

Die steuerliche Behandlung des Bezugsrechtsverkaufs

Durch die Neufassung des § 27 EStG im Rahmen des BBG 2011¹⁾ wurde für die Besteuerung der Veräußerung von Kapitalanteilen eine neue gesetzliche Grundlage geschaffen. Der folgende Beitrag stellt zunächst die auf Altanteile²⁾ anwendbare Rechtslage gem §§ 30 und 31 EStG alte Fassung³⁾ sowie die damit verbundenen Zweifelsfragen dar. Anschließend widmen sich die Autoren der Frage, ob durch die grundlegende Änderung der Besteuerung von Kapitalvermögen in § 27 EStG die steuerliche Behandlung der Veräußerung von Bezugsrechten nun einer eindeutigen Regelung unterworfen wurde.

1. Problemstellung

Die steuerliche Behandlung des Bezugsrechtsverkaufs ist im österreichischen Schrifttum stets kontroversiell diskutiert worden.⁴⁾ Es stellt sich nunmehr die Frage, ob der Gesetzgeber durch die umfassende Neuregelung der Besteuerung von Kapitalvermögen in § 27 EStG diese Problematik einer klaren Lösung zugeführt hat. Rechtsfolgenreich liegen die Konsequenzen der zur neuen Rechtslage angestellten Überlegungen auf der Hand: Verneint man eine Subsumtion unter einen Tatbestand des neuen § 27 EStG, wäre ein etwaiger Veräußerungsgewinn außerhalb der einjährigen Spekulationsfrist nach § 30 EStG aF steuerfrei.⁵⁾ Andernfalls unterliegt der Gewinn unabhängig von der Spekulationsfrist dem Regime der „KESt neu“, somit dem 25-prozentigen Steuersatz und den damit verbundenen Abzugsverpflichtungen. Da nach neuer Rechtslage eine Besteuerung des Veräußerungsgewinns unabhängig von Behaltdauer und Ausmaß der Beteiligung vorgesehen ist, erweitert sich auch der Adressatenkreis dieses Rechtsproblems deutlich.⁶⁾

2. Gesellschaftsrechtliche Bedeutung des Bezugsrechts

Das Bezugsrecht als grundlegendes Anteilsinhaberrecht⁷⁾ sichert den Altgesellschaftern einer Kapitalgesellschaft im Falle der Kapitalerhöhung gegen Einlage⁸⁾ die Aufrechterhaltung ihres Beteiligungsverhältnisses. Es ermöglicht dem Altgesellschafter entsprechend seiner bisherigen Beteiligungsquote an der Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile zu partizipieren.⁹⁾ Damit schützt das in § 153 AktG bzw § 52 Abs 3 GmbHG normierte Bezugsrecht den Altgesellschafter vor dem prozentuellen Absinken der Beteiligungsquote seines bisher gehaltenen Anteils und dem Verlust der damit verbundenen Gesellschafterrechte.¹⁰⁾

Darüber hinaus kann durch Veräußerung des Bezugsrechts bei börsennotierten Aktiengesellschaften, bei denen der Ausgabekurs für junge Aktien in der Regel unter dem inneren Wert der alten Aktien liegt, die dadurch entstandene Kursverwässerung ausgeglichen werden.¹¹⁾ Die Gesellschafter sind nicht zur Ausübung des Bezugsrechts verpflichtet. Dem Gesellschafter steht es frei, sein Bezugsrecht auszuüben, es zu verkaufen oder verfallen zu lassen.¹²⁾ Es besteht die Möglichkeit, das Bezugsrecht unter gewissen je nach Gesellschaftsform unterschiedlichen Voraussetzungen auszuschließen.¹³⁾

3. Die steuerliche Behandlung des Bezugsrechtsverkaufs vor dem BBG 2011

Unstrittig fällt die Veräußerung des Bezugsrechts innerhalb eines Jahres ab Zeitpunkt seiner Anschaffung als Spekulationsgeschäft in den Anwendungsbereich des § 30 EStG aF.¹⁴⁾ Mit Anschaffung des Anteils gilt auch das Bezugsrecht als „mit-angeschafft“¹⁵⁾ und die Spekulationsfrist beginnt zu laufen.¹⁶⁾ Strittig ist nach alter Rechtslage allerdings, ob der Verkauf des Bezugsrechts nach Ablauf der Spekulationsfrist von der Veräußerungsgewinnbesteuerung des bisherigen § 31 EStG¹⁷⁾ erfasst ist. Diese Frage ist keinesfalls bloß historischer Natur, da § 31 EStG aF für Anteile, die vor dem 31. 12. 2010 erworben wurden, weiterhin anwendbar ist.¹⁸⁾

Voraussetzung für die Veräußerungsgewinnbesteuerung ist nach dem Wortlaut des § 31 Abs 1 EStG aF die Veräußerung eines „Anteils an einer Körperschaft“. Ein Gewinn aus dem Verkauf eines Bezugsrechts unterliegt nur dann der Steuerpflicht gem § 31 EStG aF, wenn das Bezugsrecht als ein solcher „Anteil“ qualifiziert wird. Während nach Auffassung der Finanzverwaltung auch Bezugsrechte auf Aktien oder GmbH-Anteile

1) Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I 2010/111.
2) Als Altanteile gelten Anteile, die vor dem 31. 12. 2010 angeschafft wurden. Vgl § 124b Z 184 lit a 2. TS EStG idF AbgÄG 2011, BGBl I 2011/76.
3) Vor dem 1. Stabilitätsgesetz 2012, BGBl I 2012/22.
4) Vgl FN 19 bis 23.
5) Dies gilt auch nach dem neuen § 31 EStG idF BGBl I 2012/22.
6) § 31 EStG idF BGBl I 2001/2 sah ein Mindestbeteiligungsausmaß von einem Prozent innerhalb der letzten fünf Jahre vor.
7) *Napokoj*, Barkapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital unter Ausschluss des Bezugsrechts, GeS 2011, 268 (268).
8) *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz II⁹ (2010) § 153 Rz 2; *Hüffer*, Aktiengesetz⁹ (2010) § 186 RN 3.
9) *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁹ § 153 Rz 1 ff.
10) *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz (2003) § 153 Rz 1; *Feil in Gellis* (Hrsg), GmbH Gesetz⁷ (2008) § 52 Rz 4; *Ettmayer/Ratka in Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2010) § 52 Abs 3 Rz 41; *Hüffer*, Aktiengesetz⁹ § 186 RN 2.

11) *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 153 Rz 1.
12) *Feil in Gellis*, GmbHG⁷ § 52 Rz 6; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 153 Rz 12.
13) *Feil in Gellis*, GmbHG⁷ § 52 Rz 5; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 153 Rz 83 ff.
14) Sofern die Einkünfte aus der Veräußerung des Bezugsrechts nicht dem neuen KESt-Regime unterliegen, besteht eine Steuerpflicht nach dem § 31 (1) EStG idF des BGBl I 2012/22, wenn das Bezugsrecht innerhalb eines Jahres verkauft wird.
15) *Rau*, Bezugsrechte und junge Aktien, DB 1964 Beilage, 28; *Weissenborn/Schaaf*, Bewertung von Bezugsrechten und jungen Aktien (Anteilen an einer GmbH), die zum Betriebsvermögen gehören, DStR 1967, 633 (634); BFH 22. 5. 2003, IX R 9/00, BStBl 2003 II S. 712; 27. 10. 2005, IX 15/05 BStBl 2006 II S. 171; so auch *O. Mayr*, Die steuerliche Behandlung der Bezugsrechte auf Aktien und Wandelschuldverschreibungen, ÖStZ 1962, 118 (119).
16) BMF 12. 8. 1991, SWK 1991, A1 353; *Quantschnigg/Schuch*, Handbuch Einkommenssteuerrecht (1993) § 30 Rz 25; *Kanduth-Kristen in Jakom*, EStG⁴ (2011) § 30 Rz 10.
17) IdF BGBl I 2001/2.
18) § 124b Z 184 lit a 2. TS EStG idF AbgÄG 2011, BGBl I 2011/76.

zu den Anteilen an einer Kapitalgesellschaft gehören,¹⁹⁾ verneint die überwiegende Ansicht im österreichischen Schrifttum eine Qualifikation des Bezugsrechts als Anteil iSd § 31 EStG aF.²⁰⁾

Die Finanzverwaltung stützt ihre Ansicht darauf, dass das Bezugsrecht mit dem Erwerb des Gesellschaftsanteils als mitangeschafft gilt. Erst im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung verselbstständigt sich dieses Recht und ein allfälliger Gewinn aus der Veräußerung des Bezugsrechts wird steuerpflichtig.²¹⁾ Diese Auffassung wird allerdings nicht näher begründet. Im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und bezugnehmend auf den systematischen Zusammenhang der Bestimmung sprechen sich *Quantschnigg/Schuch* für die Steuerpflicht der Veräußerung von Bezugs-, Wandlungs- und Optionsrechten nach § 31 EStG aF aus.²²⁾ Auch *Kanduth-Kristen* folgt aus „systematischen Gründen“ dieser Ansicht, schließt allerdings Wandlungs- und Optionsrechte vom Tatbestand des § 31 aF EStG aus, da diese nicht in gleicher Weise mit dem Anteil verbunden seien.²³⁾ Eine nähere Erläuterung, worin diese systematische Zwangsläufigkeit der Besteuerung begründet liegt, geben allerdings weder *Quantschnigg/Schuch* noch *Kanduth-Kristen*.

Demgegenüber verneinte *Ruppe* bereits 1990, unter Hinweis auf den Wortlaut der Bestimmung, der ausschließlich von „Anteilen an Kapitalgesellschaften“ spricht, die Veräußerung des Bezugsrechts als Anwendungsfall des bisherigen § 31 EStG. Beim Bezugsrecht handelt es sich hingegen um ein Anwartschaftsrecht auf Anteilsrechte.²⁴⁾ Mit dem StRefG 1993²⁵⁾ beabsichtigte der Gesetzgeber dem systematischen Erfordernis der Gleichstellung von Realisierungsvorgängen im Privatvermögen auf den körperschaftsteuerrechtlichen Bereich zu entsprechen.²⁶⁾ Diesem Ziel versuchte der Gesetzgeber durch eine Definition des im § 31 EStG verankerten Anteilsbegriffs gerecht zu werden. Den Gesetzesmaterialien zufolge umfasst der Anteilsbegriff „sämtliche Gesellschaftsrechte und anteilsartige Substanzrechte“, und damit neben Aktien und GmbH-Anteilen auch Geschäftsanteile an Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Berechtigungen aus Partizipationskapital sowie Substanzgenussrechte iSd § 8 Abs 3 Z 1 KStG.²⁷⁾ Die Behandlung des Bezugsrechts als Anwartschaftsrecht wird in den Gesetzesmaterialien hingegen nicht behandelt. Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber in den EB zum StRefG 1993 sich für die Konkretisierung des Anteilsbegriffs auf „sämtliche Gesellschaftsrechte“²⁸⁾ bezieht. Diese weite Formulierung würde für die Qualifikation des Bezugsrechts als Anteil sprechen. Aus dem ausdrücklichen Verweis des Gesetzgebers auf die Bestimmung zur Einkommensverwendung in § 8 Abs 3 Z 1 KStG schließt die überwiegende Ansicht im Schrifttum jedoch, dass der An-

teilsbegriff mit jenen Anteilen begrenzt ist, die ein Substanzrecht darstellen und damit eine Beteiligung am laufenden Gewinn und Liquidationsgewinn beinhalten.²⁹⁾ Das Bezugsrecht als Anwartschaftsrecht vermag eine solche Position nicht einzuräumen. Die explizite Nennung der Substanzgenussrechte iSd § 8 Abs 3 KStG widerspricht damit einer auf der Formulierung „sämtliche Gesellschaftsrechte“ basierenden weiten Interpretation des Anteilsbegriffs und damit der Qualifikation des Bezugsrechts als Anteil. Darüber hinaus ist fraglich, ob das Abstellen auf den nicht näher definierten Begriff „sämtliche Gesellschaftsrechte“ zu einer Überschreitung des Wortlauts des § 31 EStG aF führen würde. Gegen die Subsumtion des Bezugsrechts unter den Tatbestand des bisherigen § 31 EStG führt das Schrifttum weiters die historische Entwicklung der Bestimmung ins Treffen. Die deutsche Vorgängervorschrift § 17 dEStG bezog explizit Anwartschaftsrechte in den Anteilsbegriff mit ein. Diese Regelung wurde allerdings 1953 nicht inhaltsgleich in den österreichischen Rechtsbestand übernommen.³⁰⁾ Auch im Zuge des StRefG 1993 wurden die Anwartschaftsrechte nicht in den Gesetzestext aufgenommen. Daher ist auch aus historisch-teleologischer Sicht die Subsumtion des Bezugsrechts unter den Anteilsbegriff des § 31 EStG aF zu verneinen.

4. Die steuerliche Behandlung des Bezugsrechtsverkaufs nach § 27 EStG idF BBG 2011

4.1. Bezugsrechtsverkauf als realisierte Wertsteigerung nach § 27 Abs 3 EStG

Im Zuge der umfangreichen Neufassung der Besteuerung von Kapitalvermögen durch das BBG 2011 wurde der Veräußerungstatbestand des bisherigen § 31 EStG in § 27 Abs 3 EStG iVm § 27 Abs 2 EStG überführt. Künftig sollen Wertzuwächse im Kapitalvermögen, sowohl im betrieblichen als auch im außerbetrieblichen Bereich, unabhängig von der Behaltdauer und der Beteiligungshöhe, besteuert werden.³¹⁾ Es stellt sich daher die Frage, ob die neue Rechtslage auch die Einkünfte aus dem Verkauf des Bezugsrechts als einen solchen Wertzuwachs im Kapitalvermögen qualifiziert und damit der Besteuerung unterwirft. Den Gesetzesmaterialien zum BBG 2011 ist ein expliziter Wille des Gesetzgebers in Bezug auf die steuerliche Behandlung der Bezugsrechte nicht zu entnehmen.

Im Gegensatz zu § 31 EStG aF setzt der neu gefasste § 27 Abs 3 EStG für die Besteuerung der realisierten Wertsteigerung die Veräußerung von Wirtschaftsgütern voraus, dass deren „Erträge Einkünfte aus der Überlassung von Kapital im Sinne von Abs 2 sind“.³²⁾ Voraussetzung für die Besteuerung der Einkünfte aus der Veräußerung des Bezugsrechts ist daher die Qualifikation des Bezugsrechts als Wirtschaftsgut, welches Erträge iSd § 27 Abs 2 EStG vermittelt. Durch die mit der Kapitalerhöhung einhergehende Abspaltung des Bezugsrechts von der Aktie entsteht zweifellos ein selbstständiges Wirtschaftsgut.³³⁾ Die Eigenschaft als selbstständiges Wirt-

19) EStR 2000, Rz 6667; BMF 12. 8. 1991, SWK 1991, A1 353 f.

20) *Ruppe*, Die Veräußerung von Privatvermögen, SWK 1990, A1 257 (264); *Feichtner/Haslinger*, Bezugsrechte als Anteil an einer Körperschaft iSd § 31 EStG? RdW 1994, 363 f.; *Haslinger*, Mitarbeiterbeteiligung und der Begriff der Beteiligung im Steuerrecht, RWZ 1995, 383 (385); *Eberhartinger*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen (1996) 168; *Grünberger*, Termin-, Options- und Swapgeschäfte (2003) 110 f.; *Kirchmayr*, Besteuerung von Beteiligungserträgen (2004) 113; *Jann/Petutschnig*, Die Veräußerung von Stock Options außerhalb der Spekulationsfrist, SWK 2007, 397; *Galla/Helnwein*, Veräußerungen von Optionen auf Gesellschaftsanteile des Managements in Private Equity Transaktionen, taxlex 2008, 281 (283 f).

21) EStR 2000, Rz 6667.

22) *Quantschnigg/Schuch*, Handbuch Einkommenssteuerrecht § 31 Rz 5.

23) *Kanduth-Kristen* in *Jakom*, EStG⁴ (2011) § 31 Rz 12.

24) *Ruppe*, SWK 1990, A1, 264; so auch *Kirchmayr*, Beteiligungserträge 113 f.

25) Steuerreformgesetz 1993, BGBl 1993/818.

26) EB zu § 31 EStG idF StRefG 1993, SWK 1993, T 168.

27) EB zu § 31 EStG idF StRefG 1993, SWK 1993, T 168.

28) EB zu § 31 EStG idF StRefG 1993, SWK 1993, T 168.

29) *Feichtner/Haslinger*, RdW 1994, 364; *Jann/Petutschnig*, SWK 2007, 399 f.; so auch *Haunold*, Beteiligungen nach § 31 EStG und die Steuerreform 1993, eoclex 1994, 56 (57 f); *Haslinger*, RWZ 1995, 385.

30) Dazu ausführlich *Feichtner/Haslinger*, RdW 1994, 363 f.; *Jann/Petutschnig*, SWK 2007, 398 f.

31) EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 115.

32) § 27 Abs 3 EStG idF BBG 2011.

33) Zur Abspaltungstheorie siehe BFH 12. 4. 1967, VI 144/64; BFH 6. 12. 1968, IV R 174/67; BFH 20. 2. 1975, IV R 15/71; BFH 21. 1. 1999, IV R 27/97; BFH 21. 1. 1999, IV R 27/97; BFH 19. 12. 2000, IX R 100/97; so auch *Grünberger*, Termingeschäfte 110.

schaftsgut spiegelt sich darin wider, dass dem Bezugsrecht ein konkreter Wert zugeordnet wird.³⁴⁾ Zu prüfen ist aber dann die Subsumtion des Bezugsrechts unter den Tatbestand des § 27 Abs 2 Z 1 lit a EStG, der von Gewinnanteilen (Dividenden) und sonstigen Bezügen aus Aktien oder Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung spricht. Wesentlich ist hier, dass das Bezugsrecht selbst keinesfalls den Anspruch auf Dividenden oder sonstige Bezüge vermittelt. Bereits der RFH hat in seinem Gutachten von 1920 festgehalten, dass das Recht des Aktionärs auf den Bezug der Dividenden durch das Bestehen und die Ausübung des Bezugsrechts nicht berührt wird.³⁵⁾ Das Bezugsrecht gewährt seinem Inhaber das subjektive Recht, innerhalb der Ausübungsfrist die Aktie oder den GmbH-Anteil zu erwerben. Erst diese Substanzrechte vermitteln in weiterer Folge das Recht, Gewinnanteile iSd des § 27 Abs 2 Z 1 lit a EStG zu beziehen, nicht aber das bloße Bezugsrecht.³⁶⁾ Das folgende Beispiel verdeutlicht dies: Der Bezugsrechtsinhaber ist keinesfalls verpflichtet, sein Bezugsrecht auszuüben und neue Aktien zu erwerben. Wird das Bezugsrecht veräußert und verzichtet der Erwerber in weiterer Folge auf das Vorrecht, junge Aktien zu zeichnen, verfällt sein Recht, ohne dass er je Anspruch auf den Bezug von Gewinnanteilen hatte. Der Erwerber einer Aktie oder eines GmbH-Anteils hingegen verliert seine Rechtstellung durch bloße Untätigkeit nicht. Damit stellt das Bezugsrecht lediglich einen Zwischenschritt zum Erwerb des vollumfänglichen Substanzrechts und dem damit verbundenen Recht auf Bezug von Gewinnanteilen dar. Aus diesen Überlegungen wird klar, dass das Bezugsrecht noch keine Erträge, sondern lediglich die Chance auf Erträge vermittelt.³⁷⁾ Im Gegensatz zur Aktie oder zum GmbH-Anteil begründet das Bezugsrecht als Anwartschaftsrecht weder eine Beteiligung am laufenden Gewinn noch am Liquidationserlös.³⁸⁾ Auch der Erlass zur Besteuerung von Kapitalvermögen setzt für die Anwendbarkeit des § 27 Abs 3 EStG die Veräußerung von Kapitalanteilen voraus, „die eine Beteiligung am Gewinn des Beteiligungsunternehmens vorsehen“.³⁹⁾ Dies ist, wie soeben gezeigt, beim Bezugsrecht eben nicht der Fall. Daraus wird ersichtlich, dass das Bezugsrecht im Gegensatz zur Aktie und zum GmbH-Anteil keine Überlassung von Kapital darstellt. Eine realisierte Wertsteigerung iSd § 27 Abs 3 iVm Abs 2 Z 1 lit a EStG liegt daher nicht vor. Auch eine Subsumtion des Bezugsrechts unter den Tatbestand des § 27 Abs 5 Z 1 EStG ist vor diesem Hintergrund nicht möglich. Dieser Ergänzungstatbestand soll unabhängig von der rechtlichen Form des Vermögenszuflusses alle Einkünfte aus der Überlassung von Kapital erfassen.⁴⁰⁾

- 34) EStR 2000 Rz 6667; § 5 der Kapitalmaßnahmen-VO, BGBl II 2011/322; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 153 Rz 19; *Kanduth-Kristen in Jakom*, EStG⁴ (2011) § 31 Rz 12; BFH 21. 1. 1999, IV R 27/97, BStBl 1999 II 638 Abschnitt B II 2; *Weissenborn/Schaaf*, DStR 1967, 633; *Renz*, Bewertung junger Aktien bzw Bezugsrechte im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung, DB 1967, 1150.
- 35) RFH-Gutachten vom 14. 12. 1920, I D 4/12, RFHE 4, 222, 227, RStBl 1921, 169 so auch RFH 28. 10. 1937, IV 117/37, RStBl 1938, 107. In diesem Urteil entschied der RFH allerdings, dass die Einräumung von Bezugsrechten auf mit besonderen Vorzügen ausgestattete Schuldverschreibungen einer Aktiengesellschaft an die Aktionäre eine Gewinnausschüttung und Einkünfte aus Kapitalvermögen bedeutet.
- 36) *Stoll*, Die ertragsteuerliche Beurteilung der ordentlichen Kapitalerhöhung in *Loebenstein/Mayer/Frotz/Doralt* (Hrsg), *Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft*, FS Kastner 491 (511); *Doralt*, EStG³ (2004) § 27 Rz 38.
- 37) *Stoll* in FS Kastner 511.
- 38) *Feichtner/Haslinger*, RdW 1994, 364; *Haslinger*, RWZ 1995, 385; *Haunold*, *ecolex* 1994, 57 f; *Jann/Petutschnig*, SWK 2007, 399 f.
- 39) Erlass zur Besteuerung von Kapitalvermögen 7. 3. 2012, BMF-010203/0107-VI/6/2012, 14, 16 und 17.
- 40) *Doralt*, EStG³ (2004) § 27 Rz 134; *Marschner in Jakom*⁴ (2011) § 27 Rz 251.

Auch hier ist mangels Kapitalnutzung eine Subsumtion des Bezugsrechts unter den Tatbestand des § 27 Abs 5 Z 1 EStG nicht möglich.

4.2. Bezugsrecht als Derivat iSd § 27 Abs 4 EStG

Durch die Einführung des § 27 Abs 4 EStG wurde die Besteuerung von Derivaten neu geordnet. Zu den Einkünften aus Derivaten zählen neben dem Differenzausgleich und der Stillhalterprämie auch Einkünfte aus der Veräußerung sowie der sonstigen Abwicklung bei Termingeschäften. Als solche Termingeschäfte führt der Gesetzgeber taxativ Optionen, Futures und Swaps an.

Wie die Option wird auch das Bezugsrecht häufig als Anwartschaftsrecht bezeichnet. Daher ist in weiterer Folge zu prüfen, ob das Bezugsrecht als Anwartschaftsrecht unter den Begriff der Option und damit unter den Tatbestand des § 27 Abs 4 EStG subsumierbar ist. Sowohl die Call-Option als auch das Bezugsrecht räumen dem Berechtigten ein subjektives Recht auf Übertragung des Anteils ein. Das Bezugsrecht erwächst aus dem Gesellschafterrecht, während die Option auf einem schuldrechtlichen Vertrag basiert. Daher besteht das Bezugsrecht gegenüber der Gesellschaft (vertikales Recht), wohingegen sich die Option gegen einen Gesellschafter richtet (horizontales Recht). Aufgrund dieser Unterscheidung subsumiert ein Teil des deutschen Schrifttums⁴¹⁾ die Option nicht unter den Begriff der Anwartschaft. Der BFH hat sich dieser Ansicht hingegen nicht angeschlossen und zählt auch den schuldrechtlichen Anspruch in Form einer Call-Option zu den Anwartschaften.⁴²⁾ Für die steuerrechtliche Beurteilung kann dieser Unterscheidung uA jedoch keine große Bedeutung zukommen, da sich einerseits das im Bezugsrecht begründete Recht auf Abschluss eines Zeichnungsvertrages nicht ausschließlich gegen die Gesellschaft richten muss, andererseits im Falle der Option die Gesellschaft selbst Stillhalter sein kann. Bei börsennotierten Gesellschaften stellt in der Praxis nämlich das mittelbare Bezugsrecht nach § 153 Abs 6 AktG den Regelfall dar.⁴³⁾ In diesem Fall werden die jungen Aktien zur Gänze von einer Emissionsbank gezeichnet, dies mit der Verpflichtung, den Altaktionären die jungen Aktien zum Bezugskurs anzubieten.⁴⁴⁾ Eine unterschiedliche steuerliche Behandlung des mittelbaren und unmittelbaren Bezugsrechts ist nicht zu rechtfertigen. Vor diesem Hintergrund wäre die Subsumtion des Bezugsrechts als Anwartschaftsrecht unter den Optionsbegriff und folglich auch die Besteuerung des Bezugsrechts als Option denkbar.

Im neu gefassten § 27 Abs 4 EStG stellt der Gesetzgeber allerdings im Gegensatz zu § 17 dEStG nicht auf die Besteuerung der Option als Anwartschaftsrecht, sondern als Derivat ab. Der Begriff des Derivats ist gesetzlich nicht definiert. Der Gesetzgeber konkretisiert diesen Tatbestand lediglich durch die exemplarische Aufzählung einzelner Finanzprodukte.⁴⁵⁾ Vom

- 41) *Gosch in Kirchhof*, EStG³ (2010) § 17 Rz 17; *Strahl in Korn*, *Einkommensteuergesetz Kommentar*⁸ (2002) § 17 Rz 34; aA *Ebling in Blümich*, EStG-KStG GewStG¹¹ § 17 Rz 211; *Weber-Grellet in Schmidt*, EStG-Kommentar³⁰ (2011) § 17 Rz 28.
- 42) BFH 19. 12. 2007, VIII R 14/06, BStBl II 08, 475; auch eine Doppeloption ist hierbei nicht schädlich.
- 43) *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 153 Rz 45; *Benedikt*, Die Zeichnung junger Aktien zum Nennwert bzw zum anteiligen Betrag beim mittelbaren Bezugsanbot, GeS 2006, 302.
- 44) *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 153 Rz 45 und 61; *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhöhung bei der börsennotierten AG in Österreich, in *Altmeppen/Fitzl/Honsell* (Hrsg), FS Günther H. Roth (2011) 635 (642).
- 45) § 27 Abs 4 EStG idF BBG 2011: Zu den Einkünften aus Derivaten gehören (...) bei Termingeschäften (bspw Optionen, Futures und Swaps) sowie bei sonstigen derivativen Finanzinstrumenten (bspw Indexzertifikaten).

Begriff des Derivats sind laut Gesetzesmaterialien jedenfalls „sämtliche Termingeschäfte (als Optionen, Futures, Forwards, Swaps usw.), sowie andere derivative Finanzinstrumente – und zwar unabhängig davon, ob deren Underlying Finanzvermögen, Rohstoffe oder z.B. sonstige Wirtschaftsgüter darstellt“⁴⁶⁾ umfasst. Zu prüfen ist daher das kumulative Vorliegen sowohl eines Termingeschäfts als auch der Wertabhängigkeit von einem Basiswert (Underlying).

Unter Termingeschäft ist ein Vertrag über zukünftig zu erbringende Leistungen zu einem im Vorhinein bestimmten Preis zu verstehen, der durch das Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft charakterisiert ist.⁴⁷⁾ Der konkrete Bezugsanspruch richtet sich auf den Abschluss eines Zeichnungsvertrags mit der Gesellschaft⁴⁸⁾ zu den im Hauptversammlungsbeschluss festgelegten Bedingungen. Im Gegensatz zur Option ist damit zwischen dem Entstehen des Bezugsrechts und der tatsächlichen Übertragung des Anteilsrechts ein Zwischenschritt in Form des Zeichnungsvertrags vorgesehen. Je nachdem, welche Bedeutung man diesem Zwischenschritt beimisst, kann dieser Vorgang mit der Ausübung einer Option gleichgestellt werden. Auch der Ausgabekurs der jungen Aktien ist je nach Preisfindungsmechanismus im Vorhinein bestimmt.⁴⁹⁾ § 153 Abs 2 AktG verpflichtet den Vorstand sogar, den Ausgabebetrag für die vom Bezugsrecht erfassten jungen Aktien vor Beginn der Zeichnungsfrist zu veröffentlichen.⁵⁰⁾ Eine Subsumtion des Bezugsrechts unter das Termingeschäft kann daher im Sinne eines weiten Begriffsverständnisses als möglich erachtet werden. Für die Qualifikation des Bezugsrechts als Option und damit als Derivat ist allerdings zusätzlich auch das Vorliegen einer Wertabhängigkeit von einem Basiswert erforderlich.

Durch die explizite Nennung des Underlying in den Gesetzesmaterialien ist die Wertabhängigkeit zu einem bestimmten Basiswert als zweites Wesensmerkmal und damit als Tatbestandsmerkmal des Derivats iSd § 27 Abs 4 EStG zu betrachten.⁵¹⁾ Im Gegensatz zur Option, deren Wert sich mathematisch in Abhängigkeit zum Underlying darstellen lässt, ist das Tatbestandsmerkmal der Wertabhängigkeit zum Basiswert im Fall des Bezugsrechts nicht erfüllt. Bei börsennotierten Gesellschaften erfolgt das Bezugsrechtsanbot in Österreich im Regelfall auf Basis eines Book-Building-Verfahrens.⁵²⁾ Dabei werden potenzielle Investoren unverbindlich um eine Einschätzung des erzielbaren Preises gebeten. Auf Basis dessen wird einen Bandbreite festgelegt und der endgültige Preis bestimmt.⁵³⁾ Der Wert des Underlyings, in diesem Fall der jungen Aktie, sowie des Bezugsrechtspreises sind während der Ausübungsfrist im Gegensatz zur Option unveränderlich. Noch weniger lässt sich ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Wert des Bezugsrechts und

dem Wert der neuen Stammeinlagen bei der GmbH darstellen. Bei der GmbH ist ein Börsenhandel des Anteils und des Bezugsrechts nicht möglich, die betragsmäßige Erhöhung des Stammkapitals wird durch den Erhöhungsbeschluss der Generalversammlung festgelegt. Der Wert des Bezugsrechts hängt in vielen Fällen von persönlichen Motiven der Erwerber und nicht von der Wertentwicklung des Underlyings ab. Ein Aktionär, der darauf abzielt, seinen Anteil auf über 50 % an der Gesellschaft zu erhöhen, ist bereit, einen deutlich höheren Preis für das Bezugsrecht zu bezahlen. Zudem spiegelt sich die mangelnde Wertabhängigkeit vom Underlying auch darin wider, dass das Bezugsrecht im Gegensatz zur Option und den anderen im Gesetzestext genannten Finanzinstrumenten nicht zu Spekulations- oder Hedgingzwecken eingesetzt wird. Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings, dass in Extremfällen wie bspw im Fall des rapiden Kursverfalls der Altaktien während der Ausübungsfrist auch der Wert der Bezugsrechte eingeschränkt wird. Fraglich ist, wie stark die Wertabhängigkeit zum Underlying ausgeprägt sein muss, um unter den Tatbestand des § 27 Abs 4 EStG zu fallen. Da die überwiegenden Argumente gegen das Vorliegen einer Wertabhängigkeit des Bezugsrechts von einem Basiswert sprechen, ist eine Subsumtion des Bezugsrechts unter den Optionsbegriff des § 27 Abs 4 EStG nach Ansicht der Autoren abzulehnen.

4.3. Bezugsrecht als „sonstiger Anspruch“ iSd § 27 Abs 6 Z 3 EStG

Neben den beiden Haupttatbeständen des § 27 Abs 3 und Abs 4 EStG ist auch die Anwendung des Ergänzungstatbestandes⁵⁴⁾ des § 27 Abs 6 EStG zu prüfen. Dieser stellt die „Veräußerung von Dividendenscheinen, Zinsscheinen und sonstigen Ansprüchen, wenn die dazugehörigen Wirtschaftsgüter nicht mitveräußert werden“, der Veräußerung iSd Abs 3 und Abs 4 EStG gleich. Da der Begriff „sonstige Ansprüche“ sämtliche vergleichbare Ansprüche aus den in § 27 EStG angeführten Kapitalanlagen und damit Ansprüche aus Aktien und GmbH-Anteilen umfasst,⁵⁵⁾ könnte der mit der Kapitalerhöhung entstehende konkrete Bezugsanspruch als ein solcher sonstiger Anspruch qualifiziert werden. Sowohl der weite Wortlaut der Bestimmung als auch die Intention des Gesetzgebers, sämtliche Vermögenszuwächse aus privaten Kapitalanlagen dem 25-prozentigen Sondersteuersatz zu unterwerfen,⁵⁶⁾ sprechen für eine Subsumtion unter diesen Tatbestand. Durch die Gleichstellung der Veräußerung des Dividendenanspruchs oder sonstiger Ansprüche mit den Veräußerungstatbeständen des Abs 3 und 4 werden diese den Substanzgewinnen zugeordnet.⁵⁷⁾ Im Fall der Veräußerung des Bezugsrechts rührt, wie bereits gezeigt, die realisierte Wertsteigerung allerdings nicht aus der Veräußerung eines Substanzrechts her. Dies würde einer Subsumtion unter den Tatbestand des § 27 Abs 6 Z 3 EStG entgegenstehen. Darüber hinaus stellt die explizite Nennung der Veräußerung des Dividenden- und Zinsscheins eine direkte inhaltliche Verbindung zu den Tatbeständen der realisierten Wertsteigerungen in § 27 Abs 3 iVm Abs 2 EStG her. Danach unterliegen sowohl der Gewinn aus der Veräußerung des Wirtschaftsgutes als auch dessen Erträge der Besteuerung. Genau dies ist bei

46) EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 117; so auch der Erlass zur Besteuerung von Kapitalvermögen, 7. 3. 2012, BMF-010203/0107-VI/6/2012, 70.

47) Grünberger, Termingeschäfte 34 mwN; Kirchmayr, Beteiligungserträge 113 f; Schüwer/Steffen, Funktion und Einsatz von Finanzderivaten, in Zerey (Hrsg), Handbuch Finanzderivate 2010, 35 RN 1; Polivanova-Rosenauer, Besteuerung von Derivaten, in Kirchmayr/Mayr/Schlager (Hrsg), Besteuerung von Kapitalvermögen (2011) 155 f.

48) Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 153 Rz 14; Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG II^f § 153 Rz 9.

49) Zu den Ausgabeverfahren siehe Kalss/Oppitz/Zollner (Hrsg), Kapitalmarktrecht § 9 Rz 23 ff; Reich-Rohrwig in FS Roth 643 und 645 f.

50) Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 153 Rz 38 f; Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG II^f § 153 Rz 38.

51) Davon geht offensichtlich auch der Gesetzgeber aus, siehe EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 116; so auch der Erlass zur Besteuerung von Kapitalvermögen, 7. 3. 2012, BMF-010203/0107-VI/6/2012, 70.

52) Hauser/Blaschke, ecolex 2006, 757.

53) Kalss in Gruber/Rüffler (Hrsg), Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht, FS Koppensteiner (2007) 45 (55); Reich-Rohrwig in FS Roth 645 f.

54) Erlass zur Besteuerung von Kapitalvermögen 7. 3. 2012, BMF-010203/0107-VI/6/2012, 36.

55) Doralt, EStG⁹ (2004) § 27 Rz 160/1.

56) EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 115.

57) Marschner in Jakom, EStG⁴ (2011) § 27 Rz 261.

der Aktie und der damit verbundenen Dividende sowie bei Zinsen der Fall. § 27 Abs 6 Z 3 EStG verhindert damit eine Umgehung der Besteuerung durch die getrennte Veräußerung von Wirtschaftsgut und Ertrag in Form eines Dividenden- oder Zinsscheins. Die Intention des Gesetzgebers ist es, den Vorgang des sog. „Bond-Stripping“ steuerlich zu erfassen und den Einkünften aus realisierter Wertsteigerung zuzuordnen. Damit sollte ein Ergänzungs- und kein genereller Auffangtatbestand geschaffen werden.⁵⁸⁾ Aus diesen Gründen ist eine Subsumtion des Bezugsrechtsverkaufs unter den Tatbestand des § 27 Abs 6 Z 3 EStG zu verneinen.

4.4. Kapitalmaßnahmen-Verordnung

Auch die Kapitalmaßnahmen-Verordnung⁵⁹⁾ trägt nicht zur Klärung bei, ob Einkünfte aus der Veräußerung des Bezugsrechts von der KEST-Pflicht erfasst sind. Die Kapitalmaßnahmen-VO vermag keinen Besteuerungstatbestand zu schaffen, sondern dient lediglich der technischen Vereinfachung des KEST-Abzugs. In § 5 bezieht sich die Verordnung auf die Bewertung des Bezugsrechts im Depot des Inhabers. Aus Vereinfachungsgründen ist eine Bewertung des Bezugsrechts mit Null vorgesehen. Ob diese Bewertung für den Verkauf des Bezugsrechts oder für die Bewertung der Aktie, die das Bezugsrecht vermittelt, maßgeblich ist, ist der Verordnung nicht zu entnehmen.⁶⁰⁾ Im Ergebnis würde die Bewertung der Anschaffungskosten des Bezugsrechts mit null allerdings zu einer Besteuerung des gesamten Veräußerungserlöses unter Außerachtlassung der Anschaffungskosten führen.

4.5. Erlass des BMF zur Besteuerung von Kapitalvermögen

In dem unlängst ergangenen Erlass des BMF zur Besteuerung von Kapitalvermögen⁶¹⁾ bezieht sich die Finanzverwaltung auf den zuvor genannten § 5 der Kapitalmaßnahmen-VO und nimmt folglich eine Steuerpflicht des gesamten Veräußerungserlöses beim Verkauf des Bezugsrechts nach § 27 EStG an. Für die KEST-Pflicht der Veräußerung des Bezugsrechts stützt sich die Finanzverwaltung allerdings auf keine konkrete materiell-rechtliche Grundlage und vermag insb keinen Tatbestand des § 27 EStG anzugeben, der den Bezugsrechtsverkauf erfassen

soll. In dieser Hinsicht ist bemerkenswert, dass die Finanzverwaltung als Anteilsrechte iSd § 27 Abs 2 EStG solche versteht, die eine Beteiligung am Gewinn des Beteiligungsunternehmens vorsehen.⁶²⁾ Da das Bezugsrecht eine solche eben nicht vermittelt, ist die Besteuerung des Bezugsrechtsverkaufs als realisierte Wertsteigerung iSd § 27 Abs 3 iVm Abs 2 EStG ausgeschlossen. Zudem steht diese Auffassung im klaren Widerspruch zur alten Ansicht der Finanzverwaltung zu § 31 EStG aF, wonach Bezugsrechte als Anteil an einer Körperschaft zu qualifizieren sind.⁶³⁾ Darüber hinaus stellt die Besteuerung des gesamten Veräußerungserlöses ohne Ansatz historischer Anschaffungskosten des Bezugsrechts eine Abweichung zur alten Rechtsansicht der Finanzverwaltung dar. Für die Berechnung der Veräußerungseinkünfte gab die Finanzverwaltung bisher sogar eine Formel zur Berechnung der Anschaffungskosten des Bezugsrechts an.⁶⁴⁾

5. Zusammenfassung

Die steuerliche Behandlung der Einkünfte aus dem Verkauf eines Bezugsrechts ist auch nach der Neufassung der Besteuerung von Kapitalvermögen nicht explizit geregelt. Die vom Gedanken der Rechtsüberleitung getragene Neufassung der Besteuerung des Kapitalvermögens in § 27 EStG hat die bereits zur alten Rechtslage bestehenden Zweifel, ob Bezugsrechte als Anteile an einer Körperschaft zu qualifizieren sind und damit deren Veräußerung der Besteuerung unterliegt, nicht beseitigen können. Da das Bezugsrecht keine Erträge aus Kapitalvermögen vermittelt, ist eine realisierte Wertsteigerung iSd § 27 Abs 3 EStG auszuschließen. Auch eine Subsumtion des Bezugsrechts unter den Derivatetatbestand des § 27 Abs 4 EStG ist aufgrund der fehlenden Wertabhängigkeit des Bezugsrechts von einem Basiswert uE nicht möglich. Wird das Bezugsrecht ohne den Gesellschaftsanteil veräußert, ist eine Besteuerung als sonstiger Anspruch im Sinne der Veräußerungsfiktion des § 27 Abs 6 Z 3 EStG vom Wortlaut her denkbar, aus systematischen Gründen aber zweifelhaft. Zudem ist dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen, mit § 27 Abs 6 Z 3 EStG einen generellen Auffangtatbestand geschaffen zu haben. Abschließend bleibt festzuhalten, dass uE erhebliche Zweifel bestehen, ob für die Besteuerung der Einkünfte aus der Veräußerung des Bezugsrechts außerhalb der einjährigen Spekulationsfrist derzeit eine rechtliche Grundlage ersichtlich ist.

58) EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 120.

59) Kapitalmaßnahmen-VO, BGBl II 2011/322.

60) Durch die Bewertung des Bezugsrechts mit null löst die Ausübung des Bezugsrechts keine KEST-Pflicht aus; vgl. *Bergmann/Staringer*, Die neue Besteuerung von Kapitaleinkünften, RdW 2011, 607 (609).

61) Erlass zur Besteuerung von Kapitalvermögen 7. 3. 2012, BMF-010203/0107-VI/6/2012, 7.

62) Erlass zur Besteuerung von Kapitalvermögen 7. 3. 2012, BMF-010203/0107-VI/6/2012, 14.

63) EStR 2000 Rz 6667.

64) In Rz 6667 der EStR 2000 ist eine eigene Berechnungsformel für die Anschaffungskosten des Bezugsrechts vorgesehen.



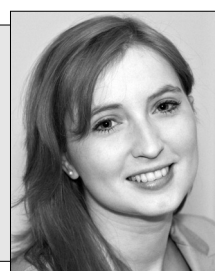
Der Autor:

Mag. Daniel W. Blum ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien.

Die Autorin:

Mag. Marlies Steindl ist PwC-Forschungsprojekttassistentin am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien.

Die Autoren danken Univ. Prof. Dr. Claus Staringer sowie ihren Kollegen/innen für die kritische Durchsicht des Manuskripts.



Für RdW-Abonnenten kostenlos: Alle Ausgaben der Zeitschrift seit 1983 unter rdw.lexisnexis.at