

Beiser in SWK 22/2009, S 672

Seite S 672 **Kreativität versus Legalität**

Kapitalerhöhung mit Ausgabe neuer Anteile an Dritte oder Anteilsverkauf mit nachfolgender Einlage?

Die Grenzen der Legalität nach Art. 18 B-VG im Wechselspiel mit der Kreativität kraft wirtschaftlicher Betrachtung nach § 21 BAO

VON DR. REINHOLD BEISER ·

Kann eine Kapitalerhöhung mit einer Ausgabe neuer Anteile an Dritte in wirtschaftlicher Betrachtung (§ 21 BAO) in eine teilweise Veräußerung der Altanteile umgedeutet und so z. B. nach § 31 EStG besteuert werden?

1. Die Ausgangslage

Eine Kapitalgesellschaft (AG/GmbH) braucht eine Verstärkung ihrer Eigenkapitalausstattung, um Investitionen oder Übernahmen von Wettbewerbern zu finanzieren, ihre Bonität zu verbessern, Krisen zu bewältigen etc. Die bestehenden Gesellschafter wollen keine weiteren Einlagen leisten, weil ihnen dazu die Finanzmittel fehlen, sie ein Klumpenrisiko vermeiden oder verringern wollen, lieber anderweitig investieren etc. Die Gesellschafter beschließen deshalb eine Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Anteile an Dritte.

• Beispiel

Eine AG hat ein Nennkapital in Höhe von 1 Mio. Euro sowie gebundene Kapitalrücklagen in Höhe von 2 Mio. Euro. Das Buchkapital beträgt somit 3 Mio. Euro. Das reale Eigenkapital wird aufgrund von stillen Reserven im Anlagevermögen und eines Firmenwertes in Höhe von 12 Mio. Euro angenommen. Das Nennkapital wird um 500.000 Euro erhöht. Das Agio für die neuen Anteile beträgt 5,5 Mio. Euro. Das Eigenkapital steigt buchmäßig von 3 Mio. Euro auf 9 Mio. Euro:

1,5 Mio.
Euro Nennkapital

7,5 Mio. gebundene Rücklagen nach § 229 UGB i. V. m. § 130
Euro AktG

9 Mio. Euro Buchkapital

+ 9 Mio.
Euro stille Reserven und Firmenwert

18 Mio. Euro Realkapital

2. Die wirtschaftliche Betrachtung (§ 21 BAO)

Die Altaktionäre verlieren ein Drittel ihrer Beteiligung an die neuen Gesellschafter: Sie sind nicht mehr zu 100 % beteiligt, sondern nur mehr zu zwei Dritteln. (Annahme: Alle Altaktionäre verzichten auf ihr Bezugsrecht; ein strategischer Partner erwirbt über die Kapitalerhöhung ein Drittel der AG.) Insofern stellt sich die Frage, ob eine solche Ausgabe neuer Anteile nicht einer Veräußerung von einem Drittel der Altanteile gleichzuhalten ist. Anders gewendet: Haben die Altaktionäre in wirtschaftlicher Betrachtung (§ 21 BAO) ein Drittel ihrer Beteiligung von 100 % an den neu eintretenden Gesellschafter veräußert und ist die Einlage des neu eintretenden Gesellschafter (6 Mio. Euro insgesamt: 0,5 Mio. Euro Nennkapital + 5,5 Mio. Euro Agio) ein versteckter Kaufpreis an die Altaktionäre, den diese in ihre AG einlegen? - Die Finanzverwaltung sieht § 21 BAO als Aufruf zur Suche nach wirtschaftlich gleichwertigen Alternativen, die eine Besteuerung ermöglichen: Veräußern die Altaktionäre ein Drittel ihrer Beteiligungen an den neu eintretenden Gesellschafter um 6 Mio. Euro, so entsteht bei den Altaktionären Seite S 673 mit 1 % oder mehr Beteiligung im Privatvermögen ein Überschuss i. S. d. § 31 EStG von insgesamt

6 Mio.
Euro Veräußerungserlös

- 1 Mio.
Euro Anschaffungskosten der veräußerten Altanteile

5 Mio.
Euro Überschuss i. S. d. § 31 EStG unter der Annahme, dass alle Altaktionäre 1 % oder mehr länger als ein Jahr im Privatvermögen gehalten haben.

Wird der halbe Durchschnittssteuersatz nach § 37 EStG vereinfacht in Höhe von 25 % angenommen, ergibt sich daraus eine Steuerlast von 1,25 Mio. Euro Einkommensteuer.

Diese Lösung ist einfallsreich und kreativ. Dennoch ist sie in wirtschaftlicher Betrachtung (§ 21 BAO) nicht zutreffend.

3. Kapitalerhöhung und Anteilsveräußerung sind wirtschaftlich nicht gleichwertig

Wollen Aktionäre ihre Anteile veräußern, so erfolgt dies in der Regel, weil sie nicht mehr so stark in dieser Gesellschaft investiert sein wollen. Zu veräußern, um ein Klumpenrisiko zu verringern und dann den Veräußerungserlös in die Gesellschaft wieder einzulegen (so die angedachte Kombination einer teilweisen Anteilsveräußerung und Einlage der erzielten Erlöse), ist nicht sinnvoll. Im Fall einer Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Anteile an Dritte veräußern die Altaktionäre ihre Altanteile nicht. Sie üben ihr Bezugsrecht nicht aus und ermöglichen so den Eintritt neuer Gesellschafter. Die Einlageleistungen der neuen Gesellschafter (Einlagen auf das

Nennkapital und in die gebundene Rücklage) stellen die Äquivalenz zwischen Alt- und Neugesellschaftern her.

4. Einlagen sind Teil einer Leistungsvereinigung und nicht eines Leistungsaustauschs

"Durch einen Vertrag, vermöge dessen zwei oder mehrere Personen einwilligen, ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen, wird eine Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerbe errichtet." (§ 1175 ABGB) Die Bündelung von Arbeitskraft, Finanz- oder Sachkapital zum gemeinsamen Nutzen aller Gemeinschaftler ist der Kern einer Leistungsvereinigung. Einlagen der Gesellschafter in ihre Gesellschaft sind Teil einer Leistungsvereinigung (einer Bündelung von Kapital und/oder Arbeitskraft) zum gemeinsamen Nutzen. Bei einem Leistungsaustausch ("do ut des") verfolgt jeder Leistungsaustauschpartner seinen eigenen Nutzen. Die Einlagen der neuen Gesellschafter in die bestehende AG (hier: 6 Mio. Euro Einlagen: 0,5 Mio. Euro Nennkapital + 5,5 Mio. Euro Agio/gebundene Kapitalrücklagen) stärken die Eigenkapitalausstattung der bestehenden AG. Die Altgesellschafter können über diese Einlagen nicht disponieren: Nennkapital und gebundene Kapitalrücklagen sind nach § 229 UGB und nach den §§ 52, 130 AktG nicht ausschüttbar und somit einer Gewinnausschüttung durch die Gesellschafter entzogen. Die Einlage der neu eintretenden Gesellschafter in Höhe von 6 Mio. Euro stellt sicher, dass die Altanteile ihren realen Wert von 12 Mio. Euro trotz der Ausgabe der neuen Anteile nicht verlieren: Vor der Ausgabe neuer Anteile haben die Altanteile einen realen Wert von insgesamt 12 Mio. Euro. Durch die Kapitalerhöhung steigt das Realkapital der die neuen Anteile ausgebenden AG von 12 Mio. Euro auf 18 Mio. Euro (6 Mio. Euro Einlagen der neuen Gesellschafter); auf die Altaktionäre entfallen davon zwei Drittel, also $(2/3 \times 18 =) 12$ Mio. Euro.

5. Ergebnis

Geldeinlagen in eine Kapitalgesellschaft sind Teil einer Bündelung von Kapital zum gemeinsamen Nutzen aller Gesellschafter. Das Eigenkapital der Gesellschaft wird gestärkt. Nennkapital und gebundene Kapitalrücklagen sind nach § 229 UGB i. V. m. §§ 52 und 130 AktG nicht ausschüttbar und somit insofern der Disposition der Gesellschafter entzogen.

Seite S 674 Eine Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Anteile ist somit in wirtschaftlicher Betrachtung (§ 21 BAO) einer Anteilsveräußerung der Altgesellschafter (mit nachfolgender Einlage der Veräußerungserlöse) nicht vergleichbar: Im Veräußerungsfall können die Altgesellschafter über die erzielten Erlöse frei disponieren, also nach Belieben (in eine nach § 229 Abs 2 Z 5 UGB i. V. m. § 130 AktG freie Kapitalrücklage) einlegen oder nicht einlegen. Darüber hinaus läuft die Annahme einer Einlage der Veräußerungserlöse der gebotenen Gleichbehandlung der Gesellschafter zuwider: Warum sollten die Altgesellschafter die aus der teilweisen Veräußerung ihrer

Altanteile erzielten Erlöse in ihre Altgesellschaft einlegen, der neue Gesellschafter dagegen keine Einlage leisten, sondern nur den Kaufpreis an die Altgesellschafter zahlen? - Die durch die wirtschaftliche Betrachtung nach § 21 BAO (und ebenso durch die Missbrauchsklausel des § 22 BAO) eröffnete Besteuerungskreativität der Vollziehung stößt an ihre Grenzen. Ein Rest an Rechtssicherheit bleibt.

* Univ.-Prof. Dr. Reinhold *Beiser* lehrt am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.