

Geschäftsführung

RA Berthold Welling
VCI e.V.
Neustädtische Kirchstraße 8
10117 Berlin
Tel. (030) 20 05 99 10
Fax (030) 20 05 99 99
welling@vci.de

RA Dr. Andreas Richter
P+P Pöllath + Partners
Potsdamer Platz 5
10785 Berlin
Tel. (030) 253 53 679
Fax (030) 253 53 800
berliner.steuergespraech@pplaw.info

Wissenschaftliches Symposium zum Gedenken an Professor Dieter Birk – 83. Berliner Steuergespräch

„Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen“

Berlin, den 30. Mai 2022

Thema 2: „Die Abgrenzung einkommensteuerlicher Einkunftsarten – insbesondere auch bei Bezügen aus Managementbeteiligungen“

Tagungsbericht von *Berthold Welling* und Dr. *Andreas Richter*, LL.M.¹

Einkünfte unterfallen bekanntlich der Einkommensteuer, wenn diese einer der sieben Einkunftsarten angehören. In Grenzfällen ist es dabei mitunter schwierig, die zutreffende Einkunftsart zu bestimmen. Gesetzliche Abgrenzungs- und Konkurrenzregeln existieren nur vereinzelt. Die zutreffende Einordnung geht indes mit erheblichen Konsequenzen einher, da diese über die Ermittlung der Bemessungsgrundlage, Steuersatz und Verfahren entscheidet. Anschaulich wird das Problem bei Bezügen aus Managementbeteiligungen. Das zweite Panel des 83. Berliner Steuergesprächs befasste sich mit dieser Thematik und erörterte neben verschiedenen Lösungswegen auch Möglichkeiten, die Abgrenzung durch Gesetzesänderungen überzeugend zu gestalten.

Prof. Dr. *Thomas Stapperfend*² eröffnete das Podium. Bei der Themenfindung sei festzustellen gewesen, dass die Abgrenzung einkommensteuerlicher Einkunftsarten ein Kernthema für Prof. Dr. *Dieter Birk* gewesen sei, zum einen im Rahmen seiner wissenschaftlichen Arbeiten, zum anderen im Rahmen der Lehre. Dies gelte insbesondere im Hinblick auf die allgemeine Abgrenzung der Einkunftsarten, wozu Prof. Dr. *Roman Seer*³ eingangs schon Bezug genommen habe. Auch Bezüge zu Managementbeteiligungen seien ein besonderes Arbeitsgebiet von Prof. Dr. *Dieter Birk* gewesen, insbesondere in seiner später sehr praxisbezogenen Tätigkeit.

Prof. Dr. *Stapperfend* stellte sodann das Podium vor. Das Eingangsreferat hielt Prof. Dr. *Heinrich Weber-Grellet*⁴. Mitdiskutierende waren Dr. *Barbara Koch-Schulte*⁵, Dr. *Egmont Kulosa*⁶ und Prof. Dr. *Rolf Eckhoff*⁷.

A. Referat – Einführung in die Abgrenzung der Einkunftsarten

Prof. Dr. *Heinrich Weber-Grellet* führte in das Thema ein. Bekanntlich enthalte das Einkommensteuergesetz sieben Einkunftsarten (§ 2 Abs. 1 EStG). Die einzelnen Einkunftsarten seien durch unterschiedliche Betätigungsformen gekennzeichnet, was schon aus der Aufteilung als solcher folge. Das Preußische Einkommensteuergesetz von 1891 habe nur vier Einkunftsarten gekannt. Das Einkommensteuergesetz von 1920, welches auf der Schanz'schen Reinvermögenszugangstheorie beruhe, habe fünf nicht abschließende Einkunftsarten enthalten. Seit 1925 beruhe das Einkommensteuergesetz nunmehr weitgehend auf der Quellentheorie von Bernhard Fuisting mit sieben abschließenden Einkunftsarten. Ungeschriebene Einkunftsarten existierten nicht. Die Zuordnung von Einkünften zu einer bestimmten Einkunftsart sei von erheblicher Bedeutung, da hieran unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft seien. Beispielsweise gelte dies im Hinblick auf die Verstrickung des Vermögens, wobei die Unterscheidung zwischen betrieblichen und privaten Einkünften bedeutsam sei.

Im betrieblichen Bereich sei das eingesetzte Vermögen, anders als im privaten Bereich, steuerlich verhaftet und könne daher von späteren Realisationstatbeständen erfasst werden. Weiter gebe es unterschiedliche Einkunftsermittlungsarten, namentlich die einfache Einnahmenüberschussrechnung bei privaten und im Rahmen von § 4 Abs. 3 EStG bei betrieblichen Einkünften. Im Übrigen existiere bei betrieblichen Einkünften auch die Bilanzierung (Gewinnermittlung durch Bestandsvergleich). Ferner seien unterschiedliche Steuererhebungsarten mit den verschiedenen Einkunftsarten verknüpft. Bei der Einkunftsart „Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit“ sei dies zum Beispiel die Lohnsteuer, bei den Kapitaleinkünften die Abgeltungsteuer. Schließlich seien einkunftspezifische Befreiungen und Freibeträge zu beachten, die den einzelnen Einkunftsarten anhafteten. Einzelne geringe Beträge seien aus Praktikabilitätsgründen befreit. Weiter sei die Aufzählung in § 3 EStG anzuführen, die teilweise ebenfalls einkunftsartspezifisch unterteilt und differenziert sei.

¹ *Berthold Welling* ist Rechtsanwalt und Geschäftsführer des VCI, Frankfurt am Main, und für Recht, Steuern und Nachhaltigkeit verantwortlich. Dr. *Andreas Richter*, LL.M. ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Partner der Kanzlei POELLATH, Berlin. Beide Autoren sind geschäftsführende Vorstandsmitglieder des Berliner Steuergespräche e.V.

² Prof. Dr. *Thomas Stapperfend* ist Präsident des FG Berlin-Brandenburg, Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin und Vorstandsmitglied des Berliner Steuergespräche e.V.

³ Prof. Dr. *Roman Seer* ist Inhaber des Lehrstuhls für Steuerrecht und Leiter des Instituts für Steuerrecht und Steuervollzug an der Ruhr-Universität Bochum.

⁴ Prof. Dr. *Heinrich Weber-Grellet* ist ehemaliger Vorsitzender Richter am BFH und außerplanmäßiger Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

⁵ Dr. *Barbara Koch-Schulte* ist Rechtsanwältin, Steuerberaterin und Partnerin der Kanzlei POELLATH, München.

⁶ Dr. *Egmont Kulosa* ist Richter am BFH.

⁷ Prof. Dr. *Rolf Eckhoff* ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Finanz- und Steuerrecht an der Universität Regensburg.

I. Kritik

An diesem System werde Kritik geübt. Gerade Prof. Dr. *Dieter Birk* habe in einem Vortrag bei einer Tagung der Steuerjuristischen Gesellschaft vor einigen Jahren vom „Elend der Einkunftsarten“ gesprochen. Die Kritik entzündete sich vor allem an den angesprochenen unterschiedlichen Rechtsfolgen und den damit verbundenen Differenzierungen. Es entspräche nicht dem System der synthetischen Einkommensteuer, dass die unterschiedlichen Einkunftsarten unterschiedlich behandelt würden. Gerade im Hinblick auf die Befreiungen und Freibeträge könne es zu Unterschieden kommen. Unterschiede seien auch bei den Steuersätzen festzustellen, etwa mit Blick auf die Abgeltungsteuer.

II. Neue Entscheidungen

Zur Frage der Abgrenzung der Einkunftsarten seien in jüngerer Zeit mehrere Entscheidungen des BFH und einzelner Finanzgerichte ergangen. Diese Entscheidungen betrafen insbesondere Einkünfte aus Managementbeteiligungen. Hinsichtlich Exiterlösen von angestellten Managern handele es sich dabei namentlich um die Entscheidungen des BFH IX R 43/15 und BFH VIII R 40/18. In diesen Fällen seien die betreffenden Manager als Arbeitnehmer tätig gewesen und hätten im Rahmen der Tätigkeit Beteiligungen erhalten. Hier sei die Frage aufgekommen, ob die Anteilsveräußerung zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit oder zu anderen Einkünften, insbesondere solchen aus Kapitalvermögen, gehöre. In einer weiteren Entscheidung (BFH VIII R 21/17) sei es um die Zugehörigkeit einer Managementbeteiligung zum Betriebsvermögen eines freiberuflich tätigen Beraters gegangen. Dies betreffe nicht die Konkurrenz zwischen § 19 EStG und § 20 EStG, sondern die Abgrenzung von § 18 EStG zu § 20 EStG. Das FG München habe sich sodann mit der Behandlung des Carried Interest – dem Exiterlös im Rahmen von Private Equity Aktivitäten – auseinandergesetzt (FG München 12 K 2334/18, Rev. VIII R 3/21). Hierzu gebe es nunmehr eine gesetzliche Regelung, nämlich § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG. Dort stelle sich die Frage, wie die Exiterlöse steuerlich zu erfassen seien. Möglich sei die Behandlung als Gewinnbeteiligung oder die Erfassung als außerhalb der Gewinnerzielung stehende sonstige Beratungsleistung. Relevant seien zwei Entscheidungen des FG Baden-Württemberg (FG Baden-Württemberg 2 K 1731/17, Rev. VI R 2/21; 2 K 1774/17, Rev. VI R 1/21). Dort sei es um ein Managementbeteiligungsprogramm für Arbeitnehmer gegangen. Diese Entscheidungen zeichneten sich vor allem dadurch aus, dass die gesamte Meinungsvielfalt und die Kriterien, die für die Abgrenzung herangezogen werden könnten, dargestellt seien.

III. Tendenzen der Rechtsprechung

Die Tendenzen der Rechtsprechung zeichneten sich wie folgt ab: Managementbeteiligungen eines angestellten Managers oder eines freiberuflich tätigen Beraters könnten ein eigenständiges wirtschaftliches Gewicht besitzen und seien nicht als Hilfsgeschäft zu der unselbständigen oder selbständigen Beratungstätigkeit einzuordnen. Dies zeige, dass bei der Abgrenzung von Einkünften nach § 19 EStG oder § 18 EStG auf der einen Seite gegenüber solchen nach § 20 EStG auf der anderen Seite, die Rechtsprechung dazu neige, die Managementbeteiligungen den Einkünften nach § 20 EStG einzuordnen. Es könne eine neben dem Angestellten- oder

Beratungsverhältnis bestehende eigenständige Sonderrechtsbeziehung als Erwerbsgrundlage vorliegen. Im Rahmen einer Private Equity Beteiligung stelle nach angefochtener Entscheidung des FG München bei einer steuerlich anzuerkennenden kapitaldisproportionalen Gewinnverteilungsabrede der Carried Interest einen Gewinnanteil und keine Tätigkeitsvergütung im Rahmen der Ergebnisverwendung dar. Zusammengefasst lasse sich eine Neigung zu einer getrennten Beurteilung erkennen. Wo die Grenzen genau verliefen (zum Beispiel bei Erwerb unter Marktwert, bei nur kurzfristiger Beteiligung, bei geringer Höhe, bei fehlender oder unzureichender Vergütung aus nichtselbständiger Arbeit oder hinsichtlich der Frage, wie die Beteiligungen erworben worden seien – etwa durch Einsatz von Fremd- oder Eigenkapital), bedürfe weiterer Klärung. Diese aufgezeigte Problematik betreffe allerdings nur die Abgrenzung zwischen § 19 EStG oder § 18 EStG zu § 20 EStG.

IV. Allgemeine Regeln zur Abgrenzung der einzelnen Einkunftsarten

Angesichts der Notwendigkeit der Abgrenzung, die sich zwingend aus den unterschiedlichen Rechtsfolgen der einzelnen Einkunftsarten ergebe, könne auf entsprechende Regeln für andere Fälle und Einkunftsarten nicht verzichtet werden. Das Gesetz selbst stelle konkrete Lösungen nur in einzelnen Fällen bereit (§§ 20-23 EStG). Dort gehe es um die nachgeordneten Einkunftsarten und deren Verhältnis zu anderen Einkünften – etwa aus Gewerbebetrieb. Weitere Regeln zur Abgrenzung der Einkunftsarten seien unter Beachtung der Gesetzssystematik, der einkommensteuerlichen Prinzipien und der bisher ergangenen Rechtsprechung zu gewinnen. Es stelle sich nicht nur die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis von §§ 20-23 EStG zu den anderen Einkünften, sondern auch nach dem Verhältnis der §§ 20-23 EStG untereinander. Weiter sei die Konkurrenz der §§ 13-18 EStG oder §§ 13-19 EStG untereinander relevant. Auch dort könnten Konkurrenzfälle auftreten, in denen Einkünfte der einen oder anderen Einkunftsart zugerechnet werden müssten. Hierbei stelle sich die Frage, nach welchen Regeln diese Zuordnung zu erfolgen habe. In dieser Hinsicht lasse das Gesetz gewisse Lücken erkennen. Man könne von folgenden Grundsätzen ausgehen:

Prinzipiell seien alle Einkünfte gleich zu behandeln („synthetischer Einkommensbegriff“). Dies entspreche dem Grundsatz der Gleichwertigkeit der Einkünfte, obwohl freilich unklar sei, wo dieser Grundsatz herkomme und warum nicht etwa Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft denen aus Gewerbebetrieb oder sonstigen Einkünften vorgingen. Im Hinblick auf mit der jeweiligen Einkunftsart verbundene Besonderheiten seien sachgerechte Differenzierungen zulässig. Dies lasse sich etwa daran erkennen, dass es unterschiedliche Freibeträge und Befreiungen gebe. Zu prüfen sei, ob diese sachgerecht seien. Bei der Abgrenzung der Einkunftsarten sei im Ausgangspunkt von der Gleichrangigkeit der Einkünfte und von dem Grundsatz der möglichst weitgehenden Trennung auszugehen. Zu diskutieren sei, ob es sich hierbei um Grundsätze handele. Hintergrund dessen sei der Gedanke, dass die jeweiligen Einkunftsarten soweit wie möglich nach ihrem spezifischen Gehalt zu berücksichtigen seien. Ginge man etwa davon aus, dass bestimmte Einkunftsarten spezieller seien als andere, gälte der Grundsatz der Spezialität. Die jeweiligen Bezüge seien bei der Einkunftsart zu erfassen, zu der sie gehörten. Daher komme es nicht in Betracht, in Zweifelsfällen die Einkünfte zur Hälfte der einen und zur Hälfte einer anderen Einkunftsart zuzurechnen.

Bei der Entwicklung einer Systematik seien verschiedene Fallgruppen vorstellbar. Beispielsweise sei an additive Gestaltungen zu denken. Werde eine Person etwa gleichzeitig als Arzt und als Gastwirt tätig, seien die Einkünfte als Arzt und die als Gastwirt getrennt zu behandeln. Eine weitere Fallgruppe seien Fälle der Spezialität. Beispielhaft seien Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft und gewerbliche Einkünfte genannt. Erstere seien eigentlich letzteren zuzuordnen, hätten allerdings einen besonderen Bezug zur Urproduktion. Möglich seien auch alternative Gestaltungen. Hier sei an Arbeitnehmer auf der einen und Selbständige auf der anderen Seite zu denken, insbesondere in Fällen der Scheinselbständigkeit, wo Einkünfte nach § 19 EStG von solchen aus § 15 EStG abzugrenzen seien. Interessant und bei Managementbeteiligungen relevant sei auch die letzte Fallgruppe. Kennzeichnend für diese Fallgruppe sei, dass eine Haupteinkunftsart (etwa Einkünfte aus § 19 EStG) vorliege, in deren Rahmen noch andere Einkünfte erzielt werden. Fraglich sei in dieser Konstellation, ob sämtliche Einkünfte *in toto* oder getrennt zu erfassen seien.

V. Fehlen einer umfassenden Untersuchung

Bei der Vorbereitung des Themas sei Verwunderung darüber aufgekommen, dass eine umfassende Untersuchung zu diesem Thema nicht existiere. Die Rechtsprechung halte sich mit der Begründung und der Ableitung ihrer Ergebnisse zurück. Vielleicht gelinge es den Podiumsteilnehmenden, etwas zu einer allgemeinen „Lehre von der Abgrenzung der Einkunftsarten“ beizutragen.

B. Podiumsdiskussion

I. Überleitung

Prof. Dr. *Thomas Stapperfend* konstatierte, der Referent habe die Messlatte für die Diskussionsrunde damit hochgelegt. Die zu der Abgrenzung der Einkunftsarten im Bereich der Managementbeteiligungen ergangene Rechtsprechung habe sich allerdings als recht einheitlich erwiesen. Hierbei würden die Fragen nach der Eigenständigkeit der Erwerbsquelle und dem Zusammenhang mit den Managementleistungen gestellt. Diese Vorgehensweise hätten alle zitierten Entscheidungen gemein, was nicht die Regel sei. Auch verschiedene Senate des Bundesfinanzhofs würden bisweilen unterschiedlich entscheiden. Eine Analyse der Entscheidungen – auch wenn es dort nicht ausdrücklich stünde – habe ergeben, dass der Rückgriff auf den Veranlassungszusammenhang entscheidend sei. Es gehe jeweils darum festzustellen, ob die Einkünfte durch die Beteiligung oder etwas anderes veranlasst seien. Diese Einheitlichkeit der Rechtsprechung werfe wiederum die Frage auf, ob es in der Praxis überhaupt noch zu Problemen kommen könne.

II. Praktische Probleme

Dr. *Barbara Koch-Schulte* erklärte, dass es in der Praxis weiterhin Probleme bei der Abgrenzung gebe und immer wieder neue Probleme hinzukämen, obwohl es sich bei der Materie um ein Spezialthema handele. Nichtsdestoweniger falle den Finanzämtern immer wieder „etwas Neues“ ein.

Die Relevanz der Thematik veranschauliche der folgende Sachverhalt: Finanzinvestoren würden im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Unternehmens gerne Manager am Unternehmen beteiligen, ihnen also eine Beteiligung zum Erwerb anbieten. Hierfür habe sich ein Strukturierungsstandard und eine Vertragsstandardisierung entwickelt, die für Managementbeteiligungen mittlerweile typisch seien. Hierzu gehöre, dass die Beteiligung zum Verkehrswert erworben würde. Der Entscheidung des BFH (VIII R 40/18) habe ein Fall zugrunde gelegen, in dem das Unternehmen mit 0 € bewertet worden sei. Der betreffende Manager habe die Beteiligung für 10 USD erworben. Diese Anteile hätten einer bestimmten Anlageklasse angehört. Es sei typisch für derartige Beteiligungen, dass die Kapitalstruktur nicht nur aus einer Anteilsklasse bestünde, sondern häufig aus verschiedenen Kapitalinstrumenten oder Anteilsklassen zusammengesetzt sei. Die Anteilsklasse hätte in diesem konkreten Fall dazu geführt, dass ein besonderer „Wasserfall“ bei der Erlösverteilung entstehe: Einige Anteile würden bei einer Ausschüttung vorrangig bedient. Die danach folgenden Anteilsklassen würden später bedient und seien mit einem höheren Risiko behaftet, hätten auf der anderen Seite aber einen höheren Anteil bei den Erlösen gehabt. Dies bedeute, dass eine Hebelung in der Kapitalstruktur vorläge, wobei höhere Erträge mit höheren Verlusten korrespondierten. Das Vertragswerk sähe im Regelfall vor, dass die Beteiligung bei Ausscheiden des Managers aus dem Arbeitsverhältnis zurückgekauft werden könne – gegebenenfalls zum Verkehrswert. Sofern der Ausscheidensgrund durch den Manager selbst begründet wurde, könne der Rückkauf sowohl zu den Anschaffungskosten, als auch zum Verkehrswert erfolgen, je nachdem, welcher Wert niedriger sei. Gemein sei allen Beteiligungen, dass sie beim Verkauf des Unternehmens realisiert würden.

In dem vom BFH entschiedenen Fall sei das Unternehmen 2014 verkauft worden. Die Manager hätten ihre Beteiligungen mitverkauft. Auf diese Anteile sei ein Veräußerungserlös fällig geworden, der den „Jagdinstinkt“ der Finanzverwaltung geweckt habe. Es sei eine Wertsteigerung von 2,8 Millionen Prozent erzielt worden. Aus den eingesetzten 10 USD seien 160.000 € über zwei Tranchen realisiert worden. Dies sei eine Konstellation, die in dieser Extreme nicht häufig vorkomme. Die Höhe der Erträge führe dazu, dass die Finanzverwaltung häufig der Ansicht sei, dass es sich zwingend um Arbeitslohn handele, da die Beteiligung nur angestellten Managern zum Erwerb angeboten würde. Daher liege ein Veranlassungszusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis vor. Hierbei verkenne die Finanzverwaltung oft, dass Verluste gegebenenfalls ebenfalls abzugsfähig sein müssten. Der Abzug werde dagegen nur zurückhaltend gewährt.

III. Abgrenzungsmerkmale in der Rechtsprechung des BFH

Dr. *Egmont Kulosa* führte aus, es gebe bei der Abgrenzung der Einkunftsarten voneinander abstrakte und konkrete Kriterien. Beim BFH würden hierzu vor allem drei Senate entscheiden: Die Senate VI, VIII und IX. Die Rechtsprechung sei sehr einheitlich; versteckte oder offene Divergenzen gäbe es nicht.

Hinsichtlich abstrakter Kriterien halte sich die Rechtsprechung allerdings zurück. Dieses Thema sei noch nicht richtig aufgearbeitet. Die Maßstäbe seien vage. Dr. *Egmont Kulosa* zitiert beispielhaft aus der Rechtsprechung: „Welche Einkunftsart steht im Vordergrund und verdrängt die Beziehung zu anderen?“ In der Praxis könne man damit nichts anfangen. Etwas konkreter sei das folgende Zitat: „Existieren vom Arbeitsverhältnis unabhängige und eigenständige

Sonderrechtsbeziehungen?“ Dem Begriff der „Sonderrechtsbeziehung“ könne ein Sachverhalt subsumiert werden. Ähnlich: „Beruhen die Beteiligungen auf einer anderen Erwerbsgrundlage, als der Nutzung der eigenen Arbeitskraft?“ Dies sei etwas konkreter. Auch: „Besteht die Beteiligung unabhängig und losgelöst vom Arbeitsverhältnis?“ Dieses abstrakte Kriterium könne für die Gestalter möglicherweise gefährlich sein, gleichwohl habe es sich noch nicht realisiert. Denkbar sei jedenfalls eine Abgrenzung danach, ob die Beteiligung beim Ausscheiden ende.

Interessanter seien dagegen die konkreten Kriterien. Hierzu befinde sich die Rechtsprechung in einer Entwicklung. Es gebe nur selten die Chance, über einen wirklich interessanten Fall beim BFH zu entscheiden, da die gut gestalteten Sachen diesen nicht erreichten. Es gebe Einzelkriterien für die Beteiligung als eigenständiges Rechtsverhältnis. Weiter gebe es einige Gesichtspunkte, die zwar kritisch seien, aber nach der Judikatur des BFH nicht ausreichten, die Beteiligungen den Arbeitnehmereinkünften zuzuordnen. Einzelkriterien, die „in den sicheren Hafen“ führten – also für die Eigenständigkeit der Beteiligungen sprächen – seien u.a., dass rechtlich und tatsächlich ein Verlustrisiko aus der Beteiligung bestehe. Ungeachtet der Frage, ob ein Typusbegriff vorliege, wäre es untypisch für einen Arbeitnehmer, wenn dieser jenseits von Werbungskosten Verluste erzielte. Ein anderes Kriterium, welches dogmatisch schwierig zu fassen sei, sei der Erwerb und die Veräußerung zum Verkehrswert. Dies sei bei den BFH-Entscheidungen in der Regel der Fall gewesen. Fraglich sei, ob sich etwas änderte, wenn der Erwerb verbilligt wäre. Möglicherweise wäre das nicht der Fall, weil der geldwerte Vorteil nach klassischer Dogmatik Arbeitslohn darstellen würde. Ein dritter Punkt sei, dass der Arbeitsvertrag keinen Anspruch auf oder eine Verpflichtung zum Erwerb der Beteiligung enthielte. Anderenfalls läge möglicherweise eine Verknüpfung vor, die immerhin ein schwächeres oder mittleres Indiz für eine Veranlassung durch das Arbeitsverhältnis darstellte. Schließlich sei ein kritischer Punkt zu beachten, der in der Entscheidung BFH VIII R 40/18 erstmals Thema gewesen sei. Umstände aus dem Arbeitsverhältnis dürften keinen Einfluss auf die Veräußerbarkeit und die Wertermittlung der Beteiligung nehmen. Dies sei gefährlich, denn natürlich seien diese Beteiligungen so gestaltet, dass Umstände aus dem Arbeitsverhältnis Einfluss nähmen. Zu beachten seien auch die jüngeren Entscheidungen des FG Baden-Württemberg, in denen der BFH selbst die Revision zugelassen habe. Das Gericht habe sich gerade bei diesem Punkt nicht konkret geäußert. Dies gelte besonders im Hinblick auf die Differenzierungen. Häufig verhalte es sich bei den Managementbeteiligungen so, dass die Höhe des Erlöses davon abhängt, ob der betreffende Manager und das Unternehmen „im Guten“ auseinandergegangen oder das Ausscheiden auf ein Fehlverhalten des Managers zurückzuführen sei.

Zwei neutrale Merkmale seien noch anzusprechen. Diese seien dadurch gekennzeichnet, dass ihr Vorliegen nach der Judikatur des BFH alleine nicht für die Annahme einer Verknüpfung durch das Arbeitsverhältnis ausreiche. Dies schließe aber nicht aus, dass diese bei einer kumulativen Würdigung herangezogen werden könnten. Ein solches Merkmal liege vor, wenn der Erwerb der Beteiligung nur einem begrenzten Mitarbeiterkreis möglich sei. Das andere bestünde bei dem Arbeitgeber zustehenden Sonderkündigungsrechten.

Eine klar definierte Grenze bilde das fehlende wirtschaftliche Eigentum. Wenn der Arbeitgeber den Manager von der Einwirkung auf die Beteiligung ausschließen könne, liege eine klare

Veranlassung mit dem Arbeitsverhältnis vor. Ein bloß schuldrechtliches Optionsrecht am Exiterlös wäre damit keine eigene Beteiligung.

IV. Herleitung der Abgrenzungskriterien

Prof. Dr. *Rolf Eckhoff* sprach über die dogmatische Herleitung der vorher erläuterten Kriterien. Es lasse sich festhalten, dass die Abgrenzung nicht aus dem Gesetz komme. Zwar gebe es Kollisionsnormen, wie § 20 Abs. 8 EStG, der Kapitaleinkünfte von anderen Einkunftsarten abgrenze. Eine Kollisionsnorm für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmereinkünften und Kapitalerträgen gebe es dagegen nicht. Hieran habe der Gesetzgeber nicht gedacht. Der Fall liege auch nicht auf der Hand. Daher müsse mit der Systematik gearbeitet werden; systematisch sei die Argumentation mit dem Veranlassungszusammenhang. Dann stelle sich die Frage, ob die Erträge durch die Tätigkeit als Arbeitnehmer oder durch eine andere Rechtsbeziehung veranlasst seien. Mittelbar veranlasst seien die Erträge durch die Arbeitnehmertätigkeit, wenn diese Beteiligung nur Arbeitnehmern oder einer bestimmten Gruppe von Arbeitnehmern angeboten würden. Unterbrochen würde diese Veranlassung durch eine eigenständige Rechtsbeziehung, etwa das Halten einer wirtschaftlichen Beteiligung. An den erwähnten Entscheidungen sei allerdings unwägbar, wie intensiv das „Halten“ sein müsse. Es sei die Rede davon, dass es ein „eigenes wirtschaftliches Gewicht“ haben müsse. Fraglich sei, ob dies voraussetze, dass eine bestimmte Haltefrist eingehalten werde; diese Frist würde dann durch die Rechtsprechung bestimmt. Prof. Dr. *Eckhoff* sehe diese allerdings nicht. Möglich sei auch, dass die Beteiligungen ein gewisses Volumen haben oder über eine bestimmte Zeit Dividenden erzielt werden müssten. All dies sei offen.

Bei der Lektüre der Entscheidungen sei überraschenderweise aufgefallen, dass die Gerichte die Aussage getroffen hätten, es spiele keine Rolle, wenn der Arbeitgeber die Aktien bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückfordern könne. Dies lege eine recht enge Verknüpfung nahe. Der BFH habe aber auch das nicht zum Anlass genommen, Arbeitnehmereinkünfte anzunehmen. Auffällig sei auch, dass die erstinstanzlichen Urteile mit einer Ausnahme Einkünfte aus Kapitalerträgen angenommen hätten. Die anderslautende Entscheidung des FG Baden-Württemberg sei prompt aufgehoben worden, da diese widersprüchlich sei. Der BFH beende seine Ausführungen stets mit einem Verweis auf die tatsächlichen Würdigungen. Damit lasse dieser die Entscheidung offen und überantworte diese den Finanzgerichten. Dies sei nicht überzeugend, da es sich nicht um tatsächliche Würdigungen handele. Sobald die tatsächlichen Umstände bekannt seien, müsse eine Subsumtion dahingehend, welcher Einkunftsart die Einkünfte zuzurechnen seien, möglich sein. Der Verweis des BFH auf das „Gesamtbild der Umstände“ schein ein Anklang zu typologischer Rechtsfindung zu sein. Bei typologischer Betrachtung sei das Ergebnis recht eindeutig vorgezeichnet. Der Arbeitnehmer böte seine Arbeitskraft gegen Entgelt an; der Arbeitgeber verkaufe Aktien gegen Entgelt. Das Verkaufen eigener Aktien auf eigene Rechnung mit eigenem Risiko sei nicht typisch für Arbeitnehmer, sondern für Aktieninhaber. Daher lägen die Fälle typologisch weit auseinander. In diesem Sinne seien alle Urteile so ausgefallen, dass jeweils Kapitaleinkünfte angenommen worden seien. Diesen Urteilen könne das maßgebliche Abgrenzungskriterium allerdings nicht entnommen werden, weil der BFH stets auf das Gesamtbild der Umstände – und damit auf die Einzelfallrechtsprechung – verweise.

Fazit: Die Abgrenzung bleibe nach wie vor unsicher und eine Frage der Einzelfallabwägung. Zu fragen sei, wie groß das Gewicht der Beteiligung sei und wie sich dieses Gewicht bemesse. Im Grenzbereich sei die Situation insgesamt allerdings etwas unbefriedigend. Prof. Dr. *Dieter Birk* habe in einem Vortrag bei einer Tagung der Steuerjuristischen Gesellschaft das Vorliegen nur einer Einkunftsart als „Utopie“ bezeichnet. Dies würde wahrscheinlich einen großen Schritt in Richtung der Reinvermögenszugangstheorie und damit in Richtung von Steuererhöhungen darstellen. Denkbar sei eine Bereinigung des Problems, indem eine achte Einkunftsart (private Veräußerungserlöse) eingeführt werde. Dahinter stecke ein nicht zu lösendes Problem, welches sich auch bei der Abgrenzung der Einkunftsarten bei Managementbeteiligungen stelle. Dies bestehe darin, dass die sich realisierenden Gewinne mindestens teilweise mit Körperschaft- und Gewerbesteuer vorbelastet seien. Würden die Einkünfte aus Managementbeteiligungen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zugerechnet, würde dies nicht mehr berücksichtigt. Eine Zurechnung zu den Einkünften aus Kapitalvermögen führte allerdings dazu, dass die Vorbelastung stets unterstellt würde und die Abgeltungsteuer greife. Bei Fällen vor 2009 seien die entsprechenden Erträge sogar steuerfrei. Es sei gut vorstellbar, dass die Finanzverwaltung hieran Anstoß nehme, da eine hohe Leistungsfähigkeit generiert worden sei. Dies sei jedoch schlicht Folge dessen, dass der Gesetzgeber unterschiedliche Tarife für unterschiedliche Einkunftsarten angeordnet und zeitweise Veräußerungserlöse von der Steuer ausgenommen habe. Die Einführung eines einheitlichen Veräußerungstatbestandes führe aber dazu, dass es weiterer Ausdifferenzierung bedürfe, je nachdem, ob die Veräußerungserlöse vorbelastet seien oder nicht. Gerade aus Sicht der Immobilieneigentümer wäre dies sicher keine zu bevorzugende Lösung, weil § 23 EStG wohl verloren ginge. Die systematischen Probleme könnten auf diese Art gelöst werden; ob diese Lösung überzeugend wäre, sei unsicher.

V. Fragen aus dem Publikum

Prof. Dr. *Johannes Beermann*⁶: In Bezug auf die Typologie stelle sich die Frage, ob gerade diese Typologie nicht zu einem anderen Ergebnis führen müsse. Stelle man auf den Kern des zu steuernden Sachverhalts und daran anhängend den Gestaltungswillen ab, der gerade im Steuerrecht häufig dazu führe, dass es den Beteiligten um eine bessere steuerliche und finanzielle Behandlung ginge, müsse angesichts der enormen Gewinnspanne i.H.v. 2,8 Millionen Prozent davon ausgegangen werden, dass es sich um eine klassische Prämie handele. Diese sei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit zuzurechnen. Denn das, was andere Arbeitnehmer in Form von Akkordlohn oder Prämien am Jahresende erhielten, sei im Kern dasselbe wie der Veräußerungserlös bei Managementbeteiligungen; diese seien lediglich steuerlich intelligent gestaltet. Alles andere sei sozial ungerecht.

Prof. Dr. *Roman Seer*: Eine zweite Frage sei, ob es ein Berufsvermögen im Bereich der Einkünfte aus § 19 EStG gebe. Bejahendenfalls könne man problemlos auch bei Managementbeteiligungen zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gelangen. Ein weiterer Fall sei der der „Arbeitsmittel“. Zu denken sei beispielsweise an die wertvolle Stradivari eines Berufsgeigers. Möglicherweise sei diese mit Glück preiswert erworben worden, in der Zwischenzeit allerdings erheblich im Wert gestiegen. Der Gesetzgeber habe diese Thematik nicht erkannt oder nicht erkennen wollen.

⁶ Prof. Dr. *Johannes Beermann* ist Mitglied im Vorstand der Deutschen Bundesbank.

Hieraus folge wiederum die methodische Frage. Unabhängig davon bräuchte man systematisch einen eigenen Veräußerungsgewinntbestand für private Veräußerungseinkünfte und eine Erweiterung von § 23 EStG.

VI. Antworten

Prof. Dr. *Weber-Grellet*: Er stimme Herrn Prof. Dr. *Johannes Beermann* darin zu, dass die Typologie auch anders begriffen werden könne. Erfreulich sei allerdings die Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Nichtsdestoweniger sei es durchaus möglich, zu anderen Ergebnissen zu gelangen. Beispielsweise könne man auf die Haupttätigkeit abstellen. Hierfür gebe es gesetzliche Anhaltspunkte. Bekannt sei beispielsweise die „Abfärbetheorie“, wonach ein gewerblicher Teil einer Tätigkeit dazu führe, dass die gesamte Tätigkeit gewerblich sei. Diesen Gedanken könne man auch auf die Abgrenzung zwischen Einkünften nach § 19 EStG und § 20 EStG übertragen. Zu denken sei auch an das Aufteilungsverbot. Auch wenn dieses etwas eingeschränkt worden sei, könne eine Tendenz zur einheitlichen Beurteilung beobachtet werden. Dies führe zurück zu der generellen Problematik, wo die Kriterien beispielsweise des Sonderrechtsverhältnisses und der selbständigen Erwerbsgrundlage herkämen. Definiert seien diese Abgrenzungskriterien nirgendwo. Die Rechtsprechung bewege sich im freien rechtsschöpferischen Raum. Daher sei die Frage nach der methodischen Begründung sinnvoll und eine andere Beurteilung durchaus zu rechtfertigen.

Zu § 20 EStG und dessen Verhältnis zu anderen Einkunftsarten sei interessant, dass im EStG von 1925 der damalige § 20 EStG nur auf die Einkünfte nach § 2 Abs. 1 Nr. 1-3 EStG verwiesen habe. Erst im EStG von 1934 sei dies dahingehend erweitert worden, dass auch auf § 2 Abs. 1 Nr. 4 EStG verwiesen worden sei. Auf die Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit sei der Verweis nie erweitert worden. Warum der Gesetzgeber dahingehend Zurückhaltung geübt habe, sei nicht klar. Diese Frage werde kaum diskutiert. Im Ergebnis sei die Entwicklung von Abgrenzungskriterien durch die Rechtsprechung begrüßenswert. Die dogmatische Begründung und die Klärung der allgemeineren Frage, wie es sich mit der Abgrenzung anderer Einkunftsarten verhalte, sei weiterhin offen.

Schließlich sei der Veranlassungszusammenhang kein taugliches Abgrenzungskriterium. Vielmehr stelle sich eine Konkurrenzfrage. In Konkurrenz träten die jeweiligen Einkunftsarten aber erst dann, wenn ein Veranlassungszusammenhang vorliege. Für sich genommen seien die Einkünfte sowohl durch § 20 EStG, als auch durch § 19 EStG veranlasst. Es gehe nur darum, sich bei vorhandenem Veranlassungszusammenhang zu mehreren Einkunftsarten für eine zu entscheiden. Hierfür habe der BFH überhaupt erst Kriterien entwickeln müssen.

Prof. Dr. *Rolf Eckhoff* sei darin zuzustimmen, dass die Abgrenzung keine Frage der tatsächlichen Würdigung sei. Der BFH dürfe sich nicht mit den vertretbaren Ergebnissen der Finanzgerichte begnügen. Die Abgrenzung sei eindeutig eine Frage der Subsumtion und nicht der Tatsachenaufklärung. Denn durch eine Beweiserhebung könne die Abgrenzung gerade nicht geklärt werden. Nötig sei eine schlichte rechtliche Zuordnung des festgestellten Sachverhalts zu den Tatbestandsmerkmalen der jeweiligen Einkunftsarten.

Dr. *Barbara Koch-Schulte*: Es komme häufig vor, dass bei der Abgrenzungsfrage quantitativ argumentiert werde. Dabei sei es aber schwierig, jemandem, der sich an einer wertlosen Firma beteilige, zu erklären, dass sich die Besteuerung seines Veräußerungserlöses rein nach der Quantität des Erlöses richte. Dies führe nämlich dazu, dass der Veräußerungserlös als Arbeitslohn gelte, wenn dieser eine bestimmte Summe übersteige, im Verlustfall aber nicht berücksichtigungsfähige negative private Kapitaleinkünfte vorlägen. Quantitativ könne man der Lösung des Problems deshalb nicht näherkommen. Denn die Zuordnung von Einkünften zu einer Einkunftsart sei eine qualitative Entscheidung. Hier seien allenfalls Typisierungen, wie etwa die Drei-Objekte-Grenze bei Einkünften aus Gewerbebetrieb, denkbar.

Schließlich führe die Frage nach dem eingesetzten Vermögen bei den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit zum Kern der durch den BFH vorgenommenen Abgrenzungsentscheidung. Das Gesetz sehe kein Einkünfteerzielungsvermögen bei den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit vor. Dies sei der Punkt, an dem sich der BFH orientiere. Maßgeblich sei danach, ob es ein Verlustrisiko im Vermögen gebe. Sobald dies der Fall sei, könnten die Erlöse nicht mehr durch die Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit veranlasst sein, da sich diese in ihrem Tatbestand darauf beschränkten, den Vorgang „Geld gegen Tätigkeit“ zu erfassen. Damit liege ein reines Austauschverhältnis vor. Verlusttragung sei dort nicht vorgesehen. Deshalb führe die Bedeutung, die das Vermögen für die beiden Einkunftsarten habe, zum Kern der Abgrenzungsthematik.

Prof. Dr. *Thomas Stapperfend* leitete über zu den allgemeinen Fragen der Abgrenzungsproblematik. Wichtig sei die Abgrenzung zwischen Einkunftsarten nach § 15 EStG und § 18 EStG. Im Jahr 1987 sei ihm erzählt worden, die Gewerbesteuer werde demnächst abgeschafft, womit diese Unterscheidung hinfällig werden würde. Dies habe sich nicht als wahr erwiesen. Lösen ließe sich das Problem, wenn es nur noch eine Einkunftsart gebe, wie es etwa auch Prof. Dr. *Paul Kirchhof* vorgeschlagen habe. Daher stelle sich an Herrn Dr. *Egmont Kulosa* gerichtet die Frage, ob dies eine gangbare Lösung wäre.

Dr. *Egmont Kulosa*: Konzeptionell sei ein derartiges Vorgehen möglich. Fraglich sei allerdings, was damit gewonnen wäre. Rechtstatsächlich gebe es Unterschiede zwischen den Betätigungen und dem tatsächlichen Befund, der im Gesetz als Einkunftsart vertypt sei. Verfassungsrechtlich sei es allerdings zulässig, solchen Besonderheiten auch durch Sonderregelungen Rechnung zu tragen. Dies bedeute zwar nicht, dass auch alle im EStG vorhandenen Sonderregelungen tatsächlich verfassungsrechtlich unbedenklich seien. Differenzierungen, die auf sachlichen Gründen beruhten, seien nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG verfassungskonform. Auch wenn es nur eine einzige Einkunftsart im Gesetz gäbe, wären im Gesetz oder in Durchführungsbestimmungen wiederum zahlreiche Unterdifferenzierungen nötig, um der wirtschaftlichen Lebenswirklichkeit Rechnung zu tragen. Daher wäre damit nicht viel gewonnen. Auf der anderen Seite müssten vorhandene Differenzierungen gerechtfertigt werden; dies sei aber nicht ausgeschlossen.

VII. Schlussrunde

Prof. Dr. *Rolf Eckhoff*: Eine einzige Einkunftsart wäre in der Tat mit derart vielen notwendigen Ausnahmen versehen, dass sie illusorisch bleiben dürfte. Auch nach dem Entwurf von Prof. Dr. *Paul Kirchhof* habe es in den Verordnungen zahlreicher Detailregelungen bedurft.

Solange die Verzahnung mit Gewerbe- und Körperschaftsteuer bestehe, bedürfe es Sonderregelungen. Würde mit einem Typusbegriff gearbeitet werden, so dass die Einkünfte aus §§ 20-23 EStG nachrangig, die §§ 13-19 EStG vorrangig behandelt würden, erinnere dies an eine Differenzierung nach „guten“ und „schlechten“ oder „aktiven“ und „nicht aktiven“ Einkünften. In der bayerischen Verfassung gebe es die kuriose Bestimmung, wonach müheloses Einkommen nach Maßgabe der Gesetze mit Sondersteuern zu belegen sei. Dies dürfte nicht funktionieren, da die Verhältnisse zu ausdifferenziert seien. Möglicherweise sei ein Veräußerungstatbestand die Lösung des Problems. Hierfür würde müsste eine neue Einkunftsart geschaffen werden. Dies würde die Abgrenzung erleichtern, allerdings nicht das weitere Problem lösen, dass es bei einigen Einkunftsarten typischerweise hohen Vermögenseinsatz gebe, während dies bei anderen – etwa Arbeitnehmereinkünften – nicht der Fall sei. Als Unterscheidungskriterium sei die eingesetzte Vermögenssubstanz auch nicht passend, da es die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gebe, die auch mit hohem Vermögenseinsatz verbunden seien. Eine grobe Trennung zwischen zwei Kategorien sei wohl nicht machbar. Die Lösung sei letzten Endes das, was der Gesetzgeber bisher schon gemacht habe, nämlich Einzelregelungen zu schaffen, wie jene in §§ 20-23 EStG. Zuzugeben sei allerdings, dass dies die Rechtslage ausdifferenzierter und komplizierter gestalte. Die Alternative dessen sei folglich die Einführung eines Veräußerungstatbestandes.

Dr. *Barbara Koch-Schulte*: Dies dürfte zu der Erkenntnis führen, dass das Podium mit der Entwicklung einer allgemeinen Theorie gescheitert sei. Die Ausgestaltung der Einkunftsarten orientiere sich an Praktikabilitätsabwägungen und der Erkennbarkeit eines Besteuerungssachverhaltes. Diese Entscheidung habe der Gesetzgeber getroffen. In seiner Hand liege es nun, die Ausgestaltung vorzunehmen. Sollte er sich dazu entscheiden, die Veräußerungsgewinne bei den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit mit zu berücksichtigen, stehe ihm das wahrscheinlich frei, wengleich hiermit Praktikabilitätsprobleme verbunden seien. Dies sei mit Theorie oder abstrakten Kriterien nicht erfassbar.

Prof. Dr. *Heinrich Weber-Grellet*: Nur eine Einkunftsart ins Gesetz aufzunehmen sei zwar möglich. Bei dem Vorschlag von Prof. Dr. *Paul Kirchhof* habe sich aber gezeigt, dass dies eine Bundessteuerverordnung notwendig mache, die wiederum zahlreiche Differenzierungen nach Einkunftsarten enthalten müsse. Hierüber könne freilich diskutiert werden. Zur Abgrenzung sei zwar keine letztverbindliche Lösung gefunden, die Problematik aber verdeutlicht worden. Wichtig sei nochmals der Hinweis, dass die vom BFH entschiedenen Fälle lediglich einen schmalen Ausschnitt betreffen, nämlich die Abgrenzung der Einkünfte nach § 20 EStG von denen nach § 19 EStG. Alle anderen Fragen seien nach wie vor offen. Zu überlegen sei, ob über die Kollisionsregelungen der §§ 20-23 EStG hinaus noch weitere Regelungen notwendig seien, oder die Regelungen jedenfalls ergänzt werden müssten.

Prof. Dr. *Thomas Stapperfend* dankte den Teilnehmenden, stellte fest, dass die Standpunkte deutlich geworden seien und überließ es dem Publikum zu entscheiden, ob das Podium bei der Entwicklung einer einheitlichen Abgrenzungstheorie gescheitert sei.