

Die Redaktions-Hotline des VSRW Verlags  
in Kooperation mit der Taxperts Rechtsberatung GmbH  
Der „Sparrings-Partner“ für Steuerberater

*Gutachten & Vertragscheck*

NEWSLETTER +++ NEWSLETTER +++ NEWSLETTER +++ NEWSLETTER  
MONAT AUGUST/2011

## **Beratervertrag oder Anstellungsvertrag? Vertragsgestaltungen bei GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer**

### **Geschäftsführung mit Beratervertrag**

Der Geschäftsführer einer GmbH kann unter Umständen gegenüber der GmbH **als selbstständiger Unternehmer** auftreten und seine Geschäftsführungsleistungen gegen Entgelt und mit Umsatzsteuerausweis abrechnen. Dass er als (gesellschaftsrechtlich weisungsabhängiges) Organ der GmbH auftritt, steht dem nicht entgegen.

Mit dieser Entscheidung vom 10.3.2005 (Az. V R 29/03) änderte der BFH seine bis dahin geltende Rechtsprechung grundlegend und passte sie der Rechtsprechung zur Geschäftsführung bei Personengesellschaften an. Nach Ansicht des BFH liegt eine selbstständige Tätigkeit immer dann vor, wenn sie auf eigene Rechnung und eigene Verantwortung ausgeübt wird. Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung das **Gesamtbild der Verhältnisse** maßgebend. Die Finanzverwaltung hat mit BMF-Schreiben vom 21.9.2005 diesen Wandel mitvollzogen.

Folgende **Merkmale** sprechen **für eine selbstständige Tätigkeit**:

- Zeit, Umfang und Ort der Tätigkeit können nach freiem Ermessen des Geschäftsführers bestimmt werden.
- Es besteht kein Vergütungsanspruch für Urlaubs- oder Krankheitszeiten.
- Der Geschäftsführer ist aufgrund besonderer Vereinbarungen an keine Vorschriften der Gesellschaft gebunden

### **Beraterhinweis:**

Eine umfassende **Checkliste** der Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit bzw. für eine angestellte Tätigkeit können Sie gerne kostenlos per **Mail an [info@taxperts-beratung.de](mailto:info@taxperts-beratung.de)** abrufen.

Das **vertragliche Gestaltungswahlrecht** hat für den Gesellschafter-Geschäftsführer zum Beispiel Auswirkungen bei

- der Frage der Sozialversicherungspflicht (dies gilt insbesondere bei Geschäftsführern mit Minderheitsbeteiligung und Fremdgeschäftsführern),
- Vorsteuerabzug aus allen Aufwendungen, die mit der Geschäftsführertätigkeit in Zusammenhang stehen,
- Abzugsfähigkeit der Kosten häuslicher Büroräume.
- Mögliche Gewerbesteuerpflicht bei einem Gewerbeertrag über 24.500 € jährlich, wenn die Beratungstätigkeit nicht zu den Katalogberufen des § 18 EStG zu zählen ist

### **Beratervertrag des Geschäftsführers neben dem Anstellungsvertrag**

Es ist auch steuerlich anerkannt, dass ein Geschäftsführer für ein **bestimmtes Beratungsfeld** (z.B. Softwareberatung) oder eine **bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit** (z.B. Subunternehmer der GmbH) – die nicht in der Geschäftsführertätigkeit enthalten ist – einen separaten zusätzlichen Vertrag mit der GmbH abschließen kann. Wichtig in diesen Fällen: Der Vertrag muss fremdüblich sein.

Es ist sogar möglich, die Geschäftsführungstätigkeit **unentgeltlich** zu erbringen und nebenberuflich nur für einen eingeschränkten Bereich als Berater für die GmbH mit Beratervertrag tätig zu sein. Zu empfehlen ist, das Beratungsfeld dann möglichst genau zu beschreiben und zwar so, dass sich keine Überschneidungen mit der Geschäftsführungstätigkeit ergeben. Dass die Vergütung angemessen und die Konditionen mit denen von Fremdberatern vergleichbar sein müssen, versteht sich von selbst.

### Streitfragen bei der Auslegung von Verträgen

Die Finanzverwaltung kann nicht mehr davon ausgehen, dass ein Beratungsvertrag als Anstellungsvertrag (mit den entsprechenden steuerlichen Konsequenzen) zu interpretieren ist, nur weil der Geschäftsführer als Organ in den Organismus der Gesellschaft eingegliedert ist und den Weisungen der Gesellschafterversammlung zu folgen hat. Dies hat der BFH mit Urteil vom 20.10.2010 (Az. VIII R 34/08) bestätigt. Vielmehr ist das Gesamtbild der Merkmale zu würdigen. Für einen Beratervertrag – und gegen einen Anstellungsvertrag – sprechen demnach– die Bezeichnung des Vertrags

- fehlende Regelung zu festen Arbeitszeiten, persönlicher Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit
- Zahlung des Honorars auf ein Verrechnungskonto oder Zahlung gegen Rechnung.

### Fehlerquellen bei Beraterverträgen nach Ausscheiden aus der GmbH

Gerade nach Ausscheiden aus der GmbH kann die GmbH sich das Knowhow des Gesellschafters sichern, indem sie ihn auf der Grundlage eines Beratervertrags weiter für bestimmte Aufgaben bindet. Dabei sind jedoch ebenfalls Fehler möglich. Das Urteil des FG München vom 19.7.2010 (Az. 7 K 2384/07) zeigt, wie man es nicht machen sollte:

#### Sachverhalt:

A war lange Jahre Gesellschafter-Geschäftsführer der A-GmbH gewesen. Mit 76 Jahren schied er aus der Gesellschaft aus und schloss mit der GmbH einen Beratervertrag mit folgendem Inhalt:

- Aufgabe war die Unterstützung der Geschäftsführung. Nähere Modalitäten, Aufgabenbereiche oder zu erbringende Leistungen waren nicht geregelt.
- Eine völlige Weisungsfreiheit war vereinbart,
- Freiheit in der Bestimmung des Leistungsorts und des Zeitrahmens
- Beraterhonorar war auf monatlich 10.000 € festgelegt
- Der Vertrag war erstmals nach sechs Jahren kündbar

#### Konsequenz:

Das Beraterhonorar wurde in voller Höhe als **verdeckte Gewinnausschüttung** behandelt. Mit sechs Jahren erschien die Unterstützungsphase unüblich lang, keine Regelungen über die zu erbringenden Leistungen, den Zeitrahmen, das Abrechnungsverfahren usw. sind Merkmale, die in einem Beratungsvertrag mit einem Fremdberater üblicherweise geregelt werden.

#### Beraterhinweis:

Bei konkreten Fragestellungen Ihrer Mandanten stehen wir Ihnen gerne im Rahmen der **Redaktionshotline des VSRW-Verlages** in Kooperation mit der TAXperts Rechtsanwaltsgesellschaft auf [www.taxperts-beratung.de](http://www.taxperts-beratung.de) und [www.gmbh-steuerpraxis.de](http://www.gmbh-steuerpraxis.de) sowie unter der **Telefon-Nr. 0228 95124-41** zur Verfügung; **diese ist für Abonnenten kostenfrei!**

Mit freundlichen Grüßen

TAXperts Rechtsanwaltsgesellschaft mbH & VSRW Verlag Dr. Hagen Prühs GmbH

#### Hinweis auf Verlagsprodukte:

Die beiden weiterführenden **Aufsätze** zum Thema

- **Unternehmer-Status – GmbH Geschäftsführer als Unternehmer nach USt-Recht**  
(GmbH -Steuerpraxis 8/2005)

- **Gesellschafter-Geschäftsführer als Arbeitnehmer oder selbständige Berater der GmbH**  
(GmbH-Steuerpraxis 7/2011)

können gerne **kostenfrei** per **Mail an [info@taxperts-beratung.de](mailto:info@taxperts-beratung.de)** abgerufen werden. Bitte geben Sie Ihre vollständige Adresse an, da Ihnen die Unterlagen per Post zugeschickt werden.

Hinweis: Die Informationen in diesem Newsletter wurden sorgfältig ausgewählt und zusammengestellt. Bitte beachten Sie, dass dieser Service eine rechtliche Beratung nicht ersetzt. Haben Sie daher Verständnis, dass wir daher keine Gewährleistung übernehmen können. Soweit bei Ihnen individueller Informations- oder Beratungsbedarf vorliegt, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.