

Kapitaleinlagen und Kapitalgewinne bei Vorratsaktien

(BGE vom 17. März 2000 [2P.365/1998/bol] / StE 2000 B 72.13.1 Nr. 2)

Dr. iur. Thomas Meister, LL. M. (Tax)*

Inhalt

1	Sachverhalt
2	Prozessuales und Rechtsfrage
3	Auszug aus den Erwägungen
4	Anmerkungen
4.1	Materielle Begründung
4.1.1	Zivilrechtliche Betrachtung
4.1.2	Steuerrechtliche Betrachtung
4.1.3	Praxis bei der direkten Bundessteuer
4.1.4	Praxis bei den Stempelabgaben
4.1.5	Methodendualismus
4.2	Willkürprüfung
5	Schlussbetrachtung

1 Sachverhalt

Die Generalversammlung der A AG beschloss im Oktober 1987 eine Kapitalerhöhung. Unter anderem wurden 6000 Inhaberaktien mit einem Nennwert von je CHF 500.– geschaffen, bei denen die Aktionäre auf das Bezugsrecht verzichteten. Mit Übernahmevertrag vom Oktober 1987 und Hinterlegungsvertrag vom Dezember 1987 hat die B-Bank die 6000 Inhaberaktien zum Nennwert fest übernommen mit der Verpflichtung, diese in einem Separatdepot für eine im Interesse der Gesellschaft liegende Verwendung zur Verfügung zu halten. Weiter wurde u.a. vereinbart, dass die B-Bank einen bei der definitiven Verwendung der Aktien erzielten Mehrerlös über den Nennwert hinaus zur Verwendung gemäss Art. 671 OR an die Gesellschaft abführe. In der Folge wurden 4000 Inhaberaktien auf ein Depot «Sicherstellungsaktien Wandelanleihe 1988 bis 1995 A AG» bei der B-Bank übertragen; die übrigen 2000 Inhaberaktien blieben auf einem unverzinslichen Separatkonto bei der B-Bank. Die B-Bank verpflichtete sich, bei den fest übernommenen Inhaberaktien auf Dividenden und Bezugsrechte zu verzichten.

Vom Wandelrecht bei der ausstehenden Wandelanleihe wurde nur wenig Gebrauch gemacht. Der Verwaltungsrat der Gesellschaft fasste daher im Dezember 1994 den Beschluss, die Rückzahlung der Wandelanleihe über die Platzierung der frei werdenden Inhaberaktien bei Unternehmen und bisherigen Aktionären sicherzustellen. In der Folge vereinbarte die A AG mit den Unternehmern C und D, dass 10 Prozent ihrer offen stehenden Werklohnforderungen mit 26 bzw. 300 Aktien beglichen werden. Die Differenz zwischen dem Verrechnungspreis und dem Nominalwert der Aktien betrug CHF 316 550.–. Im April 1995 wurde die B-Bank angewiesen, die Aktien auszuliefern; die B-Bank bestätigte mit Schreiben vom April 1995, die Übertragung (nach dem Ablauf der Wandlungsfrist) zu veranlassen.

Die Veranlagungsbehörde erachtete bei der Veranlagung der A AG zu den Kantonssteuern 1994/95 den über den Nennwert hinausgehenden Mehrerlös, der bei der Abgabe der Aktien an die Unternehmer C und D erzielt worden ist, als steuerbaren Kapitalgewinn. Sie ver-

* Der Autor ist Partner bei Pestalozzi Lachenal Patry, Zürich

anlagte die A AG im September 1997 mit einem 1994/95 steuerbaren Gewinn von CHF 850 000.–. Im Einspracheverfahren machte die Pflichtige geltend, bei der Differenz zwischen dem Verrechnungspreis mit den Unternehmern C und D und dem Nennwert handle es sich nicht um einen Kapitalgewinn, sondern um ein Agio und damit um eine steuerfreie Kapitaleinlage. Mit Entscheid vom April 1998 wies die kantonale Steuerverwaltung Graubünden die Einsprache betreffend die Kantonssteuer 1994/95 ab.

Parallel wurde der Mehrerlös auf weiteren Inhaberaktien bei der Kantonssteuer 1993/94 erfasst. Im April 1998 wurde diesbezüglich eine zweite Einsprache der A AG teilweise gutgeheissen und nur noch der Mehrerlös der 4000 Inhaberaktien, die für die Sicherstellung der Wandelrechte bestimmt waren, als steuerbarer Gewinn aufgerechnet; der auf den restlichen 2000 Inhaberaktien erzielte Mehrerlös wurde als steuerfreie Kapitaleinlage betrachtet, weil diese Aktien dem ursprünglichen Zweck entsprechend verwendet worden seien.

Die A AG gelangte gegen die Kantonssteuern 1994/95 mit Rekurs an das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Sie beantragte, den steuerbaren Gewinn von CHF 850 095.– (um CHF 316 550.–) auf CHF 533 545.– herabzusetzen. Das Verwaltungsgericht wies den Rekurs mit Entscheid vom Juli 1998 ab.

Gegen diesen Entscheid hat die A AG beim Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 aBV eingereicht. Das Bundesgericht wies die staatsrechtliche Beschwerde ab.

2 Prozessuales und Rechtsfrage

Im Rahmen der anhängig gemachten staatsrechtlichen Beschwerde hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob die vom Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden getroffene Auslegung von Art. 82 Bst. a StG GR vor dem Willkürverbot standhält.

3 Auszug aus den Erwägungen

2. a) Das Verwaltungsgericht rechnete den über den Nennwert hinausgehenden Mehrerlös (CHF 316 550.–), der bei der Abgabe der Aktien an die beiden Unternehmer C und D erzielt worden war, zum steuerbaren Reingewinn (Art. 79 StG GR). Die A AG ist dagegen der Auffassung, dieser Betrag sei steuerfrei, da durch Kapitaleinlagen von Mitgliedern einer Kapitalgesellschaft, einschliesslich der Aufgelder, nach Art. 82 Bst. a StG GR kein steuerbarer Gewinn entstehe. Das Verwaltungsgericht verneinte eine Kapitaleinlage. Es nahm an, es liege

ein Verkauf von Beteiligungsrechten ausserhalb einer Kapitaleinlage vor. Die treuhänderisch tätige B-Bank habe zivilrechtlich die Rechtsstellung einer Aktionärin erworben. Nach Ablauf der Wandlungsfrist habe die A AG frei über die verbliebenen Aktien verfügen können und sei damit auch berechtigt gewesen, mit diesen zu handeln. Der Kapitalbeschaffungsvorgang über die Wandelanleihe sei zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen gewesen. Mit Ablauf des Wandlungsvorgangs sei die steuerrechtliche Behandlung wieder der zivilrechtlichen Stellung der Aktien anzugleichen und daher die Emission auch für Vorratsaktien als abgeschlossen zu betrachten, unabhängig davon, ob es der A AG gelungen sei, für sämtliche anlässlich der Kapitalerhöhung geschaffenen Vorratsaktien Abnehmer zu finden. Der dadurch erhoffte Kapitalzufluss habe nicht stattgefunden, was die A AG in Kauf zu nehmen habe und für welchen Umstand sie das Risiko trage. Andernfalls könnte sich eine Kapitalerhöhung über eine sehr lange Zeit erstrecken, unter Umständen trotz Vorhandenseins von Aktien gar nie verwirklichen. Soweit die A AG die verbliebenen Aktien mit Unternehmerforderungen habe verrechnen können, sei dieser Schritt unabhängig von der Kapitalerhöhung geschehen. Die Unternehmer seien dabei als Geschäftspartner aufgetreten, die bereits liberierte und im Eigentum der B-Bank befindliche Aktien als Gegenwert für geleistete Arbeit anstelle von Geld erhalten hätten. Dies sei nicht mehr im Rahmen einer Kapitalerhöhung, sondern zu einem Zeitpunkt geschehen, in dem die A AG nach ausgebliebener Wandlung frei über ihre Aktien habe verfügen können. Die Aktienhingabe an die beiden Werkunternehmer erscheine daher als gewöhnliche Veräusserung einer ihr zustehenden Beteiligung; ein Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung bestehe nicht. Somit sei bei der Verrechnung der Unternehmerforderungen mit eigenen Aktien kein Agio, sondern ein Geschäftsgewinn erzielt worden; dieser werde in vollem Umfang von der Gewinnsteuer erfasst.

b) aa) (...) Umstritten ist im vorliegenden Fall, ob der Mehrerlös, der bei der Veräusserung der Aktien an die Unternehmer erzielt worden war, als steuerfreie Kapitaleinlage bzw. als steuerfreies Aufgeld im Sinne von Art. 82 Bst. a StG GR zu qualifizieren ist. Die A AG vermag nicht darzutun, dass das Verwaltungsgericht in Willkür verfallen ist, indem es bei der Anwendung dieser Bestimmung nicht von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausging. Sie bringt keine unmittelbar auf Art. 82 Bst. a StG GR bezüglichen Argumente vor, wonach bei der Anwendung dieser Bestimmung die wirtschaftliche Betrachtungsweise massgeblich ist. Es ist nicht erkennbar, weshalb der Steuergesetzgeber den Begriff der Kapitaleinlage oder des Aufgeldes abweichend vom zivilrechtlichen Gehalt verstanden haben wollte. Aufgeld ist ein zivil-

rechtlicher Begriff; damit ist ein Mehrerlös gemeint, der bei der Ausgabe neuer Aktien in dem durch das Obligationenrecht geordneten Kapitalerhöhungsverfahren durch Einlagen seitens der Aktionäre (Liberierung) über den Nennwert hinaus erzielt wird (vgl. Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR). Der im vorliegenden Fall bei der Übergabe der Aktien an die Unternehmer erzielte Mehrerlös erfüllt die zivilrechtlichen Merkmale einer Kapitaleinlage bzw. eines Aufgeldes unbestreitbar nicht. Die beiden Unternehmer haben – wovon Art. 671 OR ausgeht – weder Aktien gezeichnet und liberiert, sei es durch Barzahlung, Sacheinlage oder Verrechnung, noch die Beteiligungsrechte bei einer Wandelanleihe übernommen. Sie haben vielmehr im Rahmen ihrer vertraglichen Beziehungen mit der A AG Aktien an Zahlungen statt entgegengenommen. Wenn das Verwaltungsgericht nur solche Mehrerlöse als steuerfrei erachtet, die im formellen Kapitalerhöhungsverfahren realisiert wurden, und nicht auch solche, die nach Abschluss dieses Verfahrens bei einer Veräusserung von Aktien realisiert werden, welche in die freie Verfügung der Gesellschaft übergegangen sind, hat es jedenfalls nicht willkürlich entschieden.

bb) Weiter rügt die A AG als willkürlich, das Verwaltungsgericht habe das richtige Kriterium zur Abgrenzung von Kapitaleinlage und Gewinn nicht angewendet. Es habe in zivilrechtlicher Betrachtungsweise einzig darauf abgestellt, wann die Kapitalbeschaffung über die Wandelanleihe abgeschlossen gewesen sei. Das Verwaltungsgericht sei in Willkür verfallen, weil es nicht geprüft habe, in welcher Eigenschaft den Unternehmern die Aktien zugegangen seien bzw. ob das Aufgeld von den Unternehmern der A AG deshalb bezahlt worden sei, weil jene aktienrechtlich originär oder kraft eines Rechtsgeschäftes (Kauf) Aktionäre geworden seien. Der Zufluss von den Unternehmern sei genauso wenig von der A AG erwirtschaftet worden wie das Aufgeld für die 2000 Vorratsaktien, die nicht für die Sicherstellung der Wandelanleihe reserviert worden seien und bei denen die Steuerverwaltung Graubünden zu Recht von der Gewinnbesteuerung abgesehen habe. Die Unternehmer seien mit der Übernahme der Aktien Aktionäre geworden; der Mittelzufluss stamme damit von Aktionärsseite. Im vorliegenden Fall sei die A AG vor der Abgabe der Vorratsaktien an die Unternehmer zu keinem Zeitpunkt im Besitz des Kapitals gewesen, das der Gesellschaft gemäss dem Willen der bisherigen Aktionäre im Zuge der Kapitalerhöhung zufließen müsse.

Die Rüge, das Verwaltungsgericht habe nicht geprüft, in welcher Eigenschaft den beiden Unternehmern die Aktien zugegangen seien, ob aktienrechtlich originär oder rechtsgeschäftlich, trifft nicht zu. Indem es annahm, es liege – da das Kapitalerhöhungsverfahren abgeschlossen gewesen sei – ein Verkauf von Beteiligungsrechten aus-

serhalb einer Kapitaleinlage bzw. eine gewöhnliche Veräusserung einer ihr zustehenden Beteiligung vor, ging es davon aus, die Unternehmer hätten nicht in ihrer Eigenschaft als Aktionäre eine Einlage geleistet. Inwiefern das Verwaltungsgericht in diesem Punkt offensichtlich unhaltbar entschieden haben soll, ist nicht dargetan. Auf die rein appellatorischen Ausführungen ist nicht einzutreten.

cc) Es ist auch nicht völlig unhaltbar und damit nicht willkürlich, bei der Abgrenzung von Gewinn und Kapitaleinlage auf den Abschluss des Kapitalerhöhungsverfahrens mittels der Wandelanleihe abzustellen, wie die A AG weiter rügt. Im Gegenteil. Wenn die Aktienhingabe an die Unternehmer nach Abschluss der Wandlungsfrist überhaupt nicht im Zusammenhang mit der Wandelanleihe geschah, spricht dies dagegen, dass die Unternehmer in ihrer Eigenschaft als Aktionäre eine Kapitaleinlage geleistet haben. Die A AG bringt selber vor, nachdem die Obligationen nicht in Aktien umgewandelt worden seien, seien die Aktien an die Gesellschaft zu deren freien Verfügung zurückgegeben worden. Trifft dies aber zu, kann ohne Willkür angenommen werden, dass die spätere Übertragung an die Unternehmer eine gewöhnliche Veräusserung war, mit der ein steuerbarer Gewinn erzielt wurde. Die A AG bringt denn auch explizit selber vor, die Aktien seien den Unternehmern in Verrechnung mit den Werklohnforderungen zugeteilt worden. Dann ist es aber nicht willkürlich anzunehmen, die Unternehmer hätten nicht in ihrer Eigenschaft als Aktionäre eine Kapitaleinlage geleistet, sondern hätten Aktien an Zahlungen statt entgegengenommen. Dabei handelt es sich jedoch – was für die Auslegung von Art. 82 Bst. a StG GR massgeblich ist – zivilrechtlich nicht um ein Aufgeld, sondern um eine Kaufpreiszahlung. Somit ist die Annahme, dass die A AG durch eine gewöhnliche Veräusserung einen steuerbaren Gewinn erzielte, nicht willkürlich.

dd) Auch die Rüge, dass der Schluss des Verwaltungsgerichts willkürlich sei, wonach die Kapitalbeschaffung über die Wandelanleihe mit dem unbenutzten Ablauf der Wandlungsfrist abgeschlossen gewesen sei, ist unbegründet. Die diesbezüglich angeführte zivilrechtliche Rechtsprechung, aus der sich nach Meinung der A AG ergibt, dass die treuhänderisch Vorratsaktien zeichnende B-Bank nur in formeller Art Aktionärsstellung erwerbe und der erste Aktieninhaber die Aktien originär von der Gesellschaft erhalte, ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig, kann doch – wie gesehen – ohne Willkür angenommen werden, dass die beiden Unternehmer die Aktien nicht im Rahmen einer Kapitalerhöhung, sondern durch ein gewöhnliches Kaufgeschäft erworben haben.

ee) Die A AG macht weiter – als willkürlich – geltend, der angefochtene Entscheid stehe im Widerspruch mit der Praxis zur stempelsteuerrechtlichen Erfassung des

Agios bei der Emission von Vorratsaktien; danach werde die Emissionsabgabe bei einer Überpari-Emission in zwei Schritten erhoben, und zwar zunächst auf dem Nennwert bei der Eintragung der Kapitalerhöhung und sodann auf dem Agio bei der Wandlung der Aktien in Obligationen oder beim freihändigen Verkauf der verbleibenden Aktien am Markt (vgl. Praxis der Bundessteuern, II. Teil, Bd. 4, Nr. 7 zu Art. 24bis aStG). Die Emissionsabgabe als Rechtsverkehrssteuer dürfe nicht gänzlich von der Einkommenssteuer abgekoppelt werden. Nach dem Grundsatz der Einheit der Gesamtrechtsordnung müsse wenigstens im Bereich der Steuerrechtsordnung Wertungskongruenz verwirklicht werden.

Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat im vorliegenden Fall zwar auch für diejenigen Aktien, die zur teilweisen Zahlung an die Unternehmer abgegeben wurden, die Emissionsabgabe von 3 Prozent auf dem Agio erhoben. Sie hat – anlässlich der Veranlagung der Stempelsteuer – für die direkte Bundessteuer auch angenommen, dass eine (steuerneutrale) Kapitaleinlage vorliege. Dass das Bündner Verwaltungsgericht diese Einschätzung für die kantonale Gewinnsteuer nicht übernommen hat, macht seinen Entscheid aber nicht willkürlich. Zu einer Aussage über die direkte Bundessteuer war die Eidgenössische Steuerverwaltung nicht zuständig, da sie nicht Veranlagungsbehörde für diese Steuer ist. Nach Art. 8 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgaben (StG; SR 641.10) unterliegt der gesamte, der Gesellschaft für die Ausgabe der Aktien zugeflossene Betrag der Emissionsabgabe. Da die A AG ausdrücklich einen über dem Nennwert liegenden Ausgabepreis für die neu geschaffenen Aktien festgesetzt hat, ist stempelsteuerrechtlich davon auszugehen, dass dieser auch realisiert worden ist, stand doch fest, dass der Kapitalerhöhungsvorgang tatsächlich beendet war. Das schliesst jedoch nicht aus, dass bei der Gewinnsteuer angenommen wird, der Zufluss sei bei einer gewöhnlichen Veräusserung an Dritte erzielt worden, hatte die A AG die Aktien doch vorgängig von der Treuhänderin zur freien Verfügung zurückerhalten. Die stempelsteuerrechtliche Beurteilung ist für die Einkommens- und Gewinnsteuer zudem nicht massgeblich (vgl. ASA 56 659 E. 5 S. 669).

4 Anmerkungen

4.1 Materielle Begründung

Die vom Verwaltungsgericht getroffene Unterscheidung, wonach Art. 82 Bst. a StG GR in gewissen Fällen *wirtschaftlich* (bei Vorratsaktien zur *ursprünglichen* freien Verfügung der Gesellschaft ohne weitere Zwecksetzung) und in andern Fällen *zivilrechtlich* (bei Vorrats-

aktien zur Sicherstellung des Wandlungsrechts und zur *nachträglichen* freien Verfügung der Gesellschaft) auszulegen ist, überzeugt aus verschiedenen Gründen nicht.

Es stellt sich die Frage, ob durch die Zwecksetzung der Generalversammlung tatsächlich unterschiedliche Kategorien von Vorratsaktien geschaffen worden sind, nämlich 2000 Vorratsaktien zur *ursprünglichen* und 4000 zur *nachträglichen* freien Verfügung der Gesellschaft. Bei der erstgenannten Kategorie wäre die Kapitalerhöhung nach erfolgter Zeichnung und Übernahme der Vorratsaktien zum Nennwert durch die fiduziarisch handelnde B-Bank zwar *zivilrechtlich* abgeschlossen; aufgrund einer *wirtschaftlichen* Betrachtungsweise würde der Kapitalbeschaffungsvorgang gemäss Art. 82 Bst. a StG GR aber erst bei der vollständigen Veräusserung dieser 2000 Vorratsaktien abgeschlossen sein. Anders verhielte es sich bei der zweitgenannten Kategorie. Auch dort wäre die *zivilrechtliche* Kapitalerhöhung mit der Zeichnung und Übernahme der Vorratsaktien zum Nennwert durch die fiduziarisch handelnde Bank abgeschlossen; aufgrund einer *wirtschaftlichen* Betrachtungsweise würde sich der Kapitalbeschaffungsvorgang gemäss Art. 82 Bst. a StG GR jedoch bis zum Ablauf der Wandlungsfrist verlängern. Nach deren Ablauf käme dann wieder eine auf den Zeitpunkt der Übernahme durch die Bank rückwirkende *zivilrechtliche* Betrachtungsweise zur Anwendung, weshalb die Weiterveräusserung der nach Ablauf der Wandlungsfrist verbliebenen Vorratsaktien als ein Verkauf gemäss Art. 79 StG GR und nicht als Kapitalbeschaffungsvorgang gemäss Art. 82 Bst. a StG GR zu qualifizieren sei. Insofern erfolgt je nach Zwecksetzung bzw. Kategorie von Vorratsaktien ein mehrfacher Wechsel zwischen *zivilrechtlicher* und *wirtschaftlicher* bzw. *rückwirkend zivilrechtlicher* Betrachtungsweise. Dieses Wechselspiel ergebe sich aufgrund von Art. 79 und 82 Bst. a StG GR. Folgt man dieser Betrachtungsweise, lässt sich unschwer erkennen, dass es sich bei Art. 82 Bst. a StG GR um eine hochkomplexe Norm handelt, deren Wortlaut in keiner Weise solche Abgrenzungsschwierigkeiten erahnen liesse.

4.1.1 Zivilrechtliche Betrachtung

Gemäss dem alten Aktienrecht war es einer Gesellschaft grundsätzlich verwehrt, eigene Aktien zu erwerben (Art. 659 Abs. 1 aOR). Von Doktrin und Rechtsprechung anerkannt war jedoch, dass sogenannte *Vorratsaktien* für bestimmte Zwecke geschaffen werden konnten (statt vieler: DIETER ZOBL, *Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Schaffung von Vorratsaktien*, in: SZW 1991 1 ff.; BGE 117 II 290 (292 ff.); Praxis 1997 Nr. 55 296 ff.). Die Vorratsaktien erfüllten die Funktion des (damals) fehlenden Instituts des *bedingten* oder *genehmigten* Kapitals. Vorratsaktien wurden (1) zur Sicherstellung von Op-

tions- und Wandelrechten, (2) im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen, (3) im Zusammenhang mit Fusionen und Übernahmen sowie (4) zwecks Umwandlung von Gläubigerforderungen in Risikokapital geschaffen (Praxis 1997 Nr. 55 S. 298). Mit der Schaffung von Vorratsaktien war stets der Ausschluss des *Bezugsrechts* verbunden. Der Ausschluss musste sachlich gerechtfertigt und erforderlich sein, das Gleichbehandlungsprinzip der Aktionäre und den Grundsatz der schonenden Rechtsausübung beachten. Bei Options- und Wandelanleihen musste folglich den bisherigen, vom Bezugsrecht auf den Vorratsaktien ausgeschlossenen Aktionären ein *Vorwegzeichnungsrecht* gewährt werden. Unter dem Gesichtspunkt der schonenden Rechtsausübung war es unzulässig, die Vorratsaktien zu einem unter ihrem inneren Wert liegenden Bezugspreis auszugeben, wenn die Umstände eine Ausgabe zum inneren Wert ermöglichten. Bei einem solchen Vorgehen hätte sich der Verwaltungsrat der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt (DIETER ZOBL, a. a. O., 6).

Entsprechend war denn auch im zwischen der A AG und der B-Bank abgeschlossenen Übernahmevertrag ausdrücklich vorgesehen, dass ein bei der definitiven Verwendung der Vorratsaktien erzielter Mehrerlös über den Nennwert hinaus an die Gesellschaft abzuführen war zur Verwendung gemäss Art. 671 aOR. Dies entsprach dem von der Generalversammlung gefassten Kapitalerhöhungsbeschluss. Entsprechend musste die Abführung eines Mehrerlöses an die Gesellschaft sichergestellt sein, andernfalls sich der Verwaltungsrat der A AG der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt hätte. Der Kapitalbeschaffungsvorgang war somit nicht im Zeitpunkt der Zeichnung durch die treuhänderisch handelnde B-Bank oder im Zeitpunkt des unbenutzten Ablaufs der Wandlungsfrist beendet, vielmehr bestand sowohl für die *ursprünglich* freie Tranche von 2000 als auch für die *nachträglich* frei gewordene Tranche von 4000 Vorratsaktien die Pflicht zur Abführung eines Mehrerlöses an die Gesellschaft zugunsten deren (Agio-)Reserven fort. Der Verwaltungsrat war in der Platzierung dieser 2000 bzw. 4000 Vorratsaktien in keiner Weise frei. Flexibilität bestand nur in der Art und der zeitlichen Abfolge der Kapitalbeschaffung (freie Platzierung oder Platzierung über eine Wandelanleihe), nicht hingegen bei der Gestaltung des Ausgabepreises und der Verwendung des erzielten Mehrerlöses.

Im neuen Aktienrecht stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt, in welchem der Kapitalerhöhungsvorgang abgeschlossen ist, nicht mehr. Das durch die Generalversammlung für solche Zwecke geschaffene bedingte Kapital wird erst im Zeitpunkt, in dem die Erstplatzierung erfolgt, herausgegeben. Unter neuem Recht gibt es keine eigentlichen Vorratsaktien mehr. Nur unter dem alten Ak-

tienrecht stellte sich die Frage, was mit den bereits geschaffenen Vorratsaktien geschieht, wenn die erwartete Bedingung (Wandlung) nicht eintritt. Da altrechtliche Vorratsaktien nicht mehr ohne weiteres aus der Welt zu schaffen sind, stellt sich die Frage, wann die Kapitalbeschaffung durch Ausgabe von Vorratsaktien abgeschlossen ist. Da der Verwaltungsrat bei der Erstplatzierung bereits geschaffener Vorratsaktien gegenüber der Gesellschaft und ihren Aktionären auch nach Ablauf der Wandlungsfrist dafür verantwortlich bleibt, dass die Vorratsaktien zu ihrem inneren Wert platziert werden und ein Mehrerlös in die Agio-Reserven der Gesellschaft fließt, konnte nach altem Recht eine Kapitalerhöhung über das gesetzlich nicht geregelte Institut der Vorratsaktie erst nach erfolgter Erstplatzierung beendet sein. Auf diese unterschiedliche Rechtslage nach altem und neuem Aktienrecht sind das Verwaltungs- und das Bundesgericht nicht eingegangen.

Weder aus der Sicht der Gesellschaft noch ihres Verwaltungsrates und ihrer Aktionäre war der Kapitalbeschaffungsvorgang im Zeitpunkt der Zeichnung durch die B-Bank oder im Zeitpunkt des Ablaufs der Wandlungsfrist beendet. Hätte der Verwaltungsrat nach Ablauf der Wandlungsfrist nicht versucht, die verbliebenen Vorratsaktien zum inneren Wert weiterzuplatzieren, hätte er sich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt. Indem er Gesellschaftsgläubigern anbot, ihre Forderungen gegenüber der Gesellschaft in Risikokapital der Gesellschaft umzutauschen (vgl. Praxis 1997 Nr. 55 S. 298) und Vorratsaktien zum jeweiligen inneren Wert an Zahlungs statt anzunehmen, kam er dieser Verpflichtung nach. Dass er dabei keinen Aktienhandel betrieb, sondern aus naheliegenden Gründen noch nicht platzierte Vorratsaktien erstmalig ans Publikum abgab, erscheint evident. Damit kam er aber nur seiner zivilrechtlichen Pflicht nach, den Mehrerlös aus der erstmaligen Platzierung von Vorratsaktien an die Gesellschaft gemäss Art. 671 aOR abzuführen und die Rechte der ursprünglich vom Bezugsrecht ausgenommenen Aktionäre zu schonen. Wenn das Bundesgericht in seinem Entscheid nun davon ausgeht, dass mit der Zeichnung der Vorratsaktien durch die B-Bank der Kapitalbeschaffungsvorgang zivilrechtlich abgeschlossen ist, widerspricht es der Praxis seiner Zivilkammer zum alten Aktienrecht (BGE 117 II 290 [292 ff.]; Praxis 1997 Nr. 55 S. 296 ff., 298; DIETER ZOBL, a. a. O., 6).

4.1.2 Steuerrechtliche Betrachtung

Trifft die zivilrechtliche Prämisse, von der das Verwaltungsgericht und das Bundesgericht ausgegangen sind, nicht zu, stellt sich die Frage, ob die steuerliche Norm, welche es auszulegen und anzuwenden gilt, vom Zivilrecht abstrahiert und wirtschaftlich anknüpft.

Bezüglich der ersten Tranche von 2000 *ursprünglich* frei verfügbaren Vorratsaktien ging die Steuerbehörde davon aus, dass die Kapitalbeschaffung aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise erst im Zeitpunkt der Erstplatzierung im Publikum abgeschlossen ist und ein allfälliger Mehrerlös über den Nennwert hinaus steuerneutral in die Agio-Reserven fließt. Diese Frage war vor Verwaltungsgericht nicht mehr strittig.

Bezüglich der zweiten Tranche von 4000 erst *nachträglich* frei verfügbar werdenden Vorratsaktien gingen die Steuerbehörde und das Verwaltungsgericht davon aus, dass zivilrechtlich der Kapitalbeschaffungsvorgang im Zeitpunkt der Übernahme durch die B-Bank abgeschlossen ist. Steuerlich sei aber aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise von einem fortgesetzten Kapitalbeschaffungsvorgang auszugehen, der im Zeitpunkt, in dem die Wandlungsfrist unbenutzt abläuft, endet. Nach Ablauf der Wandlungsfrist komme wieder eine rein zivilrechtliche Betrachtungsweise rückwirkend auf den Zeitpunkt der Übernahme der Vorratsaktien durch die B-Bank zum Nennwert zur Anwendung. Steuerlich sei daher die Behandlung dieser *nachträglich* frei gewordenen Aktien ihrer ursprünglichen zivilrechtlichen Stellung anzugleichen, d.h., dass deren Weiterveräußerung nicht mehr als Kapitalbeschaffungs-, sondern als Veräußerungsvorgang zu behandeln ist. Im Ergebnis kommt es somit je nach Kategorie von Vorratsaktien zu einem wiederholten Hin und Her zwischen *zivilrechtlicher* und *wirtschaftlicher* sowie *rückwirkend zivilrechtlicher* Betrachtungsweise gemäss Art. 82 Bst. a StG GR.

4.1.3 Praxis bei der direkten Bundessteuer

In einem älteren Entscheid bemerkte das Bundesgericht beiläufig, dass auch bei der Aktiengesellschaft Einnahmen aus gesellschaftsrechtlichen Zuwendungen (z.B. Aufgelder und dergleichen) Bestandteile der Gewinnberechnung sein können (BGE 74 I 384 [395]). Später widerrief es diese Auffassung ausdrücklich (BGE 98 Ib 404 [408]). Schliesslich führte es in einem jüngeren Entscheid sogar ausdrücklich aus, dass die Gesellschaft auch Vorratsaktien schaffen könne zwecks Begebung an Gesellschaftsgläubiger zur Umwandlung ihrer Forderungen in Risikokapital (Praxis 1997 Nr. 55 S. 298).

In seinem 1964 publizierten Artikel ging KURT AMMON davon aus, dass man aus steuerrechtlicher Sicht die Emission mit der Übernahme der für die Wandlung bestimmten Beteiligungspapiere als abgeschlossen betrachten könne, wenn und soweit es innert der Wandlungsfrist nicht zur Wandlung kommt (KURT AMMON, Steuerfragen bei Wandelanleihen, in: ASA 32 [1963/1964] 90). Eine Begründung hierfür blieb er schuldig. Der Auffassung von AMMON widersprach

denn auch MARTIN ESCHER, der von einem Abschluss der Kapitalerhöhung im Zeitpunkt der Verwertung der Vorratsaktien ausging und nicht auf den Ablauf der Wandlungsfrist abstellte. Entsprechend lehnte er die Besteuerung eines ausserhalb des Wandlungsverfahrens erzielten Agios ab (MARTIN ESCHER, Die Besteuerung der Wandelanleihe im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1971, 118 ff.). Allein, es ist kein Fall bekannt geworden, wo es bei der direkten Bundessteuer zur Besteuerung von Agio-Zahlungen auf Vorratsaktien gekommen ist.

4.1.4 Praxis bei den Stempelabgaben

In seinem Entscheid vom 25. August 1998 hat das Bundesgericht seine bisherige Praxis bestätigt, wonach bei der Ausgabe von Vorratsaktien von einem zweistufigen Vorgang auszugehen sei. Die erste Stufe erfolge mit der Übernahme durch eine Bank zum Nennwert, die zweite Stufe mit der Platzierung im Publikum zu einem Betrag über dem Nennwert. Erst mit der Platzierung bei den eigentlichen Aktionären sei die Stempelabgabe auf dem Agio geschuldet (ASA 67 [1998/1999] 758 f.; vgl. auch ASA 52 [1983/1984] 162 ff.; ASA 51 [1982/1983] 496; CONRAD STOCKAR/HANS-PETER HOCHREUTENER, Praxis der Bundessteuern, II/1, Art. 8 StG [Nrn. 14–16, 21]). Massgebend ist somit die Sicht der Gesellschaft: Fließt ihr etwas aus der Platzierung von Vorratsaktien im Publikum zu, unterliegt der Mehrerlös als Agio-Zahlung der Emissionsabgabe. Auch bei den Stempelabgaben wird somit von einem fortgesetzten Kapitalbeschaffungsvorgang ausgegangen.

4.1.5 Methodendualismus

Aufgrund des Wortlauts von Art. 82 Bst. a StG GR kann nicht auf eine unterschiedliche Behandlung im Vergleich zum Zivilrecht, zur direkten Bundessteuer und zu den Stempelabgaben geschlossen werden. Vielmehr wäre zu vermuten, dass der Kapitalbeschaffungsvorgang gleich umschrieben ist. Aber nicht nur rechtsvergleichend erscheint die durch das Verwaltungsgericht vorgenommene Differenzierung problematisch, sondern auch im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen *ursprünglich* durch den Verwaltungsrat frei verwendbaren Vorratsaktien und solchen, welche erst *nachträglich* frei verwendbar wurden, nachdem die Wandlungsfrist unbenutzt abgelaufen ist. Im erstgenannten Fall greift nach Abschluss der Übernahme durch die Bank eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ohne weitere zeitliche Begrenzung, im andern Fall kommt es zu einem Hin und Her zwischen wirtschaftlicher und rückwirkend zivilrechtlicher Betrachtungsweise während bzw. bei Ablauf der Wandlungsfrist.

Systematisch ist dieses Hin- und Herschwanken zwischen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise bei einer bestimmten Kategorie von Vorratsaktien nicht zu erklären. Es stellt sich sogar die Frage, ob hier nicht einem unzulässigen Methodendualismus gehuldigt wird. Gegen das Verbot des Methodendualismus verstösst die Steuerbehörde, wenn sie den gleichen Sachverhalt einmal nach der äusseren rechtlichen Form und einmal nach dem wirtschaftlichen Gehalt beurteilt (ASA 56 [1987/1988] 669). Vorliegend vermag nicht zu überzeugen, weshalb bezüglich der ersten Tranche von 2000 *ursprünglich* frei verfügbaren Vorratsaktien nach erfolgter Übernahme durch die B-Bank eine zeitlich unbeschränkte wirtschaftliche Betrachtungsweise anwendbar ist, bezüglich der zweiten Tranche von 4000 *nachträglich* frei verfügbar werdenden Vorratsaktien aber nach erfolgter Übernahme durch die B-Bank einmal eine wirtschaftliche und dann wieder eine rückwirkend zivilrechtliche Betrachtungsweise anwendbar sein soll. In beiden Fällen geht es um die Erstplatzierung identischer und durch einen einheitlichen Vorgang (Kapitalerhöhungsbeschluss und anschliessende Zeichnung durch die B-Bank) geschaffener Vorratsaktien im Publikum.

4.2 Willkürprüfung

Dem Bundesgericht war es verwehrt, den Entscheid des Verwaltungsgerichts auf seine inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen. Im Rahmen der durch die A AG angestregten staatsrechtlichen Beschwerde war seine Kognition auf eine bloss *Willkürprüfung* beschränkt.

Die Auslegung und Anwendung des kantonalen Rechts prüft das Bundesgericht nur auf *Willkür* (Art. 4 aBV) hin. Ein Entscheid ist willkürlich, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem und offensichtlichem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Es genügt zudem nicht, dass bloss die Begründung des angefochtenen Entscheids unhaltbar ist. Dessen Aufhebung rechtfertigt sich nur, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist. Trotz einer unhaltbaren Begründung kann demnach von der Aufhebung eines Entscheids abgesehen werden, wenn sich das Ergebnis mit einer substituierten Begründung ohne weiteres rechtfertigen lässt.

In seinem Entscheid vom 29. Mai 1974 hatte das Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde die Frage zu prüfen, ob die Erfassung eines Aufgeldes (Agio) durch eine kantonale Gewinnsteuer willkürlich ist, wenn das in Frage kommende kantonale Steuergesetz

eine solche Besteuerung nicht ausdrücklich vorsieht. Dabei kam es zum Schluss, dass unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür es jedenfalls nicht schlechthin unhaltbar ist, wenn in Auslegung des kantonalen Steuergesetzes das Aufgeld (Agio) der Gewinnsteuer unterworfen wird (ASA 44 [1975/1976] 340 f.). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Besteuerung des bei der Weitergabe gewisser Vorratsaktien über den Nennwert hinaus erzielten Mehrerlöses willkürlich ist, nachdem das kantonale Recht ausdrücklich Kapitaleinlagen einschliesslich Aufgelder als erfolgs- und damit steuerneutrale Vorgänge qualifiziert (Art. 82 Bst. a StG GR). Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der wiederholte Wechsel zwischen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise bei einer bestimmten Kategorie von Vorratsaktien einen unzulässigen und damit willkürlichen Methodendualismus darstellt.

Bezüglich der ersten Frage scheint das Bundesgericht seiner zuletzt im Entscheid vom 29. Mai 1974 bestätigten Praxis gefolgt zu sein. Danach ist eine Besteuerung von Agio-Einlagen nicht per se unzulässig. Sie kann aus dem kantonalen Recht abgeleitet werden, selbst wenn keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht. Vorliegend sieht jedoch Art. 82 Bst. a StG GR ausdrücklich vor, dass Kapitaleinlagen und Aufgelder nicht der Gewinnsteuer unterliegen. Das Bundesgericht hat dieses Problem dadurch umgangen, als es eine zeitliche Beschränkung des Kapitalbeschaffungsvorgangs bis zur Übernahme der Vorratsaktien durch die B-Bank bzw. bis zum Ablauf der Wandlungsfrist als nicht willkürlich erachtete. Auf später veräusserte Vorratsaktien, die ursprünglich zur Deckung allfälliger Wandlungsansprüche geschaffen worden sind, dürfe die Anwendung der Kapitalbeschaffungsvorschriften verweigert werden, und es dürfe angenommen werden, dass es sich dabei um gewöhnliche Veräusserungsgeschäfte handle. Eine solche Betrachtungsweise erachtete das Bundesgericht als nicht willkürlich, selbst wenn dadurch die weitergehenden Pflichten des Verwaltungsrates bei der Veräusserung solcher Vorratsaktien und der Anspruch der Gesellschaft auf Reservezuweisung ignoriert wurden. Damit bestätigte das Bundesgericht, dass die Praxis der Bündner Steuerbehörden bezüglich dieser Kategorie von Vorratsaktien nicht schlechthin unhaltbar war. Es bestätigte hingegen nicht, dass diese Praxis richtig war. Dazu reichte seine Kognitionsbefugnis nicht aus.

Problematischer erscheint jedoch der von den Bündner Steuerbehörden vertretene Methodendualismus bezüglich der steuerlichen Behandlung von *ursprünglich* freien (nicht für Wandlungszwecke bestimmten) und erst *nachträglich* frei gewordenen (für Wandlungszwecke bestimmten) Vorratsaktien. Es dürfte schwer fallen, einen überzeugenden Grund anzuführen, weshalb bei *ur-*

sprünghlich freien Vorratsaktien nach Abschluss der zivilrechtlichen Kapitalerhöhung durch Übernahme der Aktien durch eine Bank zum Nennwert ein aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zeitlich unbeschränkter Kapitalbeschaffungsvorgang folgt, während bei erst *nachträglich* frei werdenden Vorratsaktien zwar während der Wandlungsfrist von einem fortgesetzten Kapitalbeschaffungsvorgang, nach Ablauf dieser Frist aber aufgrund einer rückwirkend zivilrechtlichen Betrachtungsweise von einem Veräusserungsvorgang auszugehen ist. Dieses wiederholte Hin und Her zwischen zivilrechtlicher, wirtschaftlicher und rückwirkend zivilrechtlicher Betrachtungsweise hat das Bundesgericht nicht auf Willkür untersucht. Vielmehr hat es die entsprechenden Rügen infolge ihrer appellatorischen Natur nicht geprüft und ist damit auf die entscheidende Frage, ob ein willkürlicher Methodendualismus vorliegt, gar nicht eingetreten.

Nicht geprüft wurde die Frage, ob bei der Ausgabe von altrechtlichen Vorratsaktien die Beendigung des (zivilrechtlichen) Kapitalerhöhungsvorgangs nach altem oder neuem Aktienrecht zu beurteilen ist und sich möglicherweise unterschiedliche Antworten ergeben. Offenbar gingen das Verwaltungs- und das Bundesgericht ohne weitere Prüfung von der Anwendung der neurechtlichen Bestimmungen aus. Die Kapitalbeschaffung und die Kapitalverwendung sind in erster Linie wirtschaftliche Vorgänge. Das Bundesgericht hat es im Rahmen der Willkürprüfung als nicht völlig unhaltbar erachtet, dass bei der Abgrenzung zwischen diesen beiden Vorgängen allein auf den in einem formellen Verfahren ablaufenden zivilrechtlichen Kapitalerhöhungsvorgang abgestellt wird. Eine solch schematische Grenzziehung erscheint jedoch problematisch, wenn es – wie vorliegend – mitunter zu einem wiederholten Wechsel zwischen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtungsweise kommt. Somit dürfte zur Frage, ob es sich beim Mehrerlös aus der Erstplatzierung von altrechtlichen Vorratsaktien um einen Kapitalbeschaffungs- oder Kapitalverwendungsvorgang handelt, wohl noch nicht das letzte Wort gesprochen sein. Dies umso mehr, wenn man aufgrund altrechtlicher Erwägungen zum Schluss kommt, dass ein allfälliger Mehrerlös erfolgsneutral den Agio-Reserven zuzuweisen ist.

5 Schlussbetrachtung

Das Bundesgericht hat bestätigt, dass die Praxis des Bündner Verwaltungsgerichts bezüglich der steuerlichen Behandlung eines Mehrerlöses bei der Erstplatzierung von altrechtlichen Vorratsaktien einer bestimmten Kategorie (Vorratsaktien zur Sicherstellung von Wandelanleihen) nicht schlechthin unhaltbar ist. Damit stellt sich

die Frage, ob unter dem Schuttschirm blosser Willkürprüfung andere Kantone sich der Bündner Praxis anschliessen können. Dies dürfte von umso grösserem Interesse sein, als gemäss Art. 24 Abs. 2 Bst. a StHG Kapitaleinlagen von Mitgliedern von Kapitalgesellschaften einschliesslich Aufgeldern vom steuerbaren Gewinn ausgeschlossen sind. Es stellt sich daher die Frage, ob die Bündner Praxis auch nach Ablauf der Anpassungsfrist ans StHG noch Bestand haben kann.