

Die unternehmerische Kapitalgesellschaftsbeteiligung

I. Einleitung

Zum wissenschaftlichen Wirken des Jubilars gehörten seit jeher die steuerlichen Gesichtspunkte der Rechtsformwahl.¹ Auch die „Beendigung eines unternehmerischen Engagements“ kann nicht ohne den Blick auf die „richtige“ Rechtsform geplant werden. Unverzichtbarer Bestandteil von Rechtsformüberlegungen ist die Frage nach der Besteuerung des Gesellschafters, die wiederum maßgeblich von der Einkünftequalifikation einerseits und dem Dualismus der Unternehmensbesteuerung andererseits geprägt ist. Organisieren sich die Eigenkapitalgeber in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, folgt das Steuerrecht der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit des Verbandes und erkennt diesen als eigenständiges Steuersubjekt an. Es kommt auch steuerrechtlich zur Trennung von Verband und Mitglied. Dies hat zur Folge, dass sich unternehmerische Chancen und Risiken vornehmlich auf der Ebene der Kapitalgesellschaft realisieren. Sie ist im eigenen Namen und auf eigene Rechnung operativ am Markt tätig. Jedenfalls im juristischen Sinne ist sie die „Unternehmerin“. Aber auch die Ebene des Anteilseigners ist von unternehmerischen Elementen und insbesondere von Chancen und Risiken geprägt. Es ist nicht nur sein Kapital, über das er vermögensmäßig an den Chancen und Risiken auf der Gesellschaftsebene partizipiert. Die Bildung und Betätigung einer juristischen Person ist letztlich immer nur Ausdruck der persönlichen und unternehmerischen Entfaltung der hinter dem Verband stehenden privaten, natürlichen Person. Es ist ihr Streben nach Gewinn und Selbstverwirklichung, ohne die eine werbende Tätigkeit der Kapitalgesellschaft gar nicht denkbar wäre. Der Durchblick auf die hinter der juristischen Person stehenden Menschen darf daher trotz der zivil- und steuerrechtlichen Trennung zwischen Verband und Mitglied nie vergessen werden.

Für den Gesellschafter der Kapitalgesellschaft mag die Frage der Einkünftequalifikation in Anbetracht der fortschreitenden Annäherung der Besteuerungsfolgen bei Kapitalgesellschaftsanteilen des Privat- und des Betriebsvermögens auf den ersten Blick zunehmend uninteressanter geworden sein. Dies gilt sowohl für die laufenden Einkünfte in Gestalt der Gewinnausschüttungen als auch hinsichtlich der Veräußerungs- und Auflösungsvorgänge. Namentlich die §§ 17, 20 Abs. 2 EStG

¹ Siehe neben seinem Beitrag „Steuerliche Aspekte der Rechtsformwahl“ im *Wirtschaftsprüfer-Handbuch der Unternehmensbesteuerung* im Übrigen nur die Beiträge in *StuW* 1988, 342 ff.; *StuW* 1994, 103 ff.; *Festschrift Flick*, 1997, 277 ff. sowie *WPg* 2001, 253 ff.

führen in Abkehr von dem quellentheoretischen Konzept der Überschusseinkünfte seit dem 1.1.2009 nunmehr zu einer nahezu umfassenden Erfassung von Veräußerungs- und Auflösungsgewinnen bzw. -verlusten. Selbst der Verlust des überlassenen Kapitals scheint nunmehr über § 20 Abs. 2 EStG steuerliche Relevanz zu erlangen und damit den folgeschwersten Unterschied zwischen Reinvermögenszugangs- und Quellentheorie zu beseitigen. Bei genauerem Hinsehen offenbaren sich jedoch nach wie vor bedeutende Rechtsfolgenunterschiede, je nachdem, ob die Beteiligung der betrieblichen oder der privaten Sphäre zuzurechnen ist. Insbesondere in „schlechten Zeiten“ besinnt sich der Gesetzgeber wieder auf die den Einkünfte dualismus prägende Unterscheidung. Denn außerhalb des Anwendungsbereichs von § 17 EStG greifen weitgehende Verlustverrechnungsbeschränkungen für im Privatvermögen erlittene Veräußerungs- und Auflösungsverluste ein (siehe § 20 Abs. 6 S. 2 und 5 EStG). Schließlich darf auch eine etwaige Gewerbesteuerbelastung in dieser Betrachtung nicht fehlen. Sofern nicht das gewerbesteuerrechtliche Schachtelprivileg eingreift, müsste der Gesellschafter ausschließlich auf die Anrechnung nach § 35 EStG verwiesen werden, die jedoch keine Neutralisierung der Gewerbesteuerbelastung zu garantieren vermag.

In diesem Kontext ist die nachfolgende Untersuchung angesiedelt, wenn wir der Frage nachgehen, ob es ungeachtet des Trennungsprinzips einen Typus des „Unternehmers hinter der Unternehmung“ der Kapitalgesellschaft gibt, ob also nicht auch eine originär unternehmerische Kapitalgesellschaftsbeteiligung anzuerkennen ist, welche allein wegen des persönlichen Engagements des Gesellschafters in Ansehung „seiner“ Kapitalgesellschaft eine Zuordnung zu § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG erlaubt. Diese Frage wirkt in Anbetracht der vorherrschenden Auffassung nahezu ketzerisch; die Suche nach der Antwort zeigt indes, dass die von Wissenschaft und Praxis stereotyp geübte vermögensverwaltende Zuordnung den berührten Typusbegriffen nicht gerecht wird.

II. Die Mitgliedschaft im Lichte betrieblicher und privater Sphären

1. Der Kapitalgesellschaftsanteil als steuerbilanzielles Betriebsvermögen

Wir haben eingangs angedeutet, dass es für den Steuerpflichtigen von erheblicher Bedeutung sein kann, ob und inwieweit „seine“ Kapitalgesellschaftsbeteiligung Betriebs- oder Privatvermögen ist. Die Qualität von Betriebsvermögen erlangt dieses Wirtschaftsgut bei Einzelunternehmern und Freiberuflern praktisch dann wohl am häufigsten, wenn die Beteiligung in Ansehung einer unternehmerischen Tätigkeit des Steuerpflichtigen eine dienende Funktion erfüllt. Der Bundesfinanzhof formuliert insoweit das Erfordernis eines Förder- und Veranlassungszusammenhangs. Unmittelbar für eigenbetriebliche Zwecke soll eine Kapitalgesellschaftsbeteiligung dann genutzt werden, wenn sie dazu bestimmt ist, die gewerbliche Betätigung des Steuerpflichtigen entscheidend zu fördern oder wenn sie dazu dienen

soll, den Absatz von Produkten des Steuerpflichtigen zu gewährleisten.² Die Kapitalgesellschaftsbeteiligung gerät damit zwangsläufig in den Sog einer betrieblichen Sphäre, die sie hinsichtlich der Frage nach der Einkünftequalifikation nicht mitbestimmt oder überhaupt nur zu beeinflussen vermag. Sie partizipiert letztlich nur an einer anderweitig begründeten unternehmerischen Einkunftsart. Es handelt sich um eine unternehmerische Kapitalgesellschaftsbeteiligung kraft bilanzrechtlicher Zuordnung bzw. kraft Veranlassungszusammenhangs.

Besteht hingegen „nur“ eine objektive Eignung zur Förderung des Betriebes, wird diese Partizipationswirkung über die Anerkennung des sog. gewillkürten Betriebsvermögens sogar weitestgehend in die Hand des Steuerpflichtigen gelegt. Seine subjektive Zuordnungsentscheidung bestimmt letztlich über die Betriebsvermögenseigenschaft und damit auch über die steuerliche Behandlung der Verluste. Gerade in Bezug auf Kapitalgesellschaftsbeteiligungen zeigt sich in der Praxis vielfach, dass „die abstrakte Einteilung in notwendiges und gewillkürtes Betriebsvermögen mehr schadet als sie nützt“.³ Entweder steht ein Wirtschaftsgut in einem ausreichenden Förderverhältnis zum Betrieb, übernimmt eine nachprüfbar dienende Funktion und erfüllt damit den notwendigen Kausalzusammenhang zur Einkünfteerzielung, oder es tut es nicht.⁴

Es verwundert bei dieser Sachlage kaum, dass Steuerpflichtige in guten Zeiten bemüht sind, die Kapitalgesellschaftsanteile der privaten Sphäre zuzuordnen, während in schlechten Zeiten ein und dieselbe Beteiligung nunmehr in einem betrieblichen Zusammenhang gesehen wird – sei es zwingend als notwendiges Betriebsvermögen oder zumindest aufgrund einer vermeintlichen „Eignung“ als gewillkürtes Betriebsvermögen.⁵ Insbesondere die Fallgruppe des gewillkürten Betriebsvermögens fordert den Steuerpflichtigen im Verständnis einer „Wahlrechtsausübung“ insoweit regelrecht heraus.

2. Die originär unternehmerische Kapitalgesellschaftsbeteiligung

Die vorstehend aufgezeigte bilanzsteuerrechtliche Zuordnungsfrage ist zu unterscheiden von der – den Kern unseres Beitrages bildenden – Frage, ob und inwieweit die Verbandsmitgliedschaft „trotz“ der steuerrechtlichen Trennung von Verband und Mitglied selbst eine unternehmerische Qualität erlangen kann, d. h. ob und inwieweit es einen „Unternehmer hinter der Unternehmung“ der Kapitalgesellschaft gibt.

² BFH v. 8.12.1993, XI R. 18/93, BStBl. II 1994, 296, 297; v. 25.11.2008, X B 268/07, BFH/NV 2009, 162 f.; für die Zuordnung zum Sonderbetriebsvermögen einer Personengesellschaft gilt dies entsprechend (BFH v. 13.2.2008, I R. 63/06, GmbHR 2008, 780 [782]: „Entscheidend ist, ob die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft im konkreten Fall vor allem mit Rücksicht auf die Belange der Personengesellschaft gehalten wird [...]“; BFH v. 10.6.1999, IV R. 21/98, BStBl. II 1999, 715, 717.

³ Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2009, § 17 Rn. 125.

⁴ Eingehend Lang, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988, 394; Tipke, StuW 1979, 193, 199 ff.; Wassermeyer, DSzJG 3 (1979), 315, 321 ff.

⁵ Anschaulich FG Köln v. 25.9.2008, 15 K 1235/04, EFG 2009, 94, 95 f.

a) *Die normativen Rahmenbedingungen für die typologische Erfassung unternehmerischer Betätigungen*

Der Gewerbetreibende beteiligt sich selbständig und nachhaltig mit Gewinnerzielungsabsicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr. Der steuerrechtliche Gewerbebetriebsbegriff ist ein Typusbegriff.⁶ Er ist aus der Erfahrung gewonnen und vermittelt zugleich eine normative Wertentscheidung des Gesetzgebers.⁷ Er setzt einen Typus unternehmerischer Betätigung voraus und formuliert Merkmale, die für seine rechtliche Erfassung als charakteristisch angesehen werden.⁸ Es liegt in der Natur eines Typus, dass die Zuordnungs- und letztlich auch die Abgrenzungsentcheidung eine Frage der wertenden Gesamtabwägung und der Verkehrsauffassung ist. Nach gängigem Verständnis verwaltet der Gewerbetreibende sein Vermögen nicht lediglich, sondern er wirtschaftet damit.⁹ Der Gewerbebetrieb wird in Abgrenzung zur privaten Vermögensverwaltung daher (erst) dann angenommen, wenn zu der eigentlich vermögensverwaltenden Betätigung weitere Umstände hinzutreten, die dem Ganzen ein gewerbliches Gepräge geben.¹⁰

Schließen sich mehrere Personen in einer Personengesellschaft zusammen und wird das gesamthänderisch gebundene Kapital dergestalt verwendet, dass die werbende Tätigkeit der Gesellschaft unternehmerisch ist,¹¹ erzielt jeder Gesellschafter Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Das Betriebsvermögen wird ihm unmittelbar und anteilig zugerechnet und damit letztlich auch die in gesamthänderischer Verbundenheit verwirklichte Gewerblichkeit. Voraussetzung ist allerdings, dass er nicht nur Gesellschafter, sondern auch Mitunternehmer ist (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG). Der Typusbegriff des Mitunternehmers wird nach einhelligem Verständnis durch das in den §§ 105 ff., 161 ff. HGB formulierte Regelstatut geprägt und ausgefüllt.¹² Nennt mithin § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG den Kommanditisten beispielhaft als Mitunternehmer, muss seine Rechtsstellung konsequenterweise das Untermaß an Mitunternehmerinitiative und -risiko umschreiben, das – obgleich er vornehmlich Kapitalgeber ist – noch geeignet ist, eine Zuordnung zum Typus des Unternehmens zu rechtfertigen.¹³ Verengt man seinen Blick auf diese Bestimmung, so scheint § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG das typische Bild eines vornehmlich Kapital gewährenden, aber im Übrigen passiven Mitglieds einer Personenvereinigung zu formulieren und mit Blick auf den Typus auch zu fixieren.

⁶ Zur herrschenden Auffassung statt vieler nur *Drien/Krumm*, FR 2004, 685 (688); *Strahl*, Die typisierende Betrachtungsweise im Steuerrecht, 1996, 299; *Tipke*, Steuerrechtsordnung Bd. II, 2. Aufl. 2003, 685; *Zugmaier*, FR 1999, 997, 998 f.; kritisch *Mössner*, Festschrift Kruse, 2001, 161, 172 ff.

⁷ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, 457 ff.

⁸ *Schmidt-Liebig*, StuW 1977, 302, 303 ff.; *Lang*, aaO Fn. 4, 480.

⁹ Vgl. *Kirchhof*, in: *Kirchhof/Söhn*, EStG, § 2 Rn. A 675.

¹⁰ *Buge*, in: *Hermann/Heuer/Raupach*, EStG, § 15 Rn. 1110 (März 2009).

¹¹ Siehe nur BFH v. 11. 4. 2005, GrS 2/02, BStBl. II 2005, 679 ff.

¹² *Haep*, in: *Hermann/Heuer/Raupach*, aaO Fn. 10, § 15 Rn. 303 (März 2009).

¹³ *Hey*, in: *Tipke/Lang*, aaO Fn. 3, § 18 Rn. 38; *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG, 28. Aufl. 2009, § 15 Rn. 266 ff. m. w. N.; siehe auch noch eingehend *Maurer*, Die Besteuerung von Anleger-Kommanditgesellschaften, 1999, passim.

Wie verhält es sich aber „typologisch“, wenn sich die Personen in einer Kapitalgesellschaft zusammenschließen? Für den Kapitalgesellschaftsgesellschafter gilt jedenfalls die Bestimmung des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG nicht. Dies verbietet bereits die uneingeschränkte Steuersubjektivität der Körperschaft, die in klarem Gegensatz zur transparenten Besteuerungskonzeption dieser Norm steht. Das Trennungsprinzip gibt insoweit vor, dass sowohl die Körperschaft als auch der Gesellschafter Steuersubjekte sind und damit jeweils für sich in Ansehung der Einkünftequalifikation gewürdigt werden müssen. Es kommt auch steuerlich zur Trennung von Verband und Mitglied. Das Trennungsprinzip bewirkt folgerichtig, dass die wirtschaftliche Betätigung der Kapitalgesellschaft und auch das Gesellschaftsbetriebsvermögen dem Gesellschafter steuerlich nicht (anteilig) zugerechnet werden. Es schirmt den Gesellschafter damit von der originär gewerblichen Tätigkeit der Gesellschaft ab. Diese Erkenntnis, an deren Richtigkeit wir hier auch keine Zweifel hegen wollen, würde für sich betrachtet gewiss nicht ausschließen, auf der Ebene des Gesellschafters die Vorschrift des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG zu bemühen und die Frage nach einem „Unternehmer hinter dem Unternehmen“ zu stellen. Die Einkünftequalifikation nimmt allerdings ihren Ausgang nicht beim Typus des Unternehmers, sondern im normativen Umfeld der Überschusseinkünfte, in die die Gewinnanteile aus Kapitalgesellschaftsbeteiligungen eingebettet zu sein scheinen. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG können wir entnehmen, dass der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft mit seinen Dividenden und Gewinnausschüttungen Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt. Ferner bestimmt § 17 Abs. 1 EStG, dass der Gewinn aufgrund der Veräußerung einer früher sog. wesentlichen Kapitalgesellschaftsbeteiligung in Abweichung von § 20 Abs. 2 EStG ein solcher aus Gewerbebetrieb ist. Nachdem die wesentliche Beteiligung ursprünglich mit 25 v.H. definiert worden war, reicht derzeit eine Beteiligungsquote von 1 v.H. aus. Diese Normen zwingen wegen ihrer Existenz zu dem Rückschluss, dass allein die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft den Anteilseigner noch nicht zum Unternehmer im steuerlichen Sinne macht, sondern vielmehr vermögensverwaltender Natur ist. Denn sowohl § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG als auch § 17 EStG würden über keinen Anwendungsbereich verfügen, wenn jedes Mitglied einer werbenden juristischen Person dem Typus „Unternehmer“ bzw. dem Untertypus „Kapitalbeteiligungsunternehmer“ zugeordnet werden könnte. Überdies sichert auch die Entstehungsgeschichte des § 30 Abs. 3 EStG 1925 – der Vorgängerregelung des § 17 EStG – dieses systematische Argument ab, sah sich der damalige Gesetzgeber nämlich wegen der steuerrechtlichen Verschiedenheit aber gleichwohl wirtschaftlichen Vergleichbarkeit von bestimmten Kapitalgesellschaftsbeteiligungen mit Anteilen an Personengesellschaften zu einer gesetzlichen Gleichstellung veranlasst.¹⁴

b) *Zur (eingeschränkten) Aussagekraft der §§ 20 Abs. 1 Nr. 1; 17 Abs. 1 EStG gegen eine originär unternehmerische Qualität der Verbandsmitgliedschaft*

Über diese Vorgabe und damit typenbeeinflussende Vorstellung des Gesetzgebers kann sich der Rechtsanwender nicht hinwegsetzen. Die herrschende Auffassung

¹⁴ RT-Drs. III/795, 55 (zu § 30 EStG).

scheint hierin sogar eine derart weitgehende und auch abschließende Zuordnungsentscheidung zugunsten der Vermögensverwaltung zu erblicken, dass die Mitgliedschaft an einer Kapitalgesellschaft so gut wie niemals aus sich heraus – d. h. vorbehaltlich der bereits dargestellten bilanzrechtlichen Zurechnung – als unternehmerisch gewürdigt wird. Die bereits in der zeitgenössischen Literatur formulierte Aussage „die juristische Person sei Unternehmerin und zwar nur sie“¹⁵ wurde im Grunde bis heute eigentlich nicht hinterfragt. Sowohl Rechtswissenschaft als auch Rechtspraxis scheinen sich an dieser These selbst in ihrer Absolutheit nicht zu stören. Richtig ist zumindest, dass sich der Gesetzgeber bei der ertragsteuerlichen Erfassung der verschiedenen Gesellschaftertypen des Zivilrechts in seinen materiellen Wertungen durchaus indifferent verhalten dürfte, wenn er es denn wollte.

Weder die §§ 20 Abs. 1, 17 Abs. 1 EStG noch die Entstehungsgeschichte stützen indes einen derartigen Absolutismus. Wenngleich die Wurzeln des Einkünfte dualismus weiter zurückreichen,¹⁶ kann hier insbesondere die amtliche Begründung zum Einkommensteuergesetz v. 23. 4. 1925 angeführt werden. Der Gesetzgeber des Jahres 1925 setzte den Einkünften aus einer „selbständigen Erwerbs- und Berufstätigkeit“, denen „gemein [sei], dass von der Art, wie sie ihren Betrieb oder Beruf führen, ihr Einkommen im wesentlichen abhängt und dass sie demgemäß von dem Auf und Ab der Wirtschaft viel stärker betroffen sind [...]“¹⁷ bewusst die Einkünfte aus einer „begrenzten Verwaltungstätigkeit aus Vermögen“¹⁸ gegenüber. Diese Unterscheidung mag zwar auch dem bereits im Zusammenhang mit den Vorgängervorschriften geltend gemachten Pragmatismus bezüglich der Einkünftermittlung und der Frage nach der Zwangsläufigkeit von Betriebsvermögen geschuldet gewesen sein.¹⁹ Die als Gegensatz begriffenen „Hauptgruppen“ deuten aber zugleich auch einen prägenden Differenzierungsgrund an, den man mit *Paul Kirchhof* als die „Intensität der Vermögensnutzung“ bezeichnen kann.²⁰ Mit dem Bild von der „begrenzten Verwaltung von Vermögen“ charakterisierte der Gesetzgeber des Jahres 1925 insoweit anschaulich den reduzierten Intensitätsgrad, der das Verwalten von Vermögen, soweit es auf die Überlassung von Grund- und Geldkapital beschränkt ist, in seinem tendenziell eher passiven Handlungstypus von der aktiven, berufsmäßigen Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr abhebt.²¹ Unter diesem Blickwinkel scheinen der Katalog des § 37 Abs. 1 EStG 1926 und nunmehr derjenige des § 20 Abs. 1 EStG zumindest in sich schlüssig. Wenn der Gesetzgeber dem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, der seine „Gegenleistung“ für die Kapitalüberlassung im weitesten Sinne aus den vermögensrechtlichen Elementen der Mitgliedschaft schöpft (vgl. § 58 Abs. 4 AktG und § 29 Abs. 1 GmbHG), mit dem typischen stillen Gesellschafter (Nr. 4), dem Gläubiger von

¹⁵ *Strutz*, Handbuch des Reichssteuergesetzes, 3. Aufl. 1927, 336.

¹⁶ Eingehend *Söhn*, DSStJG 30 (2007), 13, 15 ff.

¹⁷ RT-Drs. III/795, 40 (zu § 7 EStG).

¹⁸ RT-Drs. III/795, 41 (zu § 7 EStG).

¹⁹ Siehe nur *Schneider*, Der Tatbestand der privaten Vermögensverwaltung im Einkommensteuerrecht, 1995, 31 ff.; *Söhn*, DSStJG 30 (2007), 13, 15 ff.

²⁰ *Kirchhof*, in: *Kirchhof/Söhn*, aaO Fn. 9, § 2 Rn. B 89 (April 1992); *Wittmann*, StuW 1993, 35, 39.

²¹ Überzeugend *Schneider*, aaO Fn. 19, 37.

Darlehen, Grundpfandrechten und Diskonten (Nr. 5, 7 u. 8) und dem Berechtigten aus Lebensversicherungen (Nr. 5) gleichstellt, kann die gesetzliche Vorgabe für die typologische Einordnung damit doch nur soweit reichen, wie sich der Anteilseigner nicht wesentlich anders verhält als die vorgenannten Kapitalgläubiger. Würdigt man die §§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, 17 Abs. 1 EStG in diesem Kontext, bleibt der methodische Rückschluss aus dem objektiven Tatbestand der Einkünfte aus Kapitalvermögen letztlich auf die Aussage beschränkt, dass allein das Innehaben einer Kapitalgesellschaftsbeteiligung noch keine unternehmerische Beteiligungstätigkeit begründet. § 17 EStG konkretisiert dies im Folgenden noch dahingehend, dass auch ein bestimmtes Anteilsquorum allein noch nicht ausreichend ist, um eine unternehmerische Betätigung zu begründen. Insoweit wird man wohl die ursprüngliche Beteiligungsgrenze von 25 v.H. als maßgeblich ansehen müssen. Der Gesetzgeber grenzt seine Vorstellung mithin ausschließlich negativ ab, formuliert aber mitnichten den Typus positiv und vor allem nicht abschließend. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG ist damit im Prozess der Typuzuordnung in der Regel das erste, aber gewiss nicht das letzte Wort.

c) Das persönliche unternehmerische Engagement des Verbandsmitglieds als entscheidendes Kriterium der Einkünftequalifizierung

Ist damit nicht mehr gewonnen als die Erkenntnis, dass jedenfalls allein eine Beteiligung von 25 v.H. an einer Kapitalgesellschaft ohne das Hinzutreten weiterer Umstände noch keine originär unternehmerische Beteiligung begründet, konzentriert sich die Frage im nächsten Schritt darauf, was der Mitgliedschaft nun den unternehmerischen Charakter verleiht. Es geht darum, dasjenige rechtstatsächliche Element zu identifizieren, das den Kapitalgesellschaftsgesellschafter mit Blick auf den Gesamtkatalog des § 20 Abs. 1 EStG derart in einem anderen Licht erscheinen lässt, dass die Gleichstellung mit den Gläubigern von Darlehen, Lebensversicherungen und Spareinlagen nicht mehr begründbar ist.

Die Beantwortung dieser Frage muss unseres Erachtens im Ursprung jeder Unternehmung beginnen. Wir haben bereits eingangs festgehalten, dass die Bildung und Betätigung einer juristischen Person letztlich immer auf das Streben nach Gewinn, Anerkennung und Selbstverwirklichung einzelner Menschen zurückzuführen ist. Die Ausprägung dieses Strebens entscheidet immer über die Qualität des unternehmerischen Elements. Seinen Ausdruck findet dies in den überwiegenden Fällen im persönlichen unternehmerischen Engagement des Gesellschafters. Hierdurch zeigt der Gesellschafter, ob er sein Geld allein durch fremde Hände arbeiten lassen will (= verwalten) oder ob er selbst seine Vorstellungen in Ansehung des operativen Geschäftes einzubringen vermag (= wirtschaften). Es geht um den Gegensatz zwischen der bloßen „Teilhabe“ am Erfolg bzw. Misserfolg der Unternehmung auf der einen Seite und der „Gestaltung“ dieses Erfolges bzw. Misserfolges auf der anderen Seite. Die bereits zuvor zitierte amtliche Begründung bezeichnet dies als die Abhängigkeit des wirtschaftlichen Erfolges von der Art und Weise der Betriebsführung.²² Es gibt diese Fälle zu genüge, in denen der Kapitalgesell-

²² RT-Drs. III/795, 40 (zu § 7 EStG).

schaftsmantel nur zivilrechtlich eine Haftungsabschirmung bewirkt, der hinter der juristischen Person stehende Gesellschafter aber selbst die der Kapitalgesellschaft zurechenbare Tätigkeit entscheidend prägt. Wer der Geschäftstätigkeit der Kapitalgesellschaft „seinen“ individuellen Stempel aufdrückt, verwaltet das überlassene Kapital nicht lediglich. Er lässt nicht wirtschaften, sondern er wirtschaftet und verwirklicht sich selbst. Die unternehmerische Qualität der Mitgliedschaft korrespondiert unseres Erachtens daher letztlich mit der aufgrund der Einflussnahme auf die Geschäftspolitik einhergehenden persönlichen – nicht zwingend juristischen – Verantwortung für das Wohl und Wehe des Verbandes.

Die Ausprägung dieses unternehmerischen Engagements im Einzelfall ist zum einen die Tatfrage nach der „Unternehmerpersönlichkeit“ des Gesellschafters. Zum anderen hängt sie aber auch maßgeblich von der Satzung und den (zwingenden) Vorschriften des jeweiligen Organisationsrechts ab. Hier macht sich im Besonderen bemerkbar, welcher rechtlichen Organisationsform sich die Gesellschafter bedienen. Der insbesondere im Innenverhältnis weitgehend dispositive Charakter des GmbH-Rechts erlaubt den Gesellschaftern eine starke Akzentuierung personalistischer Elemente, erlaubt Ausgestaltungen nach Art einer „KG mit allseits beschränkter Haftung“ und darüber hinaus selbst solche, die der GmbH-Beteiligung praktisch alle Merkmale – mit Ausnahme der Haftung – des OHG-Gesellschafters bzw. – in der Einmann-GmbH – des Einzelkaufmanns verleihen.²³ Der jüngst verstorbene *Werner Flume* formulierte diese Erkenntnis überzeugend dahingehend, dass man die GmbH materiell als Personengesellschaft bezeichnen könne, die nur um der Haftungsbeschränkung willen als juristische Person verfasst ist.²⁴ Obgleich es den Gesellschaftern unbenommen ist, auch einen kapitalistisch geprägten GmbH-Typ zu errichten, überwiegen in der Rechtswirklichkeit gerade diese personalistischen GmbH-Typen. Unzählige GmbH-Gesellschafter verstehen „ihre“ Kapitalgesellschaft lediglich als haftungsbegrenzendes Vehikel zur freien Entfaltung ihrer eigenen unternehmerischen Persönlichkeit. Anders verhält es sich wiederum im Recht der Aktiengesellschaft. Das gesetzliche Leitbild ist die Publikums-Aktiengesellschaft. Wesensmerkmal ist eine ausgeprägte Verselbständigung des Unternehmens gegenüber den Anteilseignern;²⁵ mithin eine Distanz zwischen Finanziers und Entscheidungsträgern. Der Vorstand führt die Geschäfte in eigener Verantwortung (vgl. § 76 AktG). Er unterliegt keinen Weisungen. Die Hauptversammlung hat in Angelegenheiten der Geschäftsführung keine eigene Kompetenz (§ 119 Abs. 2 AktG). Entsprechendes gilt für den Aufsichtsrat (§ 111 Abs. 4 AktG). Eine Einflussnahme der Anteilseigner auf die gewöhnliche Geschäftspolitik und die Zusammensetzung des Vorstands ist nur mittelbar in der Hauptversammlung durch die Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder möglich. Diese Kompetenzverteilung ist zwingend²⁶ und prägt damit zugleich das Selbstverständnis des typischen Aktionärs als bloßen Kapitalgeber.

²³ Roth, in: Altmeppen/Roth, GmbHG, 6. Aufl. 2009, Einl. Rn. 2.

²⁴ Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Die juristische Person, 1983, 61 f.

²⁵ Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, 770 (§ 26 III 1 a).

²⁶ Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 119 Rn. 1.

Diese Bandbreite an rechtstatsächlich anzutreffenden „Gesellschaftertypen“ zeigt nochmals deutlich, dass § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG keinen abschließenden Charakter für sich in Anspruch nehmen kann und nur dann zurücktritt, wenn die Kapitalgesellschaftsanteile in einem bestimmten Förderzusammenhang zu einer anderweitig als unternehmerisch qualifizierten Tätigkeit stehen. Es käme anderenfalls zu einer Qualifizierung aller GmbH-Gesellschafter als „Kapitalanleger kraft Rechtsform“. Eine solche formalistische Zuordnungsentscheidung ist einem auf Einkunftsbildern aufbauenden und auf Typusbegriffe vertrauenden Einkommensteuerrecht indes fremd. Warum sollte sich die einkommensteuerrechtliche Einkünftezuordnung diesen empirisch belegbaren Gesellschaftertypen auch verschließen? Wir haben bereits oben dargelegt, dass der Einkünftepluralismus und namentlich die §§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 17 Abs. 1 EStG dieser Anerkennung nicht entgegenstehen können, da sie nur eine sachlich begrenzte Negativaussage formulieren. Der Gesetzgeber hat den vermögensverwaltenden Kapitalanleger „nur“ bis zu einem bestimmten Grad vertypt. Außerhalb dieser zwingenden gesetzlichen Vorgabe ist der Rechtsanwender gezwungen, die Einkünfte nach den allgemeinen Grundsätzen abzugrenzen. Er muss sich mit dem konkurrierenden Typus des Unternehmers auseinandersetzen und dabei das unternehmerische Engagement des jeweiligen Kapitalgesellschafters als maßgebliches Kriterium würdigen. Damit ist folgerichtig auch die originär unternehmerische Mitgliedschaft in einer Kapitalgesellschaft, also der Unternehmer hinter dem sich unternehmerisch betätigenden Verband, anzuerkennen. Das unternehmerische Element rechtfertigt also nicht bloß die Vorschrift des § 17 EStG als Veräußerungstatbestand für Privatvermögen,²⁷ sondern ist vielmehr der tragende Grund für eine von § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG abweichende Typuzuordnung in Richtung unternehmerische Gewinneinkünfte und begründet sogar eine eigene betriebliche Sphäre. § 17 EStG wird in Anbetracht seines Gleichstellungsanliegens damit noch weitergehend zum Reservetatbestand.

III. Erscheinungsformen unternehmerischer Kapitalgesellschaftsbeteiligungen

Wir haben mit dem unternehmerischen Engagement das entscheidende Kriterium abgesteckt. Nachfolgend soll diese Erkenntnis ihre Anwendung erfahren, wobei wir zugleich aufzeigen werden, dass die Identifizierung des unternehmerischen Engagements nicht selten auch eine Frage der Abgrenzung und Zurechnung in Ansehung des maßgeblichen Sachverhaltes ist.

²⁷ So eine verbreitete Lehrmeinung als die Beteiligungsgrenze noch 25% betrug, siehe *Jakob*, Festschrift L. Schmidt, 115, 118: § 17 EStG rechtfertigt sich daraus, dass es bei solchen Beteiligungen nämlich nicht mehr allein darum gehe, Entgelte zu vereinnahmen, sondern Einfluss auf die Gewinnverwendungs- und Unternehmenspolitik zu nehmen und ähnlich wie ein Mitunternehmer durch die Hülle der juristischen Person hindurchzuagieren; ähnlich *Jachmann*, Steuergesetzgebung, 131; *Schneider*, in: Kirchhof/Söhn, aaO Fn. 9, § 17 Rn. A 530 f.

1. Beteiligungen als Gesellschafter-Geschäftsführer

Widmen wir uns an erster Stelle dem Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH. Die herrschende Auffassung differenziert zwischen Organstellung und Mitgliedschaft. Die Tätigkeit als Geschäftsführer der Kapitalgesellschaft wird einer isolierten steuerrechtlichen Würdigung unterzogen und sodann undifferenziert dem § 19 EStG zugeschlagen. Die mitgliedschaftliche Betätigung wiederum wird stets als solche eines Kapitalanlegers i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG qualifiziert. Allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Vermögensmehrung durch An- und Verkauf von Kapitalgesellschaftsanteilen in Abgrenzung zur Fruchtziehung diskutieren Wissenschaft und Praxis hier eine unternehmerische Qualität. Außerhalb dieser Fallgruppe scheint hingegen Einhelligkeit zu herrschen. Es wird noch nicht einmal im Ausgangspunkt kritisch hinterfragt, ob es richtig sein kann, dass beispielsweise der Gesellschafter-Geschäftsführer der sog. Einmann-GmbH oder seit dem 1. 11. 2008 der sog. „Unternehmergesellschaft“ (vgl. 5a GmbHG) – eine juristische Person, die in Ermangelung von jedweden Kapital vollständig vielfach auf die persönliche Arbeitsleistung des Gesellschafters angewiesen ist – immer Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt. Die Tatsache, dass er – innerhalb der ihm durch das zwingende GmbH-Recht gesetzten Grenzen – in „seiner“ Gesellschaft schalten und walten kann, wie es ihm beliebt, spielt hier offensichtlich keine Rolle.

Dabei ist es im Ausgangspunkt schon äußerst fragwürdig, ob die Geschäftsführertätigkeit zwingend nichtselbständig i.S.v. § 19 EStG ausgeübt wird. Wenn die Arbeitnehmereigenschaft gemeinhin damit begründet wird, dass das Organ den Weisungen der Anteilseigner oder gegebenenfalls bestehender Aufsichtsorgane unterliegt und grundsätzlich in den wirtschaftlichen Organismus eingegliedert ist,²⁸ rechtfertigt dies nur beim Fremdgeschäftsführer eine zweifelsfreie Zuordnung zum Typus des steuerlichen Arbeitnehmers. Ohne jede Differenzierung erkennen die Rechtsprechung und die ihr folgende herrschende Auffassung indes grundsätzlich jedes Dienstverhältnis zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer und der Kapitalgesellschaft als nichtselbständig an und dies selbst bei der sog. Einmann-GmbH.²⁹ Der Geschäftsführertätigkeit sei die Eingliederung immanent.³⁰ Wegen dieses Dogmas von der nichtselbständigen Organstellung verzichtet die herrschende Auffassung letztlich auf die Begründung der typologischen Zuordnung im Einzelfall. Nachdem sich die höchstrichterliche Rechtsprechung zumindest im Umsatzsteuerrecht jüngst von der Vorstellung gelöst hat, die Organstellung stünde einer selbständigen Tätigkeit zwingend entgegen und infolgedessen die Unternehmereigenschaft nunmehr i.S.v. § 2 UStG anhand aller Umstände des Einzelfalls gewürdigt wissen will,³¹ hat das Finanzgericht Hamburg diese Erkenntnis nunmehr

²⁸ BFH v. 11. 3. 1960, VI 172/58 U, BStBl. III 1960, 214; v. 2. 10. 1968, VI R 25/68, BStBl. II 1969, 185.

²⁹ BFH v. 26. 6. 1970, VI R 193/67, BStBl. II 1970, 824.

³⁰ So *Giloy*, in: Kirchhof/Söhn, aaO Fn. 9, § 19 Rn. B 43 (Nov. 1995).

³¹ BFH v. 6. 6. 2002, V R 43/01, BStBl. II 2003, 36; v. 10. 3. 2005, V R 29/03, BStBl. II 2005, 730; siehe ferner *Küffner/Zugmaier*, DStR 2007, 1241; *Titgemeyer*, BB 2007, 189 m.w.N.

zu Recht auf das Ertragsteuerrecht übertragen.³² Wer hiernach im Einzelfall die Tätigkeit des Geschäftsführers in Abkehr von dem Dogma der nichtselbständigen Organstellung den Gewinneinkünften zuordnet, wird konsequenterweise sodann auch die Kapitalgesellschaftsanteile, die ein solcher Geschäftsführer innehat, zu Betriebsvermögen deklarieren müssen. Der erforderliche Förderzusammenhang folgt bereits daraus, dass die Mitgliedschaftsrechte einen weitergehenden Einfluss auf die Gesellschaft vermitteln und damit die Grundlage der selbständigen Geschäftsführertätigkeit sichern. Im Ergebnis verschmelzen damit die Tätigkeit als Geschäftsführer und die Mitgliedschaft in einer einheitlichen betrieblichen Sphäre.

Das Ergebnis ist richtig. Der vorgenannte Weg verschleiert jedoch Ursache und Wirkung. Wer die Kapitalgesellschaftsbeteiligung der betrieblichen Sphäre nur aufgrund einer bilanzrechtlichen Zurechnungsregel und damit letztlich im Nachgang zur Einkünftequalifikation zurechnet, verkennt, dass es vielmehr die Mitgliedschaft ist, die im Einzelfall das prägende unternehmerische Element vermittelt und damit die Qualifikationsfrage aus sich selbst heraus bestimmt. Neben der Abkehr vom Dogma der nichtselbständigen Organstellung muss man sich nämlich ferner von der ebenso verbreiteten (Fehl-)Vorstellung lösen, die geschäftsführende Tätigkeit und die Mitgliedschaft müssten zwingend isoliert gewürdigt werden. Im Ausgangspunkt ist es zwar zutreffend, dass ein steuerrechtlich relevanter Sachverhalt zum Zwecke der Einkünftequalifikation so weit zu zerlegen ist, wie dies möglich und notwendig ist³³ (sog. „Primat der weitestgehenden Trennung vor der Einheitsbeurteilung“³⁴). Die Zergliederung eines Sachverhaltes findet ihre Grenze indes ebenso anerkanntermaßen dort, wo sich verschiedene Tätigkeiten des Steuerpflichtigen gegenseitig bedingen und derart miteinander verflochten sind, dass die Gesamttätigkeit nach der Verkehrsanschauung als eine einheitliche angesehen werden muss.³⁵ Soweit es möglich ist, sollen „nur“ diejenigen Tätigkeiten getrennt beurteilt werden, welche auch die Verkehrsauffassung als unterschiedliche Typen begreift. Es darf nicht dazu kommen, dass künstliche Ausschnitte eines Sachverhaltes gebildet werden, welche die tradierten Einkunftsbilder verfehlen. Diese Künstlichkeit drängt sich jedoch auf, wenn die herrschende Auffassung mit ihrer scheinweisen Betrachtung ohne Rücksicht auf den Einzelfall die Tätigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers in Organstellung und Mitgliedschaft zerlegt. Es ist gerade mit Blick auf die alleinigen und beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer gar nicht möglich, danach zu differenzieren, in welcher Funktion ein und dieselbe Person das Tagesgeschäft plant, vorbereitet, überwacht und abwickelt, die Grundsätze der Geschäftspolitik definiert und diese mit Verbindlichkeit vorgibt, die

³² FG Hamburg v. 10. 11. 2006, 1 K 15/06, EFG 2007, 766 f., das im Ergebnis allerdings die Arbeitnehmer-Eigenschaft des Gesellschafters/Geschäftsführers für den Einzelfall bejaht hat; ebenso nun auf die Revision beim BFH v. 23. 4. 2009 – VI R 81/06, BFHE 225, 33 ff., DStR 2009, 1355 ff., der aber wieder in die alte Organtheorie zurückverfällt.

³³ BFH v. 21. 12. 1976, VIII R 27/72, BStBl. II 1977, 244, 245; *Rose*, DB 1980, 2464, 2465; *Schick*, Die freien Berufe im Steuerrecht, 1973, 101; *Zugmaier*, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG, § 2 Rn. 92.

³⁴ Vgl. *Zugmaier*, Einkünftequalifikation im Einkommensteuerrecht, 59 ff.

³⁵ BFH v. 21. 12. 1976, VIII R 27/72, BStBl. II 1977, 244, 245; v. 21. 4. 1994, IV R 99/93, BStBl. II 1994, 650, 652.

Gesellschaft nach seinen Vorstellungen im Markt positioniert sowie langfristige Strategien hierzu entwickelt. In tatsächlicher Hinsicht ist es das nicht aufspaltbare unternehmerische Streben, die unternehmerische Entfaltungsfreiheit, die diese Personen antreibt und zum persönlichen Engagement motiviert. Die persönliche Verantwortung für das Unternehmen, verstanden als die Rückführbarkeit der Geschäftstätigkeit auf den Gesellschafter, bildet vielmehr ein Bindeglied zwischen den formal verschiedenen Rechtsstellungen. Die Einflussnahme solcher Gesellschafter-Geschäftsführer auf die Tätigkeit der Kapitalgesellschaft kann in vielen Fällen nicht formal juristisch entweder der Mitgliedschaft oder der Organfunktion zugerechnet werden. Liegt ein solcher Fall vor, in welchem die unternehmerische Entfaltung im Sinne eines persönlichen Engagements des Gesellschafter-Geschäftsführers zu einer einheitlich zu beurteilenden Verantwortung für das Unternehmen zwingt, muss diese Tätigkeit sodann auch steuerrechtlich in ihrer Gesamtheit gewürdigt und einheitlich derjenigen Einkunftsart zugeordnet werden, deren Typus sie am weitestgehenden entspricht.³⁶ Es besteht folgerichtig eine Wechselwirkung zwischen der Trennbarkeit der Funktionen einerseits und dem unternehmerischen Element andererseits.

Für die Typuzuordnung kann daher richtigerweise nicht nur die Mitgliedschaft, sondern im Einzelfall auch das gesamte hiermit in einem untrennbaren Zusammenhang stehende Verhalten des Steuerpflichtigen zu würdigen sein. Die sog. Einmann-GmbH zeigt dies äußerst anschaulich. Wir haben an anderer Stelle bereits festgestellt, dass sich die Kooperationsverfassung ohne weiteres personalistisch prägen lässt und das Gesellschaftsrecht auch im Übrigen einer Machtkonzentration in einer einzigen Hand nicht entgegensteht. Der alleinige Gesellschafter-Geschäftsführer entbindet sich praktisch von jeder Binnenverpflichtung und kann sprichwörtlich schalten und walten, wie es ihm beliebt. Erst das Interesse der Gläubiger an der Erhaltung des Stammkapitals und an der Beachtung der Insolvenzantragspflicht setzen ihm rechtliche Grenzen. Die Tätigkeit der Kapitalgesellschaft am Markt ist daher i. d. R. auf den Gesellschafter-Geschäftsführer im Sinne einer persönlichen Prägung der Geschäftstätigkeit rückführbar. Ohne sein Streben nach Gewinn, seine Risikobereitschaft, sein persönliches Engagement wäre der Erfolg bzw. Misserfolg der Kapitalgesellschaft gar nicht denkbar. Dies gilt umso mehr, als der Unternehmensgegenstand weniger auf dem Einsatz von Kapital als den persönlichen Fähigkeiten dieser Person aufbaut. Als anschauliches Beispiel mag hier ein Unternehmensberater dienen, der ohne jedes Kapital eine sog. Unternehmersgesellschaft in Gemäßheit des § 5a GmbHG gründet. Sein persönliches Engagement und fachliches Know-How stellen letztlich die wesentliche – wenn nicht sogar einzige – Betriebsgrundlage der Kapitalgesellschaft dar. Hier die „Verwaltung“ eines einzigen Euros als Stammkapital zum entscheidenden Kriterium der Einkünftequalifikation zu machen, um die Anwendung des § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG durchzusetzen, wird den Einkunftsbildern des Einkommensteuerrechts in keiner Weise

gerecht; eine solche Rechtsanwendung hätte den Bezug zur Rechtswirklichkeit verloren.

Die vorstehenden Ausführungen zur einheitlichen Betrachtung von Organstellung und Mitgliedschaft dürfen freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass das entscheidende unternehmerische Element auch allein durch die Mitgliedschaft verwirklicht werden kann. Eine originär unternehmerische Kapitalgesellschaftsbeteiligung setzt nicht zwingend voraus, dass der Gesellschafter eine Organstellung innehaben muss. Es liegt im Wesen der GmbH, dass die Gesellschafter ihren Willen bezüglich der Geschäftstätigkeit auch über ihre gesellschaftsrechtliche Stellung unmittelbar durchsetzen können. Sofern weder der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung enthält noch die Bestimmungen über die unternehmerische Mitbestimmung Anwendung finden, kann die Gesellschafterversammlung nach freiem Belieben über die Person des Geschäftsführers, seine Bestellung und – ohne eines rechtfertigenden Grundes hierfür zu bedürfen³⁷ – seine Abberufung bestimmen. Der Geschäftsführer ist gegenüber der Gesellschaftsversammlung weisungsgebunden. Dies kann (theoretisch) so weit gehen, dass die Gesellschafter alle Geschäftsführungsentscheidungen treffen und den Geschäftsführer zum reinen Ausführungsorgan degradieren.³⁸ Ein Kapitalgesellschaftsgesellschafter kann der Tätigkeit „seiner“ GmbH daher durchaus auch im Falle der Fremdgeschäftsführung ohne Weiteres seinen Stempel aufsetzen. Existieren mehrere Gesellschafter, muss man sich allerdings entscheiden, welche Intensität an unternehmerischem Engagement man ausreichen lassen will. Damit untrennbar verbunden ist die weitere Frage, ob bereits die abstrakte Einflussnahmemöglichkeit, die durch eine bestimmte Beteiligungsquote gesichert wird, ausreichend sein kann. Für den Außenstehenden ist es insbesondere bei Mehrpersonen-Sachverhalten im Einzelfall schwierig, die „treibende unternehmerische Kraft“ in persönlicher Hinsicht eindeutig zu identifizieren. Insoweit dürfte den Beteiligungsquoten ein nicht unerheblicher Indizwert zukommen. Die vom Gesetzgeber vormals in § 17 EStG formulierte 25%ige Beteiligungsgrenze erschien diesbezüglich durchaus geeignet, das unternehmerische Element zu konkretisieren. Allerdings vermittelt auch nicht jede Mehrheitsmacht eine unternehmerische Beteiligung. Genauso wenig schließt wiederum eine geringe Beteiligung selbstverständlich eine Unternehmerstellung aus, wenn das tatsächliche „Können“ über das rechtliche „Dürfen“ hinausgeht und der Gesellschafter über seine Mitgliedschaft trotz „kleiner“ Beteiligung die Geschicke der Gesellschaft lenkt.

Die gesellschaftsrechtliche Ausgangslage und die in der Regel anzutreffende Rechtswirklichkeit für die Aktiengesellschaft stehen hingegen unter entgegengesetzten Vorzeichen. Die gewollte Distanz zwischen Anteilseigner und Leitungsorgan beeinflusst maßgeblich auch die steuerrechtliche Einkünftequalifikation. Wir haben an anderer Stelle bereits gesehen, dass das Mitglied allenfalls über die Haupt-

³⁷ Allg. Auffassung, vgl. nur *Schneider*, in: *Scholz, GmbHG*, 10. Aufl. 2006, § 38 Rn. 15a f.

³⁶ Vgl. BFH v. 16. 11. 1978, IV R 191/74, BStBl. II 1979, 246; *Zugmaier*, in: *Hermann/Heuer/Raupach*, aaO Fn. 10, § 2 Rn. 92 a.E.

³⁸ *Kleindieck*, in *Lutter/Hommelhoff, GmbH*, 17. Aufl. 2009, § 37 Rn. 1; *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen*, aaO Fn. 23, § 37 Rn. 4 („Vertretungsmarionette“); *Schneider*, in: *Scholz*, aaO Fn. 37, § 37 Rn. 30 ff.; zurückhaltend *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 18. Aufl. 2006, § 37 Rn. 19.

versammlung grundlegende Entscheidungen mitbestimmen kann und im Übrigen nur mittelbar, nämlich über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern, den Vorstand hinsichtlich seiner personellen Zusammensetzung und hierdurch wiederum die Geschäftspolitik beeinflussen kann. Je heterogener und vielzähliger der Aktionärskreis ist, umso geringer werden sodann allerdings auch die Möglichkeiten der mittelbaren Einflussnahme. Dies gilt ferner, wenn die Vorschriften über die unternehmerische Mitbestimmung eingreifen. Seine Position vermag ein Mehrheitsaktionär zwar gegebenenfalls durch Mehrstimmrechte u.Ä sowie Entsenderechte in Ansehung des Aufsichtsrates zu stärken. Die grundlegende Kompetenzverteilung kann er jedoch nicht außer Kraft setzen. Wer die Rechtsform der Aktiengesellschaft wählt, will in der Regel nicht selbst wirtschaften, sondern sein Kapital nur verwalten (lassen). Allerdings gilt auch hier, dass die rechtliche Ausgangslage nicht zwingend die tatsächliche Einflussnahme eines Aktionärs auf das Tagesgeschäft und die Geschäftspolitik im Allgemeinen abbilden muss. Insoweit mögen wir uns den Alleinaktionär vor Augen halten. Ferner gibt es auch einige Familien- und Einmann-Aktiengesellschaften, auf die dies womöglich nicht minder zutrifft.

2. Sogenannte Private Equity-Beteiligungen

In diesem Zusammenhang müssen wir sodann konsequenterweise auch den Blick auf diejenigen Fälle wenden, in denen die Anteilseigner wiederum selbst eine gewisse Organisation aufweisen. Dies kann von der gemeinsamen Interessenwahrnehmung auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage und ohne die Bildung von Gesamthandsvermögen bis hin zu den gängigen Erscheinungsformen des sog. „Private-Equity“ in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft reichen. Insbesondere bei letzterem fungiert eine von wenigen Personen gelenkte Gesamthand (= der Fonds) als Bindeglied zwischen den Kapitalanlegern einerseits und dem finanzierten Unternehmen andererseits.³⁹ Die Erscheinungsformen und Strategien variieren. Gemein sein dürfte ihnen allerdings das Streben nach einer Maximierung des Beteiligungswertes. Hierzu bedienen sich die Investoren verschiedener „Werthebel“, die teils beeinflussbar sind, aber teils auch exogenen Faktoren unterliegen.⁴⁰ Unternehmen werden zu dem Zweck übernommen, durch konkrete Einflussnahme den Umsatz und die Ertragskraft zu steigern, die Kapitalkosten zu senken und das Unternehmen nachhaltig in attraktiven Marktsegmenten zu positionieren. Der Ausstieg erfolgt über den Börsengang oder aber den Weiterverkauf an andere Investoren. Im Vordergrund steht die Realisierung eines meist selbst geschaffenen Mehrwertes, der in der Differenz zwischen Einkaufs- und Verkaufspreis zum Ausdruck kommt. Es gilt das Prinzip „billig kaufen, teuer verkaufen“. Wenn wir an dieser Stelle die dem sog. „carried interest“ eigenen Probleme vernachlässigen, konzentrieren sich die Besteuerungsfragen im Zusammenhang mit „Private-Equity-Fonds“ in der Rechtsform von Personengesellschaften ebenfalls auf die hier

im Mittelpunkt stehende Frage nach der Abgrenzung von vermögensverwaltender Kapitalanlage und unternehmerischer Beteiligung. Denn ist die Tätigkeit der Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit „nur“ als Vermögensverwaltung zu qualifizieren, finden die angestrebten Veräußerungsgewinne ausschließlich in der Privatsphäre statt und waren damit bis zum 31.12.2008 nur ausnahmsweise nach Maßgabe der §§ 23 Abs. 1 Nr. 2, 17 Abs. 1 EStG steuerbar. Beides ließ sich jedoch vermeiden.⁴¹ Mit der erheblichen Ausweitung des § 20 Abs. 2 EStG haben sich jüngst zwar die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen grundlegend geändert; für die Frage der (uneingeschränkten) steuerlichen Verrechnbarkeit etwaiger Verluste ist die Abgrenzungsfrage allerdings nach wie vor akut.

Für die Praxis äußerte sich das BMF erstmals im Schreiben v. 16.12.2003⁴² zu den Voraussetzungen für die Anerkennung einer vermögensverwaltenden Tätigkeit eines Private-Equity-Fonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft. Als eines von mehreren Negativkriterien formulierte die Finanzverwaltung, dass sich die Fonds-Gesellschaft nicht aktiv am Management der Zielgesellschaft beteiligen dürfte.⁴³ Für sog. Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften im Sinne von §§ 1 f. WKBG⁴⁴ hat der Gesetzgeber in Anlehnung hieran die „Beratung der Zielgesellschaft“ als Ausschlusskriterium für die gemäß § 19 S. 1 WKBG ansonsten gewährte Fiktion der Vermögensverwaltung bestimmt.⁴⁵ Der Anwendungsbereich von § 19 WKBG ist freilich sehr begrenzt, können nämlich Wagniskapitalgesellschaften nur Gesellschaften sein, die in solche Zielgesellschaften investieren, die bei Erwerb über ein Eigenkapital von maximal 20 Mio. Euro verfügen, maximal zehn Jahre alt sind und während der Dauer des Haltens der Beteiligung keine Organträger i.S.v. § 14 KStG sind. § 19 WKBG bleibt damit eine eng begrenzte Bereichsausnahme. Die überwiegende Zahl der sog. „Private-Equity-Fonds“ muss sich daher nach wie vor der Abgrenzung nach den allgemeinen Kriterien stellen.

Die Finanzverwaltung hat insoweit mit der Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit der Zielgesellschaft das zutreffende Kriterium in den Vordergrund gestellt. Dies entspricht dem hier herausgearbeiteten Kriterium des „unternehmerischen Engagements“. Nimmt die Fonds-Gesellschaft über die Mitgliedschaft oder sonst auf schuldrechtlicher Grundlage dergestalt Einfluss auf die Zielgesellschaft, dass sie deren Geschäftspolitik und Unternehmensstruktur bestimmt, wenn nicht sogar nachhaltig prägt, kann daher je nach Intensität eine unternehmerische Kapitalgesellschaftsbeteiligung vorliegen. Zwar nutzt der überwiegende Teil der Fonds-Mitglieder die Beteiligung an der Zielgesellschaft nicht zur eigenen unternehmerischen Entfaltung. Dies wäre eine lebensfremde Vorstellung. Das Idealbild des GmbH-Gesellschafters verliert hier durchaus seine Anschaulichkeit. Der Gesamthand

⁴¹ Zur steuerlichen Behandlung von Private-Equity siehe nur *Sagasser/Schlösser*, in: *Assmann/Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 26 Rn. 358 ff.; *Watrin/Goksch*, DB 2002, 341.

⁴² BMF v. 16.12.2003, IV A 6 – S 2240 – 153/03, BStBl. I 2004, 40 ff.

⁴³ BMF v. 16.12.2003, IV A 6 – S 2240 – 153/03, BStBl. I 2004, 42 Rn. 16

⁴⁴ Gesetz v. 12.8.2008, BGBl. I 2008, 1672.

⁴⁵ Wobei allerdings – nicht nachvollziehbar – die Beratung durch eine 100%ige Tochterkapitalgesellschaft des Fonds wiederum unschädlich sein soll (siehe § 19 S. 4 WKBG).

³⁹ *Ernst*, BB 2005, 2213; *Fischer*, WM 2008, 857, 858.

⁴⁰ Siehe eingehend *Thum/Timmreck/Keul*, Private Equity, 2008, 95 ff.

ist es aber eigen, dass das unternehmerische Engagement einzelner Gesellschafter auch den übrigen Gesellschaftern zugerechnet werden muss. Die Gesellschafter wirklichen nämlich den Einkünftebestand in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.⁴⁶ Bedingt durch die Verbindung über den gemeinsamen Zweck ist es daher ausreichend, wenn der Gesamthand ein entsprechendes Verhalten der geschäftsführenden Gesellschafter zugerechnet werden kann, mag das einzelne Fondsmitglied auch noch so sehr in der Anonymität des Kapitalmarktes verschwinden.

Üben weder die Fondsgesellschaft noch deren Gesellschafter den entscheidenden unternehmerischen Einfluss auf die Zielgesellschaft selbst aus, sondern bedienen sie sich hierzu dritter Personen (sog. Inkubatoren), ist dies ebenfalls eine Frage der Zurechenbarkeit. Diese dürfte stets dann zu bejahen sein, wenn die Inkubatoren aufgrund einer auf die Fondsgesellschaft rückführbaren Veranlassung den besagten „Werthebel“ bei der Zielgesellschaft ansetzen.⁴⁷ Wenn nicht bereits schuld- und insbesondere gesellschaftsrechtliche oder personelle Verflechtungen existieren, dürfte hier im Übrigen dem Gesamtkonzept maßgebliche Bedeutung zu kommen.

Private-Equity-Engagements müssen indes nicht zwingend durch die Einflussnahme auf die Zielgesellschaft gekennzeichnet sein. Die Kurz- bis Mittelfristigkeit der Beteiligung kann für sie ebenso prägend sein. So bedarf es eines unternehmerischen Engagements gegebenenfalls gar nicht bzw. nur in geringem Umfang, wenn sich die Wertschöpfung durch andere Faktoren realisieren lässt. Die Finanzverwaltung hat daher mit dem weiteren Negativkriterium des kurzfristigen An- und Verkaufs verständlicherweise kumulativ die gängige Abgrenzung zwischen der privaten Wertpapierverwaltung und dem gewerblichen Wertpapierhändler vor Augen. Es ist in der Tat stets eine Frage des Einzelfalls, ob sich die Tätigkeit des Fonds nach den hier herausgestellten Kriterien aus sich heraus als unternehmerisch qualifizieren lässt oder ob sich die Abgrenzungsproblematik nicht allein auf die Unterscheidung zwischen der Umschichtung substantieller Vermögenswerte einerseits und der Fruchtziehung andererseits reduziert. Beide Aspekte sind ihrem Ansatz nach allerdings grundverschieden und dürften mit Blick auf die originäre unternehmerische Kapitalgesellschaftsbeteiligung nicht gleichgesetzt werden.

3. Beteiligungen als Wertpapierhandel

Dies zeigen die Fälle der sog. Wertpapierhändler anschaulich, zu denen wir abschließend noch überleiten wollen. Mit der hier diskutierten „originär“ unternehmerischen Kapitalgesellschaftsbeteiligung haben diese nichts gemein. Derjenige, der „professionell“ Wertpapiere an- und verkauft und deshalb die Schwelle zur Gewerblichkeit überschreitet,⁴⁸ ist kein unternehmerischer Kapitalgesellschaftsgesellschafter in unserem Sinne. Es fehlt an dem der Kapitalgesellschaftsbeteiligung selbst anhaftenden unternehmerischen Element. Unternehmerische Initiative und

Chancen im Hinblick auf das hingegebene Kapital werden überhaupt nicht angestrebt. Es geht nicht um die unternehmerische Entfaltung einer natürlichen Person im Gewande eines selbständigen Rechtsträgers. Dies gilt insbesondere auch in Ansehung der „angestrebten“ Wertsteigerung. Der Wertpapierhändler macht sich „nur“ einen Wertschöpfungsprozess zu eigen, den er selbst gar nicht beeinflussen will (und kann), den nämlich allein entweder das Unternehmen selbst, der anonyme Markt oder sonstige Umweltbedingungen zu verantworten haben. Das (verbriefte) Eigenkapital wird letztlich zur Handelsware degradiert. Wir befinden uns daher nicht in einer Typuzuordnung „aufgrund“ der Gesellschafterstellung. Zu dieser Zuordnungsentscheidung trägt die Stellung als Kapitalgesellschaftsgesellschafter nichts bei. Vielmehr muss das unternehmerische Element zur Begründung eines Wertpapierhandels allein aus der An- und Verkaufstätigkeit selbst hergeleitet werden. Und nur weil diese Tätigkeit unter bestimmten Voraussetzungen die Grenze zur Gewerblichkeit überschreitet, partizipieren die einzelnen Anteilsrechte infolge der zwingenden bilanzsteuerrechtlichen Zuordnung als Umlaufvermögen an der betrieblichen Sphäre.

IV. Resümee

Das bisher unreflektiert, ja fast begründungslos angenommene Dogma von der nichtselbständigen Organstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft ist zu verabschieden. Vielmehr ist von der abhängigen Beschäftigung der Typus des sich persönlich unternehmerisch engagierenden Kapitalgesellschafters zu unterscheiden. Bei einer typologischen Betrachtungsweise überzeugt es nicht, ihn hinsichtlich seines operativ-unternehmerischen Engagements lediglich als weisungsgebundenes Organ einzustufen und davon seine vermögensmäßige Beteiligung als Akt bloßer Vermögensverwaltung zu isolieren. Vielmehr bedarf es einer typologischen Gesamtbetrachtung, die den Gesellschafter-Geschäftsführer einer personalistischen Kapitalgesellschaft je nach Ausmaß seines unternehmerischen Engagements entgegen der bisher gepflegten Auffassung zum Gewerbetreibenden machen kann. In der Konsequenz eines derartigen Paradigmenwechsels liegt es, dass die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft notwendiges Betriebsvermögen des Gesellschafters bildet und die Ausschüttungen ebenso wie die Tätigkeitsvergütungen als Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. S. d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG zu qualifizieren sind.

⁴⁶ Hierzu Hey, in: Tipke/Lang, aaO Fn. 3, § 18 Rn. 13 ff.

⁴⁷ Gl. A. Reiß, in: Kirchhof, EStG, 8. Aufl. 2008, § 15 Rn. 129a; Sagasser/Schlösser, in: Assmann/Schütze, aaO Fn. 41, § 26 Rn. 382.

⁴⁸ Eingehend BFH v. 2. 9. 2008, X R. 14/07, BFH/NV 2008, 2012, 2014.