



Dr. Barbara Koch-Schulte  
RECHTSANWÄLTIN, STEUERBERATERIN UND PARTNERIN  
BEI P+P PÖLLATH + PARTNERS, München

DR. BARBARA KOCH-SCHULTE | P+P PÖLLATH + PARTNERS

## Zur Besteuerung von Managementbeteiligungen für Beiräte und Berater

Managementbeteiligungen sind Bestandteil beinahe jedes Investments eines Private Equity-Investors. Häufig erhalten aber auch Berater und Beiräte die Möglichkeit, sich zu gleichen oder ähnlichen Bedingungen zu beteiligen wie das Management. Während es zur Besteuerung von angestellten Managern mit solchen Kapitalbeteiligungen bereits einige Gerichtsentscheidungen gibt, fehlt dies bisher für die Besteuerung von Beiräten und Beratern. Das Finanzgericht Baden-Württemberg hat nun am 26. Juni 2017 (– 8 K 4018/14) einen ersten Fall entschieden.

Grundsätzlich unterliegen Erlöse aus Managementkapitalbeteiligungen der Besteuerung als Kapitalvermögen und damit dem ermäßigten Steuersatz der Abgeltungssteuer und bei Beteiligungen von 1% oder mehr dem sog. Teileinkünfte-Verfahren. Unter bestimmten Voraussetzungen kommt aber auch eine Besteuerung mit dem normalen Einkommensteuersatz in Betracht, wenn die Erlöse als Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit dem Arbeitsverhältnis des Managers zugerechnet werden. Im Vergleich zu einer Besteuerung als Einkünfte aus Kapitalvermögen ist dies mit einer Steuerbelastung von ca. 20% verbunden (Spitzensteuersatz Einkommensteuer 45% versus Abgeltungssteuer von 25%).

Durch die Rechtsprechung bisher nicht geklärt ist die Frage, ob, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, auch Beiräte oder Berater als Investoren in Managementbeteiligungen damit rechnen müssen, dass ihre Erlöse als Tätigkeitsvergütungen den Einkünften aus selbständiger Arbeit gemäß § 18 EStG zugerechnet werden. In der Praxis von Betriebsprüfungen ist teilweise festzustellen, dass die Finanzverwaltung in diesen Fällen nicht zwischen Managern und Beiräten differenziert. Dabei gelten für die Qualifizierung von Einkünften aus selbständiger Tätigkeit andere Voraussetzungen, als für Einkünfte aus nichtselbständiger Tätig-

keit. Außerdem sind Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit den Überschusseinkunftsarten zuzuordnen, während die Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit zu den Gewinneinkunftsarten gehören (§ 2 Abs. 2 EStG).

### Zur Besteuerung von Managementbeteiligungen

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs, kann nicht jeder Leistungsaustausch mit einer faktischen Nähe zum Arbeitsverhältnis automatisch den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zugeordnet werden. Vielmehr ist in jedem Einzelfall aufgrund aller wesentlichen Umstände zu prüfen, ob der entsprechende Leistungsaustausch durch das Dienstverhältnis veranlasst ist oder aufgrund einer eigenständigen Sonderrechtsbeziehung einer anderen Einkunftsart oder dem nichtsteuerbaren Bereich zuzuordnen ist. Als eine solche eigenständige Sonderrechtsbeziehung qualifiziert der BFH ausdrücklich die Kapitalbeteiligung eines Arbeitnehmers an seinem Arbeitgeber.<sup>1</sup> Nutzt der Arbeitnehmer sein Kapital, um sich am Arbeitgeberunternehmen zu beteiligen, so liegt grundsätzlich eine vom Arbeitsverhältnis eigenständige und unabhängige Erwerbsgrundlage vor.

Ist ein Veranlassungszusammenhang zum Gesellschaftsverhältnis und zum Arbeitsverhältnis herstellbar, so ist im Sinne einer „wertenden Zuordnung“ zu entscheiden, welches von beiden nach den Umständen des Einzelfalls für den Leistungsaustausch prägend ist.<sup>2</sup> Ob eine solche Umqualifizierung eintritt, kann nach der Rechtsprechung des BFH nur durch eine Würdigung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls (Gesamtschau) entschieden werden.<sup>3</sup> An einer Veranlassung durch das Beschäftigungsverhältnis fehlt es, wenn das Sonderrechtsverhältnis unabhängig vom Arbeitsverhältnis besteht und den gesamten Leistungsaustausch zwischen den Parteien abbildet, ohne dass daneben noch dem Beschäftigungsverhältnis zuzuordnende, lohnsteuerrechtlich erhebliche Leistungen vorliegen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> BFH vom 17.06.2009, VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69 m.w.N.; zuletzt BFH vom 04.10.2016, IX R 43/15, BStBl. II 2017, 790.

<sup>2</sup> BFH vom 27.03.2013, I R 14/12, BFH/NV 2013, 1768, Rz. 31.

<sup>3</sup> Vgl. BFH vom 17.06.2009, VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69; vom 07.05.2014, VI R 73/12, BFH/NV 2014, 1291; zuletzt BFH vom 04.10.2016, IX R 43/15, BStBl. II 2017, 790.

<sup>4</sup> Vgl. BFH vom 05.11.2013, VIII R 20/11, BStBl. II 2014, 275.

Anhand der bisher zu diesem Thema vorliegenden Rechtsprechung reicht es für eine Umqualifizierung nicht aus<sup>5</sup>, dass

- die Beteiligung nur leitenden Angestellten zum Erwerb angeboten wird,
- die Beteiligung nicht frei an Dritte übertragen werden kann, und
- bei Ausscheiden des Beteiligten aus dem Arbeitsverhältnis die Kapitalbeteiligung außerordentlich gekündigt werden kann.

Dies hat der BFH jüngst in seiner Entscheidung vom 4. Oktober 2016 bestätigt, in der er sich erstmals mit einer typischen Private Equity-Managementbeteiligung beschäftigt hat.<sup>6</sup> Danach kommt es für die Anerkennung der Kapitalbeteiligung als Sonderrechtsverhältnis vor allem darauf an, dass

- die Managementbeteiligung zum Verkehrswert gekauft und veräußert wird und
- der Manager ein effektives Verlustrisiko aus der Beteiligung trägt.

Indizien für eine Verbindung zum Arbeitsverhältnis sind Haltebedingungen, die an das Arbeitsverhältnis anknüpfen. Dies kann u. U. ein sog. Leaver Scheme sein, der unterschiedliche Rückkaufpreise für sog. Good und Bad Leaver vorsieht. Für sich genommen genügt ein Leaver Scheme aber noch nicht, um Veräußerungsgewinne in Arbeitslohn umzuqualifizieren.<sup>7</sup>

### **Funktion und Aufgaben von Beiräten und Beratern in Private Equity-Investments<sup>8</sup>**

Beiräte und Berater stehen nicht in einem Anstellungsverhältnis zur Zielgesellschaft des Investors. Sie werden in der Regel auf Basis eines Beratervertrags tätig, der mit der Zielgesellschaft oder einer der Holdinggesellschaften geschlossen wird. Beiräte können beratend oder auch beaufsichtigend tätig sein. Der Beirat

---

<sup>5</sup> BFH vom 17.06.2009, VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69.

<sup>6</sup> BFH vom 04.10.2016, IX R 43/15, BStBl. II 2017, 790.

<sup>7</sup> BFH vom 04.10.2016, IX R 43/15, BStBl. II 2017, 790.

<sup>8</sup> Siehe dazu auch Schneider, Der Beirat als Steuerungsgremium bei Private Equity-Beteiligungen, FYB 2018, S. 65 ff.

und seine Aufgaben sind in der Regel in der Satzung der jeweiligen Gesellschaft verankert und präzisiert. Ein Beirat kann aber auch nur beratend und ohne satzungsgemäße Verankerung auf der Holding-Ebene beim Investor angesiedelt sein (Advisory Committee). Ein Berater ohne Beiratsfunktion ist dem Unternehmen und dem Investor häufig nicht so eng verbunden und wird für befristete oder sachlich beschränkte Aufgaben hinzugeholt.

Beiräte und Berater unterstützen den Private Equity-Investor bei der Weiterentwicklung der Zielgesellschaft. Sie verfügen über Branchen-Know-how und häufig auch über operative Erfahrung als Geschäftsführer oder Vorstand. Beiräte und Berater nehmen in der Regel keine operativen Aufgaben wahr, es sei denn, dass sie ausnahmsweise als Interims-Geschäftsführer einspringen. Sie sind aber Sparingspartner für das operative Management und helfen bei der strategischen Planung und Ausrichtung des Unternehmens. Zum Teil sind sie bereits bei der Auswahl der Zielgesellschaft und im Erwerbsprozess tätig, zum Teil kommen sie aber auch erst nach Abschluss des Erwerbsprozesses hinzu.

### **Sachverhalt zur Entscheidung des Finanzgerichts Baden-Württemberg**

In dem von Finanzgericht Baden-Württemberg zu entscheidenden Sachverhalt war der Berater bereits im Bieterverfahren zum Erwerb der Unternehmensgruppe auf Seiten der Investoren beratend tätig. Vorgetragen war sogar, dass die Investoren das Investment nicht eingegangen wären, wenn sie nicht auf die Kontakte und Branchenkenntnisse des Klägers, eines ehemaligen Geschäftsführers eines Wettbewerbers, hätten zurückgreifen können. Der Berater wurde außerdem beim Aufsetzen der Akquisitionsstruktur als Treuhänder der Investoren tätig. Der Beratervertrag kam erst nach Abschluss der Transaktion zustande. Aufgabe des Beraters war danach die strategische Beratung der Holding in allen relevanten Bereichen der operativen Geschäftsführung und der Entwicklung der Holding und der mit ihr verbundenen Unternehmen. Zu diesem Zweck sollte der Berater in der Holding die Position eines Geschäftsführers und eines Beirats und in der Tochtergesellschaft die Position eines Aufsichtsrats übernehmen. Für die Tätigkeit an siebzig Tagen pro Kalenderjahr erhielt der Berater ein Beraterhonorar, sowie einen pauschalen Aufwendungsersatz und für jeden weiteren Beratertag

ein Fixhonorar. Tatsächlich war der Berater für einen Zeitraum von fünf Monaten in einem Jahr und für fast zwei Jahre bis zur Veräußerung der Gruppe sogar Geschäftsführer der operativen Tochtergesellschaft. Mit der späteren Übernahme der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft wurde der Beratervertrag dahingehend angepasst, dass der Umfang der Tätigkeitsvergütung auf mindestens 200 Beratertage angesetzt wurde und das fixe Beraterhonorar erhöht wurde.

In Zusammenhang mit dem Vollzug des Kaufvertrages erwarb der Berater eine Beteiligung an der Holding. Diese Beteiligung erstreckte sich jedoch lediglich auf das unmittelbare Stammkapital sowie die sogenannte Kapitalrücklage I. Die Investoren erbrachten außerdem noch Einzahlungen in die Kapitalrücklage II und III und leisteten einen erheblichen Betrag als Gesellschafterdarlehen. Die Erlösverteilung sollte so stattfinden, dass zunächst die Gesellschafterdarlehen einschließlich der Zinsen in Höhe von 1,25% p.a. zu tilgen waren, dann die Kapitalrücklage II nebst Zinsen in Höhe von 22,6% p. a. und dann, gleichberechtigt, die Kapitalrücklage I und das Stammkapital einschließlich der Kapitalrücklage III. Der überschießende Betrag war gemäß den Beteiligungen am Stammkapital und an der Kapitalrücklage III auszuzahlen.

Berater und Investoren schlossen im Zusammenhang mit dem Erwerb der Beteiligung einen Beteiligungsvertrag. Dieser enthielt für den Berater eine Verfügungsbeschränkung (Verfügungen nur mit Zustimmung der Investoren) und einen sog. Leaver Scheme, das heißt ein Ankaufsrecht für den Investor im Falle eines Good oder Bad Leaver Events. Für den Fall eines Change of Control-Verkaufs sah der Beteiligungsvertrag ein(e) Mitverkaufsrecht/-pflicht für den Berater vor. Im weiteren Verlauf des Investments beteiligten sich auch weitere Geschäftsführer zu denselben Bedingungen an der Holding. Den bei Verkauf der Gesellschaft realisierten Veräußerungsgewinn erklärte der Berater als Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG.

Nach Einwendung der Steuerfahndung veranlagte das Finanzamt den Veräußerungsgewinn aus der Beteiligung als Einnahme aus selbständiger Tätigkeit gemäß § 18 EStG. Das Finanzamt stützt seine Rechtsauffassung insbesondere auf die enge Verbindung zwischen dem Berater und dem Unternehmen. Durch sein Know-How, seine Kontakte und Branchenkenntnisse sei der Berater Garant für die erfolgreiche Sanierung und den anschließenden gewinnbringenden Exit

gewesen. Der Veräußerungsgewinn entspreche daher einer erfolgsabhängigen Vergütungskomponente. Der Berater sei gerade nicht zu denselben Bedingungen beteiligt gewesen wie die Investoren. Er habe auf sein eingesetztes Kapital eine Rendite von 1.935% erzielt, während die Investoren nur eine Rendite von etwa 245% realisiert hätten. Insofern liege eine überproportionale Gewinnbeteiligung des Beraters vor. Auf das mit dem Investment verbundene Verlustrisiko komme es nicht an, da Einkünften aus selbständiger Tätigkeit ein Verlustrisiko immanent sei.

Dagegen wehrte sich der Kläger. Beratungs- und Beteiligungsverhältnis seien getrennt zu betrachten. Die vertraglichen Vereinbarungen hätten Marktstandards entsprochen. Die Erfolgsbeteiligung sei auch nicht überproportional gewesen, da ja zunächst Zinsen, sowie die Rückzahlung der Gesellschafterdarlehen und der Kapitalrücklage II hätten verdient werden müssen, bevor er überhaupt Geld bekommen hätte.

### **Entscheidung des Finanzgerichts**

Das Finanzgericht ist der Einschätzung des Finanzamtes gefolgt und hat den Veräußerungsgewinn des Beraters als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit gemäß § 18 EStG qualifiziert. In der Begründung führt das Finanzgericht aus, dass der Erwerb der Beteiligung durch die vom Berater ausgeübte selbständige Tätigkeit veranlasst gewesen sei. Insofern seien die vom Bundesfinanzhof entwickelten Grundsätze für die Qualifizierung von Einkünften aus nicht selbständiger Tätigkeit auf die Beraterbeteiligung entsprechend anzuwenden. Im zweiten Teil der Begründung stützt sich das Finanzgericht außerdem darauf, dass es sich bei der Beteiligung des Beraters um notwendiges Betriebsvermögen seiner Beratungstätigkeit handeln würde.

Die aus Sicht des Finanzgerichts für eine Tätigkeitsvergütung sprechenden Argumente sind

- die enge Verbindung zwischen dem Berater und den Investoren, die nach Ansicht des Senats zu einem wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis zwischen Beteiligung und Beratertätigkeit führte;

- die überproportionale Rendite aus dem Investment, wobei der Senat zum Vergleich auf Seiten des Investors das gesamte Investment berücksichtigt hat und nicht nur die jeweils auf das Stammkapital und die Kapitalrücklage I geleistete Zahlung (der Senat ist davon überzeugt, dass die Investoren einem fremden Dritten eine solche Beteiligung nicht eingeräumt hätten);
- der beschränkte Teilnehmerkreis für die Beteiligung (nur Manager und Berater);
- die fehlenden laufenden Erträge aus dem Investment.

Keine ausreichenden Gegenargumente sieht das Gericht in der Gesamtwürdigung darin, dass

- sowohl der Erwerb, als auch die Veräußerung der Kapitalbeteiligung zum Marktpreis erfolgten, und
- der Berater ein Verlustrisiko im sechsstelligen Bereich trug. Im Hinblick auf das Verlustrisiko führt der Senat aus, dass der Einkunftsart der selbständigen Arbeit gemäß § 18 EStG ein Unternehmerrisiko immanent sei und daher ein bestehendes Verlustrisiko für die Abgrenzung zu anderen Einkunftsarten weniger wichtig sei, als bei Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit nach § 19 EStG.

In Bezug auf die Qualifizierung als notwendiges Betriebsvermögen führt das Finanzgericht aus, dass es sich bei der Beteiligung um eine Hilfstätigkeit handelt, die der selbständigen Betätigung des Beraters nicht wesensfremd sei. Ohne den Beratervertrag sei die Beteiligung ja auch nicht zustande gekommen.

Die Beteiligung an der Holding habe dem Berater außerdem eine gewisse Kontrolle hinsichtlich der tatsächlichen Umsetzung seiner Beratungshinweise ermöglicht, die er sonst nicht gehabt hätte. Außerdem fördere die Beteiligung insoweit entscheidend die Beratungstätigkeit, als damit die Chance auf einem zusätzlichen Gewinn bei einer erfolgreichen Beratung verbunden gewesen sei.

Die Revision zu diesem Urteil ist anhängig beim achten Senat des Bundesfinanzhofs unter dem Aktenzeichen VIII R 21/17.

### **Würdigung: Entsprechende Anwendung der Rechtsprechung zu Managementbeteiligungen?**

Der Entscheidung des Finanzgerichts Baden-Württemberg ist in diesem Fall nicht beizupflichten. Auch systematisch lässt die Begründung zu wünschen übrig. Sofern das Finanzgericht die Grundsätze der Rechtsprechung zu den Einkünften aus nicht selbständiger Tätigkeit bei Mitarbeiter- oder Managementbeteiligungen entsprechend für die Beratertätigkeit heranziehen möchte, so ist dem insofern nichts entgegenzusetzen, als auch ein Berater eine Tätigkeit gegen Entgelt erbringt, so wie auch der angestellte Manager. In diesem Fall reduziert sich der Unterschied zwischen beiden Einkunftsarten darauf, dass der Berater die Leistung selbständig, also weisungsunabhängig erbringt, während der Manager die Leistung im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses, also weisungsgebunden erbringt. Eine weitere Differenzierung erscheint in der Tat an dieser Stelle nicht erforderlich zu sein. Insoweit kann dem Finanzgericht durchaus gefolgt werden.

### **Keine zutreffende Anwendung der vorhandenen Rechtsprechung**

Das Finanzgericht hat aber in seinem Urteil die Grundsätze der BFH-Rechtsprechung nicht zutreffend angewendet und gewürdigt. Nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 4. Oktober 2016 kommt gerade dem Erwerb und dem Verkauf der Beteiligung zum Marktpreis eine entscheidende Bedeutung zu. Ebenfalls wesentlich für die Abgrenzung ist die Übernahme eines effektiven Verlustrisikos durch die Beteiligungen. Beide Kriterien sind im vorliegenden Fall erfüllt. Dennoch hat das Finanzgericht sie nicht als tragend für eine Qualifizierung als Einkünfte aus Kapitalvermögen bzw. § 17 EStG angesehen.

Stattdessen stützt es sich vor allem auf die enge Verbindung zwischen Berater und Unternehmen und den beschränkten Teilnehmerkreis des Investments. Beides ist jedoch einer Mitarbeiterbeteiligung immanent, wie der Bundesfinanzhof schon mehrfach festgestellt hat.<sup>9</sup> Ein Manager der ausschließlich für sein Arbeit-

---

<sup>9</sup> BFH vom 17.06.2009, VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69 m.w.N.; zuletzt BFH vom 04.10.2016, IX R 43/15, BStBl. II 2017, 790.



geberunternehmen arbeitet, steht sogar in einem noch engeren Verhältnis zu dem Beteiligungsunternehmen als es ein Berater tut. Wenn hier der Berater beinahe ausschließlich für das Unternehmen tätig geworden ist, so lässt sich eher die Frage stellen, ob noch die Voraussetzungen einer selbstständigen Tätigkeit gegeben sind, oder ob nicht vielmehr doch ein Anstellungsverhältnis angenommen werden müsste. Diese Differenzierung ist hier aber gar nicht relevant.

Auch die fehlenden Dividendenausschüttungen sprechen nicht gegen eine Kapitalanlage, wie der Bundesfinanzhof in ständiger Rechtsprechung schon mehrfach festgestellt hat.<sup>10</sup> Dass hier keine Dividenden zur Ausschüttung kamen, war der Gewinnverteilungsverabrede und ggf. den Finanzierungsverträgen mit den Banken geschuldet. Es war aber nicht ausgeschlossen, dass positive Erträge aus der Beteiligung realisiert werden würden.

### **Disproportionale Zeichnung von Kapitalinstrumenten als Indiz für eine Tätigkeitsvergütung?**

Der für das Finanzgericht wesentliche Punkt liegt in der besonderen Gestaltung der Kapitalstruktur und der damit verbundenen „überproportionalen“ Gewinnbeteiligung. Das Finanzgericht vertritt die Auffassung, dass nicht der Ertrag auf die einzelnen Stammgeschäftsanteile von Berater und Investor zu vergleichen ist, sondern dass das Gesamtinvestment des Investors ins Verhältnis zum Investment des Beraters zu setzen ist. Aufgrund der disproportionalen Zeichnung von Kapitalinstrumenten in diesem Fall (der Berater hat weder Gesellschafterdarlehen gegeben, noch die vorrangige Kapitalrücklage II gezeichnet) hat der Berater auf sein Investment zwar einen erheblich höheren Ertrag realisiert als der Finanzinvestor. Dies ist aber aus zweierlei Gründen irrelevant:

- Zum einen sind die Gesellschafter einer Gesellschaft grundsätzlich frei, die Kapitalverhältnisse der Gesellschaft so zu strukturieren, wie sie es für richtig halten. Der in anderem Zusammenhang entwickelte Grundsatz der Finanzierungsfreiheit überlässt es der Entscheidung der Gesellschafter, ob und in wie

<sup>10</sup> BFH vom 14.03.2017, VIII R 38/15, BStBl. II 2017, 1040 und VIII R 25/14, BStBl. II 2014, 1038.

weit sie einer Gesellschaft neben Eigenkapital auch Fremdkapital zur Verfügung stellen.<sup>11</sup> Dies gilt jedenfalls insoweit, als mit der unterschiedlichen Finanzierung auch unterschiedliche wirtschaftliche Folgen einhergehen.

- Zum anderen ist mit der gewählten Kapitalstruktur für den Berater im Vergleich zum Investor ein erheblich erhöhtes Verlustrisiko verbunden. Mit dieser Tatsache hat sich der achte Senat des Finanzgerichts mit keinem Wort auseinandergesetzt.

Der fünfte Senat des Finanzgerichts Baden-Württemberg hatte beinahe zeitgleich einen ähnlichen Fall (allerdings in Bezug auf einen Manager) zu entscheiden.<sup>12</sup> Auch hier hatte der Manager nur Stammgeschäftsanteile erworben, während der Investor außerdem noch Vorzugsgeschäftsanteile mit einer fixen Dividende und einer Liquidationspräferenz gezeichnet hatte. Der fünfte Senat vertrat insofern die Auffassung, dass nur die Erlöse der jeweils erworbenen Kapitalanteile miteinander verglichen werden können, da die weiteren Anteile mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten ausgestattet waren und sich daher selbstverständlich im Wert unterscheiden. Soweit das Finanzamt für den Vergleich auf die Rendite des Gesamtinvestments des Investors abgestellt hatte, handelte es sich nach Meinung des fünften Senats um eine unzulässige Ex-post-Betrachtung. Denn wegen der hohen Verzinsung der vorrangigen Anteilsklasse ist anfänglich nicht absehbar, dass ein so hoher Veräußerungserlös auf die Stammgeschäftsanteile realisiert werden kann. Wenn nämlich der Gewinn nicht ausgereicht hätte, um die vorrangigen Kapitalinstrumente zu bedienen, hätte zwar der Investor einen Gewinn erzielt, das Management hätte sein Investment aber vollständig verloren.

Dieser Argumentation und Beurteilung ist nichts hinzuzufügen. Sie erfasst zutreffend die wirtschaftlichen Folgen des Investments, die auch für eine Besteuerung nicht einfach außer Acht gelassen werden können.

---

<sup>11</sup> BFH vom 17.06.2009, VI R 69/06, BStBl. II 2010, 69 m.w.N.; zuletzt BFH vom 04.10.2016, IX R 43/15, BStBl. II 2017, 790.

<sup>12</sup> Finanzgericht Baden-Württemberg vom 09.05.2017, 5 K 3825/14, rechtskräftig.

### **Irrelevantes Verlustrisiko?**

Das Verlustrisiko des Beraters ist nach Meinung des achten Senats des Finanzgerichts Baden-Württemberg deshalb nicht zu berücksichtigen, weil es den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit immanent sein soll. Zwar gehört zum Bild des selbständig Tätigen im Einkommensteuerrecht auch das unternehmerische Risiko. Außerdem ist die Vermögungssphäre bei den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit in die Besteuerung einbezogen, da es sich um Gewinneinkünfte handelt. Der vorliegende Sachverhalt betrifft aber die Qualifizierung einer Tätigkeitsvergütung. In diesem Fall ist ein Verlustrisiko für den selbständig Tätigen genauso wenig immanent, wie für den nicht selbständig Tätigen. Denn auch der selbständig Tätige hat im Falle einer Beratungstätigkeit zunächst einen unbedingten Anspruch auf das Entgelt für die geleistete Arbeit, wie auch ein Arbeitnehmer. Etwas anderes mag gelten, wenn die Beteiligung Betriebsvermögen des Beraters ist und sich das Verlustrisiko auf den Vermögenswert bezieht. Dann gelten aber andere Beurteilungskriterien, wie im Folgenden zu sehen ist.

### **Beiratsbeteiligung als Betriebsvermögen des Beirates**

Wenn das Finanzgericht den Veräußerungsgewinn aus der Kapitalbeteiligung als Tätigkeitsvergütung bei den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit ansetzt, so ist nicht erkennbar, warum daneben außerdem noch zu untersuchen ist, ob es sich bei der Kapitalbeteiligung um Betriebsvermögen des Beraters handelt. Diese Frage hätte nach der Bejahung der Tätigkeitsvergütung grundsätzlich nicht mehr gestellt werden müssen. Andersherum hätte bereits die Annahme von notwendigem Betriebsvermögen ausgereicht, um den Veräußerungsgewinn den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit zuordnen zu können.

Wie das Finanzgericht zutreffend ausführt, sind Kapitalbeteiligungen nach ständiger Rechtsprechung als „Geldgeschäft“ dem Berufsbild der freien Berufe grundsätzlich fremd.<sup>13</sup> Nur ausnahmsweise kommt die Zuordnung einer Kapitalbeteiligung zum notwendigen Betriebsvermögen eines Freiberuflers in Be-

<sup>13</sup> Z.B. BFH vom 12.01.2010, VIII R 34/07, BStBl. II 2010, 612 m.w.N.; vom 22.01.1981, IV R 107/77, BStBl. II 1981, 564.

tracht. Wirtschaftsgüter stellen nur dann notwendiges Betriebsvermögen des Freiberuflers dar, wenn sie dem Betrieb unmittelbar dienen. Sie müssen objektiv erkennbar zum unmittelbaren Einsatz im Betrieb selbst bestimmt sein. Das sind sie, wenn sie zwar nicht unentbehrlich sind, sich aber in gewisser Weise auf den Betriebsablauf beziehen und ihm zu dienen bestimmt sind.

Kapitalbeteiligungen sollen die Betätigung des Steuerpflichtigen entscheidend fördern oder ihm dazu dienen, den Absatz von Produkten zu gewährleisten. Außerdem darf der Geschäftsgegenstand der Gesellschaft der freiberuflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen nicht wesensfremd sein, die Beteiligung muss eine bestimmbare freiberufliche Aktivität ermöglichen oder ergänzen.<sup>14</sup> Das kann auch dann der Fall sein, wenn ein Wirtschaftsgut als Vergütungsersatz zugewendet wird.

Im vorliegenden Sachverhalt sind somit die Beratungstätigkeit, also das Berufsbild Unternehmensberater, ins Verhältnis zur Tätigkeit des Beteiligungsunternehmens zusetzen. Nach den Feststellungen zum Sachverhalt ist aber noch nicht einmal bekannt, worin die Tätigkeit des Unternehmens besteht. Insofern kann hier eine entsprechende Aussage zum notwendigen Betriebsvermögen schon aus diesem Grund nicht gemacht werden. Soweit es den Investoren gezielt auf die beim Berater vorhandenen Fachkenntnisse und sein Expertenwissen im Tätigkeitsbereich der Holding ankam, so begründet dies lediglich die Eignung des Beraters für das Objekt seiner Beratung. Damit ist aber nichts darüber ausgesagt, wie sich der Berater die Beteiligung für seine weitere unternehmensberatende Tätigkeit zunutze macht.

Auch die wechselseitige Bedingtheit von Beteiligung und Beratungstätigkeit reicht für die Annahme von Betriebsvermögen nicht aus. Sie geht letztlich nicht über einen bloßen Kausalzusammenhang hinaus, der einer Managementbeteiligung immanent ist. Die bloße Kausalität zwischen Tätigkeit und Beteiligung reicht gerade nicht aus, um das Kapitalüberlassungsverhältnis durch die Tätigkeit zu überlagern und auch nicht, um aus der Kapitalbeteiligung Betriebsvermögen zu machen.

---

<sup>14</sup> BFH vom 22.01.1981, IV R 107/77, BStBl. II 1981, 564.

Die Annahme des Finanzgerichts, dass der Berater aus seiner Beteiligung heraus eine gewisse Kontrolle über die tatsächliche Umsetzung seiner Beratungshinweise entnimmt, ist als Argument zwar interessant, in der Sache aber wohl fernliegend. Zum einen sind die Informationsrechte eines Kapitalgesellschafters üblicherweise sehr beschränkt, insbesondere wenn es sich um einen Minderheitsgesellschafter handelt, zum anderen wird sich die nötige Information wohl eher aus dem Beratungsverhältnis zwischen Berater und Kunde ergeben.

Die Beteiligung stellt auch keinen Vergütungsersatz dar. Dies ließe sich nur dann annehmen, wenn die Beteiligung an Stelle einer marktüblichen Vergütung erworben worden wäre. Hierzu ist dem Sachverhalt aber ebenfalls nichts zu entnehmen. Vielmehr scheint es, dass der Berater durchaus marktüblich vergütet worden ist und bei einer Erweiterung seiner Tätigkeit sogar noch einmal eine Aufstockung seines Beraterhonorars erreichen konnte. Außerdem wurde die Beteiligung nicht verbilligt überlassen, sondern zum Marktpreis erworben.

## Fazit

Dem Finanzgericht ist dahingehend zu folgen, dass auf die von Beratern oder Beiräten erworbene Managementbeteiligung grundsätzlich dieselben Abgrenzungskriterien angewendet werden können, wie auf die Abgrenzung von Einkünften aus nicht selbständiger Tätigkeit und Kapitalvermögen. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung ist nicht erkennbar.

Diese Kriterien müssen dann aber auch konsequent angewendet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs kommt insofern der Marktüblichkeit des An- und Verkaufspreises sowie der Übernahme eines effektiven Verlustrisikos eine maßgebliche Indizwirkung zu. Dies hat das Finanzgericht im vorliegenden Fall nicht zutreffend gewürdigt.

Das bestehende Verlustrisiko aus der Beteiligung kann auch nicht mit der Begründung negiert werden, dass den Einkünften aus selbständiger Tätigkeit nach § 18 EStG im Vergleich zu den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit nach § 19 EStG ein Verlustrisiko immanent ist. Zum einen widerspricht dies der Annah-

me, dass die Situation des beteiligten Beirates derjenigen eines beteiligten Managers vergleichbar ist. Zum anderen wird damit außer Acht gelassen, dass auch der Berater einen Anspruch auf Vergütung für geleistete Arbeit hat.

Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die Beteiligung zum notwendigen Betriebsvermögen gehören würde. Um Betriebsvermögen wird es sich bei einer Beiratsbeteiligung im Regelfall nicht handeln. Denn die operative Tätigkeit des jeweiligen Beteiligungsunternehmens dient dem Berater nicht dazu, seine weitere Beratungstätigkeit zu erbringen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Berater die Ressourcen des Beteiligungsunternehmens für seine unternehmensberatende Tätigkeit nutzen würde. Davon kann aber im Regelfall nicht ausgegangen werden.

Die Beteiligung lässt sich auch nicht als Vergütungsbestandteil qualifizieren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Vergütung aus dem Beratervertrag marktüblich ist und die Beteiligung wirtschaftlich nicht an die Stelle eines Vergütungsbestandteils tritt.

Barbara.Koch-Schulte@pplaw.com

---

### **Über die Autorin:**

*Rechtsanwältin und Steuerberaterin Dr. Barbara Koch-Schulte ist Partnerin im Münchner Büro von P+P Pöllath + Partners. Sie ist auf die gesellschafts- und steuerrechtliche Beratung von Private Equity-Investoren und Managementteams im Zusammenhang mit Management Buy-Outs und Management- und Mitarbeiterbeteiligungen spezialisiert. Auf diesem Gebiet hält Frau Dr. Koch-Schulte regelmäßig Vorträge und hat bereits zahlreiche Publikationen verfasst.*