

Sonderheft Gruppenbesteuerung

Finanzielle Verbindung/Ergebnisermittlung

„Sandwichstrukturen“ in der Gruppenbesteuerung

Internationales Steuerrecht

Die österreichische Gruppenbesteuerung
aus der Sicht deutscher Unternehmen

Internationaler Vergleich

Gemeinschaftsrecht

Grenzüberschreitende Verlustverrechnung

Steuerumlagen

Steuerumlagen und Aufteilung des Konzernvorteils

Übergangsfragen

Übergang bestehender Organschaften
zur Gruppenbesteuerung

Schriftleitung:

Markus Achatz
Sabine Kirchmayer

Redaktion:

Dietmar Aigner
Gernot Aigner
Tina Ehrke-Rabel
Johann Fischlehner
Friedrich Frabeger
Klaus Hirschler
Sabine Kanduth-Kristen
Georg Kofler
Roman Leitner
Niklas Schmidt
Friedrich Schenk
Stefan Steiger
Gerhard Steiner
Johannes Stipsits
Gerald Toifl



Helwig Aubauer
Thomas Neumann
Günter Steinlechner

Eigene Anteile im Rahmen der finanziellen Verbindung nach § 9 Abs 4 KStG

§ 9 Abs 4 KStG statuiert als materielle Voraussetzung für die

Bildung einer Unternehmensgruppe, dass die beteiligte Körperschaft zu mehr als 50% am Nennkapital („Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapital“) und an den „Stimmrechten“ der Beteiligungskörperschaft beteiligt ist.¹⁾ Dieser Beitrag soll der Frage nachgehen, wie eigene Anteile der Beteiligungskörperschaft bei der Beurteilung der finanziellen Verbindung zu behandeln sind.

MARTIN KAROLLUS / GEORG KOFLER

A. GESELLSCHAFTSRECHTLICHE AUSGANGSLAGE

Aus Anteilen, die von einer AG selbst gehalten werden, stehen dieser gem § 65 Abs 5 erster Satz AktG weder Herrschafts- noch Vermögensrechte zu, und zwar unabhängig davon, ob die Anteile zulässigerweise oder unter Verletzung der Voraussetzungen des § 65 AktG erworben wurden.²⁾ Die von der Gesellschaft selbst gehaltenen Anteile werden somit sowohl im Hinblick auf die Herrschaftsrechte als auch im Hinblick auf die Vermögensrechte vollständig neutralisiert. Für den Besitz von Anteilen durch ein Tochterunternehmen iSd § 228 Abs 3 HGB oder durch einen Dritten, der die Aktien für Rechnung der Gesellschaft³⁾ oder eines Tochterunternehmens erwirbt (Treuhänder), ordnet § 65 Abs 5 zweiter Satz AktG hingegen differenzierte Rechtsfolgen an: Aus derart erworbenen Anteilen kann zwar das Stimmrecht und das Bezugsrecht nicht ausgeübt werden, alle übrigen Herrschafts- und va die Vermögensrechte stehen dem Aktionär aber zu.⁴⁾ Es kommt also nur im Hinblick auf die Herrschaftsrechte, nicht aber im Hinblick auf die Vermögensrechte zu einer vollständigen Neutralisierung. Auch der Erwerb eigener Anteile durch eine GmbH (§ 81 GmbHG) führt zum Ruhens aller mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte.⁵⁾ Das GmbHG kennt allerdings keine dem § 65 Abs 5 zweiter Satz AktG entsprechende Regelung für die Rechte aus von Tochterunternehmen oder Treuhändern gehaltenen Anteilen;⁶⁾ uE ist aber die aktienrechtliche Regelung entsprechend anzuwenden, weil insoweit keinerlei Gründe für eine Differenzierung ersichtlich sind. Mit dieser Maßgabe gelten die im Folgenden getroffenen Ausführungen auch für den Fall, dass die Beteiligungskörperschaft eine GmbH ist.

Vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage zeigt sich also, dass im Gesellschaftsrecht eigene Anteile iSd § 65 AktG bzw § 81 GmbHG keine Stimmrechte vermitteln,⁷⁾ und zwar unabhängig davon, ob diese Anteile von der Beteiligungsgesellschaft selbst, von einem abhängigen Unternehmen oder von einem Treuhänder gehalten werden. Hinsichtlich der Kapitalbeteiligung ist hingegen zwischen

den von Tochterunternehmen oder Treuhändern gehaltenen Anteilen einerseits und den von der Beteiligungskörperschaft selbst gehaltenen Anteilen andererseits zu differenzieren: Betrachtet man zunächst die in § 65 Abs 5 zweiter Satz AktG angesprochenen eigenen Anteile, die von Tochtergesellschaften oder von Dritten auf deren Rechnung oder auf Rechnung der Gesellschaft selbst gehalten werden, so erfließen aus diesen Anteilen ein Dividendenanspruch und ein Anspruch auf den Liquidationserlös⁸⁾ sowie die Möglichkeit, das Bezugsrecht durch Veräußerung an Dritte zu verwerten, was ebenfalls dazu führt, dass die Bezugsquote der übrigen Aktionäre entsprechend verringert wird.⁹⁾ Insoweit besteht also sehr wohl eine mit den übrigen Aktionären konkurrierende vermö-

Univ.-Prof. Dr. Martin Karollus ist Vorstand des Instituts für Unternehmensrecht der Johannes-Kepler-Universität Linz. Univ.-Ass. DDr. Georg Kofler, LL.M. (New York) ist Mitarbeiter des Forschungsinstitutes für Steuerrecht und Steuermanagement der Johannes-Kepler-Universität Linz.

- 1) Dazu auf G. Kofler, Finanzielle Verbindung (§ 9 Abs 4 KStG), in Achatz et al (Hrsg), Kommentar zur Gruppenbesteuerung (in Druck); zu den gesellschaftsrechtlichen Grundlagen s auch Artmann/Lux, Konzernrecht und Gruppenbesteuerung, in Achatz et al (Hrsg), Kommentar zur Gruppenbesteuerung (in Druck).
- 2) Siehe etwa Kals in Doralt/Nowotny/Kals (Hrsg), AktG § 65 Rz 155.
- 3) In diesem Fall erscheint die Regelung allerdings rechtspolitisch fragwürdig; vielmehr wäre eine völlige Gleichstellung mit von der Gesellschaft selbst gehaltenen Anteilen vorzugs würdig gewesen, vgl dazu Karollus in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 100.
- 4) Siehe dazu Kals in Doralt/Nowotny/Kals (Hrsg), AktG § 65 Rz 156, § 66 Rz 27; Karollus in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 99 f, § 66 Rz 17.
- 5) Koppensteiner, GmbHG² § 81 Rn 13.
- 6) Auch Koppensteiner, GmbHG² § 81 Rn 13, nimmt zu dieser Frage nicht Stellung.
- 7) Siehe für die AG §§ 65 Abs 5, 66 iVm § 114 Abs 6 AktG sowie für die GmbH § 39 GmbHG (iVm § 65 Abs 1 zweiter Satz AktG) und § 81 GmbHG.
- 8) Für Treuhänder der Gesellschaft siehe aber auch Karollus in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 100, § 66 Rz 20 (kein Anspruch auf Liquidationserlös, weil dies zu sinnwidrigen Ergebnissen führen würde).
- 9) Vgl § 65 Abs 5 zweiter Satz AktG; siehe dazu Kals in Doralt/Nowotny/Kals (Hrsg), AktG § 65 Rz 156, § 66 Rz 27; Karollus in Jabornegg/Strasser (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 99 f, § 66 Rz 17.

gensmäßige Beteiligung.¹⁰⁾ Diese eigenen Anteile können also uE bei der Ermittlung der Kapitalbeteiligung grundsätzlich¹¹⁾ nicht außer Acht gelassen werden. Bei von der Gesellschaft selbst gehaltenen Anteilen findet hingegen auch vermögensmäßig eine vollständige Neutralisierung statt, was zur Folge hat, dass die übrigen Gesellschafter auch keiner konkurrierenden Vermögensbeteiligung ausgesetzt sind. Dies spricht dafür, deren Vermögensbeteiligung unter Neutralisierung der von der Gesellschaft selbst gehaltenen eigenen Anteile zu berechnen. Allerdings findet sich im Gesellschaftsrecht aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen der jeweiligen Bestimmungen keine einheitliche Lösung der Frage, inwiefern diese Anteile für die Feststellung der Beteiligungshöhe der beteiligten Körperschaft zu neutralisieren sind: Eine Reihe von Bestimmungen läuft darauf hinaus, dass eigene Anteile entweder vom Grundkapital abzuziehen sind und sich damit die prozentuelle Beteiligung jedes Gesellschafters erhöht oder die eigenen Anteile den Gesellschaftern quotal zuzurechnen sind, wodurch in beiden Fällen eine absolut gleichbleibende Kapitalbeteiligung durch den Erwerb oder die Veräußerung eigener Anteile beeinflusst wird. Eine derartige Berücksichtigung eigener Anteile ist etwa bei der Berechnung von (auch auf das gesamte Grundkapital abstellenden) Kapitalmehrheiten,¹²⁾ bei der vereinfachten Verschmelzung im Konzern (§ 231 Abs 1 Z 1 AktG), bei der ver-

schmelzenden und errichtenden Umwandlung (§ 2 Abs 1 zweiter Satz iVm § 5 UmwG) sowie bei nicht verhältniswahrenden Spaltungen¹³⁾ vorgesehen. Der gegenteilige Ansatz, wonach auf die Ermittlung der Beteiligungshöhe eigene Anteile keinen Einfluss haben, findet sich etwa im Bereich der Minderrechte,¹⁴⁾ in § 22 BWG und § 11 a VAG hinsichtlich des beabsichtigten Erwerbs von Beteiligungen an Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen¹⁵⁾ sowie wohl auch bei der Ermittlung des kapitalmäßigen Schwellenwertes gem § 5 Abs 1 Z 2 EKEG.¹⁶⁾

B. STIMMRECHTSMEHRHEIT NACH § 9 ABS 4 KStG

§ 9 Abs 4 KStG erfordert neben einer Beteiligung am Nennkapital auch das Besitzen eines gewissen Prozentsatzes von „Stimmrechten der Beteiligungskörperschaft“. Die erforderliche Stimmrechtsmehrheit von „mehr als 50%“ in § 9 Abs 4 KStG ist – auch aus Praktikabilitätsgründen¹⁷⁾ – quantitativ zu verstehen.¹⁸⁾ Bei der Beurteilung der Stimmrechtsmehrheit ist daher zwischen qualifizierten Mehrheitserfordernissen und Stimmrechtsbindungen einerseits und Stimmrechtsbeschränkungen andererseits zu unterscheiden: Während Erstere wegen des quantitativen Verständnisses der Stimmrechtsmehrheit unbeachtlich sind,¹⁹⁾ können Letztere die Stimmrechte als solche reduzieren und damit die – quantitative – Ermittlung der Stimmrechtsmehrheit beeinflussen.^{20), 21)}

- 10) Bei von hundertprozentigen Tochtergesellschaften gehaltenen Anteilen (oder von einem Treuhänder für eine solche) kommen die der Tochter zustehenden Vermögensrechte wiederum zur Gänze der Muttergesellschaft zu, so dass man in diesem Fall immer noch auch eine kapitalmäßige Neutralisierung erwägen könnte. Ein wesentlicher Unterschied zu eigenen Vermögensrechten des Aktionärs besteht aber darin, dass jedenfalls noch die Dispositionsmöglichkeiten der Verwaltung zwischengeschaltet sind, die auch dazu führen können, dass die Aktionäre an den entsprechenden Erträgen nicht partizipieren. Wenn man überdies davon ausgeht, dass für die wirtschaftliche Beteiligung gerade dem (bei einer werbenden Gesellschaft freilich bis zur Auflösung der Gesellschaft rein hypothetischen) Anteil am Liquidationserlös ein besonderer Stellenwert zukommt, ist bei Liquidation nur der Muttergesellschaft zu bedenken, dass der Liquidationserlös in die Tochtergesellschaft fließt und im Falle der Veräußerung der Beteiligung in der Liquidation der Muttergesellschaft in der Regel – bei einem nennenswerten eigenen Unternehmensbetrieb der Tochtergesellschaft – höchstens marginal den unter Ertragswertsichtspunkten ermittelten Veräußerungswert dieser Beteiligung beeinflusst. – Wieder etwas anders stellt sich die Situation bei einem Treuhänder der Gesellschaft dar; siehe noch unten FN 30.
- 11) Nach § 231 Abs 1 Z 1 AktG werden allerdings zumindest solche Anteile, die von Treuhändern der Gesellschaft gehalten werden, ebenso wie von der Gesellschaft selbst gehaltene Anteile neutralisiert. Aktien von Tochterunternehmen werden hingegen nicht neutralisiert (vgl dazu nur *Szep* in *Jabornegg/Strasser* [Hrsg], AktG⁴ III § 231 Rz 7 mwN). – § 2 Abs 1 Satz 2 UmwG sieht hingegen nur für von der Gesellschaft selbst gehaltene Anteile eine Zurechnung zu den übrigen Gesellschaftern vor. Für eine Gleichstellung von Anteilen, die von hundertprozentigen Tochterunternehmen gehalten werden, aber *Karollus* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 102. Die gegenüber dem Text abweichende Beurteilung resultiert daraus, dass es bei der Schwelle im UmwG ersichtlich um die Feststellung geht, in welchem Umfang außenstehende (Minderheits-)Gesellschafter von einem „squeeze out“ betroffen sind. Das hundertprozentige Tochterunternehmen wird insofern nicht mit einem außenstehenden Gesellschafter vergleichbar sein; allerdings ist schon aus Gründen des Ausschüttungsverbotes jedenfalls eine volle Abfindung zugunsten des Tochterunternehmens erforderlich.

- 12) Siehe *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 65 Rz 157; *Karollus* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 101.
- 13) Siehe zB *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 65 Rz 158.
- 14) Dazu *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 65 Rz 159; *Karollus* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 104.
- 15) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 65 Rz 161.
- 16) Auf *Kalss/Zollner*, Eigene Anteile im EKEG, GeS 2004, 202 (202 ff). – Dafür spricht das Anliegen des Gesetzgebers, mit den 25% eine starre und rechtssichere Grenze zu etablieren; bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise wäre allerdings auch ein gegenteiliges Ergebnis möglich.
- 17) *Wiesner/Kirchmayr/Mayr*, Gruppenbesteuerung (2005) K149.
- 18) Pkt 4.1 GrpBest-E; *Wiesner/Kirchmayr/Mayr*, Gruppenbesteuerung (2005) K149.
- 19) Pkt 4.1 GrpBest-E. – Etwas inkonsistent erscheint es dann allerdings, wenn nach Ansicht des BMF (Pkt 4.1 GrpBest-E) ein im Gesellschaftsvertrag vorgesehenes Einstimmigkeitserfordernis sehr wohl relevant sein soll; dazu krit *G. Kofler*, Finanzielle Verbindung (§ 9 Abs 4 KStG), in *Achaz et al* (Hrsg), Kommentar zur Gruppenbesteuerung (in Druck).
- 20) Zu beachten sind somit allfällige gesellschaftsvertragliche Stimmrechtsbeschränkungen wie Höchststimmrechte und Abstufungen (§ 114 Abs 1 AktG; zu den gesellschaftsrechtlichen Grundlagen *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 114 Rz 7; *Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 114 Rz 19 ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 272) sowie Kopfstimmrechte („ein Kopf – eine Stimme“; § 114 Abs 1 AktG; § 39 Abs 2 GmbH; § 27 Abs 2 GenG; dazu etwa *Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 114 Rz 21 mwN; *Koppensteiner*, GmbHG² § 39 Rn 13; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 412 f; *Keinert*, Genossenschaftsrecht Rz 291) und wohl auch Mehrstimmrechte bei der GmbH (zu deren gesellschaftsrechtlicher Zulässigkeit bei der GmbH siehe zB *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 413; *Koppensteiner*, GmbHG², § 39 Rn 13; zum Verbot von Mehrstimmrechten im Aktienrecht nach § 12 Abs 2 AktG vgl etwa *Schmidt* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 12 Rz 28 ff).
- 21) Dazu auch *Wiesner/Kirchmayr/Mayr*, Gruppenbesteuerung (2005) K151.

Vor diesem Hintergrund erwähnt der Gruppenbesteuerungserlass auch ausdrücklich eigene Anteile der Beteiligungskörperschaft.²²⁾ Auf Basis der gesellschaftsrechtlichen Ausgangslage verschaffen also von der Beteiligungsgesellschaft selbst, von einem abhängigen Unternehmen oder von einem Treuhänder gehaltene eigene Anteile kein Stimmrecht und sind daher bei der Ermittlung der Stimmrechtsmehrheit nach § 9 Abs 4 KStG nicht zu berücksichtigen; der Erwerb oder die Veräußerung eigener Anteile beeinflusst somit die prozentuelle Stimmrechtsbeteiligung der übrigen Anteilsinhaber.

C. KAPITALMEHRHEIT NACH § 9 ABS 4 KStG

§ 9 Abs 4 KStG erfordert neben der Stimmrechtsmehrheit auch das Besitzen eines gewissen Prozentsatzes des „Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapitals“ der Beteiligungskörperschaft. Die Begriffe des Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapitals sind nach zutreffender Ansicht grundsätzlich iSd Gesellschaftsrechts zu verstehen;²³⁾ daher sind zB auch stimmrechtslose Vorzugsaktien umfasst.²⁴⁾ Allerdings findet sich weder in den Gesetzesmaterialien noch im Gruppenbesteuerungserlass ein Anhaltspunkt, wie eigene Anteile der Beteiligungskörperschaft bei der Ermittlung der Kapitalbeteiligungshöhe zu behandeln sind. Vor dem differenzierten gesellschaftsrechtlichen Hintergrund lässt sich auch insofern für die steuerrechtliche Fragestellung, inwiefern eigene Anteile für die Ermittlung der prozentuellen Nennkapitalbeteiligung iSd § 9 Abs 4 KStG zu berücksichtigen sind, kein zwingender Anhaltspunkt gewinnen: Einerseits sprechen zwar die „Neutralisierung“ von eigenen Anteilen bei der Berechnung von Kapitalmehrheiten²⁵⁾ sowie die Sonderegelungen für die Umwandlung (§ 2 Abs 1 Satz 2 UmwG) und für die vereinfachte Verschmelzung (§ 231 Abs 1 Z 1 AktG) für eine ebensolche Betrachtung im Rahmen des § 9 Abs 4 KStG, andererseits verlangt § 9 Abs 4 KStG ausdrücklich eine Beteiligung am Grund-, Stamm- oder Genossenschaftskapital der Beteiligungskörperschaft, wobei dieses Nennkapital freilich eine feste Größe ist, die – außerhalb einer Kapitalherabsetzung – durch den Erwerb eigener Anteile nicht verändert wird.²⁶⁾

Auch im allgemeinen Steuerrecht findet sich aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen der jeweiligen Tatbestände keine durchgängige Lösung: So ist es etwa für die Berechnung des Beteiligungsausmaßes bei der Veräußerung von Beteiligungen iSd § 31 EStG unstrittig, dass bei der Entscheidung darüber, ob der seine Anteile an einer Kapitalgesellschaft veräußernde Steuerpflichtige im gesetzlichen Ausmaß wesentlich beteiligt ist, von einem um eigene Anteile der Kapitalgesellschaft verminderten Nennkapital auszugehen ist.²⁷⁾ Umgekehrt soll nach – zweifelhafter – Ansicht des BMF für Zwecke des Schachtelpflichtes nach § 10 Abs 2 KStG bei der Ermittlung des Beteiligungsausmaßes (zumindest bis zum BBG 2003) auch im Fall eigener Anteile vom vollen Nennkapital (zumindest bis zu BBG 2003) auszugehen sein,²⁸⁾ was im Wesentlichen damit begründet wird, dass bei

§ 10 Abs 2 KStG jegliche wirtschaftliche Betrachtungsweise ausgeschlossen sei.²⁹⁾ Man könnte somit fast den Eindruck gewinnen, dass eigene Anteile nur dort herausgerechnet werden, wo dies für den Fiskus günstig ist.

Für die Behandlung eigener Anteile im Rahmen des § 9 Abs 4 KStG wird man sich aber letztlich vor Augen halten müssen, dass die finanzielle Verbindung iSd § 9 Abs 4 KStG nach wie vor vom tradierten Grundgedanken einer wirtschaftlichen Beherrschung dominiert ist. Deshalb ist wegen der auch der Gruppenbesteuerung inhärenten wirtschaftlichen Betrachtungsweise davon auszugehen, dass von der Beteiligungskörperschaft selbst gehaltene eigene Anteile – die eben auch vermögensmäßig vollständig neutralisiert sind – bei der Ermittlung der Beteiligungshöhe iSd § 9 Abs 4 KStG außer Betracht zu lassen sind und dadurch für steuerliche Zwecke auch ein Gleichklang mit den Anforderungen an die Stimmrechtsmehrheit erreicht wird. Das Gegenteil gilt uE aber für die von Tochtergesellschaften oder von Dritten auf deren Rechnung oder auf Rechnung der Beteiligungskörperschaft selbst³⁰⁾

22) Pkt 4.1 GrpBest-E.

23) § 6 iVm § 17 Z 3 AktG; § 4 Abs 1 Z 3 GmbHG; § 5 Z 5 GenG; siehe zB *Hirschler*, Die neue Gruppenbesteuerung – Ein Kurzüberblick, GeS 2004, 320 (320 f); *Hirschler/Schindler*, Die österreichische Gruppenbesteuerung als Vorbild für Europa? IStR 2004, 505 (509); *Wiesner/Kirchmayr/Mayr*, Gruppenbesteuerung (2005) K145.

24) *Stefaner/Weninger*, Eigene Anteile und stimmrechtslose Vorzugsaktien, SWK 2004, S 881 (S 882).

25) *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG § 65 Rz 157; *Karollus* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 101.

26) In wirtschaftlicher Hinsicht steht allerdings der Erwerb eigener Anteile durchaus einer Kapitalherabsetzung mit anschließender Möglichkeit zur Wieder-Erhöhung des Kapitals nahe; eben daraus rechtfertigt sich auch das in § 65 Abs 1 b AktG vorgesehene Bezugsrecht der Aktionäre bei der Veräußerung eigener Anteile, vgl dazu nur *Karollus* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 61 f (Vergleich mit dem genehmigten Kapital).

27) Siehe etwa Rz 6668 EStR 2000; *Doralt/Kempf*, EStG⁸ § 31 Tz 51 mwN; *Quantschnigg/Schuch*, ESt-HB § 31 Tz 6; weiters etwa BFH 24. 9. 1970, IV R 138/69, BFHE 100, 448, BStBl 1971 II 89. Diese Berücksichtigung eigener Anteile basiert auf dem Grundgedanken, dass insb bei der früher bestehenden hohen Wesentlichkeitsgrenze (25%) eine andere Auslegung des Begriffes der wesentlichen Beteiligung sich besonders in den Fällen, in denen die Gesellschaft (kurzfristig) den größten Teil der Anteile selbst besitzt und ihr Einmannsgesellschafter zahlenmäßig am Nennkapital nur geringfügig beteiligt ist, zu einem wirtschaftlich sinnlosen Ergebnis führen würde, da durch diese Gestaltung sich der Einmannsgesellschafter alle im Laufe der Jahre in voller Höhe thesaurierten Gewinne der Gesellschaft durch eine Veräußerung seines Anteils, der wirtschaftlich das gesamte Vermögen der Gesellschaft darstellt, in vollem Umfang steuerfrei zuführen könnte; siehe für diese Begründung abermals BFH 24. 9. 1970, IV R 138/69, BFHE 100, 448, BStBl 1971 II 89.

28) Rz 555 KStR 2001; *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG § 10 Tz 62/1; *Wiesner/Schneider/Spanbauer/Kohler*, KStG, § 10 Anm 23.

29) Siehe *Bauer/Quantschnigg/Schellmann/Werilly*, KStG § 10 Tz 62/1 iVm Tz 48.

30) In diesem Fall könnte eine Gleichstellung mit von der Gesellschaft selbst gehaltenen Anteilen allenfalls noch aus der Wertung des § 231 Abs 1 Z 1 AktG sowie – wenn eine solche besteht – aus der jederzeitigen Möglichkeit der Gesellschaft zum (Rück-)Erwerb der Anteile vom Treuhänder abgeleitet werden, womit dann (wieder) vermögensmäßig vollständig neutralisierte eigene Anteile vorliegen würden. Es obliegt aber allein der Verwaltung der Gesellschaft, ob sie diesen Rückerwerb vornimmt und damit die konkurrierenden Vermögens-

gehaltenen Anteile, zumal hier sehr wohl eine mit den übrigen Aktionären konkurrierende vermögensmäßige Beteiligung besteht. Für die Zwecke der Berechnung der Kapitalbeteiligung sind daher konzenterweise nur von der Beteiligungskörperschaft selbst gehaltene Anteile zu neutralisieren. Bei diesen ist das Substanzbeteiligungsausmaß ebenso wie das Stimmrechtsbeteiligungsausmaß für Zwecke der Gruppenbesteuerung nur auf Basis der im Umlauf verbleibenden Anteile zu berechnen.³¹⁾ Zu beachten ist allerdings, dass eine nur auf dem aktuellen Bestand an eigenen Aktien aufgebaute finanzielle Verbindung unsicher ist: Durch einen späteren Abbau dieses Bestandes würde die finanzielle Verbindung verloren gehen, was insb während der gesetzlichen Mindestdauer katastrophale Folgen hätte (§ 9 Abs 10 KStG). Es wäre daher so weit als möglich dafür Vorsorge zu treffen, dass die finanzielle Verbindung nicht in der Folge durch die Übertragung von eigenen Anteilen auf Ebene der Beteiligungskörperschaft untergeht.

Beispiel: Gesellschaft A hält 49% des Nennkapitals der Gesellschaft B, die allerdings 10% ihrer eigenen Anteile besitzt. Fraglich ist also, ob A mit B ausreichend finanziell verbunden iSd § 9 Abs 4 KStG ist – nämlich zu ca 54,4% (49% Absolutbeteiligung bezogen auf das gesamte Nennkapital nach Abzug eigener Anteile von 10%) –, oder ob auf die 49%ige Nominalbeteiligung abzustellen ist und somit das von § 9 Abs 4 KStG geforderte Beteiligungsausmaß nicht erreicht wäre. Ungeachtet der differenzierten gesellschafts- und steuerrechtlichen Ausgangslage ist hier uE für Zwecke der Gruppenbesteuerung der erstgenannten Auslegung zu folgen und damit die ausreichende kapitalmäßige finanzielle Verbindung iSd § 9 Abs 4 KStG zwischen A und B iHv ca 54,4% gegeben, was auch dem Anteil der A an den Stimmrechten der B entspricht. Würden hingegen die eigenen Anteile nicht von Gesellschaft B selbst, sondern von deren Tochterunternehmen C gehalten, wären diese nur für den Stimmrechtsanteil, nicht hingegen für den Kapitalanteil zu neutralisieren. Es wäre daher zwar die erforderliche Stimmrechtsmehrheit, nicht jedoch die er-

rechte des Treuhänders beseitigt, die übrigen Aktionäre haben hingegen keine Möglichkeit, dies durchzusetzen. Wenn man für die Berechnung vor allem auf den Anteil am Liquidationserlös abstellt, könnte für eine Gleichbehandlung mit von der Gesellschaft selbst gehaltenen eigenen Anteilen auch vorgebracht werden, dass jedenfalls der Anspruch auf den Liquidationserlös dem Treuhänder der Gesellschaft richtigerweise nicht zukommen wird, vgl dazu *Karollus* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG⁴ I/2 § 65 Rz 100, § 66 Rz 20.

forderliche Kapitalbeteiligung erreicht. Abhilfe könnte mit einer Übertragung der eigenen Aktien von der Tochtergesellschaft C auf die Muttergesellschaft B³²⁾ geschaffen werden.

-
- 31) Im Ergebnis ähnlich *Stefaner/Weninger*, Eigene Anteile und stimmrechtslose Vorzugsaktien, SWK 2004, S 881 (S 881 f), allerdings ohne entsprechende Differenzierungen.
 - 32) Um eine verdeckte Einlagenrückgewähr zu vermeiden, müsste der Tochtergesellschaft jedenfalls ein angemessenes – den vollen Verkehrswert der Anteile abdeckendes – Entgelt bezahlt werden.

SCHLUSSSTRICH

Bei der Ermittlung der Stimmrechts- wie auch der Kapitalmehrheit sind von der Beteiligungskörperschaft selbst gehaltene eigene Anteile zu „neutralisieren“; Anteile, die von Tochterunternehmen oder von Dritten für die Gesellschaft oder für Tochterunternehmen gehalten werden, sind hingegen zwar für die Ermittlung des Stimmrechtsanteils, nicht aber für die Ermittlung des Kapitalanteils auszuscheiden. In den letztgenannten Fällen kommt es also – ebenso wie bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien³³⁾ – zu einer Divergenz von Stimmrechten und Kapitalbeteiligung. Bei von der Beteiligungskörperschaft selbst gehaltenen eigenen Anteilen beeinflusst der Erwerb oder die Veräußerung eigener Anteile allerdings nicht nur die Stimmrechte, sondern auch die Höhe der – in absoluten Größen gleichbleibenden – Kapitalbeteiligung. Beruht also die finanzielle Verbindung nach § 9 Abs 4 KStG auf eigenen Anteilen, so sind bereits im Planungsstadium – vor allem hinsichtlich bestehender Stock-Options-Pläne oder sonstiger künftiger Verwendungsbindungen für die eigenen Aktien – die möglichen Rechtsfolgen des § 9 Abs 10 KStG zu bedenken.

-
- 33) Siehe dazu nur *Wiesner/Kirchmayr/Mayr*, Gruppenbesteuerung (2005) K153; weiters *Stefaner/Weninger*, Eigene Anteile und stimmrechtslose Vorzugsaktien, SWK 2004, S 881 (S 882). – Wenn das Stimmrecht aus den Vorzugsaktien gem § 116 Abs 2 AktG (wegen Nichtbezahlung der Vorzugsdividende) auflebt, führt dies zu einer entsprechenden Verschiebung der Stimmrechtsanteile. Die ausnahmsweisen Zustimmungsrechte der Vorzugsaktionäre bei Eingriffen in deren Rechtsstellung (vgl § 117, § 146 Abs 2 AktG) sind hingegen unschädlich.