

- Das *Bewertungsgesetz* selbst ist für die Lösung der Zu rechnungsfrage im Einheitswertbescheid bedeutungslos. Eine zivilrechtliche Anknüpfung des Bewertungsgesetzes kann unter Beachtung der VwGH-Judikatur nur für Zwe cke der Bewertung nach dem ersten Abschnitt des BewG von Bedeutung sein, nicht hingegen für die Zurechnung eines Wirtschaftsgutes.
- Die *Bindungswirkung* des Einheitswertbescheides beschränkt sich auf Abgabenarten außerhalb der Ertragsteuern (abgaben abhängige Bindungswirkung), obwohl in sämtlichen Abgaben bereichen gleichermaßen eine materiellrechtliche Zurechnung des Wirtschaftsgutes vorgenommen werden muss.
- Die Zurechnung im Einheitswertbescheid kann in allen Abgabenbereich gleichermaßen fehlerhaft sein. Wie am Beispiel von Erbschafts- und Schenkungssteuer und Ertrag steuern gezeigt, ist eine *abgabenabhängige Bindungswir kung* des Einheitswertbescheides in sich unschlüssig.

## 6.2. Praxis

In den oben genannten Fallkonstellationen zwischen nahen Angehörigen ist auf folgende Aspekte zu achten:<sup>38)</sup>

- Es ist ausreichend klar zu dokumentieren, dass trotz Zurverfügungstellung eines Wirtschaftsgutes keine unentgeltliche Übertragung erfolgen soll. Es muss eine Klarstellung erfolgen, wer die positiven und negativen Befugnisse an Grund und Boden und Gebäude in welcher Form ausüben kann.
- Die Bedeutung der Einräumung eines *Belastungs- und Veräußerungsverbot*s ist für die Zurechnung des Wirtschaftsgutes zu bedenken.

38) Siehe auch UFS 23. 3. 2011, RV/0808-S/09.

- Der *Einheitswertbescheid* muss grundsätzlich mit der *ma teriellrechtlichen Zurechnung* des Wirtschaftsgutes überein stimmen. Selbst wenn dem Einheitswertbescheid in einem späteren Verfahren keine Bindungswirkungen zukommen sollte, wird dieser zumindest *Indizwirkung* haben.
- Im Einheitswertbescheid ist der *auf das Gebäude entfallen de Einheitswert* dem Gebäudeerrichter als wirtschaftlichem Eigentümer des Gebäudes zuzurechnen.
- Der sachenrechtliche Eigentumsübergang eines Gebäudes auf den Grundstückseigentümer lässt sich nach dem Grundsatz *superficies solo cedit* nicht vermeiden. Sofern ein abgaben rechtlich beachtlicher *Ersatzanspruch* des Bauführers bestehen sollte, ist auch dieser nach der UFS-Judikatur<sup>39)</sup> nach außen hin ausreichend zu dokumentieren. Sofern es sich allerdings um einen *kraft Gesetzes* bestehenden Anspruch auf Wertaus gleich gegenüber einem anderen Angehörigen handelt, darf dieser Anspruch einem Steuerpflichtigen durch die Angehöri genjudikatur nicht genommen werden.<sup>40)</sup>

39) Vgl UFS 23. 3. 2011, RV/0808-S/09.

40) Vgl BFH 14. 5. 2002, VIII R 30/98, DStR 2002, 1569; BFH 30. 7. 1997, I R 65/96, BStBl II 1998, 402.



Foto privat

### Der Autor:

Dr. Stefan Papst, LL.M. (LSE) ist Steuerberater in einer Wirtschaftstreuhandkanzlei in Oberösterreich.

### Publikationen des Autors:

Fachbeiträge im Bereich des Steuerrechts.

MMag. Katharina Daxkobler/Mag. Marlies Steindl

■ RdW 2013/102, 104

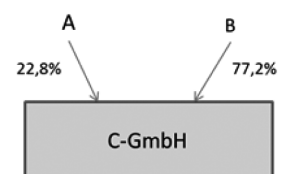
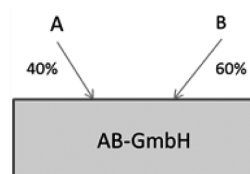
# Bezugsrechtsübertragung bei Kapitalerhöhung zum Nominale

Beispiel 6 des Salzburger Steuerdialogs 2012 behandelt die ertragsteuerlichen Konsequenzen der Kapitalerhöhung einer GmbH zum Nominale. Die Finanzverwaltung ortet im Verzicht auf die Agioleistung im Rahmen einer Kapitalerhöhung eine verdeckte Gewinnausschüttung; zugleich soll eine Werterhöhung der Anteile der Altgesellschafter an den Neugesellschaftern in Höhe des angemessenen Agios vorliegen. Die Autorinnen analysieren diese Falllösung. Dabei untersuchen sie die ertragsteuerliche Behandlung der Anteilsausgabe zum Nominale sowie der Nichtausübung des Bezugsrechts durch die Altgesellschafter.

## 1. Problemstellung

Diskussionspunkte des Salzburger Steuerdialogs 2012<sup>1)</sup> waren die Kapitalerhöhung zum Nominale und der Verzicht der Gesellschafter auf das Bezugsrecht zugunsten einer nahe stehenden Person. Im Ausgangsfall<sup>2)</sup> sind A und B die ein

zigen Gesellschafter sowohl an der AB-GmbH als auch an der C-GmbH.

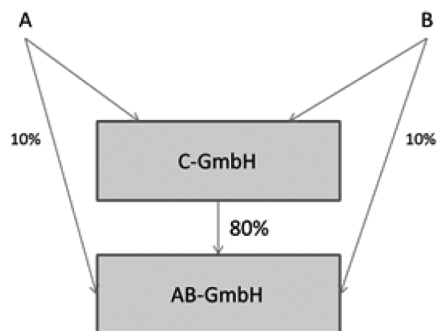


Verkehrswert 500.000 €

1) BMF-010203/0444-VI/6/2012, Beispiel 6: „Kapitalerhöhung ohne Leistung eines Agios zu Gunsten von den Gesellschaftern nahestehenden Personen“, S 35 ff. Im Entwurf des Salzburger Steuerdialogs 2012 noch mit „Kapitalerhöhung und Verzicht der Gesellschafter auf das Bezugsrecht zugunsten einer ‚nahen Angehörigen‘“ betitelt.

2) Die Abbildungen sind den Ergebnisunterlagen des Salzburger Steuerdialogs 2012, BMF-010203/0444-VI/6/2012 entnommen.

Aufgrund dringenden Kapitalbedarfs für ein größeres Projekt wird folgende Zielstruktur angestrebt:



Nach dem Sachverhalt beschließt die AB-GmbH eine Kapitalerhöhung. Die Gesellschafter A und B üben ihr Bezugsrecht nicht aus; ausschließlich die C-GmbH nimmt an der Kapitalerhöhung der AB-GmbH teil. Dabei erwirbt sie die jungen Anteile an der AB-GmbH zum – gesellschaftsrechtlich<sup>3)</sup> den Mindestausgabebetrag bildenden – Nennwert; sie leistet also keine Agiozahlung.

Die Finanzverwaltung will diesen Sachverhalt als Verzicht der AB-GmbH zugunsten ihrer Gesellschafter A und B auf die Leistung des Agios durch die C-GmbH beurteilen. Dieser Verzicht wäre gesellschaftsrechtlich veranlasst und soll somit eine verdeckte Gewinnausschüttung der AB-GmbH an ihre Gesellschafter A und B darstellen. Die Gesellschafter A und B tauschen aus dieser Sicht das angemessene Agio gegen eine Werterhöhung ihrer jeweiligen Beteiligung an der C-GmbH.<sup>4)</sup>

## 2. Bezugsrecht und Agio

Aktionären und GmbH-Gesellschaftern steht das in § 153 AktG bzw § 52 Abs 3 GmbHG verankerte Bezugsrecht zu. Als Bestandteil des allgemeinen Mitgliedschaftsrechts nimmt das Bezugsrecht in doppelter Hinsicht eine wichtige Schutzfunktion<sup>5)</sup> ein: Zum einen dient es der Bewahrung des Einflusses und der Vermögensbeteiligung der Altgesellschafter, indem es diesen ermöglicht, entsprechend ihrer bisherigen Beteiligungsquote, an der Ausgabe neuer Gesellschaftsanteile zu partizipieren.<sup>6)</sup> Den Aktionären und GmbH-Gesellschaftern steht es allerdings frei, ihr Bezugsrecht auszuüben, zu verkaufen oder verfallen zu lassen.<sup>7)</sup> Unter gewissen strengen, je nach Gesellschaftsform unterschiedlichen, Voraussetzungen ist ein Bezugsrechtsausschluss durch die Hauptversammlung bzw Generalversammlung möglich.<sup>8)</sup> Zum anderen besteht der Sinn des gesetzlichen Bezugsrechts darin, die bisherigen Anteilhaber vor Ver-

wässerung ihrer Beteiligung zu schützen. Werden die jungen Anteile unter dem inneren Wert der alten Anteile ausgegeben, erleiden die alten Gesellschafter eine Wertminderung, da sich der Unternehmenswert künftig gleichmäßig auch auf die neu ausgegebenen Anteile verteilt.<sup>9)</sup> Der bisherige Anteilhaber kann entweder durch Ausübung des Bezugsrechts den prozentuellen Beteiligungsverlust vermeiden oder durch die Veräußerung des konkreten Bezugsanspruches einen wirtschaftlichen Ausgleich für die durch die Kapitalerhöhung entstandene Kursverwässerung schaffen.<sup>10)</sup>

Eine ähnliche Schutzfunktion für die Altgesellschafter kommt dem Agio oder Aufgeld auf den Nennwert zu. Dieses ist von der Einlageverpflichtung der Gesellschafter mitumfasst.<sup>11)</sup> Mit der Leistung dieses Aufgelds<sup>12)</sup> gelten die neuen Gesellschafter den alten Anteilhabern den Mehrwert des Unternehmens ab.<sup>13)</sup> Der Schutz der Altgesellschafter erfordert daher die Festsetzung eines angemessenen Agios.<sup>14)</sup> Dem Aufgeld kommt folglich insb beim Bezugsrechtsausschluss sowie mangels eines funktionierenden Marktes für den Bezugsrechtshandel Bedeutung zu.<sup>15)</sup>

## 3. Die Rechtsfigur der verdeckten Gewinnausschüttung

Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung<sup>16)</sup> wird gesetzlich nicht definiert.<sup>17)</sup> Nach stRsp sind verdeckte Gewinnausschüttungen Vermögensvorteile, die die Gesellschaft ihren Gesellschaftern zugesteht und die „ihrer äußeren Erscheinungsform nach nicht unmittelbar als Einkommensverteilung erkennbar sind“. <sup>18)</sup> Das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung setzt somit als objektives Tatbild die Bereicherung des Anteilhabers zulasten der Körperschaft in Form einer Vermögensminderung oder einer verhinderten Vermögensmehrung voraus.<sup>19)</sup> Um den betreffenden Vorgang als verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren, muss sich dieser auf das steuerliche Ergebnis der Körperschaft auswirken.<sup>20)</sup> Die Vorteilzuwendung muss im Gesellschaftsverhältnis begründet sein. Die Abgrenzung zwischen gesellschaftsrechtlicher und betrieblicher Veranlassung erfolgt nach ständiger VwGH-Rsp<sup>21)</sup> anhand des Fremdvergleichs.

3) § 8a Abs 1 AktG; Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 8a Rz 20 ff; stellvertretend für viele Etmayer/Ratka in Straube (Hrsg), GmbHG § 52 Rz 29.  
4) Es wäre denkbar, dass die im Ausgangsfall angestrebte Zielstruktur auch durch Einbringung der Anteile der Gesellschafter A und B an der AB-GmbH in die C-GmbH nach Art III UmgrStG zu erreichen wäre. Es wäre sogar eine Einbringung gem § 19 Abs 2 Z 2 UmgrStG ohne Kapitalerhöhung bei der übernehmenden C-GmbH möglich. Sowohl auf Ebene der Gesellschafter A und B als auch auf Ebene der C-GmbH handelt es sich dann um einen steuerneutralen Vorgang, wohingegen bei Übertragung des Bezugsrechts allfällige stille Reserven bei den Gesellschaftern aufzudecken sind.  
5) Vgl Reich-Rohrwig, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, (69) 71.  
6) Vgl dazu Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 153 Rz 1 ff.  
7) Feil in Gellis, GmbHG<sup>7</sup> § 52 Rz 6; Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 153 Rz 12, wonach keine Pflicht zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung besteht, und Rz 15 zur Veräußerbarkeit des Bezugsrechts.  
8) Blum/Steindl, Steuerliche Behandlung der Bezugsrechtsveräußerung, RdW 2012, 371 (371) mwN.

9) Siehe dazu Kalss, Fragen zur Kapitalerhöhung in der börsennotierten Aktiengesellschaft, in Gruber/Rüffler (Hrsg) Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht, in FS Koppensteiner (2006) 45 (68).  
10) Vgl Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 153 Rz 1.  
11) So Kalss in FS Koppensteiner 67 mVa § 49 Abs 1 AktG mwN; vgl dazu auch KStR 2001 Rz 671.  
12) Zur Überpariemission siehe stellvertretend für viele Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 8a Rz 34.  
13) Vgl dazu Kalss in FS Koppensteiner 68 mwN.  
14) Vgl Kalss in FS Koppensteiner 68 f.  
15) Vgl Kalss in FS Koppensteiner 68 f.  
16) Weiterführend Grün, Leitfaden verdeckte Ausschüttung (2010); Kirchmayr, Verdeckte Ausschüttungen aus Kapitalgesellschaften im Ertragsteuerrecht, in Leitner (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 79; Gassner, Bewertung von Entnahmen und Einlagen sowie verdeckten Gewinnausschüttungen und verdeckten Einlagen, in Raupach (Hrsg), Werte und Wertermittlung im Steuerrecht (1984) 245; Wiesner, Verdeckte Gewinnausschüttungen im Steuerrecht (1984) A I 167 ff; Lechner, Verdeckte Gewinnausschüttungen und verbundene Unternehmen, SWK 209 ff.  
17) Vgl Ressler/Stürzlinger in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg), KStG § 8 Rz 100; Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr (Hrsg), KStG § 8 Rz 160 f.  
18) Stellvertretend für viele VwGH 4. 2. 2009, 2008/15/0167.  
19) Dazu ausführlich Ressler/Stürzlinger in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg), KStG § 8 Rz 103 ff und 106 mwN; Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr (Hrsg), KStG § 8 Rz 166 ff.  
20) Vgl dazu Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr (Hrsg), KStG § 8 Rz 171.  
21) VwGH 14. 12. 2000, 95/15/0127; 21. 10. 2004, 2000/13/0179; 31. 5. 2005, 2000/15/0059; 23. 9. 2005, 2002/15/0010; 16. 5. 2007, 2005/14/0005; 4. 2. 2009, 2008/15/0167.

Maßgeblich ist dabei, ob die Gesellschaft einem fremden Dritten, also einem Nichtgesellschafter, den Vorteil ebenfalls gewährt hätte.<sup>22)</sup>

Außerdem stellt der VwGH für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung auf eine der Körperschaft zuzurechnende, auf Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung als subjektives Tatbild ab.<sup>23)</sup> Dabei bedarf es „*eines der Gesellschaft zuzurechnenden Verhaltens, welches, bestehe es auch in einem bloßen Dulden oder Unterlassen, den Schluss erlaubt, dass die durch ihre Organe vertretene Gesellschaft die Minderung des Gesellschaftsvermögens durch den Gesellschafter akzeptiert habe*“.<sup>24)</sup> Liegen sowohl objektive als auch subjektive Tatbestandsvoraussetzung kumulativ vor, sind die gesellschaftsrechtlich veranlassten Vermögensverschiebungen auf Ebene der ausschüttenden Gesellschaft zu neutralisieren. Nach § 8 Abs 2 KStG sind offene sowie verdeckte Ausschüttungen somit „für die Ermittlung des Einkommens ohne Bedeutung“.<sup>25)</sup> Auf Ebene des Empfängers führt die verdeckte wie die offene Gewinnausschüttung bei natürlichen Personen nach § 27 Abs 2 Z 1 lit a EStG zu Einkünften aus Kapitalvermögen, die gem § 27a EStG dem besonderen Steuersatz von 25 % unterliegen, während bei Körperschaften die Befreiung nach § 10 KStG greift.

#### 4. Kapitalerhöhung ohne Agio als verdeckte Gewinnausschüttung an die Altgesellschafter

##### 4.1. Ausgangspunkt Salzburger Steuerdialog 2012

Gegenstand des Ausgangsfalles des Salzburger Steuerdialogs 2012 ist eine Kapitalerhöhung zum Nominale. Die Finanzverwaltung erblickt im Erwerb der jungen Anteile ohne Agioleistung durch die C-GmbH eine Bereicherung dieser im Ausmaß des Aufgelds. Nach Ansicht des BMF führt der „*Verzicht der AB-GmbH auf das Agio*“ wegen des bestehenden gesellschaftsrechtlichen Naheverhältnisses zu einer verdeckten Gewinnausschüttung bei den Gesellschaftern A und B.

Da A und B als „Altgesellschafter“ über ein Bezugsrecht verfügen, sind zunächst hingegen nur die beiden berechtigt, die jungen Anteile zum Nominale zu erwerben. Aufgrund des Bezugsrechts hat die C-GmbH vorerst keine Möglichkeit, die jungen Anteile ohne Zahlung eines Agios zu kaufen. Vor diesem Hintergrund ist uE daher zunächst zu prüfen, ob der im zugrunde liegenden Fall festgelegte Ausgabekurs zum Nominale eine verdeckte Gewinnausschüttung der AB-GmbH an ihre Gesellschafter A und B erzeugen kann.

22) Der vom VwGH gebotene Fremdvergleich lässt einen „*gewissen Spielraum*“ zu (VwGH 30. 5. 1989, 88/14/0111; 10. 5. 1994, 90/14/0050), nicht „*schon jede auch nur geringfügige Abweichung von einem Richtwert*“ (VwGH 30. 5. 1989, 88/14/0111) rechtfertigt den Ansatz einer verdeckten Gewinnausschüttung. Vgl dazu auch VwGH 16. 3. 1993, 89/14/0123.

23) So erstmals VwGH 23. 11. 1977, 410, 618/77; dazu auch KStR 2001 Rz 790; *Toifl*, Der subjektive Tatbestand im Steuer- und Steuerstrafrecht (2010); kritisch zum Wert des subjektiven Tatbildes als zusätzliches Kriterium der verdeckten Gewinnausschüttung *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Schuch/Stürzinger* (Hrsg), KStG § 8 Rz 135; *Stürzlinger*, Business Restructurings (2010) 35; *Mayr* in *Doralt/Ruppe* (Hrsg), Steuerrecht Band 1 (2012) Rz 978.

24) VwGH 3. 8. 2000, 96/15/0159; 31. 5. 2005, 2000/15/0059.

25) So *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr* (Hrsg), KStG § 8 Rz 141 f.

#### 4.2. Objektives Tatbild

##### 4.2.1. Verhinderte Vermögensmehrung bei der Gesellschaft

Die ertragsteuerliche Behandlung der Einräumung und Ausübung von Bezugsrechten, die dem Altaktionär den Erwerb von jungen Anteilen zu einem niedrigen Kurs ermöglichen, war bereits im Jahr 1920 Gegenstand eines Gutachtens des RFH.<sup>26)</sup> Nach Auffassung des Reichsfinanzministers stellte der Verzicht der Gesellschaft auf den Agiogewinn zugunsten der Aktionäre, der sich in einer geringeren Einlagenleistung widerspiegelt, eine Gewinnausschüttung an die Aktionäre dar.<sup>27)</sup> Der RFH verneinte hingegen eine Gewinnverteilung durch die Aktiengesellschaft an ihre Aktionäre. Das Hauptargument des RFH bestand darin, dass die durch das Bezugsrecht vermittelten Anteilsrechte „*lediglich eine Vermehrung seines Stammrechts*“<sup>28)</sup> bewirken, Erträge jedoch allenfalls zukünftig entstehen können. Für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung kann es aber richtigerweise keinen Unterschied machen, in welcher Gestalt der Vermögensvorteil – Vermehrung des Vermögensstamms oder Ertrag – zugewendet wird.<sup>29)</sup> Im Gegensatz zu seinem Gutachten erblickte der RFH in seinem Urteil vom 28. 10. 1937 allerdings bei Einräumung von Bezugsrechten auf Schuldverschreibungen zu einem niedrigen Kurs eine verdeckte Gewinnausschüttung.<sup>30)</sup> Dabei wich er von seiner früheren Rechtsauffassung zu Bezugsrechten auf Aktien jedoch nicht ab. Bei den Schuldverschreibungen fehle es im Unterschied zu Anteilen am „*wesentlichen Moment der unmittelbaren Beteiligung am Gesellschaftsvermögen (...)* und an der Abspaltung von in den Aktien verkörperten Anteilsrechten an diesem Vermögen“.<sup>31)</sup> Vor diesem Hintergrund ortet der RFH bei Bezugsrechten auf Schuldverschreibungen im „*Verzicht [der Gesellschaft] auf alsbald greifbare höhere Ansprüche an dem Kapitalmarkt*“<sup>32)</sup> sodann die verdeckte Gewinnausschüttung. Fraglich ist, ob der beschriebene Unterschied zwischen Anteilen und Schuldverschreibungen für die Beurteilung ihrer Ausgabe zu einem niedrigen Kurs als verdeckte Gewinnausschüttung tatsächlich von Relevanz ist. Unabhängig vom Vorliegen von Fremd- oder Eigenkapital kann das vom RFH bei Schuldverschreibungen vorgebrachte Argument, dass die Gesellschaft „*zugunsten ihrer Aktionäre auf Beträge verzichtet, die sie von anderen Zeichnern bei insoweit erzielbaren höheren Kursen hereinbekommen könn-*

26) RFH-Gutachten 14. 12. 1920, I D 4/12, RFHE 4, 222 = RStBl 1921, 169.

27) Siehe dazu RFH-Gutachten 14. 12. 1920, I D 4/12, RFHE 4, 222, 224.

28) RFH-Gutachten 14. 12. 1920, I D 4/12, RFHE 4, 222, 227; *Horn*, Die Gewährung und Veräußerung von Bezugsrechten, Der Betrieb 1954, 805 (805), zum feinen Unterschied in der Rechtsprechung bei einem Verzicht auf einen möglichen Vorteil bei Gewährung des Bezugsrechts und Ausgabe von Freiakten.

29) In seinem Urteil 21. 1. 1943, III e 38/41, RStBl 1943, 589, erkannte der RFH dies implizit an. Aus dem Urteil lässt sich ableiten, dass die Wertdifferenz aus der Abgabe eigener Anteile unter deren tatsächlichem Wert eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellt. Vor dem Hintergrund des RFH-Gutachtens zur steuerlichen Behandlung von Bezugsrechten aus 1920 ist insofern bemerkenswert, dass schließlich auch die eigenen Anteile ebenso wie die durch die Bezugsrechte vermittelten neuen Anteile für den Anteilsinhaber nur „*eine Vermehrung seines Stammrechtes*“ darstellen, die Erträge erst in Zukunft abwerfen können. Wäre der RFH der Rechtsauffassung, die er zu den Bezugsrechten auf Anteile vertreten hat, gefolgt, hätte er daher konsequenterweise auch bei Abgabe eigener Anteile zu einem Niedrigpreis eine verdeckte Gewinnausschüttung verneinen müssen.

30) RFH 28. 10. 1937, IV 117/37, RStBl 1938, 106 f; *Horn*, Der Betrieb 1954, 805.

31) RFH 28. 10. 1937, IV 117/37, RStBl 1938, 107.

32) RFH 28. 10. 1937, IV 117/37, RStBl 1938, 107.

te“<sup>33)</sup> auch bei der Ausgabe von Anteilen zum Niedrigpreis ins Treffen geführt werden.

Die Besonderheit bei Ausgabe junger Anteile liegt freilich darin, dass Einlagenleistungen die steuerneutrale Sphäre der Körperschaft betreffen. Da sich die verminderte Einlagenleistung somit auch nicht auf das steuerliche Ergebnis der Gesellschaft auswirkt, wird im deutschen Schrifttum das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung bei Verzicht auf das Ausgabeaufgeld im Rahmen der Kapitalerhöhung verneint.<sup>34)</sup> Die Besteuerungsfolgen einer verdeckten Ausschüttung auf Ebene des Gesellschafters sind aber nach österreichischer hL unabhängig von den steuerlichen Konsequenzen bei der Gesellschaft zu beurteilen.<sup>35)</sup> Das zeigt sich insb bei der VwGH-Rsp zu Vermögensvorteilen, die die Körperschaft ihren Gesellschaftern aus der außerbetrieblichen Sphäre gewährt.<sup>36)</sup> Auf Ebene der Anteilshaber können Vorteilszuwendungen aus dem außerbetrieblichen Bereich der Körperschaft zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führen. Bei der Körperschaft bleiben Aufwendungen im Zusammenhang mit Wirtschaftsgütern des außerbetrieblichen Bereichs, die die Körperschaft ihren Gesellschaftern bspw unterpreisig zur Nutzung überlässt oder unterpreisig an diese überträgt, auf Ebene der Körperschaft steuerneutral.<sup>37)</sup> Anders als bei Vorteilszuwendungen aus der betrieblichen Sphäre bewirkt die verdeckte Gewinnausschüttung keine Gewinnkorrekturen, da man sich ohnedies im steuerneutralen Bereich der Körperschaft bewegt. Konsequenterweise kann auch bei der Kapitalerhöhung gegen Einlage die Tatsache, dass diese aus dem steuerneutralen Bereich der Körperschaft erfolgt, der Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht entgegenstehen.<sup>38)</sup>

#### 4.2.2. Vorteilszuwendung an den Anteilshaber

Der RFH selbst erblickt in seinem Gutachten zu Bezugsrechten auf Anteile in „*der den Bezugsbedingungen entsprechenden Beschränkung seiner eigenen Einzahlungsverpflichtung*“<sup>39)</sup> einen Vermögensvorteil auf Ebene des Anteilshabers.<sup>40)</sup> Obwohl der RFH dazu nicht weiter Stellung bezieht, deutet diese Äußerung darauf hin, dass die bloße Einräumung des Bezugsrechts selbst keine verdeckte Gewinnausschüttung ist; eine solche kann aber in der Ausgabe der Aktien zum Niedrigpreis und folglich in der verminderten Einlagenzahlung erblickt werden. Diese Auffassung deckt sich mit der Natur des Bezugsrechts: Es ist von vornherein ein Teil des in dem Anteil

verbrieften Bündels von Mitgliedschaftsrechten der Gesellschafter. Erst mit Kapitalerhöhungsbeschluss verselbstständigt sich das Bezugsrecht<sup>41)</sup> als eigenständiges Wirtschaftsgut.<sup>42)</sup> Das Bezugsrecht konkretisiert sich beim Gesellschafter mit Kapitalerhöhungsbeschluss; es erfolgt aber keine Vermögensverschiebung von der Gesellschaft an den Gesellschafter. Die Gewährung eines Vermögensvorteils in Form des Bezugsrechts ist damit ausgeschlossen. Die Vorteilszuwendung liegt daher in der „billigen“ Aktie.

*Stoll* hingegen verneint das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung bei Begebung zum Vorzugspreis, da bei Verkauf des Bezugsrechts durch den Anteilshaber nicht dieser, sondern eine dritte, der Körperschaft fremd gegenüberstehende, Person den Vorteil aus der Niedrigpreisgestaltung des Ausgabekurses ebenso erlangt. Vermögensvorteile würden daher zumindest fiktiv nicht nur an unmittelbar oder mittelbar beteiligte Personen, sondern auch an Dritte zugewendet.<sup>43)</sup> Die kapitalerhöhende Gesellschaft „wisse“ ja bei Festsetzung des Ausgabekurses nicht, ob die Gesellschafter ihre Bezugsrechte ausüben, verfallen lassen oder verkaufen.

Ein Vermögensvorteil durch den niedrigen Ausgabekurs kann aber gerade auf Ebene des Altgesellschafters eben aufgrund der Veräußerung des Bezugsrechts auftreten. Neben der Möglichkeit, die jungen Anteile zu einem günstigen Preis zu erwerben, erhöht die Begebung zum Niedrigpreis nämlich die Chancen des Altgesellschafters, sein Bezugsrecht zu einem teuren Preis an Dritte zu veräußern. Mit dem Gewinn aus der Veräußerung des Bezugsrechts, der über den Wertausgleich für die Kapitalverwässerung hinausgeht, macht sich der Altgesellschafter den Vorteil aus der Begebung zum Niedrigpreis der Anteile zu eigen. Zugleich kann der von *Stoll* angesprochene Vorteil aus der Ausgabe der jungen Anteile zum Niedrigpreis beim fremden Dritten durch eben diesen teuren Preis, zu dem der Altgesellschafter das Bezugsrecht verkauft, kompensiert werden. Auch der BFH<sup>44)</sup> sieht beim Verkauf von Bezugsrechten die Möglichkeit, Vermögensvorteile zu erlangen. In diesem Sinne hat er entschieden, dass der Verzicht auf den Bezug neuer Anteile zugunsten der Tochtergesellschaft unter dem Gesichtspunkt der verhinderten Vermögensmehrung eine verdeckte Gewinnausschüttung auslösen kann.<sup>45)</sup> Nimmt man mit dem BFH somit die Möglichkeit einer Vermögensmehrung durch Verkauf der Bezugsrechte an, ergibt sich im Umkehrschluss, dass Bezugsrechte nicht nur den Ausgleich für den Wertverlust der alten Anteile schaffen.

Lässt der Altgesellschafter allerdings das Bezugsrecht schlicht verfallen, verzichtet er auf einen möglichen Vermö-

33) RFH 28. 10. 1937, IV 117/37, RStBl 1938, 107.

34) *Wassermeyer*, Die körperschaftsteuerliche Behandlung des Verzichts auf ein Ausgabeaufgeld, FR 1993, 532 (532); *Gaill/Düll/Fuhrmann/Grupp/Eberhard*, Aktuelle Entwicklungen des Unternehmenssteuerrechts, DB-Beilage 2000, 1 (4 f); auch OFD Frankfurt am Main, RdFvG 23. 11. 2007, S 2742 A-28-ST51, DStR 2008, 202.

35) Vgl *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Schuch/Staringer* § 8 Rz 143; *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr* § 8 Rz 357.

36) VwGH 20. 6. 2000, 98/15/0169, 0170; VwGH 16. 5. 2007, 2005/14/0083. Ausführlich zur außerbetrieblichen Sphäre bei Kapitalgesellschaften *Stangl*, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften (2004); jüngst kritisch zur Existenz der außerbetrieblichen Sphäre bei Kapitalgesellschaften *Mair*, Die außerbetriebliche Sphäre von Kapitalgesellschaften, RdW 2012, 623 (623 ff).

37) Vgl dazu *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr* § 8 Rz 358; *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Schuch/Staringer* § 8 Rz 144.

38) *Wiesner* (*Wiesner*, Körperschaftsteuerrechtliche Einlagen und Entnahmen, in *Doralt/Hassler/Kranich/Nolz/Quantschnigg* [Hrsg], Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft (1986), in FS Bauer 349 [360 f und 377]) geht bei einer „Übergewährung“ von Gesellschaftsanteilen – der Anteilswert übersteigt die Sacheinlage – von einer verdeckten Gewinnausschüttung aus der steuerneutralen Sphäre aus.

39) RFH-Gutachten 14. 12. 1920, I D4/20, RFHE 4, 230.

40) RFH-Gutachten 14. 12. 1920, I D4/20, RFHE 4, 230.

41) EStR 2000 Rz 6667.

42) Statt vieler *Grünberger*, Termin-, Options- und Swappgeschäfte (2003) 110 mwN.

43) *Stoll*, Die ertragsteuerrechtliche Beurteilung der ordentlichen Kapitalerhöhung, in *Loebenstein/Mayer/Frotz/Doralt* (Hrsg), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft (1972) in FS Kastner 491 (504 f).

44) BFH-Rsp zur Nichtteilnahme einer GmbH zugunsten ihrer eigenen Gesellschaft an deren gemeinsamen GmbH. Wirtschaftlich kommt dieses Verhalten dem unentgeltlichen Bezugsrechtsverzicht oder der unentgeltlichen Bezugsrechtsübertragung gleich. BFH 16. 3. 1967, I 261/63; Bemerkenswert ist in diesem Urteil allerdings, dass der BFH eine Abgrenzung des zugrunde liegenden Falls zu Ausgabe neuer Anteile zu einem unter ihrem Wert liegenden Ausgabepreis, was Gegenstand des RFH-Gutachtens I D 4/20 vom 14. 12. 1920, war, vornahm. BFH-Urteil 15. 12. 2004, I R 6/04.

45) So bereits *Weissenborn/Schaaf*, Bewertung von Bezugsrechten und jungen Aktien (Anteilen an einer GmbH), die zum Betriebsvermögen gehören, DStR 1967, 633 (634) mVa RFH-Rsp; BFH-Urteil 15. 12. 2004, I R 6/04; bei Verzicht auf die Versilberung des Bezugsrechts stellt der BFH für den Ansatz einer vGA darauf ab, ob der Altgesellschafter rechtlich wie wirtschaftlich überhaupt in der Lage ist, ein Entgelt für sein Bezugsrecht und damit einen bilanzierungsfähigen Vorteil zu erzielen.

gensvorteil. Zudem tritt bei der AG ein – für das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung notwendiger – Vermögensnachteil dann gar nicht ein, da die Aktien bestmöglich platziert werden müssen.<sup>46)</sup> Bei einer GmbH wachsen die Bezugsrechte hingegen den anderen Gesellschaftern zu.<sup>47)</sup> Mangels Vermögensvorteils bei den Altgesellschaftern liegt beim bloßen Verfallenlassen des Bezugsrechts keine verdeckte Gewinnausschüttung vor.

#### 4.2.3. Gesellschaftsrechtliche Veranlassung

Das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung setzt zudem eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung des Vermögensvorteils voraus. Es muss daher im Einzelfall geprüft werden, ob für die Ausgabe neuer Anteile zum Niedrigpreis betriebswirtschaftliche Gründe bestehen. So erblickte etwa der RFH 1937<sup>48)</sup> im Verkauf eigener Anteile unter ihrem Wert keine verdeckte Gewinnausschüttung, da die Niedrigpreisgestaltung aus Gesichtspunkten der „Gewinnung neuer Mitglieder und der Erweiterung oder der wenigstens Aufrechterhaltung ihres Geschäftsbetriebs“ erfolgt sei. Die Niedrigpreisgestaltung sei ein Werbemittel zum Anreiz für den Eintritt in die Gesellschaft. Dieses Argument kann auch für die Niedrigpreisgestaltung bei Ausgabe junger Anteile im Rahmen einer Kapitalerhöhung gegen Einlage ins Treffen geführt werden. Auch aus zeichnungspolitischer Sicht macht es für einen gewissenhaften Geschäftsleiter und ordentlichen Geschäftsmann<sup>49)</sup> im Rahmen einer Kapitalerhöhung durchaus Sinn, die jungen Anteile niedrig auszugeben, um genügend Anreize für die Bezugsrechtsausübung und folglich den Erwerb der jungen Anteile zu schaffen oder die Veräußerung des Bezugsrechts zu erleichtern.<sup>50)</sup> Ein niedriger Ausgabekurs könnte somit die Unterstützung der Zeichnung bezwecken. Das wird so lange der Fall sein, als durch einen niedrigeren Ausgabekurs der Anreiz zur Ausübung oder zum Erwerb der Bezugsrechte und zur Zeichnung der jungen Anteile erhöht wird, um die so intendierte Vermögensvermehrung herbeizuführen. Dies deckt sich auch mit der typischerweise bei der emittierenden Gesellschaft auftretenden Frage, in welcher Höhe der Ausgabekurs zum Wohle der Gesellschaft festzusetzen ist. Hier besteht grundsätzlich die Verpflichtung zur Kursmaximierung; gleichzeitig muss auch ein optimales Zeichnungsergebnis angestrebt werden. Wenn ein niedriger Ausgabekurs aus zeichnungs- und finanzierungspolitischen Gründen geboten ist, wird eine Gewinnverwirklichung im Zuge einer Kapitalerhöhung daher per se nicht vorliegen, spiegelt dieser doch letztlich den Marktwert wider.<sup>51)</sup>

Im Fall, der im Rahmen des Salzburger Steuerdialogs 2012 behandelt wurde, könnte der „dringende Kapitalbedarf“ für ein größeres Projektvorhaben ein Indiz für die betriebliche Veranlassung des niedrigen Ausgabekurses sein. Das BMF misst diesem Aspekt aber offenbar keine Bedeutung bei und sieht hinter der Niedrigpreisgestaltung („Verzicht auf das Agio“) eine gesellschaftsrechtliche Motivation. Folgt man dieser Sichtweise

des BMF, liegt ein Vermögensvorteil bei den Altgesellschaftern A und B vor, den diese entweder durch Kauf der günstigen Anteile oder durch Veräußerung des Bezugsrechts zu einem teuren Preis lukrieren können.

### 4.3. Subjektives Tatbild

Für die Verwirklichung einer verdeckten Gewinnausschüttung ist die auf die Vorteilsgewährung gerichtete Willensentscheidung der Körperschaft erforderlich. Bei der AG erfolgt die Kapitalerhöhung durch Mehrheitsbeschluss der Hauptversammlung. Diese soll den Mindestbetrag, kann einen Höchstbetrag und auch den genauen Ausgabebetrag für die jungen Anteile festlegen. Der Vorstand setzt den tatsächlichen Ausgabebetrag innerhalb der Vorgaben der Hauptversammlung fest.<sup>52)</sup> Er hat sich dabei am Finanzierungsinteresse der Gesellschaft zu orientieren und muss ein Agio im Rahmen des am Markt Erzielbaren anstreben.<sup>53)</sup>

Bei der GmbH liegt die Entscheidungs- sowie Festsetzungskompetenz für den Kapitalerhöhungsbetrag bei den Gesellschaftern. Diese können auch ein etwaiges Agio beschließen. Bei – dem ebenso durch die Gesellschafterversammlung festzusetzenden – Bezugsrechtsausschluss ist zum Schutz der Altgesellschafter ein angemessener Übernahmepreis festzulegen, um eine „enteignungsgleiche Verwässerung“ ihrer Anteile zu vermeiden.<sup>54)</sup> Wird in diesem Fall kein Agio festgelegt, können die Gesellschafter den Erhöhungsbeschluss nach § 41 Abs 1 Z 2 GmbHG als rechtswidrig anfechten;<sup>55)</sup> ein Anspruch der GmbH selbst auf die Agiozahlung besteht aber nicht.<sup>56)</sup> Da das Gesellschafterinteresse die Entscheidungen der GmbH unmittelbar beeinflusst, scheint bei Ausgabe der neuen Anteile zum Niedrigpreis das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung bei der GmbH naheliegender als bei der AG, bei der der Vorstand im Finanzierungsinteresse der Gesellschaft handeln muss.

Nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages ist bei der GmbH das Bezugsrecht veräußerbar.<sup>57)</sup> Die Gesellschaft wendet sich dabei potenziell an den Markt und die Kapitalerhöhung wird damit der Emission bei der AG<sup>58)</sup> vergleichbar. Eine Festsetzung eines dem Fremdvergleich standhaltenden Preises der Geschäftsanteile ist also erforderlich. Ohne Festlegung im Gesellschaftsvertrag ist eine Weiterveräußerung des Bezugsrechts durch einen Gesellschafter wegen des Teilungsverbotes für Geschäftsanteile nach § 79 GmbHG nicht möglich. Bei Nichtausübung des Bezugsrechts wächst dieses den anderen Gesellschaftern anteilig zu.<sup>59)</sup> Somit bleiben die Gesellschafter zwangsläufig „unter sich“ und wenden sich nicht an den allgemeinen Markt. Eine Abgrenzung zwischen betrieblicher und sozietärer Veranlassung und damit die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung sind dann nicht mehr möglich.

Das Fallbeispiel des Salzburger Steuerdialogs 2012 betrifft eine GmbH. Daher ist die Annahme des BMF, dass die AB-

46) Siehe *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 153 Rz 37; *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 153 Rz 21.

47) *Ettmayer/Ratka in Straube* (Hrsg), GmbHG § 52 Rz 46 mwN.

48) RFH 27. 4. 1937, I A 132/37.

49) § 84 Abs 1 AktG; § 25 Abs 1 GmbHG.

50) Vgl dazu *Rau*, Bezugsrechte und junge Aktien, Der Betrieb 1964, 28 (28); *Reich-Rohrwig*, GesRZ 2001, 75; zudem besteht bei einem zu hohen Ausgabekurs die Gefahr eines faktischen Bezugsrechtsausschlusses, siehe dazu *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 153 Rz 150; *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 153 Rz 43.

51) Vgl dazu *Stoll* in FS Kastner 505.

52) Siehe dazu *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 149 Rz 27; beim Bezugsrechtsausschluss ist die Ausgabe zum inneren Wert der Aktien erforderlich; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 149 Rz 31.

53) Siehe dazu *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 149 Rz 34 mwN.

54) So *Gellis*, § 52 GmbHG<sup>5</sup> 582 f; dazu OGH EvBl 1981/72.

55) Siehe dazu *Gellis*, § 52 GmbHG<sup>5</sup> 583.

56) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 52 Rz 10; so auch Stellungnahme der KWT zum Salzburger Steuerdialog 2012, Punkt 7.1.

57) *Ettmayer/Ratka in Straube* (Hrsg), GmbHG § 52 Rz 88.

58) Es wird von einem funktionierenden Bezugsrechtshandel ausgegangen.

59) Vgl *Ettmayer/Ratka in Straube* (Hrsg), GmbHG § 52 Rz 88 mVa *Reich-Rohrwig*, GmbHR<sup>1</sup> 478; aA *Koppensteiner/Rüffler*<sup>3</sup> § 52 Rz 22.

GmbH auf den Anspruch auf das Agio „verzichtet“, unzutreffend.<sup>60)</sup> Denkbar ist allerdings, dass der Ausgabekurs der Anteile von den Gesellschaftern unter dem oben beschriebenen Marktwert festgesetzt wird und daher nicht im Interesse der Gesellschaft liegt. Die Finanzverwaltung scheint dies im vorliegenden Fall als gegeben zu erachten.<sup>61)</sup> Letztlich wird im Einzelfall zu beurteilen sein, ob die Gesellschafter im Gesellschaftsinteresse handeln und ob für den im Gesellschafterbeschluss festgesetzten Ausgabepreis eine betriebliche Begründung vorliegt.

## 5. Verzicht der Altgesellschafter auf Ausübung des Bezugsrechts zugunsten ihrer Tochtergesellschaft

Unabhängig vom Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung aufgrund der Niedrigpreisgestaltung sind die ertragsteuerlichen Konsequenzen des Umgangs der Altgesellschafter A und B mit dem Bezugsrecht zu untersuchen. Nach dem Lösungsansatz der Finanzverwaltung üben die Gesellschafter A und B ihre Bezugsrechte nicht aus. Aus dieser Aussage lassen sich zwei denkbare Sachverhaltskonstellationen ableiten: einerseits ein schlichtes Verfallenlassen der Bezugsrechte durch A und B, andererseits die Übertragung der Bezugsrechte an die C-GmbH. Die Finanzverwaltung spricht zudem davon, dass der – von ihr angenommene – Vermögensvorteil aus der verdeckten Gewinnausschüttung in „Höhe des angemessenen Agios“ von den Gesellschaftern A und B in die C-GmbH eingelegt wird. Mit einem derartigen Lösungsansatz würde aber ein etwaiger Vermögensvorteil doppelt neutralisiert werden: zum einen durch die verdeckte Gewinnausschüttung auf Ebene der Gesellschafter A und B, zum anderen durch die Einlage bei der C-GmbH. Unklar ist auch, was die Finanzverwaltung unter „Einlage des Agios“ versteht.

Im zugrunde liegenden Fallbeispiel würde ein Verfallenlassen des Bezugsrechts durch A und B die Kapitalerhöhung mangels weiterer Gesellschafter, denen das Bezugsrecht zuwachsen könnte, überhaupt scheitern lassen. Um die neuen Anteile an die C-GmbH ausgeben zu können, müsste die AB-GmbH in einem weiteren Gesellschafterbeschluss eine Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss beschließen. Diese Variante ist eher unrealistisch, da die beiden Gesellschafter A und B wohl bereits beim ersten Kapitalerhebungsbeschluss diesen Weg beschritten hätten. Bei einer Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss wäre für die neuen Anteile die Festlegung eines angemessenen Preises gesellschaftsrechtlich geboten, um einer möglichen Verwässerung der Anteilswerte der Altgesellschafter vorzubeugen.<sup>62)</sup> Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Nahebeziehung<sup>63)</sup> zwischen den Gesellschaftern A und B und der C-GmbH könnte es durch die Ausgabe der jungen Anteile zum Niedrigpreis an die C-GmbH ertragsteuerlich zu einer verdeckten Gewinnausschüttung kommen.<sup>64)</sup> Folglich müsste überprüft werden, ob die Ausgabe der Anteile an die C-GmbH

zum Nominalwert betrieblich veranlasst ist. Andernfalls wäre eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen, die A und B als Gesellschaftern der AB-GmbH zuzurechnen wäre.<sup>65)</sup> Das Ausmaß der verdeckten Gewinnausschüttung bemäße sich dabei aber nicht – wie offenbar vom BMF angenommen – zwangsläufig am angemessenen Agio. Bei einem Marktwert über dem inneren Wert der Anteile<sup>66)</sup> läge eine verdeckte Gewinnausschüttung in Höhe der Differenz zwischen Marktwert und Ausgabepreis vor.<sup>67)</sup> Eine Einlagenleistung der Gesellschafter A und B an die C-GmbH existiert in dieser Sachverhaltskonstellation schlichtweg nicht.

Die realistischere Fallkonstellation ist die unentgeltliche Übertragung der Bezugsrechte durch die Altgesellschafter A und B an die C-GmbH. Mangels Fremdüblichkeit einer solchen Übertragung wäre darin eine (allenfalls verdeckte) Einlage iSd § 8 Abs 1 KStG zu erblicken.<sup>68)</sup> Nach Ansicht der Finanzverwaltung legen die Gesellschafter A und B „den Vorteil aus der verdeckten Ausschüttung in Höhe des angemessenen Agios gegen eine Werterhöhung ihrer jeweiligen Beteiligung an der C-GmbH“ ein. Es wird aber weder das Agio in die C-GmbH eingelegt, noch lässt sich die Höhe der Einlage des Bezugsrechts am Agio festmachen. Vielmehr bemisst sich die Einlage am gemeinen Wert des Bezugsrechts, also an dem Entgelt, das die Altgesellschafter für die Veräußerung der Bezugsrechte im gewöhnlichen Geschäftsverkehr hätten erzielen können. Auf Ebene der C-GmbH ist diese Einlage gem § 8 Abs 1 KStG steuerneutral. Aus der Perspektive der Gesellschafter liegt ein steuerwirksamer Tauschvorgang vor.<sup>69)</sup> Die Gegenleistung für ihre Einlage ist in der Erhöhung der nachträglichen Anschaffungskosten der Beteiligung an der C-GmbH zu sehen. Die im Bezugsrecht enthaltene stille Reserve – also die Differenz zwischen Marktwert des Bezugsrechts und seinen historischen Anschaffungskosten<sup>70)</sup> – wird daher in den Händen der Altgesellschafter A und B realisiert. Gehören die Anteile und die dazugehörigen Bezugsrechte zum Privatvermögen der Altgesellschafter, ist die steuerliche Behandlung des Realisationsgewinns aus der Übertragung des Bezugsrechts umstritten.<sup>71)</sup> Während die eine – auch vom BMF<sup>72)</sup> vertretene – Ansicht

60) So auch Stellungnahme der KWT zum Salzburger Steuerdialog 2012, Punkt 7.1.

61) Siehe dazu bereits 4.2.

62) Vgl Reich-Rohrwig, GesRZ 2001, 72 mwN.

63) Siehe dazu Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr, KStG § 8 Rz 251.

64) Vgl dazu BFH-Rsp zu Kapitalerhöhungen zugunsten naher Angehöriger, BFH 16. 4. 1991, VII R 63/87.; 17. 11. 2005, III R 8/03; Mühlechner, Kapitalerhöhung als Veräußerungsvorgang? SWK 2009, S 850 (S 852 ff); Langheinrich/Ryda (Langheinrich/Ryda, Die verdeckte Gewinnausschüttung [Teil II], FJ 2011, 211 [214]) nehmen im unentgeltlichen Bezugsrechtsverzicht einer GmbH zugunsten ihrer eigenen Gesellschafter bei Kapitalerhöhung zum Nennwert eine verdeckte Gewinnausschüttung an.

65) Vgl dazu Kirchmayr in Achatz/Kirchmayr, KStG § 8 Rz 257.

66) Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 153 Rz 150 mwN: Der innere Wert entspricht nicht zwingend dem Börsenkurs. „Der innere Wert repräsentiert im Unterschied zu ihrem Börsen- bzw. Marktwert den wahren bzw. objektiven Wert einer Aktie. Dieser kann ermittelt werden als Substanzwert (Reproduktionswert) unter Einbeziehung stiller Reserven oder als Ertragswert. Dem Ertragswert kommt bes. Bedeutung zu, er ergibt sich aus der Summe der Entwicklung aller Erfolgskomponenten der durch die Aktie repräsentierten Unternehmung in der Zukunft. Abweichende Aktienkurse basieren auf Über-/Unterbewertungen der Komponenten durch die Marktakteure.“, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/innerer-wert-einer-aktie.html>, zuletzt am 5. 12. 2012.

67) In dem Fall, in dem der Marktwert unter dem inneren Wert liegt, ist die Ausgabe der jungen Aktien zum Niedrigpreis betriebswirtschaftlich begründet (vgl dazu oben).

68) Vgl dazu BFH 27. 7. 1988, I R 147/83.

69) Vgl Ressler/Stürzlinger in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg), KStG § 8 Rz 59.

70) EStR 2000 Rz 6667: „Die Anschaffungskosten (AK) des Bezugsrechtes sind durch Herauslösen aus den seinerzeitigen Anschaffungskosten des Anteiles nach folgender Formel festzustellen: AK des Bezugsrechtes: Seinerzeitige AK des Anteiles x Rechnerischer Wert des Bezugsrechtes [= ] Gemeiner Wert des Anteiles vor Kapitalerhöhung.“

71) Siehe dazu Blum/Steindl, RdW 2012, 371 ff; Beiser, Das Bezugsrecht von Gesellschaftern in der Einkommensteuer, ÖStZ 2012, 367 (368); Mühlechner in Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer 1988, 51. Lfg (Februar 2012) § 27 Abs 2, Rz 5 und § 27 Abs 3 Rz 6; ders, Einzelfragen zur Neuregelung der Besteuerung von Einkünften, in Mühlechner/Cserny/Petritz/Plott (Hrsg), Die Besteuerung von Kapitalvermögen nach dem BBG 2011–2014, ÖStZ Spezial 2011, 1 (12).

72) Siehe Erlass zur Besteuerung von Kapitalvermögen 7. 3. 2012, BMF-010203/0107-VI/6/2012, 7; die Finanzverwaltung nimmt eine Besteuerungspflicht des (vollen!) Veräußerungserlöses nach § 27 EStG an.

von einer Steuerpflicht nach § 27 EStG ausgeht,<sup>73)</sup> bestehen nach anderer Auffassung erhebliche Zweifel, § 27 EStG als materiell-rechtliche Grundlage für die Besteuerung des Realisationsgewinns eines aus dem Privatvermögen veräußerten Bezugsrechts heranzuziehen. Demnach handelt es sich beim Bezugsrecht um ein spekulationsverfangenes Wirtschaftsgut iSd § 31 EStG.<sup>74)</sup> Außerhalb der einjährigen Spekulationsfrist, welche mit Erwerb der Anteile zu laufen beginnt,<sup>75)</sup> ist für den aus der Übertragung des Bezugsrechts erzielten Realisationsgewinn daher keine Steuerpflicht gegeben. Ausgehend von der Prämisse, dass ein aus dem Bezugsrechtsverkauf resultierender Veräußerungsgewinn zu den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 27 EStG führt, sind nach § 27a EStG bei Veräußerung eines dem Betriebsvermögen einer natürlichen Person oder einer Körperschaft gem § 7 Abs 2 KStG zugehörigen Bezugsrechts die Bestimmungen zur Bemessungsgrundlage für Einkünfte aus Kapitalvermögen – § 27a Abs 3 und Abs 4 EStG – sowie der besondere Steuersatz von 25 % anwendbar.<sup>76)</sup> Verneint man hingegen die Subsumtion des Bezugsrechts unter § 27 EStG, ist § 27a EStG nicht auf den Veräußerungsgewinn eines dem betrieblichen Bereich einer natürlichen Person zugehörigen Bezugsrechts anzuwenden. Handelt es sich bei den Altgesellschaftern um § 7 Abs 3 KStG-Körperschaften,<sup>77)</sup> zu deren Betriebsvermögen die Bezugsrechte gehören, ist der erzielte Realisationsgewinn auszuweisen und unterliegt der Steuerpflicht nach § 23 EStG.

Fraglich ist, ob auch in dieser Fallkonstellation der nachfolgende günstige Erwerb der jungen Anteile durch die C-GmbH eine verdeckte Gewinnausschüttung an A und B auslösen kann. Dies wird zu verneinen sein. Der Vermögensvorteil

aus dem günstigen Anteilspreis entstand bereits bei Einlage des Bezugsrechts in die C-GmbH bei den Altgesellschaftern A und B. Der Vermögensverschiebung *causa societatis* zu den Altgesellschaftern ist durch die verdeckte Gewinnausschüttung bereits auf dieser Ebene Rechnung getragen. Würde man in dem Erwerb der günstigen Anteile durch die C-GmbH eine weitere verdeckte Gewinnausschüttung erblicken, hieße das, dass einer einmaligen verhinderten Vermögensmehrung im steuerneutralen Bereich der kapitalerhöhenden Gesellschaft auf Ebene der Altgesellschafter zweimal eine Vorteilszuwendung gegenüberstünde.

## 6. Zusammenfassung

Im Rahmen des Salzburger Steuerialogs 2012 wurden in Österreich erstmals die ertragsteuerlichen Konsequenzen der Kapitalerhöhung einer GmbH zum Nominale diskutiert.<sup>78)</sup> Das BMF lässt in seinen Überlegungen dem Verzicht der kapitalerhöhenden GmbH auf das Agio eine zentrale Rolle zukommen. Zum einen ortet die Finanzverwaltung im Verzicht auf die Agioleistung im Rahmen einer Kapitalerhöhung eine verdeckte Gewinnausschüttung, zum anderen soll das Agio zugleich den Umfang der Einlagenleistung des Bezugsrechts ausmachen. UE umfasst der zugrunde liegende Sachverhalt aber zwei verschiedene, voneinander getrennt zu beurteilende Themenbereiche:<sup>79)</sup> das Problem der verdeckten Gewinnausschüttung bei Ausgabe junger Anteile zum Niedrig(st)preis. Dabei ist im Einzelfall zu überprüfen, ob es sich tatsächlich um eine unterpreisige Ausgabe von Anteilen handelt und ob diese betrieblich oder gesellschaftsrechtlich veranlasst ist. Der zweite steuerlich relevante Themenbereich ist die Einlage von Bezugsrechten. Hinsichtlich des Umfangs der Einlagenleistung ist dabei nicht das Agio, sondern der gemeine Wert des Bezugsrechts heranzuziehen. Aufgrund der unklaren Sachverhaltsdarstellung ist allerdings eine abschließende Beurteilung des Fallbeispiels nicht möglich.

73) Auch innerhalb der Annahme einer Subsumtion unter § 27 EStG wird im Schrifttum differenziert. Während *Beiser* das Bezugsrecht als sonstigen Anspruch sieht und damit von einer Anwendung von § 27 Abs 6 Z 3 EStG ausgeht (*Beiser*, ÖStZ 2012 [368]), liegt für *Mühlehner* eine realisierte Wertsteigerung und damit ein nach § 27 Abs 3 EStG steuerrelevanter Vorgang vor. Das BMF hingegen gibt keinen konkreten Tatbestand an. Kritisch dazu *Blum/Steindl*, RdW 2012, 375.

74) IdF 1. StabG 2012, BGBl I 2012/22.

75) So *Quantschnigg*, Aktuelles aus der ertragsteuerlichen Verwaltungspraxis, ÖStZ 1986, 147 (147); BMF 12. 8. 1991, SWK 1991, A1 353 (353); BMF 4. 4. 1991, *ecolex* 1991, 426; *Quantschnigg/Schuch*, Handbuch Einkommensteuerrecht (1992) § 30 Rz 25 und 32; EStR 2000 Rz 6667; *Kanduth-Kristen* in *Jakom*, EStG<sup>4</sup> (2011) § 30 Rz 10; BFH 22. 5. 2003, IX R 9/00; 27. 10. 2005, I X 15/05.

76) Vgl dazu auch EB zur RV 981 BlgNR 24. GP 117, S 127. Zur Besteuerung von betrieblichen Kapitalvermögen natürlicher Personen siehe ausführlich *Plott* in *Mühlehner et al* (Hrsg), Die Besteuerung von Kapitalvermögen nach dem BBG 2011–2014, 31 ff.

77) Im Wesentlichen Aktiengesellschaften, GmbH und rechnungslegungspflichtige Genossenschaften.

78) Zur Diskussion in Deutschland siehe *Wassermeyer*, FR 1993, 532 ff; *Gail/Düll/Fuhrmann/Grupp/Eberhard*, DB-Beilage 2000, 4 f; auch OFD Frankfurt am Main, Rdvfg 23. 11. 2007, S 2742 A-28-ST51, DStR 2008, 202. In Österreich diskutierte bereits *Wiesner* (*Wiesner* in FS Bauer 360 f sowie 377) die unterpreisige Ausgabe von Anteilen.

79) Die ertragsteuerlichen Konsequenzen der Begebung zum niedrigen Preis sind separat zu beurteilen, wobei die Ausgabe junger Anteile zum Niedrigpreis zum einen Auswirkungen auf den Wert des Bezugsrechts hat, zum anderen eine unverhältnismäßig niedrige Begebung der jungen Anteile wirtschaftlich für die Teilnahme des Altgesellschaftern an der Kapitalerhöhung spricht (vgl dazu BFH 16. 3. 1967, I 261/63).



### Die Autorin:

MMag. Katharina Daxkobler ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU (Wirtschaftsuniversität Wien).

**Kontakt:** katharina.daxkobler@wu.ac.at



### Die Autorin:

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

**Kontakt:** marlies.steindl@wu.ac.at

Die Autorinnen danken Univ. Prof. Dr. Claus Staringer, Dr. Kasper Dziurdz und Mag. Christoph Marchgraber für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

Zeitschriftenarchiv & aktuelle News zum Thema: [rdw.lexisnexus.at](http://rdw.lexisnexus.at)

