

# Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung

*Marlies Ursprung-Steindl*

- I. Einleitung und Problemstellung**
- II. Kapitalerhöhung als Veräußerungsvorgang beim Altgesellschafter**
  - A. Teilveräußerung der Altanteile mit Wiedereinlage
    - 1. Ausgangsfall
    - 2. Die wirtschaftliche Betrachtung
    - 3. Differenzierung zwischen Kapitalerhöhung und teilweiser Anteilsveräußerung der Altgesellschafter
      - a) Veräußerungstatbestände als Abgrenzungskriterien
      - b) Weitere Abgrenzungskriterien
  - B. Bezugsrechtsverzicht als verdeckter Verkauf
    - 1. Das gesellschaftsrechtliche Bezugsrecht und Agio
    - 2. Die wirtschaftliche Betrachtung
    - 3. Kaufpreisdurchschleusung durch alineare Ausschüttungen
- III. Kapitalerhöhung als Anschaffungsvorgang**
  - A. Anschaffung als Anwendungskriterium für Steuerbegünstigungen
  - B. Anschaffungsbegriff
  - C. Anschaffung der Neubeteiligung
    - 1. Behandlung nach allgemeinem Ertragsteuerrecht
    - 2. Behandlung der umgründungsgeborenen Anteile nach dem UmgrStG
  - D. Anschaffung der übernommenen Beteiligung am Target bei der kapitalerhöhenden Gesellschaft
    - 1. Behandlung nach allgemeinem Ertragsteuerrecht
    - 2. Behandlung nach dem UmgrStG
- IV. Zusammenfassung der Ergebnisse**

## Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung

### I. Einleitung und Problemstellung

Als Share-Deal kann ein Unternehmenserwerb auch durch eine Kapitalerhöhung erfolgen.<sup>1</sup> Einerseits wird dem Erwerber unter gleichzeitiger Einräumung des Bezugsrechts der Einstieg in die Zielgesellschaft ermöglicht.<sup>2</sup> So können Share-Deals nicht nur mit bestehenden Beteiligungen, sondern auch mit Neubeteiligungen erfolgen.<sup>3</sup> Mit der Ausgabe junger Anteile durch das Target und die Einlagenleistung des Erwerbers als Kaufpreis für die Junganteile der Zielgesellschaft kommt es zum Unternehmenserwerb. Andererseits werden in der Praxis bei moderner Strukturierung von Unternehmensakquisitionen anstelle der baren Berichtigung des Kaufpreises „payments by shares“ vorgesehen.<sup>4</sup> Dadurch können die durch Kapitalerhöhung neu geschaffenen Anteile auch als „Akquisitionswährung“<sup>5</sup> dienen und so den Unternehmenserwerb finanzieren. Die Zielgesellschaft kann somit auch „share-for-share exchange“ erworben werden.<sup>6</sup>

Kernziele der ertragsteuerlichen Optimierung von Unternehmensakquisitionen sind zum einen die steuerfreie oder zumindest tarifbegünstigte Realisation von Veräußerungsgewinnen auf der Verkäuferseite.<sup>7</sup> So kann der Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung im Anwendungsbereich des UmgrStG steuerneutral abgewickelt werden.<sup>8</sup> Zum anderen besteht beim Unternehmenserwerb zentrales Interesse daran, beim Erwerb von Beteiligungen an der Zielgesellschaft Steuer- sowie Investitionsbegünstigungen voll auszuschöpfen oder Optionsmöglichkeiten internationaler Schachtelbeteiligungen<sup>9</sup> auszuüben. Insbesondere für Beteiligungen, die vor dem 1. März 2014 angeschafft wurden, besteht nach § 9 Abs 7 KStG idF vor dem AbgÄG 2014<sup>10</sup> durch die Firmenwertabschreibung<sup>11</sup>

- 1 Die Autorin dankt *Dr. Christoph Marchgraber* für die Durchsicht des Manuskripts.
- 2 Vgl zum Kapitalerhöhungsmodell iVm Optionen *Fraberger*, Steuerliche relevante Klauseln im und rund um den Kaufvertrag, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) Handbuch Mergers & Acquisitions (2007), 303 (317); zur gesellschaftsrechtlichen Bedeutung des Bezugsrecht siehe ausführlich Abschnitt II.B.1 dieses Beitrags.
- 3 Vgl *Kauba*, Gruppenbesteuerung: Anteilerwerb durch Nennkapitalerhöhung und Firmenwertabschreibung, RdW 2005, 648 (648).
- 4 Vgl *Schmid-Schmidfelden*, Aktien als Akquisitionswährung in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) Handbuch Mergers & Acquisitions (2007), 643 (645).
- 5 Zur Nutzung eigener Aktien als Akquisitionswährung siehe *Schmid-Schmidfelden*, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) HB M & A, 643 ff.
- 6 Siehe *Mühlechner*, Firmenwertabschreibung und andere Fragen der Transaktionsstrukturierung unter Berücksichtigung der Gruppenbesteuerung, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) Handbuch Mergers & Acquisitions, 171 (189 ff.).
- 7 Vgl *Mühlechner*, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) HB M & A, 173.
- 8 Siehe etwa *Walter*, Umgründungssteuerrecht 2014, zu Verschmelzungen Tz 45 ff; zu Einbringungen 324 ff; zu Spaltungen Tz 837 ff und Tz 956 ff.
- 9 Ausführlich zu den ertragsteuerlichen Fragen bei der Akquisition internationaler Schachtelbeteiligungen *Marchgraber*, Veräußerung und Erwerb internationaler Schachtelbeteiligungen, in diesem Band.
- 10 BGBl I Nr 13/2014.
- 11 Ausführlich zur Firmenwertabschreibung und den „Nachwehen“ zu deren Abschaffung *Blum*, Die Firmenwertabschreibung beim Erwerb von Beteiligungen, in diesem Band.

die Möglichkeit, den gezahlten Kaufpreis in steuermindernden Aufwand umzuwandeln.<sup>12</sup>

Die Besonderheit des Unternehmenserwerbs mittels Kapitalerhöhung besteht darin, dass es sich um ein Dreiecksgeschäft handelt, dessen Beteiligte das Target (T), die Altgesellschafter (A) und der Erwerber als Neugesellschafter (N) sind. In diesem Beitrag sollen zum einen die ertragsteuerlichen Folgen bei den Altgesellschaftern – als dritte Partei – beim Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung im Blickpunkt stehen. Fraglich ist dabei insbesondere, ob der Einstieg des Erwerbers mittels Kapitalerhöhung bei den Altgesellschaftern zu einem steuerpflichtigen Veräußerungsvorgang<sup>13</sup> führt und diese damit (auch) in die Rolle des Veräußerers schlüpfen. Zum anderen gilt es aus der Perspektive des Erwerbers beim Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung zu überprüfen, ob die Kapitalerhöhung ein Anschaffungsvorgang ist. Die Rolle des Erwerbers kann – je nachdem wie die Kapitalerhöhung zum Einsatz kommt – der Einlegende oder die anteilsausgebende Kapitalgesellschaft selbst wahrnehmen. Beim „share-for-share exchange“ – dem Anteilstausch – stellt sich die Anschaffungsfrage sogar auf beiden Seiten. Damit ist sowohl für die Neubeteiligungen als auch für die übertragenen Beteiligungen zu überprüfen, ob diese für ertragsteuerliche Zwecke als angeschafft gelten. Dies ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil die Beteiligungsanschaffung ein Anwendungskriterium ua für die Optionsausübung bei internationalen Schachtelbeteiligungen gemäß § 10 Abs 3 KStG<sup>14</sup> oder die Übertragung von stillen Reserven gemäß § 13 Abs 4 KStG ist und für die Firmenwertabschreibung gemäß § 9 Abs 7 KStG war.

## II. Kapitalerhöhung als Veräußerungsvorgang beim Altgesellschafter

### A. Teilveräußerung der Altanteile mit Wiedereinlage

#### 1. Ausgangsfall

Ein strategischer Partner oder Business Angel tritt mittels Kapitalerhöhung beim Target unter gleichzeitiger Einräumung des Bezugsrechts als neuer Gesellschafter ein.<sup>15</sup> So ermöglichen die Anteilsausgabe durch das Target und die Einlagenleistung des strategischen Partners oder Business Angels den Unternehmenserwerb.

<sup>12</sup> Vgl. *Mühlehner*, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) HB M & A, 173.

<sup>13</sup> Siehe dazu etwa *Beiser*, Kapitalerhöhung mit Ausgabe neuer Anteile an Dritte oder Anteilsverkauf mit nachfolgender Einlage?, SWK 2009, S 672 (672 ff); *Mühlehner*, Kapitalerhöhung als Veräußerungsvorgang?, SWK 2009, S 850 (850 ff); *Fraberger*, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) HB M & A, 317 und 337; *Ursprung-Steindl*, Die Kapitalerhöhung im Ertragsteuerrecht (2016), 199 ff.

<sup>14</sup> Dazu *Marchgraber*, in diesem Band.

<sup>15</sup> Vgl. *Fraberger*, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) HB M&A, 317; *Beiser*, SWK 2009, S 672.

## Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung

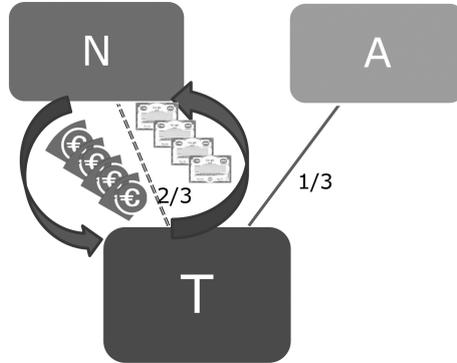


Abbildung 1: Kapitalerhöhung beim Target<sup>16</sup>

Angenommen,<sup>17</sup> das Nennkapital des Targets beträgt 500.000 €. In den Kapitalrücklagen sind 1 Mio € verbucht. Das Buchkapital beträgt insgesamt 1,5 Mio €. Stille Reserven und Firmenwert werden in der Höhe von 4,5 Mio € angenommen. Das Eigenkapital des Targets beläuft sich damit vor der Kapitalerhöhung auf 6 Mio €. Um den Unternehmenserwerb bzw. den Einstieg des strategischen Partners oder Business Angels zu ermöglichen, vereinbaren die bestehenden Gesellschafter des Targets – die sogenannten Altgesellschafter – im Kapitalerhöhungsbeschluss, das Nennkapital um 1 Mio € zu erhöhen. Dabei verzichten sie zugunsten des strategischen Partners oder Business Angels auf ihr Bezugsrecht. Der Erwerber muss für die jungen Anteile zusätzlich zum Nennkapital von 1 Mio € ein angemessenes Agio (Aufgeld)<sup>18</sup> von 11 Mio € entrichten, um die durch die Kapitalerhöhung entstandene Verwässerung des Beteiligungswerts bei den Altgesellschaftern des Targets auszugleichen. Der Kaufpreis des Targets setzt sich aus dem Nominalbetrag von 1 Mio € sowie der Agiozahlung von 11 Mio € zusammen und beläuft sich somit insgesamt auf 12 Mio €. Der strategische Partner oder Business Angel zahlt den Kaufpreis als Einlagenleistung direkt in das Target ein.<sup>19</sup> Insgesamt wird die Eigenkapitalbasis des Targets folglich um 12 Mio € gestärkt.

	vor		nach
	<b>Kapitalerhöhung</b>		
Nennkapital	0,5 Mio €	1 Mio €	1,5 Mio €
Kapitalrücklagen	1 Mio €	11 Mio €	12 Mio €
<b>Buchkapital</b>	<b>1,5 Mio €</b>		<b>13,5 Mio €</b>
stille Reserven und Firmenwert	4,5 Mio €		4,5 Mio €
<b>Eigenkapital</b>	<b>6 Mio €</b>		<b>18 Mio €</b>

Abbildung 2: Eigenkapital des Targets vor und nach dem Einstieg des Neugesellschafters mit Kapitalerhöhung

<sup>16</sup> Abbildungen sind jenen aus meiner Dissertation angelehnt.

<sup>17</sup> Ausgangsfall in Anlehnung an das Beispiel von *Beiser*, SWK 2009, S 672 f.

<sup>18</sup> Dazu ausführlich in Abschnitt II.B.1 dieses Beitrags.

<sup>19</sup> Vgl *Fraberger*, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter* (Hrsg) HB M&A, 317.

## 2. Die wirtschaftliche Betrachtung

Im Ausgangsfall hält der Erwerber nach dem Einstieg mittels Kapitalerhöhung zwei Drittel der Anteile am Target. Somit sind die Altgesellschafter nach der Kapitalerhöhung nicht mehr zu 100 %, sondern nur mehr zu einem Drittel am Target beteiligt. *Beiser*<sup>20</sup> und ihm folgend *Mühlehner*<sup>21</sup> hinterfragen die Ansicht der Finanzverwaltung,<sup>22</sup> nach der die Anteilsausgabe durch das Target wirtschaftlich der teilweisen Anteilsveräußerung durch die Altgesellschafter mit nachfolgender Einlage in das Target entspricht. In der Verminderung der Beteiligungsquote erblickt die Finanzverwaltung eine teilweise Veräußerung der Altanteile an den neu hinzutretenden Gesellschafter.<sup>23</sup> In wirtschaftlicher Betrachtung ortet die Finanzverwaltung in der Einlagenleistung des Erwerbers einen versteckten Kaufpreis an die Altgesellschafter, den diese sodann in die Kapitalgesellschaft einlegen.<sup>24</sup> Unter Heranziehung des § 21 BAO qualifiziert die Finanzverwaltung die Kapitalerhöhung gegen Einlage in einen steuerpflichtigen Veräußerungsvorgang beim Altgesellschafter mit nachfolgender Einlagenleistung um.<sup>25</sup> Fraglich ist somit, ob bei einer Anteilsausgabe an den Unternehmenserwerber die Einlagenleistung von 12 Mio € als versteckter Kaufpreis an die Altgesellschafter für die teilweise Abtretung ihrer Altanteile umqualifiziert werden und damit bei diesen Besteuerungsfolgen auslösen kann.<sup>26</sup>

Sind die Altgesellschafter natürliche Personen und halten die Anteile am Target in ihrem Betriebsvermögen, sind die Gewinne aus der Veräußerung der Altanteile nach §§ 21 bis 23 EStG steuerpflichtige Einkünfte. Nach § 27a Abs 6 EStG ist der Veräußerungsgewinn nach den Bestimmungen zur Bemessungsgrundlage für Einkünfte aus Kapitalvermögen zu ermitteln und der besondere Steuersatz anzuwenden.<sup>27</sup> Zählen die Altanteile hingegen zum Privatvermögen natürlicher Personen, ist zu differenzieren, ob sich die Anteile als nicht steuerhängiges oder befristet steuerhängiges Altvermögen<sup>28</sup> oder als steuerpflichtiger Neubestand qualifizieren. Handelt es sich bei den Altgesellschaftern um §-7-Abs-3-KStG-Körperschaften, sind die Veräußerungsgewinne aus der Beteiligung steuerpflichtig, sofern es sich dabei um keine steuerneutrale Schachtelbeteiligung<sup>29</sup> handelt.

20 *Beiser*, SWK 2009, S 672 ff.

21 *Mühlehner*, SWK 2009, S 850 ff.

22 „Die Finanzverwaltung sieht § 21 BAO als Aufruf zur Suche nach wirtschaftlich gleichwertigen Alternativen, die eine Besteuerung ermöglichen:[...]“ so *Beiser* (*Beiser*, SWK 2009, S 672), ohne konkrete Nachweise anzugeben. Dieser Befund scheint aus der Praxis zu sein.

23 So *Beiser*, SWK 2009, S 672 f.

24 So *Beiser*, SWK 2009, S 672 f.

25 So *Beiser*, SWK 2009, S 672 f vor dem neuen KEST-Regime nach BBG 2011 (BGBl I 2010/111).

26 Vgl *Beiser*, SWK 2009, S 672 f.

27 Da in einem Betriebsvermögen gehaltenes Vermögen schon vor dem neuen KEST-Regime nach dem BBG 2011 generell steuerhängig war, sind die Bestimmungen ab 1.4.2012 anwendbar (EStR 2000, Rz 6301a). Im betrieblichen Bereich wird damit nicht zwischen Alt- und Neuvermögen unterschieden.

28 Zur Abgrenzung von Alt- und Neuvermögen siehe etwa EStR 2000, Rz 6103; zur Terminologie *Wurm*, Anpassung des Umgründungssteuergesetzes an das neue Kapitalbesteuerungsregime, SWK 2012, S 1531 (1531); so auch *Kofler/Six* in *Kofler*, UmgrStG<sup>3</sup> (2014), § 5 Rz 106.

29 Zur internationalen Schachtelbeteiligung *Marchgraber*, in diesem Band.

## Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung

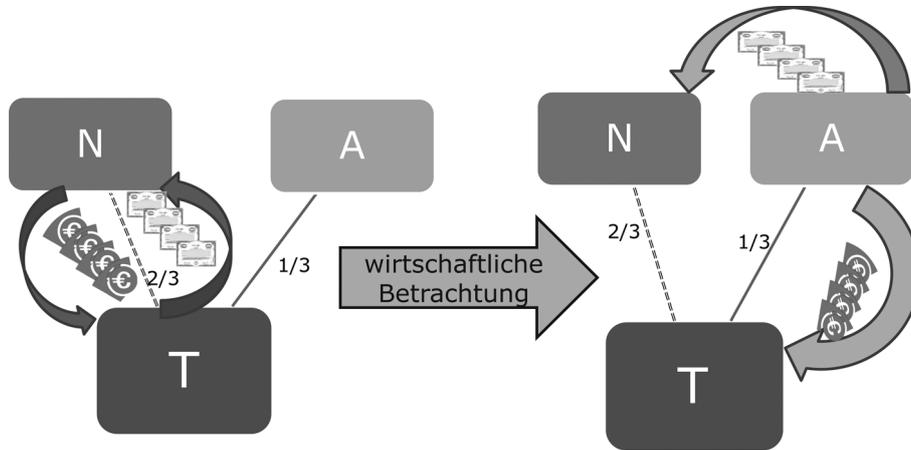


Abbildung 3: Kapitalerhöhung als Teilveräußerung der Altanteile mit Wiedereinlage

### 3. Differenzierung zwischen Kapitalerhöhung und teilweiser Anteilsveräußerung der Altgesellschafter

#### a) Veräußerungstatbestände als Abgrenzungskriterien

Aus ertragsteuerlicher Sicht ist zu überprüfen, ob die Qualifikation der Kapitalerhöhung gegen Einlage als Veräußerungsvorgang auf Ebene der Altgesellschafter gerechtfertigt ist. Für die Vergleichbarkeit der beiden Vorgänge – Anteilsausgabe an Dritte und teilweise Anteilsabtretung – ist nicht deren Identität, sondern „ihre Ähnlichkeit und damit ihre Abstraktion unter einem bestimmten Gesichtspunkt“<sup>30</sup> maßgebend. Zur Beurteilung, ob die Kapitalerhöhung und die Anteilsabtretung vergleichbar sind, müssen daher jene tatsächlichen Gegebenheiten überprüft werden, die in einem besonderen Zusammenhang mit dem Ziel der Veräußerungsgewinnbesteuerung stehen.<sup>31</sup>

Ziel der meisten materiell-rechtlichen Abgabenbestimmungen ist die steuerliche Erfassung wirtschaftlicher Vorgänge.<sup>32</sup> Davon ausgehend sind nur jene vom Tatbestand erfassten Merkmale maßgeblich und „wesentlich“, die mit diesem Ziel in einem wirtschaftlich relevanten Zusammenhang stehen. So klärt auch die Rechtsprechung des VwGH<sup>33</sup> Abgrenzungsfragen im Wege der Auslegung von Tatbeständen.<sup>34</sup> Für die Veräußerungsgewinnbesteuerung als Fall einer Gewinn-

30 Haslinger, Die Veräußerung von Beteiligungen (2006) 69.

31 Vgl. Gassner, Gelbe Briefe Nr. 64, 4; Haslinger, Die Veräußerung von Beteiligungen 69.

32 Vgl. Gassner, Gelbe Briefe Nr. 64, 4.

33 Vgl. dazu VwGH 14.12.2005, 2002/13/0053 zur Abgrenzung zwischen den beiden Tatbeständen des „Beteiligungsertrages“ und des „Veräußerungsgewinnes“.

34 Vgl. Staringer, Konzernsteuerrecht, 18. ÖJT Band IV/1 41.

realisierung wird zum einen der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, zum anderen die Entgeltlichkeit des Vorgangs vorausgesetzt.<sup>35</sup> Anhand dieser beiden Tatbestandsmerkmale lässt sich folglich festmachen, ob die Kapitalerhöhung gegen Einlage tatsächlich als teilweise Anteilsveräußerung des Altgesellschafters qualifiziert werden kann.

### aa) Übergang des wirtschaftlichen Eigentums

Um die Ausgabe junger Anteile als Teilveräußerung der Altanteile qualifizieren zu können, muss das wirtschaftliche Eigentum an den Altanteilen auf die jungen Anteile übergehen. Für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an einer Beteiligung ist die Verlagerung der mit ihr verbundenen Mitgliedschaftsrechten ausschlaggebend.<sup>36</sup> Die Kapitalerhöhung geht auf Ebene der Altgesellschafter mit der Verwässerung ihrer Beteiligungsquote einher, die das Ausmaß wesentlicher Gesellschafterrechte,<sup>37</sup> wie das Stimmrecht oder das Gewinnbezugsrecht bestimmt. Auf dem Boden der Substanzabspaltungstheorie<sup>38</sup>, nach der das Bezugsrecht als abgespaltene Substanz vom Altanteil einerseits die stillen Reserven, andererseits die abgespaltenen Mitgliedschaftsrechte desselben verkörpert, kann argumentiert werden, dass ein Teil der Mitgliedschaftsrechte über das Bezugsrecht auf den Junganteil übergeht. Der BFH<sup>39</sup> nimmt eine wirtschaftliche Teilidentität zwischen dem Gesamtwirtschaftsgut Aktie und dem davon abgespaltenen Bezugsrecht an. Davon ausgehend, müsste sich die Teilidentität von dem Altanteil und dem Bezugsrecht sodann in den jungen Anteilen des Erwerbers fortsetzen. Aus dieser Perspektive liegt der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums der Altanteile auf die Junganteile und schließlich die Teilveräußerung der Altanteile bei Anteilsausgabe nahe. Demgegenüber entstehen bei einer Kapitalerhöhung gegen Einlage die jungen Anteile originär. Es liegen bei Verselbständigung des Bezugsrechts insgesamt drei verschiedene Wirtschaftsgüter vor: der Altanteil, das davon abgespaltene Bezugsrecht und der Junganteil. Da es zur Verlagerung von zivilrechtlichem zu wirtschaftlichem Eigentum immer nur im Hinblick auf ein und dasselbe Wirtschaftsgut kommen kann,<sup>40</sup> ist die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums der Altanteile an den Erwerber folglich ausgeschlossen. Die Verwässerung der Mitgliedschaftsrechte reicht für die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums der Altanteile

35 Vgl. *Mühlehner*, SWK 2009, S. 851.

36 Ausführlich zum wirtschaftlichen Eigentum an Beteiligungen im österreichischen Schrifttum jüngst *Hasanovic*, *Wirtschaftliches Eigentum an Kapitalanteilen* (Dissertation an der WU Wien 2015).

37 Vgl. *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I<sup>3</sup> § 8 Rz 7; *ders.* in *Gruber/Harrer* (Hrsg.), *GmbHG* (2014) § 75 Rz 9: Bei einer GmbH ist für Stimmrecht und Bezugsrecht die Höhe der übernommenen Stammeinlage entscheidend, während die Verteilung des Bilanzgewinns sowie des Vermögens an die Gesellschafter bei Liquidation von der Höhe der eingezahlten Stammeinlage abhängt.

38 Siehe dazu ausführlich *Ursprung-Steindl*, *Die Kapitalerhöhung* 113.

39 BFH 22.5.2003, IX R 9/00.

40 So BFH-Urteil 15.12.1999, I R 29/97.

### Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung

---

der Altgesellschafter auf die Junganteile des Erwerbers nicht aus. Eine Identität von Altanteil und Bezugsrecht kann nämlich insofern schon verneint werden, als das Bezugsrecht im Gegensatz zum Wirtschaftsgut Anteil die damit verbundenen Rechte bloß vermittelt. Aufgrund des Bezugsrechts als selbständiges, eigenständiges Mitgliedschaftsrecht des Anteils können keine anderen Mitgliedschaftsrechte, wie das Stimmrecht oder das Gewinnbezugsrecht, ausgeübt werden. Erst durch das Wirtschaftsgut Altanteil oder Junganteil können die Vermögens- und Verwaltungsrechte ausgeübt werden. Bei einer Kapitalerhöhung nehmen die in den Altanteilen verkörperten Mitgliedschaftsrechte im Verhältnis der Anzahl der neuen zur Anzahl der alten Anteile ab, es kommt es bloß zu einer Verschiebung des Gewichts der Stimmrechte zulasten der Altgesellschafter und zugunsten des Erwerbers.<sup>41</sup> Die Kapitalerhöhung bewirkt aber keinen Übergang der mit der Altbeteiligung verbundenen Gesellschafterrechte an den einlegenden Erwerber, da ‚das‘ Stimmrecht oder ‚das‘ Gewinnbezugsrecht des Altanteils bei Ausgabe junger Anteile nicht verloren geht.<sup>42</sup> Die Kapitalerhöhung mit Anteilsausgabe an Dritte ändert nichts an der Berechtigung der Altgesellschafter weiterhin Dividenden zu beziehen. Das Gewinnbezugsrecht sowie das Substanzverwertungsrecht bleiben unabhängig von der Kapitalerhöhung und den Einstieg des Erwerbers ins Target weiterhin Einkunftsquellen des Altgesellschafter. Der Altgesellschafter kann weiterhin über seine Beteiligung wirtschaftlich verfügen und aus ihr den Nutzen ziehen.<sup>43</sup> Der Anteil des Altgesellschafter wird damit nicht auf den Erwerber übertragen. Die Mitgliedschaft des Altgesellschafter wird durch den Einstieg des Erwerbers ins Target mittels Kapitalerhöhung im Unterschied zum Verkauf der Beteiligung nicht beendet. Der neu hinzutretende Gesellschafter erwirbt die im Rahmen der Kapitalerhöhung neu geschaffenen Anteile und die mit ihnen verbundenen Rechte. Die Einlagenleistung berechtigt den Erwerber damit nicht die mit der Beteiligung der Altgesellschafter verbundenen Vermögens- und Verwaltungsrechte an deren Stelle auszuüben,<sup>44</sup> sondern lediglich dazu die in den Junganteilen manifestierten Rechte wahrzunehmen. Während der einlegende Erwerber im Rahmen der Kapitalerhöhung das wirtschaftliche sowie das zivilrechtliche Eigentum an den neu geschaffenen Anteilen erlangt, bleiben die Altgesellschafter nach der Kapitalerhöhung weiterhin zivilrechtliche sowie wirtschaftliche Eigentümer ihrer (Alt-)Beteiligung.<sup>45</sup> Bei Qualifikation der Kapitalerhöhung als teilweise Veräußerung der Altanteile würde man die Existenz der im Rahmen der Kapitalerhöhung neu ausgegebenen Anteilsrechte verneinen.

41 Vgl BFH 21.1.1999, IV R 27/97; kritisch offenbar *Niemann (Niemann, Kapitalerhöhung, Grüne Briefe Nr 315, S 24 f)* nach ihrer Auffassung wird der Inhalt und Umfang dieser Pflichten durch einen Kapitalerhöhungsbeschluss nicht verändert.

42 Vgl *Mühlehner, SWK 2009, S 851*.

43 Vgl *Mühlehner, SWK 2009, S 850*.

44 Vgl *Mühlehner, SWK 2009, S 852*.

45 Vgl *Mühlehner, SWK 2009, S 850 ff*.

## bb) Entgeltlichkeit

Neben dem Übergang am wirtschaftlichen Eigentum als Veräußerungstatbestand fehlt es bei einer wertäquivalenten Kapitalerhöhung<sup>46</sup> auf Ebene der Altgesellschafter am Tatbestand der Entgeltlichkeit. Der Einstieg des Neugeschäfters bei einer Kapitalerhöhung unter Wahrung der Wertäquivalenz führt in der Sphäre der Altgesellschafter zu keiner Vermögensänderung. Die wertäquivalente Kapitalerhöhung bewirkt auf Ebene der Altgesellschafter weder einen Vermögensabgang noch einen Vermögenszufluss.<sup>47</sup> Nach *Beiser*<sup>48</sup> erleidet der Altgesellschafter aufgrund der Kapitalerhöhung bei einem angemessenen Agio insofern keinen Vermögensverlust, als dieser auch nach der Kapitalerhöhung im Ausgangsfall weiterhin mit einem Nennkapital von 500.000 € am Target beteiligt bleibt. Durch die angemessene Agiozahlung – im Ausgangsfall 11 Mio € – wird den Altgesellschaftern der Mehrwert des Unternehmens „abgezogen“.<sup>49</sup> Die Anteile der Altgesellschafter beziehen sich nach der Kapitalerhöhung damit auf ein entsprechend höheres Unternehmensvermögen. Der Einstieg des Neugeschäfters senkt den Vermögenswert der Altanteile somit nicht; der Beteiligungswert der Altgesellschafter beträgt nach wie vor 6 Mio €. <sup>50</sup> Die Anteile der Altgesellschafter repräsentieren vor und nach der Kapitalerhöhung denselben Wert.<sup>51</sup> Damit erleiden die Altgesellschafter weder einen Vermögensverlust<sup>52</sup> noch werden sie durch eine wertäquivalente Kapitalerhöhung bereichert. Im Unterschied zur Anteilsveräußerung bewirkt die wertäquivalente Kapitalerhöhung im Ergebnis keine für die Gewinnrealisierung maßgebende Vermögensänderung in der Sphäre der Altgesellschafter.<sup>53</sup> Auf Ebene der Altgesellschafter fehlt es dem wertäquivalenten Kapitalerhöhungsvorgang folglich am Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit. Jüngst bestätigen mittlerweile auch die dem BMF nahestehenden Autoren,<sup>54</sup> dass der im Rahmen der Kapitalerhöhung aufgrund der Sacheinlage typischerweise erfolgende Ausschluss oder Verzicht auf das gesetzliche Bezugsrecht der Altgesellschafter wirtschaftlich weder eine Teilveräußerung der Altanteile mit Wiedereinlage in die Gesellschaft noch ein Anteilstausch ist. Die Altgesellschafter werden nach ihrer Auffassung<sup>55</sup> nicht von der Kapitalerhöhung als Einlage- bzw Tauschvorgang berührt.

46 Zu den ertragsteuerlichen Folgen der Äquivalenzverletzung bei Kapitalerhöhung siehe *Mühlehner*, SWK 2009, S 852 f; *Ursprung-Steindl*, Die Kapitalerhöhung, 209 ff.

47 Vgl *Mühlehner*, SWK 2009, S 851.

48 *Beiser*, Das Bezugsrecht von Gesellschaftern in der Einkommensteuer, ÖStZ 2012, 368 (368).

49 Vgl *Kalss*, Die Kapitalerhöhung in der börsennotierten Gesellschaft in *Gruber/Rüffler* (Hrsg) Gesellschaftsrecht – Wettbewerbsrecht -Europarecht (2007) Festschrift Koppensteiner, 45 (68) mwN; *Daxkobler/Steindl*, Bezugsrechtsübertragung bei Kapitalerhöhung zur Nominale, RdW 2013, 104 (105).

50 Vgl dazu *Beiser*, ÖStZ 2012, 368.

51 Vgl *Mühlehner*, SWK 2009, S 850 f.

52 Vgl *Beiser*, SWK 2009, S 673; *ders* ÖStZ 2012, 367 f.

53 Vgl *Mühlehner*, SWK 2009, S 851.

54 *Mayr/Melhardt/Lattner/Kufner*, SWK-Sonderheft, Der Salzburger Steuerdialog 2014, S 33.

55 *Mayr/Melhardt/Lattner/Kufner*, Salzburger Steuerdialog 2014, S 33.