

Betriebs-/Privatvermögen**Die Zuordnung der GmbH-Beteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers zum Betriebs- oder Privatvermögen****Die Beteiligung eines selbständigen, vermögensverwaltenden und gewerblichen Gesellschafter-Geschäftsführers**

VON MAG. MARTINA GRUBER\*)



Der VwGH gelangte bereits 1994 zur Auffassung, dass die Beteiligung eines selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers an der zu führenden GmbH grundsätzlich nicht zum notwendigen Betriebsvermögen des Gesellschafter-Geschäftsführers gehört. Die österreichische Literatur hat sich mit dieser Auffassung des VwGH und der Meinung der Finanzverwaltung, die dieses Erkenntnis pauschal übernahm, bisher kaum auseinandergesetzt.<sup>1)</sup> Das Ziel dieses Beitrags besteht darin, herauszufinden, ob eine Zuordnung der Beteiligung zum Betriebsvermögen des Geschäftsführtätigkeitsbetriebs möglich ist. Die Autorin fasst dafür das Erkenntnis zusammen und erläutert es, um im Anschluss daran dieses zum selbständigen Vermögensverwaltenden und gewerblichen Gesellschafter-Geschäftsführer zu übertragen.

**1. VwGH zur Beteiligung eines selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers**

Der VwGH<sup>2)</sup> hatte über die Zuordnung der Beteiligung an der GmbH eines nahezu 100%igen Gesellschafter-Geschäftsführers zu entscheiden. Der Gesellschafter-Geschäftsführer ermittelte seinen Gewinn aus selbständiger Arbeit nach § 4 Abs. 1 EStG und machte eine Teilwertabschreibung an seiner Beteiligung geltend. Das Finanzamt versagte diese Teilwertabschreibung, da „sich aus § 22 EStG eindeutig ergebe, dass nur jene Vergütungen der GmbH an wesentlich Beteiligte zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit gehörten, die auf Grund einer sonst alle Merkmale eines Dienstverhältnisses aufweisenden Beschäftigung gewährt würden. Die Ertragnisse aus der Beteiligung selbst fielen unter die Einkünfte aus Kapitalvermögen“. In der eingebrachten Berufung erwog der Beschwerdeführer, „dass die wesentliche Beteiligung an der GmbH als notwendiges Betriebsvermögen seines Geschäftsführtätigkeitsbetriebs anzusehen sei“. Die Berufungsbehörde führte aus, dass nur dienstnehmerähnliche Leistungen von § 22 EStG umfasst seien. Als letzte Instanz hatte der VwGH zu entscheiden. Der VwGH erkannte, dass die Beteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers objektiv nicht beschaffen ist, einem Betrieb zu dienen, „da zwischen den Interessen des Gesellschafters und jenen des Geschäftsführers ein natürlicher Interessengegensatz besteht, als die Interessen der Gesellschafter einer GmbH regelmäßig darin liegen – im Rahmen von Gewinnausschüttungen – einen möglichst hohen Ertrag des für die Beteiligung eingesetzten Kapitals zu erreichen, während das Interesse des Geschäftsführers insofern darin liegt, für seine Geschäftsführtätigkeit eine möglichst hohe Entlohnung zu erzielen“. Während der Gesellschafter auf eine möglichst hohe

\*) Mag. Martina Gruber ist Assistentin am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU.

<sup>1)</sup> Vgl. Keppert, Die steuerlichen Neuerungen ab 2007, SWK-Heft 1/2007, T 3 (T 4). Keppert beschäftigt sich in diesem Beitrag mit der Thematik von „betriebslosen“ betrieblichen Einkünften.

<sup>2)</sup> Vgl. VwGH 25. 10. 1994, 94/14/0071.

Gewinnausschüttung achtet, will der Geschäftsführer eine möglichst hohe Vergütung für seine Tätigkeit erzielen, die sodann den ausschüttbaren Gewinn für die Gesellschafter mindert. Dem VwGH folgend liegen demnach Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit „nur insoweit vor, als die Geschäftsführerbezüge echtes Leistungsentgelt bilden und nicht bloß nach Art einer verdeckten Gewinnausschüttung auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Stellung als Früchte des eingesetzten Kapitals abreißen“. Der VwGH zeigte aber auch auf, unter welchen Umständen die Beteiligung im Betriebsvermögen gehalten würde. Würde die Beteiligung nur angeschafft werden, um die Geschäftsführertätigkeit überhaupt ausüben zu können, so stellt die Beteiligung notwendiges Betriebsvermögen dar. Nur ein Erwerb der Beteiligung aus der Notwendigkeit heraus, den Beruf des Geschäftsführers ausüben zu können, vermag eine „Rechtfertigung“ zu sein, die Beteiligung dem notwendigen Betriebsvermögen zuzuordnen.<sup>3)</sup> Die Finanzverwaltung teilt diese Auffassung zum notwendigen Betriebsvermögen eines selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers; dies jedoch, ohne die vom VwGH genannte Ausnahmesituation der Notwendigkeit des Beteiligungserwerbs anzuführen.<sup>4)</sup> Der Meinung der Finanzverwaltung folgend kann die Beteiligung eines selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers an der zu führenden Gesellschaft nie als notwendiges Betriebsvermögen qualifiziert werden.

## 2. Die Einkünfte eines Gesellschafter-Geschäftsführers

### 2.1. Der Gesellschafter-Geschäftsführer

Das österreichische Gesellschaftsrecht trennt grundsätzlich – abgesehen vom Wahlrecht in der Societas Europaea (SE)<sup>5)</sup> – streng zwischen dem Kontroll- und dem Leitungsorgan der Gesellschaft und folgt somit einem dualistischen System. Für die steuerrechtlichen Konsequenzen ist es nötig, zwischen der Bestellung zum Organ des Geschäftsführers und der Anstellung, dem arbeitsrechtlichen Verhältnis zur Gesellschaft, zu unterscheiden. Ob eine Trennung zwischen der Bestellung und der Anstellung vorzunehmen ist, ist strittig.<sup>6)</sup> Da für die Ermittlung der Einkunftsart von Gesellschafter-Geschäftsführer-Vergütungen aber jedenfalls nur das Anstellungsverhältnis relevant ist, braucht auf diese Diskussion hier nicht weiter eingegangen zu werden. Die Zurechnung der Geschäftsführervergütung erfolgt stets zum Geschäftsführer, der gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG immer eine natürliche Person ist.<sup>7)</sup> Die Zuordnung der Gesellschafter-Geschäftsführer-Bezüge zu einer bestimmten Einkunftsart ist von der Beteiligungshöhe und der vertraglichen sowie tatsächlichen Ausgestaltung des Anstellungsvertrags abhängig. Ein steuerrechtliches Dienstverhältnis liegt vor, wenn die Voraussetzungen des § 47 Abs. 2 EStG erfüllt sind. Kriterien, die sich aus § 47 Abs. 2

<sup>3)</sup> Vgl. VwGH 25. 10. 1994, 94/14/0071.

<sup>4)</sup> Vgl. EStR 2000, Rz. 492; Die Beteiligung eines selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers an der GmbH führt nicht zu notwendigem Betriebsvermögen der unter die selbständigen Einkünfte fallenden Geschäftsführerbezüge.

<sup>5)</sup> Art. 38 lit. b der Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE); die Entscheidung für das jeweilige System – monistisch oder dualistisch – erfolgt in der Satzung. Das Wahlrecht ist damit jedoch nicht abschließend konsumiert. Durch eine Änderung der Satzung ist ein Abgehen vom gewählten System möglich. Vgl. *Egermann/Heckenthaler*, Der Verwaltungsrat in der Europäischen Gesellschaft (SE) österreichischer Prägung – Überlegungen zu Art. 38 ff SEG, GesRZ 2004, 256 (256 ff.).

<sup>6)</sup> Kritisch dazu *Mayr*, Drittanstellung von Vorständen zulässig? RdW 2008, 420 (420 ff.); a. A. *Bergmann*, Die „Drittanstellung“ von Managern im Gesellschaft- und Steuerrecht (Teil I), taxlex 2009, 131 (131 ff.).

<sup>7)</sup> Vgl. EStR 2000, Rz. 104; *Mayr*, RdW 2008, 420 ff.; *Bergmann*, taxlex 2009, 131 ff.; *Bergmann*, Die „Drittanstellung“ von Managern im Gesellschaft- und Steuerrecht (Teil II), taxlex 2009, 184 (184 ff.); *Tanzer*, Die Einkünftezurechnung bei Drittanstellung von Geschäftsführern (Vorständen) im Ertragsteuerrecht, ÖStZ 2009, 123 (123 ff.); *Beiser*, Jedem Arbeitnehmer seine GmbH? RdW 2009, 370 (370 ff.); *Huber*, Einkünftezurechnung an Arbeitgeber und Einmann-Gesellschaften, taxlex 2009, 285 (285 ff.); *Ehrke-Rabell/Zierler*, Einkünftezurechnung bei „höchstpersönlichen“ Tätigkeiten, SWK-Heft 12/2009, S 423 (S 423 ff.).

EStG ableiten lassen, sind Weisungsgebundenheit, organisatorische Eingliederung, Dauerschuldverhältnis und fehlendes Unternehmerrisiko.<sup>8)</sup> Der VwGH stellt in seiner Rechtsprechung jedoch nur auf die in § 47 Abs. 2 Satz 1 und 2 EStG ausdrücklich genannten Voraussetzungen – Weisungsbindung und Eingliederung in den Betrieb der Gesellschaft – ab.<sup>9)</sup> Im Folgenden werden die möglichen Konstellationen, die sich für einen Gesellschafter-Geschäftsführer ergeben können – unwesentliche oder wesentliche Beteiligung und steuerliches Dienstverhältnis oder freies Dienstverhältnis oder Werkvertrag – und die daraus folgende Zuordnung der Vergütung des Gesellschafter-Geschäftsführers zu einer Einkunftsart erläutert.

## 2.2. Unwesentliche Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers an der zu führenden GmbH

Eine unwesentliche Beteiligung liegt vor, wenn die Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers 25 % nicht übersteigt. Die Geschäftsführervergütungen sind den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 lit. a EStG zuzuordnen, wenn alle Merkmale eines steuerlichen Dienstverhältnisses gegeben sind. Der VwGH-Rechtsprechung folgend ist von einer Eingliederung des Geschäftsführers in den Betrieb der Gesellschaft grundsätzlich auszugehen.<sup>10)</sup> Die Weisungsgebundenheit ist aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Stellung gegeben. Es ist zu beachten, dass gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 lit. b EStG nicht wesentlich beteiligte Geschäftsführer selbst dann Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit beziehen, wenn es an der Weisungsgebundenheit fehlt. Diese fehlende Weisungsgebundenheit bezieht sich jedoch ausschließlich auf gesellschaftsrechtliche Sonderbestimmungen, die insbesondere durch die Vereinbarung einer Sperrminorität gekennzeichnet sind.<sup>11)</sup> Anders hingegen ist die Beurteilung, wenn der Anstellungsvertrag als Werkvertrag oder freies Dienstverhältnis ausgestaltet ist. Die Weisungsgebundenheit des Gesellschafter-Geschäftsführers ist zwar aufgrund des geringen Beteiligungsverhältnisses gegeben, jedoch kommt es durch die vertragliche Regelung zu einer Weisungsfreiheit des Gesellschafter-Geschäftsführers. Das ausschlaggebende Kriterium ist daher die Ausgestaltung der Weisungsbindung in vertraglicher wie in tatsächlicher Sicht. Ein freies Dienstverhältnis oder ein Werkvertrag liegt nur vor, wenn „*individuell-konkret*“, arbeitsbezogene und persönliche Anweisungen durch die Generalversammlung ausgeschlossen sind.<sup>12)</sup> Liegt vertraglich wie auch tatsächlich ein freies Dienstverhältnis oder ein Werkvertrag vor, bezieht der Geschäftsführer, je nach konkreter Ausgestaltung, Einkünfte aus selbständiger Arbeit gemäß §§ 22 Z 1 lit. b, 22 Z 2 erster Teilstrich EStG (nachfolgend vermögensverwaltender Gesellschafter-Geschäftsführer) oder Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 23 Z 1 EStG (nachfolgend gewerblicher Gesellschafter-Geschäftsführer).<sup>13)</sup>

<sup>8)</sup> Vgl. *Fritz*, Die steuerliche Stellung des Geschäftsführers, SWK-Heft 19/2005, S 594 (S 594); *Zorn*, Besteuerung der Geschäftsführung (1992) 9, führen als weitere Merkmale das Fehlen der Vertretungsbefugnis und den Anspruch auf laufende Zahlung an; *Binder*, Der GmbH-Geschäftsführer im Einkommensteuerrecht, taxlex 2005, 402 (403); *Doralt*, EStG<sup>9</sup>, § 47 Tz. 34; VwGH 26. 11. 2003, 2001/13/0219; 24. 5. 2007, 2006/15/0031; 28. 5. 2008, 2005/15/0155; 27. 2. 2008, 2006/13/0113; 4. 2. 2009, 2008/15/0260.

<sup>9)</sup> Vgl. VwGH 27. 6. 1989, 88/14/0112; 24. 9. 2003, 2000/13/0182; 21. 12. 1993, 90/14/0103; 23. 5. 2000, 97/14/0167; 20. 2. 2000, 99/13/0223; 26. 11. 2003, 2001/13/0219; 10. 11. 2004, 2003/13/0018; 24. 5. 2007, 2006/15/0031; *Binder*, taxlex 2005, 403.

<sup>10)</sup> Vgl. VwGH 26. 11. 2003, 2001/13/0219; 24. 5. 2007, 2006/15/0031; 28. 5. 2008, 2005/15/0155; 27. 2. 2008, 2006/13/0113; 4. 2. 2009, 2008/15/0260.

<sup>11)</sup> Vgl. *Sedlacek*, Das Steuer- und Sozialversicherungsverhältnis der GmbH-Geschäftsführer – wie es (derzeit) wirklich ist, SWK-Heft 28/2005, S 804 (S 805 ff.).

<sup>12)</sup> Vgl. VwGH 10. 11. 2004, 2003/13/0018; 28. 6. 2006, 2002/13/0175; für weitere Ausführungen siehe *Sedlacek*, SWK-Heft 28/2005, S 808; *Sedlacek*, Geschäftsführer müssen nicht zwingend ein lohnsteuerpflichtiges Dienstverhältnis (samt Lohnnebenabgaben und ASVG-Pflicht) haben, SWK-Heft 13/2007, S 452 (S 453); *Binder*, taxlex 2005, 403 ff.

<sup>13)</sup> Zur Ausgestaltung des Vertrages siehe *Sedlacek*, SWK-Heft 28/2005, S 807 ff.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Fehlt es an der Weisungsbindung des unwesentlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers aufgrund sonstiger vertraglicher Regelungen, ist § 25 Abs. 2 lit. b EStG nicht anwendbar. Das Ausmaß der Beteiligung spielt bei freien Dienstverträgen und Werkverträgen keine Rolle.<sup>14)</sup> Die Zuordnung der Geschäftsführervergütungen erfolgt je nach konkreter Ausgestaltung zu §§ 22 Z 1 lit. b, 22 Z 2 erster Teilstrich oder 23 Z 1 EStG.

### 2.3. Wesentliche Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers an der zu führenden GmbH

Die Zuordnung der Geschäftsführervergütung ist auch bei Beteiligungen über 25 % von der konkreten Ausgestaltung des Anstellungsvertrags abhängig. Vergütungen an Geschäftsführer sind nur dann unter § 22 Z 2 zweiter Teilstrich EStG zu subsumieren, wenn der Anstellungsvertrag auch tatsächlich *alle* oder *sonst alle* Merkmale eines Dienstverhältnisses aufweist. Sonst alle Merkmale zielen, wie der VwGH ausführt,<sup>15)</sup> nur auf das Vorliegen der Eingliederung des Gesellschafter-Geschäftsführers in den Betrieb der Gesellschaft ab, da die Weisungsfreiheit aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers bereits gegeben sein könnte. Dies ist der Fall, wenn er zu mehr als 50 % an der Gesellschaft beteiligt ist oder eine Beteiligung zwischen 25 % und 50 % an der Gesellschaft hält und zusätzlich eine Sperrminorität zu seinen Gunsten vereinbart wurde. Die vertragliche Ausgestaltung sowie die Beurteilung eines Unternehmerrisikos für den Geschäftsführer sind in diesem Fall irrelevant,<sup>16)</sup> weil sich die Weisungsfreiheit des Geschäftsführers schon aus der gesellschaftsrechtlichen Stellung ergibt.<sup>17)</sup> Bei Beteiligungen zwischen 25 % und 50 % ohne Vereinbarung einer Sperrminorität ist die gesellschaftsrechtliche Weisungsgebundenheit gegeben. Von einer Eingliederung in den Betrieb der Gesellschaft ist auszugehen.<sup>18)</sup> Alle Merkmale des Dienstverhältnisses sind damit grundsätzlich erfüllt. Andere Geschäftsführerverhältnisse, die § 47 Abs. 2 EStG nicht erfüllen, sind unter die §§ 22 Z 1 lit. b, 22 Z 2 erster Teilstrich oder 23 EStG zu subsumieren.<sup>19)</sup> Weisungsfreiheit und Nichteingliederung in die Gesellschaft des Gesellschafter-Geschäftsführers ergeben sich beim freien Dienstverhältnis und Werkvertrag aus den vertraglichen Vereinbarungen mit der Gesellschaft.

## 3. Die Zuordnung der Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers zum Betriebs- oder Privatvermögen

### 3.1. Würdigung des VwGH-Erkenntnisses zur Beteiligung eines selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers

Im oben dargestellten Erkenntnis kam es zu einer Zuordnung der Geschäftsführervergütungen zu § 22 Z 2 zweiter Teilstrich EStG, da der Geschäftsführer zu beinahe 100 % an der zu führenden GmbH beteiligt war und die Voraussetzungen eines steuerlichen Dienstverhältnisses erfüllte. Der VwGH versagte eine Teilwertabschreibung aufgrund der gegensätzlichen Interessenlagen von Gesellschafter und Geschäftsführer. Durch die „Aufspaltung“ der Geschäftsführerbezüge in selbständige und nichtselbständige Arbeit seit 1. 1. 1982<sup>20)</sup> „fingierte“ der Gesetzgeber für die Einkünfte aus selbständiger Arbeit

<sup>14)</sup> Siehe § 25 Abs. 1 Z 1 lit. b EStG.

<sup>15)</sup> Vgl. VwGH 28. 5. 2008, 2005/15/0155.

<sup>16)</sup> Vgl. *Sedlacek*, SWK-Heft 28/2005, S 813; *Fritz*, SWK-Heft 19/2005, S 594 ff.; *Toifl*, Die Besteuerung von Geschäftsführern, Vorständen und Aufsichtsräten in international tätigen Unternehmen, in *Gassner/Lang* (Hrsg.), Besteuerung und Bilanzierung international tätiger Unternehmen (1998) 383 (383 ff.).

<sup>17)</sup> Vgl. VwGH 10. 11. 2004, 2003/13/0018.

<sup>18)</sup> Vgl. VwGH 26. 11. 2003, 2001/13/0219; 24. 5. 2007, 2006/15/0031; 28. 5. 2008, 2005/15/0155; 27. 2. 2008, 2006/13/0113; 4. 2. 2009, 2008/15/0260.

<sup>19)</sup> Vgl. *Sedlacek*, SWK-Heft 28/2005, S 811.

<sup>20)</sup> BGBl. Nr. 620/1981.

einen Betrieb.<sup>21)</sup> Selbständige Arbeit stellt eine betriebliche Einkunftsart dar, zu deren Gewinnermittlung ein Betrieb erforderlich ist, selbst wenn alle Merkmale eines steuerrechtlichen Dienstverhältnisses vorliegen.<sup>22)</sup> Das Erkenntnis vom 25. 10. 1994<sup>23)</sup> verhindert eine Klassifizierung hin zu notwendigem Betriebsvermögen einer Beteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers insoweit, als die Beteiligung nicht im Interesse des Geschäftsführertätigkeitsbetriebs gehalten wird. Der Begründung, die der VwGH in der gegensätzlichen Interessenabwägung zwischen der Gesellschafter- und der Geschäftsführerstellung fand, kann zugestimmt werden, da die Beteiligung dem Betrieb selbst dienlich sein muss, um als notwendiges Betriebsvermögen qualifiziert zu werden.<sup>24)</sup> Die Gesellschafterstellung widerspricht hingegen dem Sinn und Zweck des Betriebs. Zweck ist die Erwirtschaftung eines möglichst hohen Gehalts für die Geschäftsführung, das aber gleichzeitig die Beteiligungserträge der Gesellschafter mindert.

Als Ausnahme, die für eine Zuordnung der Beteiligung zum notwendigen Betriebsvermögen spricht, erwähnt der VwGH die Notwendigkeit des Beteiligungserwerbs, um der Tätigkeit als Geschäftsführer nachkommen zu können. *Zorn* führt dazu aus, „dass der Geschäftsführer ohne Vorliegen der Beteiligung gar nicht zum Geschäftsführer bestellt worden wäre“.<sup>25)</sup> Demnach wäre die Ausnahmesituation des VwGH die Regel. Die Beteiligung des Gesellschafter-Geschäftsführers würde somit im Regelfall notwendiges Betriebsvermögen darstellen. Diese Auffassung verneint der VwGH augenscheinlich, da er ansonsten den Nachweis der Notwendigkeit der Beteiligung nicht verlangen würde. Der Gesellschafter-Geschäftsführer hat die Notwendigkeit der Beteiligung zur Ausübung der Geschäftsführertätigkeit daher stets vorzubringen.<sup>26)</sup> Der VwGH verneint die Behandlung der Beteiligung als notwendiges Betriebsvermögen, da der Beschwerdeführer das Argument der Notwendigkeit der Beteiligung zur Ausübung der Geschäftsführertätigkeit im Verwaltungsverfahren nicht vorbrachte. Der VwGH lehnte auch *Zorns* Argument ab, dass durch die Beteiligung Einfluss auf die Willensbildung ausgeübt werden kann. Der VwGH sieht im Argument des Einflusses auf die eigenen Weisungen jedoch kein dem Geschäftsführerbetrieb dienendes Element.<sup>27)</sup> Folgt man den Ausführungen des VwGH, so scheint der Beweis der Notwendigkeit der Beteiligung zur Ausübung der Geschäftsführertätigkeit eher schwierig zu erbringen. Er setzt des Weiteren voraus, dass nur dann Einkünfte aus § 22 Z 2 zweiter Teilstrich EStG vorliegen, wenn die Einkünfte tatsächlich ein Leistungsentgelt für die Tätigkeit als Geschäftsführer darstellen.<sup>28)</sup> Für Beteiligungserträge, die einem selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführer zufließen, muss der Schluss gezogen werden, dass die Erträge aus der Beteiligung i. d. R. den Einkünften aus Kapitalvermögen und damit dem Privatvermögen zuzuordnen sind, da der VwGH alle Argumente *Zorns* als nicht für den Betrieb dienlich erachtete.<sup>29)</sup> Eine Zuordnung der Beteiligung zum Betriebsvermögen und damit zur selbständigen Arbeit kommt, dem VwGH folgend, ausschließlich dann in Betracht, wenn die Beteiligung zur Ausübung der Geschäftsführertätigkeit angeschafft werden musste.

### 3.2. Die Folgen der Zuordnung der Beteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers

Die Zuordnung der Beteiligung zum Betriebs- oder Privatvermögen ist von praktischer Relevanz, weil unterschiedliche steuerliche Konsequenzen daran anknüpfen. Hinsichtlich der

<sup>21)</sup> Ebenso *Keppert*, SWK-Heft 1/2007, T 4.

<sup>22)</sup> Vgl. VwGH 18. 3. 1991, 90/14/0009.

<sup>23)</sup> A. A. *Zorn*, Besteuerung der Geschäftsführung (1992) 131.

<sup>24)</sup> A. A. *Zorn*, GmbH-Beteiligung als Betriebsvermögen des selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers, RdW 1991, 90 (90).

<sup>25)</sup> Vgl. *Zorn*, RdW 1991, 90.

<sup>26)</sup> Vgl. VwGH 25. 10. 1994, 94/14/0071.

<sup>27)</sup> A. A. *Zorn*, RdW 1991, 90; VwGH 25. 10. 1994, 94/14/0071.

<sup>28)</sup> Vgl. VwGH 25. 10. 1994, 94/14/0071.

<sup>29)</sup> Vgl. VwGH 28. 5. 2008, 2005/15/0167.

laufenden Besteuerung von Beteiligungserträgen gibt es zwar keinen Unterschied in der Besteuerung, da jeweils der KEST-Abzug mit der Folge der Endbesteuerungswirkung des § 97 EStG vorzunehmen ist.<sup>30)</sup> Unterschiede gibt es aber hinsichtlich des Zeitpunkts der Erfassung der Erträge sowie der Bewertung. Während für außerbetriebliche Einkünfte das Zufluss-/Abflussprinzip gilt, herrscht in der Gewinnermittlung grundsätzlich das Prinzip der wirtschaftlichen Zuordnung.<sup>31)</sup> Das Zufluss-/Abflussprinzip tritt in der steuerrechtlichen Gewinnermittlung, abgesehen von §-4-Abs.-3-Gewinnermittlern, zurück.<sup>32)</sup>

§-5-Abs.-1-Gewinnermittler haben für die Bewertung des Anlagevermögens aufgrund der Maßgeblichkeit die Vorschriften des UGB i. V. m. den steuerrechtlichen Bewertungsvorschriften anzuwenden. Eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert hat daher zwingend zu erfolgen, wenn eine dauernde Wertminderung vorliegt.<sup>33)</sup> Bei kurzfristigen Wertminderungen steht nach § 204 Abs. 2 letzter Satz UGB ein Wahlrecht zu. Eine Abschreibung kann, muss aber nicht erfolgen. Durch dieses Wahlrecht in der Abschreibungsmöglichkeit entsteht für den Gesellschafter-Geschäftsführer ein gewisser Spielraum zur „Planung“ seines steuerlichen Betriebsgewinns. Wegen der umgekehrten Maßgeblichkeit für die Zuschreibung von Beteiligungen auf den höheren Teilwert ist diese stets vorzunehmen.<sup>34)</sup> Es kann daher bei niedrigeren Teilwerten immer eine Teilwertabschreibung vorgenommen werden, die einer Zuschreibungspflicht bei höheren Teilwerten gegenübersteht. Anders als im privaten Bereich besteht damit die Möglichkeit zur Einflussnahme auf den laufenden Gewinn. Im außerbetrieblichen Bereich kommt es zu keiner Bewertung der Beteiligung am Ende des Kalenderjahres.

Auch hinsichtlich der Veräußerung von Beteiligungen gibt es Unterschiede in der Besteuerung. Wird die Beteiligung im Privatvermögen gehalten, ist eine Veräußerung dieser Beteiligung grundsätzlich nicht steuerbar. Nur wenn die besonderen Merkmale der Spekulation oder der Beteiligungsveräußerung erfüllt werden, kommt es zu einer Steuerpflicht im Privatvermögen. Da Gesellschafter-Geschäftsführer i. d. R. eine höhere Beteiligung an der Kapitalgesellschaft halten, um Einfluss auf die Geschäftsführung auszuüben, sind die Tatbestandselemente des § 31 EStG erfüllt. Die Besteuerung des Gewinns aus der Beteiligungsveräußerung stellt somit die Regel in der privaten Sphäre dar. Dennoch ist bei einer gewinnbringenden Beteiligungsveräußerung ein Vorteil in der privaten Sphäre zu erkennen, da erst die Merkmale der §§ 30 oder 31 EStG erfüllt werden müssen, damit es überhaupt zu einer sachlichen Steuerpflicht kommt. Im Fall des § 31 EStG kommt darüber hinaus der halbe Durchschnittssteuersatz zur Anwendung.<sup>35)</sup> Die §§ 30 und 31 EStG enthalten jeweils ein relatives Ausgleichsverbot, nach dem der Verlust nur mit Überschüssen aus derselben Einkunftsart ausgeglichen werden kann. Ein Spekulations- und Beteiligungsveräußerungsverlust am Ende des Kalenderjahres ist somit nicht mit anderen Einkünften ausgleichsfähig.<sup>36)</sup> Eine im Betriebsvermögen gehaltene Beteiligung ist hingegen stets steuerpflichtig.<sup>37)</sup> Ergibt die Beteiligungsveräußerung einen Gewinn, ist dieser im Betriebsvermögen steuerpflichtig, da der Veräußerungsgewinn den laufenden Gewinn des Betriebes erhöht. *Vice versa* gilt dies für Veräußerungsverluste. Der Betriebsgewinn wird

<sup>30)</sup> §§ 93 bis 97 EStG; § 97 Abs. 1 Satz 2 EStG ist anwendbar, da der Geschäftsführer nur eine natürliche Person sein kann. Dieselbe Vorgehensweise gilt auch für verdeckte Gewinnausschüttungen an den Gesellschafter-Geschäftsführer.

<sup>31)</sup> Vgl. *Zorn*, Geschäftsführer, 132; *Beiser*, Steuern<sup>6</sup> (2008) 57, 113; *Mayr*, Gewinnrealisierung im Steuer- und Handelsrecht (2001) 5 ff.

<sup>32)</sup> Für §-4-Abs.-3-Gewinnermittler gilt ebenfalls das Zufluss-/Abflussprinzip gemäß § 19 EStG.

<sup>33)</sup> Vgl. § 204 Abs. 2 erster Satz UGB. Maßgeblichkeit für das Steuerrecht, wenn keine steuerrechtlich zwingende Norm vorliegt.

<sup>34)</sup> Vgl. § 208 Abs. 2 UGB i. V. m. § 6 Z 13 letzter Satz EStG, wenn es sich um eine Beteiligung i. S. d. § 228 UGB handelt.

<sup>35)</sup> Vgl. § 37 Abs. 4 Z 2 lit. a EStG.

<sup>36)</sup> Vgl. §§ 30 Abs. 4, § 31 Abs. 5 EStG.

<sup>37)</sup> Vgl. *Beiser*, Steuern<sup>6</sup>, 57.

sodann mit dem Durchschnittssteuersatz besteuert.<sup>38)</sup> Kommt es am Ende des Kalender- oder Wirtschaftsjahres<sup>39)</sup> jedoch zu einem Verlust, ist dieser mit anderen Einkünften ausgleichsfähig und auch vortragsfähig.<sup>40)</sup> Eine begünstigte Besteuerung im Betriebsvermögen kann nur durch die Veräußerung oder Aufgabe des (Teil-)Betriebs erzielt werden.<sup>41)</sup>

### 3.3. Übertragung des Erkenntnisses auf den vermögensverwaltenden selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführer

Durch die Vereinbarung eines freien Dienstverhältnisses oder eines Werkvertrags als Anstellungsvertrag zwischen dem Gesellschafter-Geschäftsführer und der GmbH kann es zu einer anderen Zuordnung der Vergütungen an einen Gesellschafter-Geschäftsführer innerhalb der Einkünfte aus selbständiger Arbeit (§ 22 Z 1 lit. b oder § 22 Z 2 erster Teilstrich EStG) oder zu einer Zuteilung zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb kommen, da die Voraussetzungen eines steuerrechtlichen Dienstverhältnisses nicht erfüllt werden. Trägt der Geschäftsführer für das rechtmäßige Verhalten der Gesellschaft im Außenverhältnis, die Steuerung und Überwachung sowie die Abwicklung des Tagesgeschäfts Sorge, so liegen selbständige Einkünfte aus der Verwaltung fremden Vermögens vor.<sup>42)</sup>

Die Entscheidung des VwGH ist eine Einzelentscheidung und kann sich daher nur auf § 22 Z 2 zweiter Teilstrich EStG beziehen. Der vom VwGH aufgestellte Interessengegensatz wird jedoch auch bei ähnlichen Situationen bestehen, in denen ein Gesellschafter gleichzeitig Geschäftsführer einer GmbH ist. Daher vermag auch das Argument, dass die Anwendbarkeit des VwGH-Erkenntnisses auf § 22 Z 2 zweiter Teilstrich EStG, wie im Ausgangsfall, zu beschränken ist, letztlich nicht zu überzeugen. Beteiligungserträge aus der Beteiligung an der zu führenden GmbH, die dem vermögensverwaltenden Gesellschafter-Geschäftsführer zufließen, stellen daher grundsätzlich Einkünfte aus Kapitalvermögen dar, sofern der Auffassung des VwGH gefolgt wird.<sup>43)</sup>

### 3.4. Übertragung des Erkenntnisses auf den gewerblichen Gesellschafter-Geschäftsführer

Eine andere Beurteilung kann jedoch erfolgen, wenn ein Gesellschafter-Geschäftsführer Einkünfte gemäß § 23 Z 1 EStG erzielt. § 23 Z 1 EStG ist als Auffangtatbestand zu verstehen, da er nur zur Anwendung kommt, wenn eine Zuordnung zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit nicht möglich ist. Dies ist der Fall, wenn die berufliche und/oder gewerbliche Tätigkeit überwiegt.<sup>44)</sup> Ein gewerblicher Geschäftsführer erzielt i. d. R. Einkünfte aus Gewerbebetrieb.<sup>45)</sup> Auch hier ist der vom VwGH aufgestellte Interessengegensatz zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer zu beachten. Doch kann für die Gewinnermittlung nach § 5 Abs. 1 EStG, die bei Einkünften aus Gewerbebetrieb zum Tragen kommen kann, ein weiteres Argument angeführt werden, das für eine Zuordnung der Beteiligung an der zu führenden Gesellschaft zum Betriebsvermögen spricht. Selbst wenn die Kriterien zur Rechnungslegungspflicht nicht erfüllt werden,<sup>46)</sup> kann der Gesellschafter-Geschäftsführer vom Wahlrecht nach § 5 Abs. 2 EStG Gebrauch machen. Voraussetzung dafür ist, dass der Steuerpflichtige Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt und einen Antrag nach § 5 Abs. 2 EStG stellt. Auch umgründungssteuerrechtliche Maßnah-

<sup>38)</sup> Eine Progressionermäßigung gemäß § 37 EStG ist nicht vorgesehen.

<sup>39)</sup> §-5-Abs.-1-Gewinnermittler können ein anders Wirtschaftsjahr als das Kalenderjahr wählen.

<sup>40)</sup> Vgl. § 18 Abs. 6 EStG: Verlust wurde durch ordnungsgemäße Buchführung ermittelt und noch nicht in Vorjahren berücksichtigt.

<sup>41)</sup> Vgl. § 24 EStG.

<sup>42)</sup> Vgl. § 22 Z 2 erster Teilstrich EStG.

<sup>43)</sup> A. A. Zorn, RdW 1991, 90; Zorn, Geschäftsführung, 67 ff., der sich für das Vorliegen von notwendigem Betriebsvermögen ausspricht.

<sup>44)</sup> Vgl. Sedlacek, SWK-Heft 28/2005, S 812.

<sup>45)</sup> Vgl. Doralt, EStG<sup>3</sup> (1. 1. 2004) § 22 Tz. 123; VwGH 5. 10. 1994, 92/15/0003; EStR 2000, Rz. 5274a.

<sup>46)</sup> § 189 UGB: 400.000 Euro Umsatzerlös pro Geschäftsjahr, Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

men können eine §-5-Abs.-1-Gewinnermittlungspflicht mit sich bringen.<sup>47)</sup> Bei der Gewinnermittlung nach § 5 Abs. 1 EStG besteht die folgende Möglichkeit zur Behandlung der Beteiligung als Betriebsvermögen:

Nur §-5-Abs.-1-Gewinnermittler können Wirtschaftsgüter, die nicht im notwendigen Privatvermögen gehalten werden, als gewillkürtes Betriebsvermögen ausweisen.<sup>48)</sup> Der Meinung der Finanzverwaltung folgend gehören Stammanteile an einer GmbH ihrer Art nach weder zum notwendigen Betriebsvermögen noch zum notwendigen Privatvermögen<sup>49)</sup> und stellen damit grundsätzlich sonstiges Privatvermögen dar, das einer Widmung zum Betriebsvermögen zugänglich ist. Eine Widmung der Beteiligung ist nur möglich, wenn diese in irgendeiner Weise dem Betrieb förderlich ist.<sup>50)</sup> Durch den Bezug von Dividenden und den damit einhergehenden Beitrag zum Gewinn des Betriebs kann diese Förderung des Betriebs gerechtfertigt werden.<sup>51)</sup> Die Beteiligung eines gewerblichen Gesellschafter-Geschäftsführers in seinem Geschäftsführerbetrieb kann daher in das gewillkürte Betriebsvermögen aufgenommen werden. Die Beteiligungserträge sind sodann den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnen.

#### 4. Fazit

Gewerbliche Gesellschafter-Geschäftsführer erzielen Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Wird die Beteiligung aufgrund der Widmung dem gewillkürten Betriebsvermögen zugeordnet, teilen die Beteiligungserträge aufgrund des Subsidiaritätsprinzips das Schicksal der Einkünfte aus Gewerbebetrieb.<sup>52)</sup> Selbständige Geschäftsführer hingegen erzielen Einkünfte aus selbständiger Arbeit. Da notwendiges Betriebsvermögen hinsichtlich einer Beteiligung an der zu führenden GmbH nach Auffassung des VwGH (grundsätzlich) nicht vorliegt,<sup>53)</sup> stellen die Beteiligungserträge Einkünfte aus Kapitalvermögen dar. Eine Widmung zum Betriebsvermögen ist für §-4-Abs.-1-Gewinnermittler nicht möglich, weswegen die Beteiligung im sonstigen Privatvermögen verbleibt. Diese unterschiedliche Zuordnung – hin zu Betriebs- oder Privatvermögen – hat steuerliche Konsequenzen.

Auch wenn sich die Rechtsprechung und die Finanzverwaltung gegen eine Aufnahme der Beteiligung von selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführern zum notwendigen Betriebsvermögen aussprechen, so sprechen doch Argumente, die Zorn aufgezeigt hat, für die Zuordnung der Beteiligung zum Betriebsvermögen.<sup>54)</sup> Der VwGH lehnt diese Argumente jedoch alleine mithilfe des Wortlauts „*dem Betrieb dienlich*“ ab. Die Finanzverwaltung geht im Fall einer Beteiligung eines selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers sogar noch weiter als der VwGH. Während der VwGH die Beteiligung eines selbständigen Gesellschafter-Geschäftsführers<sup>55)</sup> als notwendiges Betriebsvermögen anerkennt, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer die Notwendigkeit des Beteiligungserwerbs zur Ausübung der Geschäftsführertätigkeit nachweist, geht die Finanzverwaltung davon aus, dass die Beteiligung eines Gesellschafter-Geschäftsführers nie notwendiges Betriebsvermögen darstellen kann. Meines Erachtens ist diese pauschale Sichtweise der Finanzverwaltung – welche die ohnedies strenge Rechtsprechung des VwGH nur stückweise umsetzt – zu überdenken, auch wenn diese Sichtweise grundsätzlich zu einer Annäherung zwischen §-5-Abs.-1- und §-4-Abs.-1-Gewinnermittlern führt.

<sup>47)</sup> Man denke nur an die Einbringung des Geschäftsführerbetriebs in die „Geschäftsführertätigkeits-Gesellschaft“.

<sup>48)</sup> Vgl. *Beiser*, *Steuern*<sup>6</sup>, 93 f.; VwGH 10. 9. 1987, 85/13/0134.

<sup>49)</sup> Vgl. EStR 2000, Rz. 492.

<sup>50)</sup> Vgl. EStR 2000, Rz. 593.

<sup>51)</sup> Vgl. EStR 2000, Rz. 597. Hinweis auch auf die unterschiedliche Wortwahl. Für eine Behandlung als gewillkürtes Betriebsvermögen bedarf es einer Förderung des Betriebs. Eine Beteiligung als notwendiges Betriebsvermögen verlangt hingegen, dass die Beteiligung dem Betrieb dienlich ist.

<sup>52)</sup> Vgl. *Beiser*, *Steuern*<sup>6</sup>, 57.

<sup>53)</sup> Vgl. VwGH 25. 10. 1994, 94/14/0071; EStR 2000, Rz. 492.

<sup>54)</sup> Vgl. *Zorn*, *RdW* 1991, 90; *Zorn*, *Geschäftsführung*, 67 ff.

<sup>55)</sup> Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 oder 3 EStG.