den **Verfügungsgrund strenge Anforderungen** zu stellen. Der Arbeitgeber hat darzulegen und glaubhaft zu machen, dass die Nichtherausgabe zu einer Rechtsverletzung oder wesentlichen Rechtshinderung führt oder aus sonstigen Gründen dringend erforderlich ist.¹⁴⁰ Dies kann beispielsweise bei einer Weiternutzung des Fahrzeugs durch einen **Vertreter des ausgeschiedenen Arbeitnehmers** oder eines **Nachfolgers** denkbar sein.¹⁴¹ Demgegenüber reicht alleine die Behauptung einer wesentlichen Wertminderung des beim Arbeitnehmer abgestellten Dienstwagens für den Verfügungsgrund nicht aus.¹⁴²

6. Vertragswidriger Entzug des Dienstwagens*a) Schadensersatzansprüche infolge unberechtigter Nutzungsentziehung*

Kommt der Arbeitgeber seiner Vertragspflicht, dem Arbeitnehmer die Nutzung des Dienstwagens zu Privat Zwecken weiter zu ermöglichen, nicht nach, wird die **vertraglich geschuldete Leistung wegen Zeitablaufs unmöglich**. In der Folge wird der Arbeitgeber nach § 275 Abs. 1 BGB von der Leistungspflicht befreit. Dies wiederum löst den **Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung** nach

138 Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 14; vgl. auch Schmiedl, BB 2002, 992, 993.

139 Eingehend zur Sicherung des Herausgabeanspruchs des Arbeitgebers am Dienstwagen mittels einstweiliger Verfügung siehe Schmiedl, BB 2002, 992.

140 Vgl. in diesem Zusammenhang auch den taktischen Hinweis auf die Möglichkeit der Kündigung des Haftpflichtversicherungsvertrags zur anschließenden Stilllegung des Fahrzeugs durch die Straßenverkehrsbehörde bei Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 14.

141 MASIG-Eckert, 280 Rn. 50; siehe aber LAG Berlin-Brandenburg 19.2.2007, 10 Sa 2171/06, juris zum Verfügungsgrund bei vorheriger Kündigung des Leasingvertrags durch den Arbeitgeber.

142 LAG Köln 12.6.2007, 9 SaGa 6/07, juris.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

§ 280 Abs. 1, Abs. 3 BGB i.V.m. § 283 Satz 1 BGB aus. Dieser ist auf das positive Interesse gerichtet. Demgemäß ist der Arbeitnehmer in Fällen des vertragswidrigen Entzugs so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Arbeitgeber den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte.¹⁴³ Ein **Mitverschulden** des Arbeitnehmers kann nicht darin gesehen werden, dass er dem (unberechtigten) Rückgabeverlangen seines Arbeitgebers nachgekommen ist.¹⁴⁴ Ein Mitverschulden kann sich jedoch im Einzelfall aus einer unterlassenen Ersatzbeschaffung ergeben.¹⁴⁵ Zur **Berechnung des Schadens** ist eine Nutzungsausfallentschädigung auf der Grundlage der **steuerlichen Bewertung der privaten Nutzungsmöglichkeit** des Dienstwagens nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG mit monatlich 1 % des Listenpreises des Kraftfahrzeugs im Zeitpunkt der Erstzulassung in mittlerweile ständiger Rechtsprechung anerkannt.¹⁴⁶ Diese Abweichung von den beispielsweise im Verkehrsunfallrecht maßgeblichen Tabellen von *Sanden/Danner/Küpperbusch* hat ihren Grund in dem **spezifisch arbeitsvertraglich** zu bestimmenden Gebrauchsvorteil eines Dienstwagens mit Privatnutzungsbefugnis. Der Dienstwagen steht dem Arbeitnehmer nicht uneingeschränkt zur Verfügung. Privat kann er den Wagen nur nutzen, wenn und soweit keine vorrangige dienstliche Nutzung erfolgt.

- 29 Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Arbeitgeber den Dienstwagen grundsätzlich berechtigt, aber **verfrüht**, d.h. unter Missachtung oder Nichteinhaltung einer angemessenen Ankündigungsfrist, herausverlangt hat. Nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Schuldner den durch die Pflichtverletzung herbeigeführten Schaden („hierdurch entstehenden Schaden“) zu ersetzen. Dieser besteht bei der **Nichteinhaltung einer Ankündigungsfrist** als Verfrühungsschaden darin, dass der Arbeitnehmer sich nicht rechtzeitig auf den Nutzungsentzug hat einstellen können.¹⁴⁷ Dies können beispielsweise Mehrkosten für die spätere Buchung eines Mietwagens oder für notwendig werdende Taxifahrten sein.

b) Einstweilige Verfügung des Arbeitnehmers auf Dienstwagenherausgabe

- 30 Ein Antrag des Arbeitnehmers auf Herausgabe des Dienstwagens mittels einer einstweiligen Verfügung ist **häufig ohne Aussicht auf Erfolg**. Solche Anträge scheitern regelmäßig am fehlenden Verfügungsgrund, da es dem Arbeitnehmer

143 BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616.

144 BAG 23.6.1994, 8 AZR 537/92, BB 1994, 2276; *Lohr*, MDR 1999, 1353, 1357; a. A. BKA, S. 296.

145 Vgl. BAG 23.6.1994, 8 AZR 537/92, BB 1994, 2276.

146 So ausdrücklich BAG 21.3.2012, 5 AZR 651/10, NZA 2012, 616; BAG 19.12.2006, 9 AZR 294/06, BB 2007, 1624; BAG 27.5.1999, 8 AZR 415/98, BB 1999, 1660; so auch MASIG-Eckert, 280 Rn. 27; *Pauly*, ArbuR 1999, 467, 471; anders noch BAG 23.6.1994, 8 AZR 537/92, BB 1994, 2276 zur ADAC-Tabelle.

147 BAG 14.12.2010, 9 AZR 631/09, NZA 2011, 569.

zumutbar ist, selbst für Ersatz zu sorgen und die Kosten im Wege des Schadensersatzes durchzusetzen.¹⁴⁸ Etwas anderes kann dann gelten, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Fahrzeug durch **verbotene Eigenmacht** i.S.d. § 858 Abs. 1 BGB entzogen hat. Dann stehen dem Arbeitgeber seinerseits wegen der verbotenen Eigenmacht jedenfalls im einstweiligen Verfügungsverfahren gegenüber dem Besitzeinräumungsrecht des Arbeitnehmers keine Herausgabeansprüche zu, die er mit einem Widerantrag geltend machen könnte.¹⁴⁹

7. Dienstwagen für Betriebsratsmitglieder

Nach § 40 Abs. 1 BetrVG trägt der Arbeitgeber die durch die Tätigkeit des Betriebsrats entstehenden Kosten. Nach § 40 Abs. 2 BetrVG hat er außerdem für Sitzungen, die Sprechstunden und die laufende Geschäftsführung des Betriebsrats in erforderlichem Umfang Räume, sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik sowie Büropersonal zur Verfügung zu stellen. Ein **Anspruch** eines Betriebsratsmitglieds auf **Überlassung eines Dienstwagens** lässt sich hieraus allerdings **nicht herleiten**.¹⁵⁰ War dem Arbeitnehmer der Dienstwagen vor Beginn der Amtsinhaberschaft zur ausschließlich dienstlichen Nutzung überlassen, hat er keinen Anspruch auf weitere Nutzung eines Dienstwagens zum Zweck der Wahrnehmung von Betriebsratstätigkeiten (s. Rn. 20).¹⁵¹ Die Vorenthaltung der Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens durch den Arbeitgeber stellt **keine Benachteiligung** i.S.d. § 78 Satz 2 BetrVG dar, wenn eine entsprechende Nutzungsmöglichkeit auch für einen nicht dem Betriebsrat angehörenden Arbeitnehmer nicht besteht.¹⁵² Im Gegenteil: Würde der Arbeitgeber dem Betriebsratsmitglied wegen der Amtsinhaberschaft einen Dienstwagen mit Privatnutzungsbefugnis überlassen, wäre dies eine nach § 78 Satz 2 BetrVG **unzulässige Begünstigung** des Betriebsratsmitglieds.¹⁵³

148 Vgl. nur LAG Köln 5.11.2002, 2 Ta 330/02, NZA-RR 2003, 300; ArbG Stuttgart 18.5.2010, 16 Ga 50/10, juris; Preis-Greiner, II D 20 Rn. 21; Schaub-Linck, § 68 Rn. 6f.

149 LAG Berlin-Brandenburg 31.3.2008, 13 Ta 519/08, juris.

150 *Stoffels*, FA 2009, 329, 332; vgl. auch MASIG-Eckert, 280 Rn. 23.

151 Ein vor der Amtsinhaberschaft bereits mit Privatnutzungsbefugnis überlassener Dienstwagen ist jedoch nach BAG 23.6.2004, 7 AZR 514/03, BB 2005, 111 weiter zu gewähren; so auch *Joussen*, NZA 2018, 139, 142.

152 BAG 25.2.2009, 7 AZR 954/07, juris.

153 MASIG-Eckert, 280 Rn. 23; *Stoffels*, FA 2009, 329, 332.

8. Berücksichtigung der Privatnutzung bei betrieblicher Altersversorgung

- 32** Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung streiten die Arbeitsvertragsparteien häufig um die Frage, ob der geldwerte Vorteil der Privatnutzung bei der Bestimmung des ruhegehaltstfähigen Einkommens zu berücksichtigen ist. Entscheidend ist der jeweilige **Inhalt der Versorgungsordnung**.¹⁵⁴ Ist die Dienstwagenüberlassung in der Versorgungsordnung als Vergütungsbestandteil nicht ausdrücklich erwähnt, kommt es auf deren **Auslegung** an.¹⁵⁵ Weichenstellend ist hierbei stets die Bestimmung des ruhegehaltstfähigen Einkommens bzw. des maßgeblichen Bruttomonatseinkommens. Liegt der Versorgungsordnung insoweit ein **enges Begriffsverständnis** zugrunde, so spricht dies gegen die Berücksichtigung des Nutzungswerts. Ein enges Verständnis liegt beispielsweise dann vor, wenn für die Berechnung der Ruhestandsbezüge nur „das Zwölfwache des zuletzt bezogenen Bruttomonatsgehalt“ maßgeblich ist.¹⁵⁶ Kommt es demgegenüber nach der Versorgungsordnung für die Berechnung der Betriebsrenten beispielsweise auf das Arbeitsentgelt an, das der Mitarbeiter im Durchschnitt eines Zeitraums von 36 aufeinanderfolgenden Monaten bezogen hat, in denen es am höchsten war, ist davon auszugehen, dass **alle in diesen Referenzzeitraum fallenden Entgeltbestandteile** – mithin auch der mit der erlaubten privaten Nutzung des Dienstwagens erlangte geldwerte Vorteil – zu berücksichtigen sind.¹⁵⁷ Dann liegt der Versorgungsordnung nämlich insoweit ein **weites Begriffsverständnis** zugrunde.

9. Privatnutzung als Einkommensbestandteil einer Sozialplanabfindung

- 33** Bei zum Arbeitsplatzverlust führenden Betriebsstilllegungen oder -einschränkungen beinhalten Sozialpläne häufig einmalige Abfindungszahlungen.¹⁵⁸ Enthält der Sozialplan bei der Abfindungsberechnung keine ausdrückliche Regelung zur etwaigen Berücksichtigung des geldwerten Vorteils der Dienstwagen-

154 BAG 21.1.2014, 3 AZR 362/11, juris; BAG 13.11.2012, 3 AZR 557/10, juris; *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 117; *Lohr*, MDR, 1999, 1353; *ErfK-Preis*, § 611a BGB Rn. 522; *HWK-Thüsing*, § 611a BGB Rn. 239.

155 BAG 21.1.2014, 3 AZR 362/11, juris; BAG 13.11.2012, 3 AZR 557/10, juris; BAG 21.8.2012, 3 AZR 746/00, BB 2002, 735; BAG 14.8.1990, 3 AZR 321/89, BB 1991, 278.

156 Vgl. BAG 21.1.2014, 3 AZR 362/11, juris; BAG 13.11.2012, 3 AZR 557/10, juris; BAG 14.8.1990, 3 AZR 321/89, BB 1991, 343.

157 Vgl. BAG 19.1.2011, 3 AZR 6/09, juris; BAG 21.8.2001, 3 AZR 746/00, BB 2002, 735.

158 *Fitting*, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 141.

nutzung, kommt es auf dessen **Auslegung** an.¹⁵⁹ Ist im Sozialplan der abfindungsrelevante Begriff „Bruttomonatseinkommen“ beispielsweise als „fester regelmäßiger monatlicher Einkommensbestandteil auf Basis der vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit“ definiert, sind die geldwerten Vorteile für die Privatnutzung eines an eine bestimmte Hierarchieebene geknüpften Dienstwagens für das maßgebende Bruttomonatseinkommen **nicht zu berücksichtigen**.¹⁶⁰ Denn es sollen dann nur diejenigen Einkommensbestandteile Berücksichtigung finden, die auf der vereinbarten **regelmäßigen Arbeitszeit** beruhen. Ausschlaggebende Bezugsgröße für die „festen“ Einkommensbestandteile ist daher allein die „vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit“. Die Überlassung des Dienstwagens zur privaten Nutzung erfolgt zwar regelmäßig monatlich und hat einen festen Wert in Höhe der abgerechneten Vorteile. Ist sie aber an eine bestimmte Hierarchieebene geknüpft, fehlt es an einem unmittelbaren Bezug zu der vereinbarten regelmäßigen Arbeitszeit.¹⁶¹

10. Berücksichtigung der Privatnutzung bei Karenzentschädigung

Unterliegt der Arbeitnehmer einem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot, so hat er im vereinbarten Umfang auf Konkurrenzttätigkeiten zu verzichten. Nach § 74 Abs. 2 HGB ist das **Wettbewerbsverbot** nur dann **verbindlich**, wenn für die Dauer des Verbots die Zahlung einer Karenzentschädigung vereinbart ist, die für jedes Jahr des Verbots **mindestens die Hälfte** der zuletzt bezogenen **vertragsgemäßen Leistung** erreicht.¹⁶² Zu den „vertragsgemäßen Leistungen“, nach denen die Karenzentschädigung berechnet wird, gehören Geld- und Sachleistungen, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber für die Arbeitsleistung (im Gegensatz zum Auslagenersatz, § 74b Abs. 3 HGB) erhält.¹⁶³ Da die Überlassung des Dienstwagens zur Privatnutzung einen Sachbezug darstellt, ist die **private Nutzungsmöglichkeit** bei der Berechnung der Karenzentschädigung zu **berücksichtigen**.¹⁶⁴ Von einem **vertraglichen Ausschluss** der Berücksichtigung

159 Siehe zur Auslegung von Sozialplänen insbesondere BAG 13.10.2015, 1 AZR 135/14, juris; BAG 5.5.2015, 1 AZR 826/13, BeckRS 2015, 71662; BAG 15.3.2011, 1 AZR 808/09, AP Nr. 214 zu § 112 BetrVG 1972.

160 BAG 13.10.2015, 1 AZR 135/14, juris.

161 BAG 13.10.2015, 1 AZR 135/14, juris; vgl. auch BAG 13.11.2012, 3 AZR 557/10, juris zur vergleichbaren Konstellation im Zusammenhang mit der Auslegung von Versorgungsordnungen.

162 Eingehend zu Ursachen und Rechtsfolgen der Unverbindlichkeit siehe *Bauer/Diller*, Rn. 155 ff.

163 *Bauer/Diller*, Rn. 376; *Dombrowski/Zettelmeyer*, NZA 1995, 155, 156.

164 BAG 15.1.2014, 10 AZR 243/13, NJW 2014, 2379; BAG 8.11.1994, 9 AZR 4/93, NZA 1995, 631; LAG Hamm 30.3.2000, 16 Sa 1684/99, juris; *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 117; *Schaub-Linck*, § 68 Rn. 9; *Dombrowski/Zettelmeyer*, NZA 1995, 155, 156.

Kap. 30 Dienstwagen – Rechtsfragen der Privatnutzung

der privaten Nutzungsmöglichkeit des Dienstwagens ist angesichts der Regelung des § 74 Abs. 2 HGB **abzuraten**. Bei der Berechnung der **Höhe der Karenzentschädigung** ist für die private Nutzung des Dienstwagens der steuerliche geldwerte Vorteil in Ansatz zu bringen.¹⁶⁵

11. Dienstwagen als Regelungsgegenstand eines Aufhebungsvertrags

- 35 Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses stellt die Rückgabe des Dienstwagens häufig ein eher emotionales Problem dar.¹⁶⁶ Endet das Arbeitsverhältnis einvernehmlich durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages, sind hinsichtlich des Dienstwagens **mehrere Gestaltungsoptionen** denkbar.¹⁶⁷ Häufig wird dem Mitarbeiter das Fahrzeug bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsvertrages zu den bisherigen Bedingungen zunächst weiter überlassen, bevor es entweder zurückgegeben oder an den Mitarbeiter verkauft wird. Einigen sich die Parteien auf die Rückgabe des Fahrzeugs, so sollten sie die **Einzelheiten der Übergabe**, insbesondere Ort und Zeitpunkt, präzise im Aufhebungsvertrag regeln. Dies beugt unnötigen Folgestreitigkeiten vor.

36 **Formulierungsbeispiel:**¹⁶⁸

Der Arbeitnehmer ist berechtigt, den ihm vom Arbeitgeber überlassenen Dienstwagen bis zum Endtermin in dem bisherigen Umfang wie bisher zu nutzen. Er wird den Dienstwagen zum Endtermin nebst sämtlichen Fahrzeugpapieren, Schlüsseln und sonstigem Zubehör (einschließlich Tank- und Servicekarten etc.) in ordnungsgemäßem Zustand am Sitz des Arbeitgebers zurückgeben.“

- 37 Fassen die Parteien den **Verkauf des Dienstwagens** an den ausscheidenden Mitarbeiter ins Auge, so kann ggf. noch ergänzt werden:

- 38 „Dem Arbeitnehmer wird das Recht eingeräumt, den ihm überlassenen Dienstwagen zum Händlerverkaufspreis käuflich zu erwerben. Hierbei wird der Kaufpreis durch ein DAT-Gutachten ermittelt. Die Kosten des Gutachtens und etwa zu entrichtende Steuern trägt der Mitarbeiter. Er hat spätestens zwei Wochen vor dem Ausscheiden unwiderruflich schriftlich zu erklären, ob er eine Übernahme des Dienstwagens wünscht. Der Arbeitgeber ist berechtigt, den Kaufpreis des Dienstwagens mit der Abfindung zu verrechnen.“

165 BAG 15.1.2014, 10 AZR 243/13, NJW 2014, 2379; LAG Hamm 30.3.2000, 16 Sa 1684/99, juris; OLG München 28.7.2010, 7 U 2417/10, GmbHR 2010, 1031; *Bauer/Diller*, Rn. 390.

166 BKA, S. 292; vgl. auch *Schmiedl*, BB 2002, 992, sowie *Becker-Schaffner*, DB 1993, 2078.

167 Hierzu ausführlich mit entsprechenden Formulierungsvorschlägen für die Praxis BKA, S. 297 f.

168 Vgl. *Lunk-Fandel/Kliemt*, § 1c Rn. 466.

12. Pfändbares Arbeitseinkommen bei Privatnutzung eines Dienstwagens

Der geldwerte Vorteil der privaten Nutzung eines Dienstwagens ist auch bei der Berechnung des **pfändbaren Arbeitseinkommens** zu berücksichtigen.¹⁶⁹ Nach § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO darf der Wert der vereinbarten Sachbezüge oder die Anrechnung der überlassenen Waren auf das Arbeitsentgelt die Höhe des pfändbaren Teils des Arbeitsentgelts nicht übersteigen. Zusätzlich zum Arbeitsentgelt gewährte Sachbezüge werden von der Regelung nach der Gesetzesbegründung zwar nicht erfasst.¹⁷⁰ Das bedeutet nach dem im Wortlaut des § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO ausgedrückten Zweck der Vorschrift jedoch nicht, dass die **Pfändungsgrenzen** des § 850c Abs. 1 ZPO nicht zu berücksichtigen sind.¹⁷¹ Dem Arbeitnehmer muss der unpfändbare Teil seines Arbeitsentgelts verbleiben. Der Arbeitnehmer soll nicht in eine Lage geraten, in der er Gegenstände, die er als „Naturallohn“ erhalten hat, erst verkaufen muss, bevor ihm Geld zur Verfügung steht.¹⁷² Sind die in Geld geleistete Nettovergütung und der Sachbezug aus der Überlassung eines Dienstwagens zur privaten Nutzung in ihrer Summe daher nach § 850c Abs. 1, § 850e Nr. 3 ZPO unpfändbar, verstößt eine vereinbarte Anrechnung des Sachbezugs auf das Arbeitseinkommen gegen das Verbotsgesetz des § 107 Abs. 2 Satz 5 GewO.¹⁷³ Eine entsprechende Verrechnungsregel bzw. Anrechnungsklausel ist dann nach § 134 1. Alt. BGB nichtig. Dies wiederum hat zur Folge, dass der monatliche Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nicht durch Annahme an Erfüllung statt nach § 364 Abs. 1 BGB untergeht.¹⁷⁴

13. Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Privatnutzung

Mitbestimmungspflichtig nach § 87 BetrVG sind nur **kollektive Tatbestände**.⁴⁰ Ein solcher ist immer dann gegeben, wenn sich eine Regelungsfrage stellt, die über eine ausschließlich einzelfallbezogene Rechtsausübung hinausgeht und

169 Vgl. schon LAG Hamm 10.4.1991, 2 (16) Sa 619/90, LAGE § 850e ZPO Nr. 2; *Stoffels*, FA 2009, 329, 333.

170 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861 unter Hinweis auf BT-Drs. 14/8796, S. 25.

171 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861; *Reifelsberger/Kopp*, NZA 2013, 641, 645.

172 Vgl. BT-Drs. 14/8796 S. 25; siehe auch *Reifelsberger/Kopp*, NZA 2013, 641 zu weiteren Fallkonstellationen.

173 Küttner-Griese, Dienstwagen, Rn. 4.

174 BAG 24.3.2009, 9 AZR 733/07, NZA 2009, 861; vgl. auch *Stoffels*, FA 2009, 329, 333.

kollektive Interessen der Arbeitnehmer des Betriebs berührt.¹⁷⁵ Die Mitbestimmung des Betriebsrats kommt daher nicht in Betracht, wenn ein Arbeitgeber lediglich einem Mitarbeiter einen Dienstwagen aufgrund einer **Einzelfallentscheidung** zur Verfügung stellt.¹⁷⁶ Liegt allerdings ein kollektiver Bezug vor, so ist die Frage nach dem jeweiligen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aufgeworfen.

a) § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

- 41 Nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Hierbei geht es um Maßnahmen, die das sogenannte **Ordnungsverhalten der Mitarbeiter** im Betrieb betreffen. Hierzu zählen sowohl verbindliche Verhaltensregeln als auch Maßnahmen, die das Verhalten der Mitarbeiter in Bezug auf die betriebliche Ordnung betreffen und berühren, ohne Normen für das Arbeitsverhalten zum Inhalt zu haben.¹⁷⁷ Hiervon ausgehend unterfällt die Dienstwagenüberlassung als solche nicht dem Mitbestimmungstatbestand von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Allerdings kann sich die Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG aus anderen Regelungen ergeben, die häufig im Zusammenhang mit der Dienstwagenüberlassung aufgestellt werden. So kann die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG beispielsweise bei der **Festlegung der Nutzungsbedingungen** der vom Arbeitgeber ggf. zur Verfügung gestellten **Parkflächen** relevant werden.¹⁷⁸ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber einseitig ausgewählten Mitarbeitergruppen bestimmte Parkflächen zuweist.¹⁷⁹ Weitere Anknüpfungspunkte für eine sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ergebende Mitbestimmung bilden in der Praxis häufig die **Anordnung zur Fahrtenbuchführung, Rauch- und Alkoholverbote** bei Nutzung des Fahrzeugs sowie die Beachtung von **Sicherheitsvorschriften**.¹⁸⁰ Demgegenüber ist § 87 Abs. 1 Nr. 1

175 BAG 24.4.2014, 1 ABR 47/06, NZA 2007, 818; BAG 22.10.1991, 1 ABR 28/91, BB 1992, 275; eingehend zur Notwendigkeit eines kollektiven Tatbestands als Voraussetzung der Mitbestimmung Richardi-Richardi, § 87 Rn. 15 ff.

176 So auch Laws, FA 2015, 234, 238; Moll/Roebers, DB 2010, 2672; Oelkers, NJW-Spezial, 2009, 514.

177 BAG 15.4.2014, 1 ABR 85/12, AP NR. 45 zu § 87 BetrVG (Ordnung des Betriebs); BAG 7.2.2012, 1 ABR 63/10, NZA 2012, 685.

178 BAG 7.2.2012, 1 ABR 63/10, NZA 2012, 685.

179 BAG 7.2.2012, 1 ABR 63/10, NZA 2012, 685; a. A. Nägele, S. 46 unter Hinweis auf LAG Düsseldorf 20.6.1978, 5 TaBV 90/77, DB 1979, 115.

180 Nägele, S. 47; Oelkers, NJW-Spezial 2009, 514; Yakhloufi/Klingenberg, BB 2013, 2102, 2006.

BetrVG nicht anwendbar, soweit es um Fabrikat, Kategorie, Motorisierung oder Nutzungsdauer des Dienstwagens geht.¹⁸¹

b) § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, bei der **Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen** mitzubestimmen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Zur Überwachung „bestimmt“ sind technische Einrichtungen dann, wenn sie **objektiv geeignet** sind, Verhaltens- oder Leistungsinformationen der Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen; auf die subjektive Überwachungsabsicht des Arbeitgebers kommt es nicht an.¹⁸² Insoweit kann der **Dienstwagen als solcher nicht als technische Einrichtung** angesehen werden. Zwar erfolgt über den Kilometerzähler des Fahrzeugs auf technische Art und Weise eine Ermittlung und Dokumentation der Fahrleistung, die auch für eine gewisse Dauer verfügbar bleibt und vom Arbeitgeber herangezogen werden könnte. Rückschlüsse auf das Verhalten oder die Arbeitsleistung des Mitarbeiters werden hierdurch jedoch nicht ermöglicht.¹⁸³ Es wird lediglich der Nutzungsumfang des Fahrzeugs festgehalten.¹⁸⁴ Denkbar ist allerdings, dass sich die Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG als Folge der Ausstattung des Dienstwagens mit einem **Navigationsgerät** ergibt.¹⁸⁵ Letztlich können aus den Daten des Navigationsgeräts jedoch **keinerlei Verhaltens- oder Leistungsinformationen** über den Arbeitnehmer gewonnen werden. Eine Überwachung durch ein Navigationsgerät kommt nicht in Betracht, da lediglich (eventuelle) Zielorte eingegeben werden. Diese Zielorte wiederum lassen schon deshalb keinen Rückschluss auf Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers zu, weil nicht erkennbar ist, ob der Zielort jemals angesteuert wurde.¹⁸⁶ Auch eine Ortung des Dienstwagens ist alleine über das Navigationsgerät nicht möglich. Ein etwa im Dienstwagen eingebautes Navigationsgerät kontrolliert daher weder das Verhalten noch die Leistung des Arbeitnehmers.¹⁸⁷

181 *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 119; *Moll/Roebers*, DB 2010, 2672.

182 BAG 10.12.2013, 1 ABR 43/12, DB 2014, 1025.

183 So auch *Nägele*, S. 48.

184 Vgl. aber BAG 12.1.1988, 1 AZR 352/86, DB 1979, 2428, zum Mitbestimmungsrecht beim Einsatz eines Fahrtenschreibers; siehe auch BAG 10.12.2013, 1 ABR 43/12, DB 2014, 1025, zur Frage der Mitbestimmung beim Einsatz eines Routenplaners („Google Maps“) zu Abrechnungszwecken.

185 DKKW-Däubler, § 87 Rn. 197; hierzu auch *Stoffels*, FA 2009, 329, 332.

186 Zutreffend *Moll/Roebers*, DB 2010, 2672, 2673.

187 So auch GK-BetrVG-Wiese, § 87 Rn. 552; *Moll/Roebers*, DB 2010, 2672, 2673; a. A. DKKW-Däubler, § 87 Rn. 197 sowie *Nägele*, S. 199.

c) § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

- 43 Nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in Fragen der **betrieblichen Lohngestaltung**, insbesondere bei der Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen und der Einführung und Anwendung von neuen Entlohnungsmethoden sowie deren Änderung mitzubestimmen.¹⁸⁸ Das Mitbestimmungsrecht erfasst alle geldwerten Leistungen, bei denen die Bemessung nach bestimmten Grundsätzen oder nach einem System erfolgt.¹⁸⁹ Das LAG Hamm ist hierzu der Ansicht, dass auch die **Ausgestaltung** einer vom Arbeitgeber mitbestimmungsfrei eingeräumten **Möglichkeit zur Privatnutzung** von Firmenfahrzeugen dem **Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG** unterliege.¹⁹⁰ Anderer Ansicht waren das LAG Hessen und das LAG München, wonach die Privatnutzung nur ein mitbestimmungsrechtlich irrelevanter Reflex des vorrangig dienstlichen Fahrzeuggebrauchs sei.¹⁹¹ Angesichts der divergierenden Entscheidungen hatte das LAG Hamm die Rechtsbeschwerde zum BAG zugelassen. Dort wurde das Verfahren (1 ABR 17/14) am 20.4.2016 aufgrund anderweitiger Erledigung eingestellt. Insofern besteht für die Praxis zwar nach wie vor eine gewisse **Rechtsunsicherheit**. Die Ansicht des LAG Hamm ist jedoch zutreffend und sollte von der Praxis zugrunde gelegt werden. Hierfür lässt sich insbesondere der Zweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG anführen. Die von § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG geforderte angemessene und transparente Gestaltung des betrieblichen Lohngefüges macht es erforderlich, die **Verteilungsgrundsätze** der Nutzungsgewährung der **Mitbestimmung** zu unterwerfen.¹⁹² Die Arbeitgeberentscheidung über die **Dienstwagengewährung als solche** ist indes **mitbestimmungsfrei**.¹⁹³

III. Steuerrechtliche Aspekte der Privatnutzung

- 44 Zu den nach § 2 EStG der Einkommenssteuer unterliegenden Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit gehören nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG Gehälter, Löhne, Gratifikationen, Tantiemen und andere Bezüge und Vorteile für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst. Allein die arbeitsvertragli-

188 Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BAG zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG siehe *Roloff*, RdA 2014, 228.

189 BAG 30.10.2012, 1 ABR 61/11, NZA 2013, 522.

190 LAG Hamm 7.2.2014, 13 TaBV 86/13, NZA-RR 2014, 425.

191 LAG München 20.2.1981, 4 (6) TaBV 33/80, BeckRS 2014, 70517; LAG Hessen 24.5.1983, 5 TaBV 20/83, BeckRS 204, 70516.

192 So auch *Küttner-Griese*, Dienstwagen, Rn. 15; *Keilich*, AuA 2009, 264; *Schaub-Koch*, § 235 Rn. 95; *Moll/Roebers*, DB 2010, 2672, 2673; *Oelkers*, NJW-Spezial 2009, 514; *Stoffels*, FA 2009, 329, 332; *GK-BetrVG-Wiese*, § 87 Rn. 823; *Yakhloufi/Klingenberg*, BB 2013, 2102, 2006.

193 So auch *Abeln/Steinkühler*, AuA 2002, 116, 119; *Laws*, FA 2015, 234, 239.

che Zusage, einen Dienstwagen auch privat nutzen zu dürfen, vermag den Zufluss von Arbeitslohn nicht zu begründen.¹⁹⁴ Zugeflossen ist eine Einnahme lohnsteuerrechtlich vielmehr erst dann, wenn der Empfänger die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die in Geld oder Geldeswert bestehenden Güter erlangt hat.¹⁹⁵ Somit führt erst die **tatsächliche Überlassung eines Dienstwagens** durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer mit der Befugnis zur Privatnutzung zu einer Bereicherung des Arbeitnehmers und damit dem Grunde nach zu einem entsprechenden Lohnzufluss im Sinne dieser Regelung.¹⁹⁶ Der lohnsteuerrechtliche Vorteil entsteht dann allerdings unabhängig davon, ob und in welchem Umfang der Arbeitnehmer den Dienstwagen tatsächlich privat nutzt.¹⁹⁷ Zahlt der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber für die private Nutzung des Dienstwagens wiederum ein Nutzungsentgelt, mindert dies den Wert des geldwerten Vorteils aus der Nutzungsüberlassung.¹⁹⁸ Übersteigen die Eigenleistungen des Arbeitnehmers den privaten Nutzungsvorteil für die außerdienstliche Nutzung des Dienstwagens, so führt der übersteigende Betrag allerdings weder zu negativem Arbeitslohn noch zu Werbungskosten.¹⁹⁹

Nach § 8 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ist der Vorteil aus der privaten Nutzungsüberlassung eines betrieblichen PKW der Höhe nach mit der 1 %-Regelung zu bewerten, sofern nicht das Verhältnis der privaten Fahrten zu den übrigen Fahrten durch ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch nachgewiesen wird. Somit stehen nach dem Gesetz **zwei Methoden zur steuerrechtlichen Bewertung** der Vorteilsermittlung zur Verfügung, zwischen denen die Wahl besteht: Die Nutzungspauschale (1 %-Regelung) und der Einzelnachweis (Fahrtenbuchregelung).²⁰⁰ Die jeweilige Methode der Vorteilsermittlung kann nicht beliebig gewechselt werden. Eine Änderung kommt nur zum Jahresende oder bei einem Wechsel des Dienstwagens in Betracht.²⁰¹

45

194 BFH 21.3.2013, VI R 31/10, DB 2013, 1528; BFH 23.6.2005, VI R 124/99, BB 2005, 1774.

195 BFH 4.5.2006, VI R 19/03, BB 2006, 1542.

196 BFH 3.9.2015, VI R 27/14, NJW 2015, 3743.

197 BFH 21.3.2013, VI R 31/10, DB 2013, 1528; zur steuerrechtlichen Behandlung von Zuschüssen des Arbeitgebers zum Dienstwagen (car allowance) siehe Haase, NZA 2002, 1199; zu lohnsteuerrechtlichen Folgen der Überlassung von Elektro- oder Hybridelektrofahrzeugen siehe Schiefer/Buse, DB 2017, 2103 ff. sowie Zange/Behrendt, AuA 2016, 556, 557.

198 BFH 30.11.2016, VI R 49/14, DB 2017, 345.

199 BFH 15.1.2018, VI B 77/17, juris.

200 Haase, NZA 2002, 1199.

201 BFH 20.3.2014, VI R 35/12, DB 2014, 1465; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 21; Haase, NZA 2002, 1199, 1200.

1. Nutzungspauschale (1 %-Regelung)

- 46 Bei der Nutzungspauschale wird als monatlicher Nutzungsvorteil für die reinen Privatfahrten 1 % des auf volle 100 Euro abgerundeten **Bruttolistenpreises** des Dienstwagens angesetzt. Dieser Wert erhöht sich gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 EStG für jeden Kalendermonat um 0,03 % des genannten Listenpreises für jeden Kilometer der Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte (**Zuschlag**), wenn das Fahrzeug für solche Fahrten genutzt werden kann.²⁰² Beispielsweise ergibt sich, ausgehend von einem Bruttolistenpreis eines Dienstwagens von 35.628,00 € und einem Arbeitsweg von 24 Kilometern, eine monatliche Nutzungspauschale von 356,00 €, zuzüglich der Fahrten zum Arbeitsplatz ($356 \times 0,03 \times 24 = 256,32$ €), insgesamt also 612,32 €. ²⁰³ Dieser geldwerte Vorteil der Dienstwagenüberlassung ist dem Bruttogehalt für die Ermittlung des steuerpflichtigen Lohns hinzuzurechnen.
- 47 Maßgeblich für die Ermittlung des Bruttolistenpreises ist der **Zeitpunkt der Erstzulassung** zuzüglich der Kosten für Sonderausstattungen einschließlich der Umsatzsteuer.²⁰⁴ Unter dem inländischen Listenpreis im Zeitpunkt der Erstzulassung i. S. d. § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ist die an diesem Stichtag maßgebliche **Preisempfehlung des Herstellers** zu verstehen, die für den Endverkauf des tatsächlich genutzten Fahrzeugmodells auf dem inländischen Neuwagenmarkt gilt.²⁰⁵ Dieser Listenpreis gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber das Fahrzeug als Leasingfahrzeug lediglich geleast hat oder ihm ein Rabatt beim Kauf des Neuwagens gewährt wurde.²⁰⁶ Auch die **Aufpreise** für werksseitig zusätzlich eingebaute Ausstattungen sind mit den Werten anzusetzen, die sich aus der Preisliste des Herstellers ergeben.²⁰⁷ Sie erhöhen den Listenpreis des Fahrzeugs entsprechend. Die 1 %-Regelung wird von der Rechtsprechung als eine grundsätzlich zwingende, stark typisierende und pauschalierende Bewertungsregelung aufgefasst.²⁰⁸ Deshalb bleiben **individuelle Besonderheiten** hinsichtlich der Art und der Nutzung des Dienstwagens grundsätzlich ebenso **unberücksichtigt** wie nachträgliche Änderungen des Fahrzeugwertes, beispielsweise durch **Einbau**

202 Werden nur Teilstrecken (bspw. bei park&ride) zurückgelegt, so ist nach BFH 4.4.2008, VI R 68/05, DB 2008, 1356, nur die tatsächlich mit dem Dienstwagen zurückgelegte Teilstrecke zugrunde zu legen.

203 Vgl. auch weitere Berechnungsbeispiele bei Hansen, AuA 7/03, 44; Keilich, AuA 2009, 264, 266; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 26.

204 BFH 13.12.2012, VI R 51/11, DB 2013, 494.

205 BFH 16.2.2005, VI R 37/04, BB 2005, 1481; BFH 13.2.2003, X R 23/01, BB 2003, 1096.

206 BFH 13.2.2003, X R 23/01, BB 2003, 1096; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 28; MASIG-Eckert, 280 Rn. 56.

207 Näher zu einzelnen Ausstattungen siehe Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 27, sowie Nägele, S. 250 ff.

208 BFH 7.11.2006, VI R 19/05, BB 2006, 2789.

von Zusatzausstattungen.²⁰⁹ Weiter bleibt im Rahmen der Anwendung der 1 %-Regelung der inländische Listenpreis auch dann Bemessungsgrundlage, wenn der Arbeitgeber das **Fahrzeug gebraucht angeschafft** hatte.²¹⁰ Gleiches gilt auch dann, wenn schon ein Großteil der Anschaffungskosten des Fahrzeugs als Betriebsausgaben (AfA) geltend gemacht worden war.²¹¹ § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG ist grundsätzlich auf jedes betriebliche Fahrzeug einzeln anzuwenden, das auch privat genutzt wird.²¹²

2. Fahrtenbuchmethode

Nach § 8 Abs. 2 Satz 4 EStG kann der Wert nach den Sätzen 2 und 3, nämlich der Wert der privaten Nutzung eines betrieblichen Kfz zu privaten Fahrten, statt mit der 1 %-Regelung auch mit dem auf die private Nutzung und die Nutzung zu Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte entfallenden Teil der „gesamten Kraftfahrzeugaufwendungen“ angesetzt werden, wenn die durch das Kfz „insgesamt entstehenden Aufwendungen“ durch Belege und das Verhältnis der privaten Fahrten und der Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zu den übrigen Fahrten durch ein **ordnungsgemäßes Fahrtenbuch** nachgewiesen werden (sog. Fahrtenbuchmethode).²¹³ Der Begriff des ordnungsgemäßen Fahrtenbuchs ist **gesetzlich nicht näher bestimmt**. Aus dem Wortlaut und aus dem Sinn und Zweck der Regelung folgt allerdings, dass die dem Nachweis des zu versteuernden Privatanteils (Privatfahrten einschließlich der Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte) an der Gesamtfahrleistung dienenden Aufzeichnungen eine hinreichende Gewähr für ihre Vollständigkeit und Richtigkeit bieten und mit vertretbarem Aufwand auf ihre materielle Richtigkeit hin überprüfbar sein müssen.²¹⁴ Dazu gehört auch, dass das Fahrtenbuch **zeitnah und in geschlossener Form** geführt worden ist.²¹⁵ Das Fahrtenbuch hat die nicht als Arbeitslohn zu erfassende anteilige berufliche Verwendung des Dienstwagens in einer schlüssigen Form

209 BFH 13.12.2012, VI R 51/11, DB 2013, 494; BFH 13.10.2010, VI R 12/09, NJW 2011, 1471; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 27; a. A. Nägele, S. 252, sowie Urban, NJW 2011, 2465, 2467.

210 BFH 13.12.2012, VI R 51/11, DB 2013, 494; BFH 1.3.2001, IV R 27/00, BB 2001, 1133; MASIG-Eckert, 280 Rn. 56.

211 BFH 13.12.2012, VI R 51/11, DB 2013, 494; BFH 24.2.2000, III R 59/98, DB 2000, 1004.

212 BFH 13.6.2013, VI R 17/12, BB 2013, 3105; BFH 9.3.2010, VIII R 24/08, NJW 2010, 2831; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 26; Urban, NJW 2011, 2465, 2567.

213 BFH 3.9.2015, VI R 27/14, NJW 2015, 3743; BFH 18.12.2014, VI R 75/13, BB 2015, 1634 m. w. N.

214 Grundlegend hierzu BFH 9.11.2005, VI R 27/05, NJW 2006, 2143 sowie BFH 16.11.2005, VI R 64/04, NJW 2006, 2063; vgl. Preis-Wagner, II D 20 Rn. 34 zu bestimmten Berufsgruppen, bei denen die Finanzverwaltung Erleichterungen vorsieht.

215 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751.

zu belegen.²¹⁶ Die Aufzeichnungen müssen daher zu den geschäftlichen Reisen **Angaben** enthalten, anhand derer sich die **berufliche** Veranlassung der Fahrten **plausibel nachvollziehen** und gegebenenfalls auch **nachprüfen** lässt.²¹⁷ Hierfür hat das Fahrtenbuch neben dem **Datum** und den **Fahrtzielen** grundsätzlich auch den jeweils aufgesuchten **Kunden** oder **Geschäftspartner** bzw. – wenn ein solcher nicht vorhanden ist – den konkreten **Gegenstand** der dienstlichen Verrichtung (wie etwa den Besuch einer bestimmten behördlichen Einrichtung, einer Filiale oder einer Baustelle) aufzuführen.²¹⁸ Dabei ist **jede einzelne berufliche Verwendung** grundsätzlich für sich und mit dem bei Abschluss der Fahrt erreichten **Gesamtkilometerstand** des Fahrzeugs aufzuzeichnen.²¹⁹ Besteht allerdings eine einheitliche berufliche Reise aus mehreren **Teilabschnitten** (z.B. wenn nacheinander mehrere Kunden an verschiedenen Orten aufgesucht werden), so können diese Abschnitte miteinander zu einer zusammenfassenden Eintragung verbunden werden.²²⁰ Es genügt dann die Aufzeichnung des erst am Ende der gesamten Reise erreichten Kfz-Gesamtkilometerstands, wenn zugleich die einzelnen Kunden oder Geschäftspartner im Fahrtenbuch in der zeitlichen Reihenfolge aufgeführt werden, in der sie aufgesucht worden sind, sofern **nicht zwischenzeitlich eine Nutzungsänderung** durch eine private Fahrzeugverwendung erfolgt ist.²²¹ Die genannten Angaben müssen sich in **hinreichend übersichtlicher und geordneter Form** regelmäßig schon aus dem Fahrtenbuch selbst entnehmen lassen und dadurch eine stichprobenartige Überprüfung ermöglichen.²²²

- 49 Weist das Fahrtenbuch insoweit **kleinere Mängel** auf, kann es trotzdem noch ordnungsgemäß sein, wenn es noch eine hinreichende Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der dort getroffenen Angaben bietet und der Nachweis des zu versteuernden privaten Anteils an der Gesamtfahrleistung des Dienstwagens möglich ist.²²³ Ein Fahrtenbuch gibt erst dann im gebotenen Umfang ohne die Möglichkeit nachträglicher Manipulation hinreichend Aufschluss über die Fahrten, wenn nicht nur die **Anzahl der gefahrenen Kilometer** in Form der zurückgelegten Strecke selbst, sondern auch die **Anfangs- und Endpunkte der**

216 BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977; vgl. auch *Urban*, NJW 2011, 2465, 246 („zeitgerecht und geordnet, vollständig und richtig“) unter Hinweis auf die §§ 145–149, 158 AO.

217 BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 23.

218 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751; BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977.

219 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751; BFH 9.11.2005, VI R 27/05, NJW 2006, 2143.

220 BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977.

221 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751; BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977; Küttner-Thomas, Dienstwagen, Rn. 23.

222 BFH 16.3.2006, VI R 87/04, BB 2006, 977.

223 BFH 1.3.2012, VI R 33/10, NJW 2012, 2751.