

## Gruppenbesteuerung

# Eigene Anteile und stimmrechtslose Vorzugsaktien

## Auswirkungen auf das Beteiligungserfordernis des § 9 Abs. 4 KStG

VON MAG. MARKUS CHRISTOPH STEFANER UND MAG. PATRICK WENINGER\*)

**Im Rahmen der neuen Gruppenbesteuerung<sup>1)</sup> sind nur solche Beteiligungen des Gruppenträgers am Gruppenmitglied tatbestandlich, bei denen der Gruppenträger über mehr als 50 % sowohl der Stimmrechte als auch der Substanz verfügt. Hält nun das Gruppenmitglied eigene Anteile oder hat es stimmrechtslose Vorzugsaktien ausgegeben, so stellt sich die Frage, wie sich dieser Umstand auf das Beteiligungserfordernis des § 9 Abs. 4 KStG auswirkt.**

### I. Eigene Anteile

Aus eigenen Aktien stehen der Gesellschaft gem. § 65 Abs. 5 AktG keine Rechte zu.<sup>2)</sup> Alle Aktionärsrechte, d. h. Vermögens-, Herrschafts- oder Einflussrechte, ruhen unabhängig davon, ob die Aktien zulässiger- oder unzulässigerweise erworben wurden.<sup>3)</sup> Für das Stimmrecht wird das Ruhen in § 114 Abs. 6 AktG ausdrücklich wiederholt.<sup>4)</sup> Es entspricht gerade dem Telos von § 114 AktG, der Gefährdung der Corporate Governance durch den Erwerb eigener Aktien entgegenzuwirken, indem Änderungen der Kompetenzverteilung und Einflussnahme auf Entscheidungen, die auf dem Erwerb eigener Aktien fußen, verhindert werden sollen. Auch der Erwerb eigener Geschäftsanteile durch eine GmbH führt gem. § 81 GmbHG zum Ruhen aller mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte.<sup>5)</sup>

Nachdem aus eigenen Anteilen keine Vermögensrechte zustehen, ist mit ihnen keine Beteiligung an der Substanz verbunden.<sup>6)</sup> Durch das Ruhen des Stimmrechts eigener Aktien ist ihr Halter für Zwecke des § 9 KStG auch nicht an den Stimmrechten der Gesellschaft beteiligt. Will man nun ermitteln, ob der Gruppenträger zu mehr als 50 % an

\*) Mag. Markus Christoph *Stefaner* und Mag. Patrick J. *Weninger* sind Assistenten am Institut für österreichisches und Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien. Die Autoren möchten ihrem akademischen Lehrer Prof. Wolfgang *Gassner* für sein Engagement für und die Förderung seiner Mitarbeiter danken. Speziell im Bereich der Gruppenbesteuerung werden seine Anregungen, sein Fachwissen und seine Unterstützung unvergessen bleiben.

<sup>1)</sup> BGBl. 1989/660 i. d. F. BGBl. I 57/2004. Vgl. dazu insbesondere *Tissot*, Die geplante Gruppenbesteuerung – Ein erster Überblick, SWK-Heft 8/2004, Seite S 306; *Wiesner*, Entwurf eines Steuerreformgesetzes 2005 – Die Auswirkungen auf Körperschaften, RZW 2004, 33; *Gassner*, Steuerreform 2005 – Wie soll es weitergehen? FJ 2004, 89; *Gassner*, Die neue Gruppenbesteuerung, Stärken und Schwächen des Begutachtungsentwurfs, SWK-Heft 9/2004, Seite S 347; *Wiesner*, Abänderungsantrag zur Regierungsvorlage des Steuerreformgesetzes 2005, RWZ 2004, 129; *Mayr*, Die neue Gruppenbesteuerung, Konzept und Grundlagen, RdW 2004, 246; *Gassner*, Die neue Gruppenbesteuerung, Eine Alternative zum Begutachtungsentwurf, SWK-Heft 10/2004, Seite T 74; *Stefaner/Weninger*, Die Gruppenbesteuerung im österreichischen Konzernsteuerrecht, *ecolex* 2004, 508; *Stefaner/Weninger*, Mittelbare Beteiligung über eine Kapital- oder Personengesellschaft, SWK-Heft 23/24/2004, Seite S 732; *Mühlehner/Zöchling/Trenkwalder* (Hrsg.) Gruppenbesteuerung – Die neuen Chancen (2004); *Gassner/Haidenthaler*, Group Taxation, SWI 2004, 434; *Stefaner/Weninger*, Gruppenbesteuerung und Gemeinschaftsrecht, SWI 2004, 441; *Hirschler*, Die neue Gruppenbesteuerung – ein Kurzüberblick, GeS 2004, 320; *Urtz*, Probleme bei der Firmenwertabschreibung im Rahmen der Gruppenbesteuerung, GeS 2004, 328; *Wiesner/Mayr*, Zweifelsfragen zur Gruppenbesteuerung, RdW 2004, 491; *Stefaner/Weninger*, Gruppenbesteuerung: Vor- und Außergruppenverluste, RdW 2004, 564; *Stefaner/Weninger*, Offene Fragen des neuen Gruppenbesteuerungsrechts, ÖStZ 2004, 405 m. w. N.; *Mühlehner/Zöchling* (Hrsg.) Die neue Gruppenbesteuerung, SWK-Sonderheft (2004); *Stefaner/Weninger*, Gruppenbesteuerung: Mehr Gestaltungsspielraum bei der Konzernstrukturplanung, RWZ 2004, in Druck; *M. Hofstätter/Plansky*, Ein eigenständiger Begriff des Firmenwertes im KStG? in Druck; *Stefaner/Weninger*, Geplante Änderungen im österreichischen Gruppenbesteuerungsregime, *ecolex* 2004, in Druck.

<sup>2)</sup> § 65 Abs. 5 AktG.

<sup>3)</sup> Vgl. z. B. *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.) Kommentar zum Aktiengesetz I (2003) § 65 Rz. 155; *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG Kommentar<sup>3</sup> (1993) § 65 Rz. 30.

<sup>4)</sup> § 114 Abs. 6 AktG. Vgl. dazu *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.) AktG I § 65 Rz. 155.

<sup>5)</sup> § 81 GmbHG. Vgl. etwa *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar<sup>2</sup> (1999) § 81 Rz. 13 m. w. N.

<sup>6)</sup> Zum Inhalt des Vermögensrechts siehe *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG<sup>3</sup> § 102 Rz. 5.

den Stimmrechten und an der Substanz des Gruppenmitglieds beteiligt ist, so hat man daher von der Stimmrechts- und Substanzbeteiligungsbasis exklusive eigener Anteile auszugehen, weil eigene Anteile eben keine Stimmrechte bzw. Beteiligung an der Substanz vermitteln. Der Ausnahme aus der Berechnungsgrundlage steht auch nicht entgegen, dass auch der Mehrheitsgesellschafter kein Bezugsrecht bei Verkauf der eigenen Anteile hat. Es wäre daher denkbar, dass durch den Verkauf der eigenen Anteile die finanzielle Beteiligung unter die 50-%-Grenze fallen könnte. Wenn der Gesellschafter auch kein Bezugsrecht ex lege hat, so untersteht das Management der Gesellschaft bei der GmbH ex lege, bei der AG regelmäßig de facto seinen Weisungen. Dies kann daher zu keinem Ausschluss von der Gruppenbesteuerung führen, da im Rahmen des § 9 Abs. 4 KStG die bloße Möglichkeit, seinen Einfluss in der Gesellschaft zu vergrößern, keine Rolle spielt. Das Stimmrechts- und Substanzbeteiligungsausmaß für Zwecke der neuen Gruppenbesteuerung ist also auf Basis der im Umlauf verbliebenen Anteile zu berechnen.

## II. Stimmrechtslose Vorzugsaktien

§ 115 Abs. 1 AktG bestimmt, dass für Aktien, die mit einem nachzuzahlenden Vorzug bei der Verteilung des Gewinnes ausgestattet sind, das Stimmrecht ausgeschlossen werden kann (Vorzugsaktien ohne Stimmrecht).<sup>7)</sup> § 116 Abs. 1 AktG lautet:<sup>8)</sup> „Die Vorzugsaktien ohne Stimmrecht gewähren mit Ausnahme des Stimmrechts die dem Aktionär aus der Aktie zustehenden Rechte.“

Während also stimmrechtslose Vorzugsaktien eines Stimmrechts entbehren, können die anderen mit ihnen verbundenen Rechte nicht eingeschränkt werden. Dies trifft somit auch auf Vermögensrechte zu.<sup>9)</sup> Bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien fallen demnach Stimmrechts- und Substanzbeteiligungsausmaß regelmäßig auseinander. Daher wird man bei der Ermittlung des Stimmrechts- und Substanzbeteiligungsausmaßes des Gruppenträgers am Gruppenmitglied differenzieren müssen: Nachdem stimmrechtslose Vorzugsaktien – wie ihr Name schon sagt – mit keinem Stimmrecht verbunden sind, spielen sie für die Ermittlung der Stimmrechtsbeteiligung i. S. d. § 9 Abs. 4 KStG keine Rolle. Auch die bloße Möglichkeit des Auflebens des Stimmrechts i. S. d. § 116 Abs. 2 AktG führt zu keiner anderen Auslegung, weil die Vorzugsaktionäre auf das Aufleben des Stimmrechts keinen Einfluss haben.<sup>10)</sup> Erst ab dem Zeitpunkt des tatsächlichen Auflebens des Stimmrechts sind auch diese Anteile in die Berechnung der Stimmrechtsmehrheit einzubeziehen. Die Stimmrechtsermittlung entspricht somit jener bei eigenen Anteilen. Nachdem aber stimmrechtslose Vorzugsaktien in den mit ihnen verbundenen Vermögensrechten nicht beschränkt sind, sind sie relevant für die Ermittlung der Substanzbeteiligung i. S. d. § 9 Abs. 4 KStG.

Eine andere Auslegung – die aber dem Wortlaut der Vorschrift entgegenstünde – wäre wohl nur mittels teleologischer Reduktion des § 9 Abs. 4 KStG möglich. „Bei der teleologischen Reduktion wird eine im Gesetz enthaltene, aber zu weit gefa[ss]te Regel auf den ihr nach dem Zweck oder dem Sinnzusammenhang des Gesetzes zukommenden Anwendungsbereich zurückgeführt.“<sup>11)</sup> Gegen eine derartige teleologische Reduktion spricht aber insbesondere der Umstand, dass man der doppelten Voraussetzung für die finanzielle Verbundenheit (Stimmrechts- und Substanzbeteiligungsmehrheit) ihren Anwendungsbereich nehmen würde. Schließlich stellt diese Norm auf solche Anteile ab, bei denen Anteil im gesellschaftsrechtlichen Sinn, Vermögensrechte und Stimmrechte typischerweise auseinander fallen können. Paradefälle hierfür sind gerade eigene Anteile einerseits und stimmrechtslose Vorzugsaktien andererseits.

<sup>7)</sup> Vgl. § 115 Abs. 1 AktG. Vgl. dazu *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG<sup>3</sup> § 115.

<sup>8)</sup> § 116 Abs. 1 AktG. Vgl. dazu *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG<sup>3</sup> § 116.

<sup>9)</sup> Zum Inhalt des Vermögensrechts siehe *Schiemer* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser* (Hrsg.) AktG<sup>3</sup> § 102 Rz. 5.

<sup>10)</sup> Zum Aufleben des Stimmrechts bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien vgl. z. B. *Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.) AktG I § 116 Rz. 10 ff.

<sup>11)</sup> *Koziol/Welser*, Grundriß des bürgerlichen Rechts I<sup>11</sup> (2000) 31.

**III. Fazit**

Bei eigenen Anteilen ruhen sowohl Vermögens- als auch Stimmrechte. Bei der Ermittlung des Stimmrechts- und Substanzbeteiligungsausmaßes bei einer Gesellschaft, die eigene Aktien hält, ist daher für Zwecke des § 9 Abs. 4 KStG nur auf jene Anteile abzustellen, die nicht von der Gesellschaft selbst gehalten werden. Stimmrechtslose Vorzugsaktien kennen zwar keine Beschränkung des Vermögensrechts, vermitteln allerdings kein Stimmrecht. Bei der Ermittlung der Substanzbeteiligung i. S. d. § 9 Abs. 4 KStG sind daher sowohl stimmrechtslose Vorzugsaktien als auch Anteile mit Stimmrecht zu berücksichtigen. Bei der Ermittlung der Stimmrechtsmehrheit ist hingegen nur auf jene Anteile abzustellen, die ein Stimmrecht vermitteln.

Für das Abstellen der neuen Gruppenbesteuerung sowohl auf Substanz- als auch auf Stimmrechtsmehrheit sprechen gute Gründe. Würde man nämlich nur auf die Substanzmehrheit abstellen, wäre es denkbar, dass sich eine Kapitalgesellschaft bei einem Gruppenmitglied (das in der Vergangenheit exzessiv stimmrechtslose Vorzugsaktien ausgegeben hat) – zu einem großen Teil über diese stimmrechtslosen Vorzugsaktien – einkauft und somit zwar den Verlust im Inland sogar bis zur Gänze übernehmen kann, mangels Mehrheit der Stimmrechte aber nicht das Sagen in der Gesellschaft hat. Würde man demnach lediglich auf die Substanzmehrheit abstellen, könnte das Management des Gruppenmitglieds seine Verluste als willkommene ‚Zugabe‘ zu stimmrechtslosen Vorzugsaktien verkaufen, ohne damit Gefahr zu laufen, vom neuen Gruppenträger ausgewechselt zu werden – über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt dieser ja nicht (Stichwort Verlustbeteiligungsmodell). Würde man hingegen nur auf die Stimmrechtsmehrheit abstellen, könnte sich eine Kapitalgesellschaft – vorausgesetzt die Kapitalgesellschaft hat in der Vergangenheit wiederum exzessiv stimmrechtslose Vorzugsaktien ausgegeben – mit verhältnismäßig geringem Kapitaleinsatz die Stimmrechtsmehrheit in der Tochtergesellschaft sichern. Infolgedessen könnte der Gruppenträger hierauf – sogar mit einer Substanzbeteiligung unter 50 % – die Verluste des Gruppenmitglieds verwerten oder etwa durch den Verkauf profitabler Teilbetriebe des Gruppenmitglieds die einst florierende Tochter zu einem verlustbringenden schwarzen Schaf der Konzernfamilie degradieren. All diese Transaktionen haben aber faktisch in Relation gesehen die restlichen Aktionäre auszubaden (die zu einem Großteil über stimmrechtslose Vorzugsaktien verfügen), weil sie es ja sind, die zu mehr als 50 % an der Substanz der Tochtergesellschaft beteiligt sind.<sup>12)</sup>

<sup>12)</sup> Bei all diesen Überlegungen ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Gestaltungsfreiheit insofern eingeschränkt wäre, als stimmrechtslose Vorzugsaktien gem. § 115 Abs. 2 AktG nur bis zu einem Drittel des Grundkapitals ausgegeben werden dürfen.