

# SCHAUFENSTER STEUERN 08/2020

## Termine

Steuern und Sozialversicherung

## Stiftung & Co. KG

Keine gewerblich geprägte Personengesellschaft

## Lohnsteuer-Außenprüfungen

Mehrergebnis von rund 810 Mio Euro

Sehr geehrte Mandanten,

als Subventionsinstrument ist eine Sonderabschreibung für Mietwohnungsneubau geschaffen worden. Sind die Voraussetzungen gegeben, kann in den ersten vier Jahren eine fünfprozentige Sonderabschreibung zusätzlich zur normalen Abschreibung in Anspruch genommen werden. Im Ergebnis können so innerhalb von vier Jahren 28% der Anschaffungs- oder Herstellungskosten zum Abzug gebracht werden.

Die Anschaffungs- oder Baukosten dürfen maximal bis zu 3.000 Euro pro qm Wohnfläche betragen. Zudem ist die Bemessungsgrundlage für die Sonderabschreibung auf 2.000 Euro pro qm Wohnfläche begrenzt. Dennoch kann sich die Sonderabschreibung lohnen. Dies gilt erst recht, wenn die Immobilie nach Ablauf der Veräußerungsfrist von zehn Jahren wieder steuerfrei verkauft werden soll.

Aber aufgepasst: Auch wenn eine zehnjährige Fremdvermietung Voraussetzung für die Sonderabschreibung ist, ist dieser Zeitraum nicht identisch mit der Veräußerungsfrist. Letztere errechnet sich anhand des Zeitraums zwischen notariellem Kauf- und Verkaufsvertrag. Die zehnjährige Fremdvermietung beginnt hingegen mit Fertigstellung des Objektes und läuft dann noch die darauffolgenden neun Kalenderjahre.

Es kann daher passieren, dass eine steuerfreie Immobilienveräußerung möglich ist, jedoch der Mindestvermietungszeitraum der Sonderabschreibung noch läuft. Eine Veräußerung würde dann zur verzinslichen Rückgängigmachung der Sonderabschreibung führen. Dies sollte man daher im Auge haben.

In diesem Sinne wünschen wir Ihnen eine informative Lektüre.

Ralf Eisenmenger, Gabriele Henke

Hank und Partner mbB / Eisenmenger und Kollegen GmbH  
Hagenbacher Ring 127 , 74523 Schwäbisch Hall  
Telefon: 0791/95031-0 | Telefax: 0791/95031-11  
<http://www.hank-und-partner.de>  
[info@hank-und-partner.de](mailto:info@hank-und-partner.de)

# Inhalt

## Hinweis:

*Die in diesem Mandantenbrief enthaltenen Beiträge sind nach bestem Wissen und Kenntnisstand verfasst worden. Sie dienen nur der allgemeinen Information und ersetzen keine qualifizierte Beratung in konkreten Fällen. Eine Haftung für den Inhalt dieses Informationsschreibens kann daher nicht übernommen werden. Die Informationen in diesem Mandantenbrief wurden sorgfältig ausgewählt und zusammengestellt. Doch beachten Sie bitte, dass dieser Service weder eine Beratung ersetzt, noch einen Beratervertrag darstellt. Bitte haben Sie deshalb Verständnis dafür, dass wir keine Gewährleistung für die Richtigkeit oder Aktualität der hier wiedergegebenen Informationen übernehmen.*

*Bei einem Rechts- oder Steuerproblem vereinbaren Sie deshalb einen Termin in unserer Kanzlei. Nur hier erhalten Sie eine verbindliche Beratung, die auf Ihr persönliches Problem bezogen ist.*

## Alle Steuerzahler

3

- Termine: Steuern und Sozialversicherung
- Stiftung & Co. KG: Keine gewerblich geprägte Personengesellschaft
- Lohnsteuer-Außenprüfungen: Mehrergebnis von rund 810 Mio Euro
- So genannter Kirchensteuerüberhang: FG klärt Reichweite der Hinzurechnung
- Vermögensabgabe: Allenfalls hypothetische Erwägung
- Besteuerung des Veräußerungsgewinns: BMF konkretisiert Ausnahmenvorschrift
- Grundstückskauf: Keine Anwendung des § 6 Absatz 1 Nr. 1a Satz 1 EStG auf Aufwendungen des Steuerpflichtigen vor Anschaffung

## Arbeitnehmer

7

- Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer: Gleiche Arbeitsbedingungen zu gewährleisten
- Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz gilt auch für arbeitnehmerähnliche Personen
- Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz rechtfertigt auch nach langer Betriebszugehörigkeit fristlose Kündigung
- Air Berlin: Kündigungen des Kabinen-Personals wegen fehlerhafter Massenentlassungsanzeige unwirksam
- Betriebsrat: Keine Einsicht in elektronische Personalakte ohne Zustimmung der Arbeitnehmer
- Provisionen können Elterngeld erhöhen

## Impressum

Akademische Arbeitsgemeinschaft Verlagsgesellschaft mbH | Sitz der Gesellschaft: Havellandstraße 6-14, 68309 Mannheim | Geschäftsführer: Christoph Schmidt, Stefan Wahle | Telefon: 0621/ 8 62 62 62, Fax: 0621/8 62 62 63, E-Mail: akademische.info@wolterskluwer.com | Handelsregister beim Amtsgericht Mannheim: 729500 | Umsatzsteuer-ID-Nummer: DE318 945 162

Verantwortlich für den Inhalt (nach § 55 Abs.2 RStV): Dr. Torsten Hahn, Akademische Arbeitsgemeinschaft Verlagsgesellschaft mbH, Havellandstraße 6-14, 68309 Mannheim | Internet: [www.akademische.de](http://www.akademische.de)  
Alternative Streitbeilegung (Online-Streitbeilegung und Verbraucherschlichtungsstelle)

Die Europäische Kommission hat eine Plattform zur Online-Streitbeilegung eingerichtet, die unter folgendem Link abgerufen werden kann: [www.ec.europa.eu/consumers/odr](http://www.ec.europa.eu/consumers/odr). Wolters Kluwer ist nicht bereit und nicht verpflichtet, an Streitbeilegungsverfahren vor einer Verbraucherschlichtungsstelle teilzunehmen.

# Alle Steuerzahler

## Termine: Steuern und Sozialversicherung

10.8.

- Umsatzsteuer
- Lohnsteuer
- Kirchensteuer zur Lohnsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 13.8. für den Eingang der Zahlung.

17.08.2020

- Gewerbesteuer
- Grundsteuer

Die dreitägige Zahlungsschonfrist endet am 20.8. für den Eingang der Zahlung.

Zahlungen per Scheck gelten erst drei Tage nach Eingang des Schecks bei der Finanzbehörde (Gewerbesteuer und Grundsteuer: bei der Gemeinde- oder Stadtkasse) als rechtzeitig geleistet. Um Säumniszuschläge zu vermeiden, muss der Scheck spätestens drei Tage vor dem Fälligkeitstag vorliegen

Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge August 2020

Die Beiträge sind in voraussichtlicher Höhe der Beitragsschuld spätestens am drittletzten Bankarbeitstag eines Monats fällig. Für August ergibt sich demnach als Fälligkeitstermin der 27.8.2020.

## Stiftung & Co. KG: Keine gewerblich geprägte Personengesellschaft

Eine Stiftung & Co. KG ist nicht als gewerblich geprägte Personengesellschaft anzusehen mit der Folge, dass die Kommanditanteile kein begünstigtes Betriebsvermögen im Sinne von § 13a Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (ErbStG) darstellen.

An der Klägerin, einer KG, deren Unternehmensgegenstand die Verwaltung eigenen und fremden Vermögens ist, ist als alleinige persönlich haftende Gesellschafterin eine Stiftung beteiligt. Der bislang einzige Kommanditist starb 2013. Im Wege der Sondererbfolge sind die beiden weiteren Kläger als Kommanditisten eingetreten.

Nachdem die Kläger die erworbenen Anteile beim für die Erbschaftsteuer zuständigen Finanzamt als begünstigtes Betriebsvermögen nach § 13a ErbStG erklärt hatten, forderte dieses beim beklagten Finanzamt die gesonderte Feststellung des Werts des Anteils am Betriebsvermögen nach § 151 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 Bewertungsgesetz (BewG) an. Das Aktivvermögen der KG bestand nach der Erklärung zum Stichtag im Wesentlichen aus Wertpapieren und Bankguthaben. Das beklagte Finanzamt forderte die KG auf, eine Feststellungserklärung für sonstige Vermögensgegenstände und Schulden nach § 151 Absatz 1 Satz 1 Nr. 4 BewG einzureichen, da eine Feststellung von Betriebsvermögen nicht in Betracht komme. Dem kamen die Kläger nicht nach, weil nach ihrer Ansicht eine Stiftung und Co. KG mit einer GmbH & Co. KG gleichzusetzen ist und der Kommanditanteil deshalb Betriebsvermögen darstellt. Dem folgte das Finanzamt nicht und stellte den Wert der Vermögensgegenstände und Schulden nach § 151 Absatz 1 Satz 1 Nr. 4 BewG fest.

Die Klage hatte keinen Erfolg. Das FG Münster hat zunächst ausgeführt, dass der Feststellungsbescheid nicht bereits deshalb rechtswidrig sei, weil das beklagte Finanzamt entgegen der Anforderung des Erbschaftsteuerfinanzamts keine Feststellung nach § 151 Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 BewG, sondern nach Nr. 4 dieser Vorschrift durchführte. Das für die Erbschaftsteuer zuständige Finanzamt habe lediglich darüber zu entscheiden, ob überhaupt eine gesonderte Feststellung zu erfolgen habe. Welche Vermögensart festzustellen sei, entscheide dagegen das Lage-, Betriebsstätten- oder Verwaltungsfinanzamt. Dies entspreche dem Zweck der Vorschrift, wonach die Besteuerungsgrundlagen auf der jeweils sach nächsten Ebene ermittelt und festgestellt werden sollen. Auch in der Sache habe das beklagte Finanzamt die zutreffende Vermögensart festgestellt. Denn das Vermögen der KG stelle kein Betriebsvermögen dar. Unstreitig sei sie nicht originär gewerblich tätig. Eine Stiftung und Co. KG sei auch keine gewerblich geprägte Personengesellschaft im Sinne von § 15 Absatz 3 Nr. 2 EStG. Die hierfür erforderliche Voraussetzung, dass ausschließlich Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter und zur Geschäftsführung befugt seien, sei nicht erfüllt, da eine Stiftung keine Kapitalgesellschaft sei.



Auch eine analoge Anwendung komme nicht in Betracht, da es an der hierfür erforderlichen Regelungslücke fehle. Hintergrund der gewerblichen Prägung sei der Umstand, dass der gewerbliche Charakter der Einkünfte des alleinigen persönlich haftenden Gesellschafters auf die KG durchschlage. Anders als eine Kapitalgesellschaft erziele eine Stiftung jedoch nicht allein kraft Rechtsform gewerbliche Einkünfte (§ 8 Absatz 2 Körperschaftsteuergesetz). Eine Stiftung entspreche auch nicht dem Typus einer Kapitalgesellschaft, da die Mitglieder einer Stiftung nicht an deren Vermögen und Ergebnis partizipierten. Die vom FG zugelassene Revision ist beim Bundesfinanzhof unter dem Aktenzeichen II R 9/20 anhängig. Finanzgericht Münster, Urteil vom 27.02.2020, 3 K 3593/16 F, nicht rechtskräftig

### Lohnsteuer-Außenprüfungen: Mehrergebnis von rund 810 Mio Euro

Nach den statistischen Aufzeichnungen der obersten Finanzbehörden der Länder haben die Lohnsteuer-Außenprüfungen im Kalenderjahr 2019 zu einem Mehrergebnis von 810,2 Millionen Euro geführt. Wie das Bundesfinanzministerium mitteilt, wurden von den insgesamt 2.564.642 Arbeitgebern 89.905 Arbeitgeber abschließend in 2019 geprüft. Es handele sich hierbei sowohl um private Arbeitgeber als auch um öffentliche Verwaltungen und Betriebe. Im Kalenderjahr 2019 seien durchschnittlich 1.963 Prüfer eingesetzt worden. Darüber hinaus hätten sich 41 Lohnsteuerprüfer des Bundeszentralamts für Steuern im Rahmen der Prüfungsmitwirkung an Prüfungen der Landesfinanzbehörden beteiligt, von denen 176 im Jahr 2019 abgeschlossen worden seien. Bundesfinanzministerium, PM vom 27.04.2020

### So genannter Kirchensteuerüberhang: FG klärt Reichweite der Hinzurechnung

Der Ansatz eines Kirchensteuerüberhangs im Sinne des § 10 Absatz 4b Satz 3 Einkommensteuergesetz (EStG) setzt weder eine Kirchensteuerzahlung im Erstattungsyear noch eine steuerliche Auswirkung einer Kirchensteuerzahlung im Zahlungsjahr voraus. Dies hat das Finanzgericht (FG) Düsseldorf entschieden.

Der Kläger leistete in den Jahren 2009 und 2010 Kirchensteuervorauszahlungen für den Veranlagungszeitraum 2009. Diese wurden ihm 2012 aufgrund der Einkommensteuerfestsetzung für das Jahr 2009 erstattet. Die 2009 gezahlte Kirchensteuervorauszahlung wirkte sich im Rahmen des Sonderausgabenabzugs nicht steuermindernd aus. Im Veranlagungszeitraum 2012 zahlte der Kläger keine Kirchensteuer. Bei der Einkommensteuerfestsetzung für das Jahr 2012 erfasste der Beklagte die Kirchensteuer, die dem Kläger für den Veranlagungszeitraum 2009 erstattet worden war, als Kirchensteuer-Erstattungsüberhang. Er erhöhte den Gesamtbetrag der Einkünfte des Klägers entsprechend. Der Kläger wandte dagegen ein, dass kein Überhang vorliege. Da er im Jahr 2012 keine Kirchensteuerzahlungen geleistet habe, sei eine Verrechnung von Erstattungen und Zahlungen nicht möglich. Außerdem setze eine Hinzurechnung eines Erstattungsüberhangs einen vorherigen Abzug der Kirchensteuer als Sonderausgabe voraus. Daran fehle es, soweit der Erstattungsbeitrag auf den in 2009 gezahlten Kirchensteuer-Vorauszahlungen beruhe. Die Klage war erfolglos. Das FG Düsseldorf hat entschieden, dass die Hinzurechnung des Erstattungsüberhangs zu Recht erfolgt sei. Die Annahme eines Erstattungsüberhangs setze keine Zahlung von Kirchensteuer im Erstattungsyear voraus. Der vom Gesetzgeber mit der Neuregelung verfolgte Vereinfachungszweck spreche eindeutig dafür, dass ein Erstattungsüberhang auch in Fällen einer fehlenden Kirchensteuerzahlung im Erstattungsyear vorliege. Der Hinzurechnung stehe auch nicht entgegen, dass sich die Kirchensteuerzahlung im Jahr 2009 steuerlich nicht als Sonderausgabe ausgewirkt habe. Voraussetzung für die Hinzurechnung sei allein das Vorliegen eines Erstattungsüberhangs. Es komme nicht darauf an, ob sich die Aufwendungen im Zahlungsjahr tatsächlich als Sonderausgaben steuermindernd ausgewirkt haben. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis lasse sich mit dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen und ließe sich auch nicht mit dem Vereinfachungszweck der Regelung vereinbaren. Die vom FG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassene Revision wurde eingelegt und läuft beim Bundesfinanzhof unter dem Aktenzeichen X R 1/20. Finanzgericht Düsseldorf, Urteil vom 05.12.2019, 14 K 3341/15, nicht rechtskräftig



## Vermögensabgabe: Allenfalls hypothetische Erwägung

Die Einführung einer einmaligen Vermögensabgabe ist weder Gegenstand des Koalitionsvertrages noch einer anderen Vereinbarung zwischen den Koalitionsparteien. Dies teilt die Bundesregierung in ihrer Antwort (BT-Drs. 19/19410) auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion (BT-Drs. 19/19052) mit, die sich nach der Haltung der Regierung zur Forderung der SPD-Parteiführung nach einer einmaligen Vermögensabgabe zur Bewältigung der finanziellen Belastungen der Corona-Krise erkundigt hatte. Die Frage nach etwaigen Überlegungen stelle vor diesem Hintergrund eine hypothetische Erwägung dar, wozu die Bundesregierung grundsätzlich keine Stellung nehme, heißt es in der Antwort weiter.

Deutscher Bundestag, PM vom 02.06.2020

Steuerstundungsmodelle: Verlustabzugsbeschränkung nicht verfassungswidrig

Die Verlustabzugsbeschränkung bei Steuerstundungsmodellen im Sinne des § 15b Einkommensteuergesetz (EStG) ist – auch bei Definitivwerden der Verluste – nicht verfassungswidrig. Dies stellt das Finanzgericht (FG) Hamburg klar.

Der Kläger hatte sich an einer Gesellschaft beteiligt, die zunächst – entsprechend ihren Prospektangaben – ab 2005 Verluste erwirtschaftete. Entgegen den Prognosen wurden aber auch später ab 2012 keine Gewinne erzielt und die Gesellschaft liquidiert. Die für den Kläger als verrechenbar festgestellten Verluste wurden infolge der Liquidation im Streitjahr definitiv. Der Kläger berief sich zunächst auf die bei Einführung von § 15b EStG geltend gemachten verfassungsrechtlichen Zweifel bezüglich der rückwirkenden Anwendung der Regelung und der mangelnden Bestimmtheit des Begriffs "modellhafte Gestaltung", hielt daran später aber nicht mehr fest und machte nur noch geltend, die Norm sei jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als bei Beendigung der Betätigung der Gesellschaft die verrechenbaren Verluste definitiv würden. In diesen Fällen bedürfe es der Feststellung eines ausgleichsfähigen Verlustes.

Das Verfahren vor dem FG hatte zunächst im Hinblick auf das Revisionsverfahren IV R 2/16 (Bundesfinanzhof, Urteil vom 22.12.2018) geruht. In diesem war ebenfalls die Frage streitig, ob § 15b Absatz 1 EStG teleologisch dahingehend einzuschränken ist, dass das Verlustausgleichsverbot nur laufende Einkünfte, nicht hingegen definitive Veräußerungsverluste aus der Beteiligung an einem Steuerstundungsmodell erfasst. Nachdem der BFH die Klage ohne Klärung in der Sache als unzulässig abgewiesen hatte, hat das FG Hamburg in der Sache entschieden und die Klage abgewiesen. Verfassungsrechtliche Zweifel mit Blick auf die Rückwirkung sowie die mangelnde Bestimmtheit hat das FG unter Berufung auf die bisherige Rechtsprechung und die überwiegende Literaturlauffassung verneint. Aber auch in der Frage Definitivwerdens der Verluste infolge Liquidation der Gesellschaft ist es dem Kläger nicht gefolgt. Einfachgesetzlich habe kein Zweifel bestanden, dass sich der Kläger an einem Steuerstundungsmodell im Sinne von § 15b EStG beteiligt hatte. Mit der Liquidation der Gesellschaft seien die Verluste mangels künftiger Verrechenbarkeit mit null festzustellen gewesen. An der Möglichkeit einer verfassungskonformen einschränkenden Auslegung der Vorschrift in Fällen, in denen die verrechenbaren Verluste endgültig werden, sah sich das Gericht angesichts des eindeutigen Wortlauts gehindert.

Der Gesetzgeber habe auch durchaus erkannt, dass es Fälle geben könne, in denen es zu keinem Totalüberschuss und damit zu einem Totalverlust kommen könne, sodass es auch an einer planwidrigen Lücke fehle. Für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht fehlte dem FG Hamburg die Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm, und zwar auch bei Definitivwerden der Verluste. Eine Verlustbeschränkung sei nicht generell verfassungsrechtlich zu verwerfen. Vielmehr sei die Möglichkeit der Verluststreckung anerkannt. Die Beschränkung der Verlustverrechnung auf Einkünfte aus der nämlichen Beteiligung berühre zwar den Grundsatz der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit. Diese Verschlechterung der Rahmenbedingungen für Steuerstundungsmodelle sei aber aus Gründen der Missbrauchsabwehr und zur Lenkung des Investitionsverhaltens der Steuerpflichtigen gerechtfertigt.

Obwohl die Verlustabzugsbeschränkung in § 15b EStG bereits seit 2005 anzuwenden ist, sei die Frage der Verfassungswidrigkeit bei Definitivwerden der Verluste bislang höchstrichterlich nicht geklärt worden, merkt das FG abschließend an. Hieran werde sich vorerst nichts ändern: Denn die zugelassene Revision sei nicht eingelegt worden.

FG Hamburg, Urteil vom 20.2.2020, 2 K 293/15, rkr





### Besteuerung des Veräußerungsgewinns: BMF konkretisiert Ausnahmenvorschrift

Das Bundesfinanzministerium (BMF) nimmt in einem aktuellen Schreiben zur Anwendung der Ausnahmenvorschrift des § 23 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 2. Alternative Einkommensteuergesetz (EStG) Stellung. Dabei nimmt es das Urteil des Bundesfinanzhofes (BFH) vom 03.09.2019 (IX R 10/19) in Bezug.

Von der Besteuerung des Veräußerungsgewinns nach § 23 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sind danach Wirtschaftsgüter ausgenommen, die im Jahr der Veräußerung und in den beiden vorangegangenen Jahren zu eigenen Wohnzwecken genutzt wurden. Dabei muss die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken über einen zusammenhängenden Zeitraum vorliegen, der sich über drei Kalenderjahre erstreckt. Es genügt hierbei, dass der Steuerpflichtige das Wirtschaftsgut im Jahr der Veräußerung zumindest am 1. Januar, im Vorjahr der Veräußerung durchgehend sowie im zweiten Jahr vor der Veräußerung mindestens am 31. Dezember zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat. Es ist mithin unschädlich, wenn das Wirtschaftsgut im Anschluss an die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken nach den vorgenannten zeitlichen Kriterien im Jahr der Veräußerung vermietet wird. Wird das Wirtschaftsgut hingegen im Vorjahr der Veräußerung kurzfristig zu anderen Zwecken genutzt (zum Beispiel vorübergehende Vermietung) oder kommt es im Vorjahr der Veräußerung zu einem vorübergehenden Leerstand, ist der Veräußerungsgewinn zu versteuern.

Das Schreiben findet laut BMF auf alle offenen Fälle Anwendung. Bundesfinanzministerium, Schreiben vom 17.06.2020, IV C 1 -S 2256/08/10006 :006

### Grundstückskauf: Keine Anwendung des § 6 Absatz 1 Nr. 1a Satz 1 EStG auf Aufwendungen des Steuerpflichtigen vor Anschaffung

Die Regelung des § 6 Absatz 1 Nr. 1a Einkommensteuergesetz (EStG) gilt nach dem Gesetzeswortlaut nur für solche Aufwendungen, die innerhalb von drei Jahren "nach" der Anschaffung vom Steuerpflichtigen getragen werden. Vor der Anschaffung des Grundstücks vom Steuerpflichtigen getätigte Aufwendungen sind nach den allgemeinen handelsrechtlichen Abgrenzungskriterien als Anschaffungs-, Herstellungs- oder Erhaltungsaufwand steuerlich zu berücksichtigen, wie der Bundesfinanzhof (BFH) entschieden hat. Die Frage, ob die Regelung in § 6 Absatz 1 Nr. 1a EStG, nach der zu den Herstellungskosten eines Gebäudes auch Aufwendungen für Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen zählen, die innerhalb von drei Jahren nach der Anschaffung des Gebäudes durchgeführt werden, auch auf Aufwendungen anzuwenden ist, die vor der Anschaffung anfallen, sei wegen des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift nicht klärungsbedürftig, betont der BFH. Deswegen sei die vom Finanzamt wegen Nichtzulassung der Revision gegen eine entsprechende Entscheidung des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz zurückzuweisen. Die Zulassung der Revision sei weder wegen grundsätzlicher Bedeutung noch zur Fortbildung des Rechts geboten. Das Finanzamt habe keine durchgreifenden Gesichtspunkte vorgetragen, die jenseits des klaren Wortlauts für eine Anwendung der Norm auf vor der Anschaffung eines Grundstücks getätigte Aufwendungen sprechen, so der BFH. Insbesondere der auf Literaturstimmen gegründete Einwand, dass auch vor dem Anschaffungszeitpunkt vom Steuerpflichtigen getragene Aufwendungen im Einzelfall zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten gerechnet werden müssten, könne keine Ausweitung des Regelungsbereiches der Norm auf einen nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich fiktiv als Herstellungskosten eines Gebäudes zu behandelnden Anschaffungs-, Herstellungs- oder Erhaltungsaufwand rechtfertigen.

Bundesfinanzhof, Beschluss vom 28.04.2020, IX B 121/19

# Arbeitnehmer

## Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer: Gleiche Arbeitsbedingungen zu gewährleisten

Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am selben Ort: Diese Maxime gilt künftig auch bei der Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer. Der Bundesrat hat am 03.07.2020 dem Gesetzesbeschluss des Bundestages zur Übertragung der geänderten EU-Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie ins deutsche Recht zugestimmt. Dadurch erhalten aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer Anspruch auf Mindestlohn beziehungsweise auf Tariflohn aus allgemeinverbindlichen Tarifverträgen. Ausgenommen sind regionale Tarifverträge.

Außerdem stehen ausländischen Beschäftigten künftig Weihnachts- und Urlaubsgeld sowie Schmutz- und Gefahrenzulagen zu. Bezahlen Arbeitgeber ihren Beschäftigten Zulagen für Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten, dürfen diese laut Gesetzesbeschluss nicht auf den Mindestlohn angerechnet werden. Außerdem stellt der Beschluss sicher, dass für ausländische Beschäftigte nach zwölf Monaten alle in Deutschland vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen gelten. Nur in begründeten Fällen dürfen Arbeitgeber eine Fristverlängerung von sechs Monaten verlangen.

Der Bundestag hat den ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung insbesondere um einen Aspekt ergänzt: Um der Tatsache entgegenzuwirken, dass entsandte Arbeitskräfte häufig schlecht über ihre Rechtslage informiert sind, stärkte er das Beratungs-Projekt "Faire Mobilität" des Deutschen Gewerkschaftsbundes.

Außerdem schafft das Gesetz die Möglichkeit, bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit knapp 1.000 neue Stellen einzurichten, um Kontrollen gegen Lohndumping, aber auch unzureichende Unterkünfte von Arbeitnehmern verstärkt durchzuführen.

Das Gesetz wird nun über die Bundesregierung dem Bundespräsidenten zur Unterzeichnung vorgelegt. Danach kann es im Bundesgesetzblatt verkündet werden. Es soll überwiegend am Tag nach der Verkündung, frühestens jedoch am 30.07.2020 in Kraft treten.

Bundesrat, PM vom 03.07.2020

## Auskunftsanspruch nach dem Entgelttransparenzgesetz gilt auch für arbeitnehmerähnliche Personen

Im Einzelfall können auch arbeitnehmerähnliche Personen einen Anspruch auf Auskunft nach dem Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) haben. Dies hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden.

Nach § 10 Absatz 1 Satz 1 EntgTranspG haben "Beschäftigte" zur Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots im Sinne dieses Gesetzes einen Auskunftsanspruch nach Maßgabe der §§ 11 bis 16. Nach § 5 Absatz 2 EntgeltTranspG sind unter anderem Arbeitnehmer Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes. Das BAG hat dazu jetzt entschieden, dass der Begriff "Arbeitnehmer" in § 5 Absatz 2 Nr. 1 EntgTranspG nicht eng im Sinne des Arbeitnehmerbegriffs des innerstaatlichen Rechts, sondern unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit dem Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 2006/54/EG weit auszulegen sei. Danach könnten im Einzelfall auch arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des innerstaatlichen Rechts Arbeitnehmer im Sinne des § 5 Absatz 2 Nr. 1 EntgeltTranspG sein.

Geklagt hatte eine Redakteurin, die seit 2007 für die Beklagte – eine Fernsehanstalt des öffentlichen Rechts – tätig ist. Zunächst kam sie als Online-Redakteurin auf der Grundlage befristeter Verträge zum Einsatz. Seit Juli 2011 befindet sie sich in einem unbefristeten Vertragsverhältnis, nach dem sie "bis auf weiteres" als freie Mitarbeiterin gemäß einem bei der Beklagten geltenden Tarifvertrag beschäftigt wird und eine Tätigkeit als "Redakteurin mit besonderer Verantwortung" ausübt.

Aufgrund rechtskräftiger Entscheidung des Landesarbeitsgerichts (LAG) steht fest, dass die Klägerin nicht Arbeitnehmerin im Sinne des innerstaatlichen Rechts ist. Mit Schreiben vom 01.08.2018 beehrte sie vom Personalrat Auskunft nach § 10 Absatz 1 EntgTranspG. Dieser antwortete nach Rücksprache mit der Personalabteilung der Beklagten, dass die Klägerin als freie Mitarbeiterin nicht unter das Entgelttransparenzgesetz falle und deshalb keinen Auskunftsanspruch habe.





Das LAG hat die gegen die Beklagte gerichteten Klageanträge auf Erteilung von Auskunft über erstens die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung und zweitens das Vergleichsentgelt abgewiesen. Es hat seine Entscheidung damit begründet, dass die Klägerin nicht Arbeitnehmerin im Sinne des innerstaatlichen Rechts und als arbeitnehmerähnliche Person nicht Beschäftigte im Sinne des § 5 Absatz 2 EntgTranspG sei, weshalb sie keinen Anspruch auf Erteilung der begehrten Auskünfte habe.

Die Revision der Klägerin hatte Erfolg. Die Klägerin könne von der Beklagten nach § 10 Absatz 1 EntgTranspG Auskunft über die Kriterien und Verfahren der Entgeltfindung verlangen, da sie als freie Mitarbeiterin der Beklagten "Arbeitnehmerin" im Sinne des § 5 Absatz 2 Nr. 1 EntgTranspG und damit Beschäftigte im Sinne des § 10 Absatz 1 Satz 1 EntgeltTranspG sei, so das BAG. Der Begriff "Arbeitnehmer" in § 5 Absatz 2 Nr. 1 EntgTranspG sei unionsrechtskonform in Übereinstimmung mit dem Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie 2006/54/EG weit auszulegen, da es andernfalls an einer Umsetzung der Bestimmungen dieser Richtlinie zum Verbot der Diskriminierung beim Entgelt und zur entgeltbezogenen Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer bei gleicher oder als gleichwertig anerkannter Arbeit im deutschen Recht fehlen würde. Eine – zwingend erforderliche – ausreichende Umsetzung sei bislang weder im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz noch ansonsten erfolgt. Erst das Entgelttransparenzgesetz enthalte Bestimmungen, die auf die Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2006/54/EG zur Entgeltgleichheit gerichtet sind, so das BAG.

Ob die Klägerin gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Erteilung von Auskunft über das Vergleichsentgelt hat, konnte das BAG aufgrund der bislang vom LAG getroffenen Feststellungen nicht entscheiden. Insoweit hat es die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.06.2020, 8 AZR 145/19

### **Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz rechtfertigt auch nach langer Betriebszugehörigkeit fristlose Kündigung**

Fasst ein Mitarbeiter erst einer Kollegin und dann sich selbst in den Schritt mit der anschließenden Äußerung, da tue sich etwas, rechtfertigt dies auch nach 16-jähriger beanstandungsfreier Betriebszugehörigkeit die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Dies hat das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln entschieden.

Der Kläger war bei der Beklagten seit 16 Jahren in der Produktion beschäftigt. Im März 2019 wandte sich eine Kollegin an die Personalleiterin mit dem Vorwurf, der Kläger habe sie im November 2018 in der eingangs geschilderten Art und Weise sexuell belästigt. Nach Anhörung des Klägers, der den Vorwurf bestritt, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos.

Aufgrund einer Strafanzeige der Kollegin erging gegen den Kläger ein Strafbefehl wegen sexueller Belästigung nach § 184i Absatz 1 Strafgesetzbuch mit einer Verurteilung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen, der mittlerweile rechtskräftig ist.

Das Arbeitsgericht (ArbG) Siegburg hat die gegen die Kündigung gerichtete Klage nach Vernehmung der Kollegin abgewiesen. Dieses Urteil hat das LAG Köln nun bestätigt und die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen die von dem ArbG vorgenommene Beweiswürdigung nachvollzogen und keine Anhaltspunkte gesehen, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründen könnten. Insbesondere hat es kein widersprüchliches Verhalten der Belastungszeugin in dem Umstand gesehen, dass diese sich erst nach drei Monaten an den Arbeitgeber gewandt hatte.

Angesichts der Schwere der festgestellten Pflichtverletzung hat das LAG eine vorhergehende Abmahnung für nicht erforderlich gehalten, weil der Kläger nicht ernsthaft damit habe rechnen können, dass die Beklagte sein Verhalten tolerieren werde. Aufgrund ihrer Verpflichtung nach § 12 Absatz 3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, ihre Mitarbeiter vor sexuellen Belästigungen wirksam zu schützen, sei der Beklagten der Ausspruch einer Kündigung unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist nicht zuzumuten gewesen.

Die Revision gegen das Urteil wurde nicht zugelassen.

Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 19.06.2020, 4 Sa 644/19



### Air Berlin: Kündigungen des Kabinen-Personals wegen fehlerhafter Massentlassungsanzeige unwirksam

Die Kündigungen des Kabinenpersonals der insolventen Fluggesellschaft Air Berlin vom 27.01.2018 sind wegen fehlerhafter Massentlassungsanzeige gemäß § 17 Absatz 1, Absatz 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) in Verbindung mit § 134 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) unwirksam. Die Arbeitsverhältnisse dieser Arbeitnehmer sind jedoch nicht auf die Luftfahrtgesellschaft Walter mbh (LGW) übergegangen, wie das Bundesarbeitsgericht (BAG) entschieden hat.

Die Klägerin war bei Air Berlin am Einsatzort Düsseldorf als Flugbegleiterin beschäftigt. Ihr Arbeitsverhältnis wurde wegen Stilllegung des Flugbetriebs mit Schreiben vom 27.01.2018 gekündigt. Air Berlin erstattete wegen der zentralen Steuerung des Flugbetriebs die Massentlassungsanzeige für den angenommenen "Betrieb Kabine" und damit bezogen auf das bundesweit beschäftigte Kabinen-Personal bei der für den Sitz der Air Berlin zuständigen Agentur für Arbeit Berlin-Nord.

Die Klägerin hat die Stilllegungsentscheidung bestritten. Der Flugbetrieb werde durch andere Fluggesellschaften (teilweise) fortgeführt. Ihr Arbeitsverhältnis sei auf die LGW übergegangen. Die Massentlassungsanzeige sei fehlerhaft. Die Vorinstanzen haben die gegen den Insolvenzverwalter gerichtete Kündigungsschutzklage ebenso abgewiesen wie die gegen die LGW gerichtete Klage, wonach das Arbeitsverhältnis mit dieser fortbestehe.

Die Revision der Klägerin hatte vor dem BAG teilweise Erfolg. Die Kündigung sei unwirksam. Das BAG verwies darauf, bereits bezüglich der Kündigungen des Cockpit-Personals entschieden zu haben, dass die Massentlassungsanzeige für die der Station Düsseldorf zugeordneten Piloten mit den hierauf bezogenen Angaben bei der dafür zuständigen Agentur für Arbeit in Düsseldorf hätte erfolgen müssen. Diese Entscheidung hat es jetzt für das Kabinenpersonal bestätigt. Darüber hinaus sei in der Anzeige der Stand der Beratungen der Agentur für Arbeit nicht ausreichend dargelegt worden (§ 17 Absatz 3 Satz 3 KSchG).

Dagegen hätten die Vorinstanzen die Klage zu Recht abgewiesen, soweit die Klägerin die Feststellung begehrt, ihr Arbeitsverhältnis sei auf die LGW übergegangen. Die Voraussetzungen eines Betriebs(teil)übergangs im Sinne des § 613a Absatz 1 Satz 1 BGB lägen nicht vor. Die LGW habe zwar zum Teil das so genannte Wet-Lease fortgeführt, das Air Berlin für eine andere Fluggesellschaft bis Ende Dezember 2017 durchgeführt hatte. Bei Air Berlin sei das Wet-Lease jedoch schon mangels hinreichender Zuordnung von Arbeitnehmern zu keinem Zeitpunkt ein Betriebsteil gewesen, der auf einen Erwerber hätte übergehen können. Bis zur Einstellung des eigenwirtschaftlichen Flugbetriebs Ende Oktober 2017 habe es zudem an der für einen Betriebsteil erforderlichen gesonderten Leitung für das Wet-Lease-Geschäft gefehlt, so das BAG abschließend.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 14.05.2020, 6 AZR 235/19

### Betriebsrat: Keine Einsicht in elektronische Personalakte ohne Zustimmung der Arbeitnehmer

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf lehnt ein generelles Einsichtsrecht der Betriebsratsvorsitzenden in die elektronische Personalakte der Arbeitnehmer, das nicht von deren Zustimmung abhängig ist, ab. Denn dies verletze die Arbeitnehmer in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das die Betriebsparteien zu beachten hätten.

Die Arbeitgeberin bietet Produkte und Dienstleistungen aus den Bereichen Mobilfunk, Festnetz, Datendienste und Breitbandinternet an. Bei ihr ist ein Gesamtbetriebsrat gebildet. Zudem bestehen zwölf örtliche Betriebsräte. In Ziffer 8.3 der Gesamtbetriebsvereinbarung über die Einführung und Nutzung von elektronischen Personalakten (GBV EFM) heißt es: "Der Gesamtbetriebsratsvorsitzende und der örtliche Betriebsratsvorsitzende erhält permanenten Zugriff auf die elektronische Personalakte mit Ausnahme der Akten der Leitenden Mitarbeiter und der Mitarbeiter des Personalbereichs. Die örtlichen Betriebsratsvorsitzenden erhalten Zugriff auf die Akten des Wahlbetriebs, für den sie zuständig sind. Der Gesamtbetriebsratsvorsitzende erhält Zugriff auf die Akten des gesamten Unternehmens."



Die Arbeitgeberin verwehrt der Betriebsratsseite diesen Zugriff. Der Gesamtbetriebsrat hat daher das vorliegende Verfahren eingeleitet, mit dem er einen Anspruch auf Durchführung von Ziffer 8.3 der GBV EFM und damit die Einräumung eines Einsichtsrechts in die elektronischen Personalakten für die örtlichen Betriebsratsvorsitzenden sowie anderenfalls hilfsweise die Feststellung geltend macht, dass die GBV EFM insgesamt unwirksam ist. Die Arbeitgeberin wendet ein, Ziffer 8.3 GBV EFM sei rechtswidrig. Das LAG hat die Anträge des Gesamtbetriebsrats ebenso wie das Arbeitsgericht zurückgewiesen. Ziffer 8.3. GBV EFM sei unwirksam. Das generelle Einsichtsrecht der Betriebsratsvorsitzenden in die elektronische Personalakte der Arbeitnehmer, das nicht von deren Zustimmung abhängig ist, verletze die Arbeitnehmer in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das die Betriebsparteien gemäß § 75 Absatz 2 Betriebsverfassungsgesetz bei ihren Regelungen zu achten hätten. Zur Kontrolle der Regelungen aus der GBV EFM sei ein derart weites Einsichtsrecht der Betriebsratsseite weder geeignet noch erforderlich und verletze das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer in unangemessener Weise. Dies gelte insbesondere auch deshalb, weil die GBV EFM weitere spezifische Kontrollrechte für die Betriebsratsseite enthält. Die GBV EFM bleibe im Übrigen wirksam, weil sie auch ohne Ziffer 8.3. in sich geschlossene und sinnvoll anwendbare Regelungen enthalte. Das LAG hat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen. Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.2020, 3 TaBV 65/19

### Provisionen können Elterngeld erhöhen

Als sonstige Bezüge im Lohnsteuerabzugsverfahren angemeldete Provisionen können gleichwohl als laufender Arbeitslohn das Elterngeld erhöhen, wenn die Bindungswirkung der Anmeldung für die Beteiligten des Elterngeldverfahrens weggefallen ist. Dies hat das Bundessozialgericht (BSG) entschieden. Die Klägerin, eine Steuerfachwirtin, erzielte vor der Geburt ihrer Tochter neben ihrem monatlichen Gehalt jeden Monat eine Provision in Höhe von 500 bis 600 Euro. Diese stufte die Arbeitgeberin der Klägerin lohnsteuerrechtlich als sonstigen Bezug ein. Der beklagte Freistaat bewilligte der Klägerin deshalb Elterngeld, ohne die Provisionen bei der Elterngeldbemessung zu berücksichtigen. Das Landessozialgericht hat – anders als das Sozialgericht – der Klage auf höheres Elterngeld stattgegeben.

Das BSG hat die Revision des beklagten Freistaats zurückgewiesen. Die der Klägerin in den arbeitsvertraglich vereinbarten Lohnzahlungszeiträumen regelmäßig und lückenlos gezahlten Provisionen seien materiell steuerrechtlich als laufender Arbeitslohn einzustufen. Die anders lautende Lohnsteueranmeldung der Arbeitgeberin stehe nicht entgegen. Die Lohnsteueranmeldung binde zwar grundsätzlich die Beteiligten im Elterngeldverfahren. Dies gelte jedoch nicht, wenn die Regelungswirkung der Lohnsteueranmeldung weggefallen ist, weil sie – wie hier aufgrund eines nachfolgenden Einkommensteuerbescheids – überholt ist. Bundessozialgericht, Entscheidung vom 25.06.2020, B 10 EG 3/19 R