

**Finanzierung**

## **Ertragsteuerliche Behandlung von Wandeldarlehen**

**Steuerpflichtiger Tausch auf Gesellschafterebene und steuerpflichtige Betriebseinnahme auf Gesellschaftsebene?**

CHRISTOPH PUCHNER / DAVID GLOSER\*)



**In der Frühphase von Start-up-Unternehmen spielt die Finanzierungsfrage eine wesentliche Rolle. Wandeldarlehen übernehmen dabei die Funktion einer Zwischenfinanzierung bis zur nächsten Finanzierungsrounde und werden daher bei der Finanzierung von Start-ups immer beliebter. Im Rahmen dieses Beitrags werden die ertragsteuerlichen Aspekte von Wandeldarlehen auf Gesellschafter- und Gesellschaftsebene näher beleuchtet.**

### **1. Wandeldarlehen**

Bei der Finanzierung von Start-ups werden Wandeldarlehen immer beliebter. Wandeldarlehen weisen oftmals eine eher kürzere Laufzeit auf, sind nachrangig gestellt und in Bezug auf die Verzinsung wird zur Schonung der Liquidität der Gesellschaft während der Laufzeit der Darlehensvereinbarung Endfälligkeit vereinbart. Zusätzlich wird eine Wandlungspflicht oder ein Wandlungsrecht in eine Beteiligung am Darlehensnehmer (Start-up) bei Eintritt gewisser Ereignisse im Rahmen einer künftigen Kapitalerhöhung vorgesehen.

Im Zuge der Wandlung wird das Darlehen (samt ausstehenden Zinsen bei Endfälligkeit) in eine Beteiligung gewandelt. Um die Wandlung attraktiv zu gestalten, wird in den Wandlungsbedingungen idR ein „cap“ (= gedeckelte Unternehmensbewertung bei Ausübung des Wandlungsrechts) oder „discount“ (= Abschlag bei der Unternehmensbewertung bei Ausübung des Wandlungsrechts) vorgesehen. Teilweise wird auch ein *cap* mit einem *discount* kombiniert. Durch derartige wirtschaftliche Anreize werden das höhere Risiko eines unbesicherten Investments in der Frühphase des Start-ups und das grundsätzliche Fehlen von Stimm- und Minderheitenrechten des Investors kompensiert.

Wandeldarlehen werden aus verschiedenen Gründen bevorzugt. So können Wandeldarlehen als Zwischenfinanzierungen bis zur nächsten Finanzierungsrounde gewährt werden, wobei die Dauer bis zum Wandlungszeitpunkt oftmals als „Probezeit“ angesehen wird. Abgesehen davon können durch Wandeldarlehen in der Frühphase des Start-ups (Early-Seed-Phase) Bewertungsfragen zum Teil aufgeschoben werden, da lediglich der Darlehensbetrag (Investment) samt Zinsen und der Wandlungszeitpunkt festzulegen sind. Weiters bleibt der *cap table* (Beteiligungsverhältnisse) bis zur nächsten Finanzierungsrounde „clean“. Schlussendlich sind Wandeldarlehen grundsätzlich zivil- und gesellschaftsrechtlich weniger kompliziert als Kapitalerhöhungen und somit rascher umsetzbar.

Während Wandelschuldverschreibungen (verbrieft Forderung) zwar nicht im GmbHG, allerdings in § 174 AktG erwähnt sind, sind Wandeldarlehen (nicht verbrieft Forderung) gesetzlich gar nicht explizit geregelt. Unabhängig davon ist die Vereinbarung eines Wandeldarlehens unter gewissen Rahmenbedingungen, ebenso wie bei jedem sonstigen Darlehen, rechtlich umsetzbar.<sup>1)</sup>

\*) Mag. (FH) Christoph Puchner ist Steuerberater und Geschäftsführer, Mag. David Gloser ist Steuerberater, Wirtschaftsprüfer sowie geschäftsführender Gesellschafter der ECOVIS Austria in Wien.

1) Vgl aws Gründerfonds/WMWP – act legal Austria, Leitfaden für das Finanzierungsinstrument: Wandeldarlehen (2018), abrufbar unter [http://www.gruenderfonds.at/fileadmin/user\\_upload/aws\\_GRUENDERFONDS/Dateien/Download\\_Leitfaden\\_Wandeldarlehen.pdf](http://www.gruenderfonds.at/fileadmin/user_upload/aws_GRUENDERFONDS/Dateien/Download_Leitfaden_Wandeldarlehen.pdf) (Zugriff am 12. 2. 2019).

## 2. Ertragsteuerliche Aspekte

### 2.1. Gesellschafterebene

Auf Ebene des inländischen Darlehensgebers (künftigen Gesellschafters) stellt sich die Frage, ob die Ausübung des Wandlungsrechts aus steuerlicher Sicht einen Tausch darstellt und welche Konsequenzen damit verbunden sind.

- **Beispiel<sup>2</sup>**

Eine natürliche Person gewährt als Investor einem Start-up in der Rechtsform einer GmbH ein Darlehen iHv 100.000 Euro. Der Zinssatz beläuft sich auf 2 % und die Laufzeit beträgt ein Jahr. Der Gläubiger hat das Recht, das Darlehen mit einem Abschlag (*discount*) iHv 25 % auf die Bewertung der nächsten Finanzierungsrounde in Anteile umzuwandeln. Weiters wird ein *cap* iHv 4 Mio Euro vereinbart, sodass der Übernahmepreis für die wandlungsbedingt erhaltenen Anteile bei einer Bewertung mit 4 Mio Euro gedeckelt ist. Die Gesellschaft entwickelt sich positiv, sodass nach zehn Monaten (Neu-)Investoren mit einer Bewertung von 10 Mio Euro einsteigen. Der (Wandeldarlehen-)Investor wandelt sein Darlehen im Zuge dieses Einstiegs der (Neu-)Investoren in Anteile an der GmbH um. Durch die in der Wandeldarlehensvereinbarung vorgesehenen Anreize (*discount* und *cap*), kann der Investor Anteile zu günstigeren Konditionen erwerben als die (Neu-)Investoren.

In einem ersten Schritt soll untersucht werden, ob sich Anknüpfungspunkte für die steuerliche Lösung in der Kapitalmaßnahmen-VO ergeben. Gemäß § 2 Abs 1 Z 3 Kapitalmaßnahmen-VO<sup>3</sup>) stellt die Lieferung von Wertpapieren zur Tilgung bei Schuldverschreibungen, mit denen untrennbar das Recht verbunden ist, an Stelle der Rückzahlung eine vorher festgelegte Anzahl von Wertpapieren zu fordern (Inhaber) oder anzudienen (Emittent), eine entsprechende Kapitalmaßnahme dar. Bei derartigen Vorgängen ist die Lieferung der Wertpapiere gemäß § 7 Kapitalmaßnahmen-VO kein Tausch, weshalb die Anschaffungskosten der ausgebuchten Schuldverschreibungen auf die dafür erhaltenen Wertpapiere aufzuteilen sind.

Seitens der Finanzverwaltung wird davon ausgegangen, dass eine Wandelanleihe steuerlich als einheitliches Forderungswertpapier anzusehen ist. Die Ausübung des Wandlungsrechts durch den Anleihegläubiger stellt daher keinen steuerpflichtigen Tausch seines Forderungsrechts gegen Aktien dar, womit keine Veräußerung der Anleihe mit nachfolgender Anschaffung von Aktien vorliegt. Die Anschaffungskosten der Wandelanleihe sind weiter zu führen und stellen für den Anleger die Anschaffungskosten der im Zuge der Wandlung erhaltenen Aktien dar.<sup>4)</sup> Als Wandelanleihen werden in den EStR aber nur Wertpapiere und damit Obligationen bezeichnet, die Zins- und Tilgungsansprüche gegenüber dem Emittenten der Anleihe verbrieften.<sup>5)</sup> Vor dem Hintergrund des Anwendungsbereichs der Kapitalmaßnahmen-VO ist dies auf den ersten Blick konsequent.

Fraglich ist aber dennoch, ob eine analoge Anwendung des § 7 Kapitalmaßnahmen-VO und der darauf bezogenen Richtlinienmeinung auch auf (nicht verbriefte) Wandeldarlehen möglich ist. Der einzige Unterschied zwischen Wandelanleihen und Wandeldarlehen liegt in der Verbriefung.

Die Kapitalmaßnahmen-VO ist aufgrund von § 27a Abs 4 Z 3 EStG und § 93 Abs 2 Z 2 EStG ergangen. Nachdem § 27a EStG die Anwendung des besonderen Steuersatzes regelt (ausgenommen sind gemäß § 27a Abs 2 EStG Einkünfte aus Darlehen und nicht verbrieften sonstigen Forderungen, denen kein Bankgeschäft zugrunde liegt sowie verbriefte Forderungswertpapiere ohne öffentliches Angebot), sind nicht verbriefte

<sup>2)</sup> In Anlehnung an Kirchhof/Keller, Kollateralschaden oder gezielter Fiskalzugriff? VentureCapital Magazin 1/2/2018, 32 (33).

<sup>3)</sup> Vgl BGBl II 2011/322 idF BGBl II 2017/115.

<sup>4)</sup> Vgl EStR 2000, Rz 6181a. Diese Sichtweise gilt für alle nach dem 31. 3. 2012 vorgenommenen Wandlungen von nach dem 31. 3. 2012 entgeltlich erworbenen Wandelanleihen.

<sup>5)</sup> Vgl EStR 2000, Rz 6181.

Wandeldarlehen nicht vom Anwendungsbereich der Kapitalmaßnahmen-VO umfasst. Nur wenn in Bezug auf das Wandeldarlehen eine Verbiefung samt öffentlichem Angebot vorgenommen wird, wäre die Kapitalmaßnahmen-VO anwendbar. Nur in diesem Fall kann auf Basis der oben gestützten Richtlinienmeinung jedenfalls ein steuerpflichtiger Tausch vermieden werden.

In diesem Zusammenhang ist jedoch fraglich, ob die explizit zwar nur auf die Kapitalmaßnahmen-VO bezogene Richtlinienmeinung aufgrund des wirtschaftlich identen und damit vergleichbaren Vorgangs nicht auch bei unverbrieften Wandeldarlehen anwendbar sein müsste. Dies wird vom BMF verneint. Im Rahmen einer nicht veröffentlichten Anfragebeantwortung geht das BMF davon aus, dass für Wandeldarlehen keine entsprechende Rechtsgrundlage vorliegt und eine Anwendung der Richtlinienmeinung deshalb nicht möglich sei, da sich die Rechtsfolgen, die der Gesetzgeber für verbriefte Forderungen (= Anleihen) und nicht verbriefte Forderungen (= Privatdarlehen) bei natürlichen Personen vorgesehen hat, unterscheiden. Während bei verbrieften Forderungen der besondere Steuersatz gemäß § 27a Abs 2 Z 1 EStG zur Anwendung gelangt, ist dies bei nicht verbrieften Forderungen nicht der Fall.

Diese vom BMF vorgenommene Differenzierung zwischen verbrieften und nicht verbrieften Forderungen ist uE jedoch aus verschiedenen Gründen abzulehnen:

- Eine Steuerpflicht bei Wandlung kann sich unstrittig nur durch Anwendung der steuerlichen Bestimmungen über den Tausch nach § 6 Z 14 EStG ergeben, die aber nicht zwischen verbrieften und unverbrieften Darlehen unterscheiden.<sup>6)</sup> Wie bei einer Wandelschuldverschreibung handelt es sich bei einem Wandeldarlehen um ein einheitliches Rechtsgeschäft und damit auch um ein einheitliches Wirtschaftsgut, bei dem das Wandlungsrecht in das Darlehen eingebettet ist, das nicht davon abtrennbar und daher auch nicht selbständige handelbar ist.
- Auch der BFH sieht bei vergleichbarer Rechtslage in Deutschland im Erwerb der Wandelschuldverschreibung und der späteren Wandlung und dem damit verbundenen Aktienerwerb ein einheitliches Rechtsverhältnis und somit keinen Realisationsstatbestand.<sup>7)</sup> Die Finanzverwaltung und das Fachschrifttum in Deutschland folgen dieser Ansicht, sodass es in Deutschland bei Wandeldarlehen im Zeitpunkt der Ausübung des Wandlungsrechts zu keinem steuerpflichtigen Tausch kommt.<sup>8)</sup>
- Gerade die iVm Wandelschuldverschreibungen angeführten Überlegungen lassen sich auch auf Wandeldarlehen übertragen. Bei Wandeldarlehen besteht von vorher ein untrennbar damit verbundenes Umtauschrecht, an Stelle der Rückzahlung eine zuvor festgelegte Anteilsgewährung entsprechend den fixierten Kriterien zu fordern.<sup>9)</sup> Der Darlehensgläubiger tauscht nicht sein Wandeldarlehen ein und verzichtet auch nicht auf sein Recht aus dem Wandeldarlehen, sondern der Darlehensgläubiger verlangt eine Beteiligung als Inhalt seines Rechts aus dem Wandeldarlehen, da er schon mit dem Erwerb des Wandeldarlehens das feste Recht auf den Erwerb einer

<sup>6)</sup> Generell kommt der Tauschgrundsatz des § 6 Z 14 lit b EStG unabhängig davon zur Anwendung, ob das eingelegte Wirtschaftsgut dem Betriebs- oder Privatvermögen des einlegenden Gesellschafters angehört hat (vgl Marschner, Einlagen in Kapitalgesellschaften [2015] 355 ff). Für das Privatvermögen wurde die sinngemäße Anwendung des Tauschgrundsatzes gemäß § 6 Z 14 EStG ausdrücklich durch das StRefG 2015/2016 in § 27 Abs 1 EStG normiert (vgl Bodis/Wild, Änderungen der Kapitalvermögens- und Immobiliensteuern, in Mayr/Lattner/Schlager, SWK-Spezial: Steuerreform 2015/16 [2015], 66 [77]).

<sup>7)</sup> Vgl BFH 30. 11. 1999, IX R 70/96; Kirchmayr/Nekrasov, Wandel- und Optionsanleihen im Konzern, in Kirchmayr/Mayr, Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung (2012) 91 (105).

<sup>8)</sup> Vgl Weitnauer, Handbuch Venture Capital<sup>6</sup> (2019) Teil F Rz 10; BAND, Gewinnbesteuerung bei Wandeldarlehen zum Zeitpunkt der Wandlung vom Tisch (2018), abrufbar unter <https://www.business-agels.de/gewinnbesteuerung-bei-wandeldarlehen-zum-zeitpunkt-der-wandlung-vom-tisch/> (Zugriff am 12. 2. 2019); dBMF, IV C6-S 2133/09/10001:006 vom 30. 4. 2018.

<sup>9)</sup> Zur Wandelanleihe siehe zB Kirchmayr/Nekrasov in Kirchmayr/Mayr, Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung, 91 (92 f) mwN.

Beteiligung erlangt hat. Die Begebung des Wandeldarlehens und die spätere Lieferung der Beteiligung stellen danach steuerlich einen einheitlichen Rechtsvorgang dar. Der Umtausch des Wandeldarlehens gegen eine Beteiligung stellt daher zivilrechtlich keinen Tausch iSd § 1045 ABGB dar, da dieser eine rechtswirksame Übertragung von Wirtschaftsgütern ua zwischen verschiedenen Personen voraussetzt. Der Darlehensgläubiger bewirkt durch die Ausübung des Wandlungsrechts lediglich die Umwidmung seines aus dem Darlehensverhältnis resultierenden Zahlungsanspruchs in eine Beteiligung. Damit ist die Forderung gegen die Gesellschaft erfüllt und das Wandeldarlehen geht unter.<sup>10)</sup> Der Investor eines Wandeldarlehens erwirbt somit nur ein handelbares Wirtschaftsgut (= Wandeldarlehen inklusive Wandlungsrecht). Das Wandlungsrecht ist nicht vom Wandeldarlehen abtrennbar und daher auch nicht selbstständig handelbar. Die Wandlung ist als rechtsgestaltende Erklärung des Gläubigers anzusehen, die das Recht auf Rückzahlung des Kapitals durch den Bezug von Anteilen ersetzt.<sup>11)</sup>

- Gegen eine unterschiedliche Behandlung spricht zudem die Tatsache, dass es sich bei Wandelschuldverschreibungen und Wandeldarlehen um wirtschaftlich identische Vorgänge handelt. In beiden Fällen wird einer Gesellschaft ein Darlehen gewährt, das zusätzlich mit einem Wandlungsrecht ausgestattet ist. Dadurch kann der Gläubiger anstelle der Tilgung in Form von Barmitteln eine im Voraus fixierte Anteilsgewährung verlangen. Nachdem auch bei Wandeldarlehen eine Verbriefung samt öffentlichem Angebot (zB durch Veröffentlichung in der Wiener Zeitung und auf der Homepage des Unternehmens) denkbar ist, ist nicht nachvollziehbar, weshalb ein derartiger „Umweg“ zur Herstellung der vergleichbaren Besteuerungsfolgen iZm an sich vergleichbaren Vorgängen erforderlich sein soll. Immerhin wären mit einer Verbriefung samt öffentlichem Angebot zusätzliche Kosten verbunden, die gerade bei Wandeldarlehen im Start-up-Bereich oftmals zu keinem Verhältnis zu den aufgewendeten Darlehensbeträgen stehen.
- Weiters wäre eine Differenzierung zwischen verbrieften und unverbrieften Forderungen aufgrund der unterschiedlichen Besteuerungsfolgen des Grundgeschäfts in Anbetracht der verschiedenen Gesellschaftstypen unsystematisch. Während nämlich bei natürlichen Personen unverbriefte Darlehen unter den progressiven ESt-Tarif<sup>12)</sup> und verbriefte Darlehen unter den Sondersteuersatz gemäß § 27a EStG fallen, unterliegen bei Körperschaften sowohl verbriefte als auch unverbriefte Darlehen generell der KöSt iHv 25 % und somit einer einheitlichen Besteuerung. Natürliche Personen würden daher im Vergleich zu Kapitalgesellschaften eine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung erfahren. Weshalb der Umweg über eine Kapitalgesellschaft begünstigt werden soll, ist uns nicht ersichtlich.
- Abgesehen davon kann die Ausdehnung der Besteuerung auf den Wandlungsvorgang gerade in der Frühphase von Start-ups die Investorensuche erschweren und somit aus volkswirtschaftlicher Sicht sinnvolle Maßnahmen beeinträchtigen. Immerhin stellen die gewährten Vorteile bei Wandeldarlehen (zB Gewährung einer höheren Beteiligung aufgrund eines Abschlags im Rahmen der Unternehmensbewertung) einen entsprechenden Anreiz für Investoren dar, das höhere Risiko eines unbesicherten Investments zu übernehmen. Dabei darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass

<sup>10)</sup> Zur Wandelanleihe siehe FM Schleswig-Holstein, Kurzinfo ESt vom 16. 3. 2018, Ertragsteuerliche Behandlung des Umtauschs von Wandelschuldverschreibungen in Aktien der ausgebenden Gesellschaft, 11/2018VI 3012 – S 2332 – 184; FSe Berlin, Verhaltensanweisung vom 29. 5. 2018, Erlass betreffend ertragsteuerliche Behandlung des Umtauschs von Wandelschuldverschreibungen in Aktien der ausgebenden Gesellschaft, III B-S 2170-1/2017-1.

<sup>11)</sup> Vgl Kirchhof/Keller, VentureCapital Magazin 1/2/2018, 32 (33); Weitnauer, Handbuch Venture Capital<sup>6</sup>, Teil F Rz 10.

<sup>12)</sup> Vgl Jakom/Marschner, EStG<sup>11</sup> (2018) § 27a Rz 12.

das Unterlassen einer Tauschbesteuerung im Zuge der Ausübung des Wandlungsrechts zu keiner endgültigen Steuerersparnis beim Investor führt, sondern lediglich den Besteuerungszeitpunkt bis zum endgültigen Exit (= Verkauf der Beteiligung) hinausschiebt. Aufgrund der Fortführung der Anschaffungskosten der Darlehensforderung für die wandlungsbedingt erhaltene Beteiligung würden sämtliche stille Reserven beim Investor bei inländischen Kapitalanteilen im Privat- als auch im Betriebsvermögen unbefristet steuerhängig bleiben.

- Oben wurde bereits ausgeführt, dass in Deutschland nicht nur vom BFH, sondern auch von der Finanzverwaltung und im Fachschrifttum davon ausgegangen wird, dass es bei Wandeldarlehen im Zeitpunkt der Ausübung des Wandlungsrechts zu keinem steuerpflichtigen Tausch kommt.<sup>13)</sup> Eine Schlechterstellung von Investoren im Vergleich zu unmittelbar angrenzenden Nachbarländern würde daher auch zu einem nicht gerechtfertigten Standortnachteil für Österreich führen.

## 2.2. Gesellschaftsebene

### 2.2.1. Werhaltige Darlehensforderung

Im Rahmen der Wandlung kommt es zu einem Verzicht auf die Darlehensforderung gegen Gewährung von Geschäftsanteilen an der betreffenden Gesellschaft. Sofern die Darlehensforderung werhaltig ist und der Darlehensgeber zum Zeitpunkt der Wandlung bereits an der Gesellschaft beteiligt ist, kommt es auf Ebene der Gesellschaft<sup>14)</sup> zu einem steuerneutralen Zusammenfall von Darlehensforderung und -verbindlichkeit.<sup>15)</sup>

Wenn der Darlehensgeber zum Zeitpunkt der Wandlung noch nicht an der Gesellschaft beteiligt ist, stellt sich die Frage, welche steuerlichen Konsequenzen damit verbunden sind bzw ob die Einlage soziétär veranlasst ist. Personen, die eine bloße Gläubigerstellung aufweisen (etwa durch Darlehenshingabe), sind grundsätzlich keine Anteilseigner, auch wenn sie aus dieser Position einen starken Einfluss auf die Körperschaft ausüben können. Ein Zusammenhang zur späteren Anteilseignerschaft kann jedoch vermutet werden, wenn die Bereicherung der Körperschaft in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Begründung der Anteilseignerschaft steht. Von einer soziétären Veranlassung ist jedenfalls auszugehen, wenn neben einem zeitlichen Zusammenhang die Anteileignerschaft tatsächlich zustande kommt.<sup>16)</sup> Aus diesem Grund wird im Fachschrifttum davon ausgegangen, dass Einlagen auch Vermögenszuführungen sein können, die von einem „Noch-Nichtgesellschafter“ im Vorgriff auf ein zu erwartendes Gesellschafterverhältnis vorgenommen werden. Entscheidend ist nicht primär die Leistung an sich, sondern die Ursächlichkeit aufgrund der Anteilsinhaberschaft.<sup>17)</sup>

Da die Wandlung im Fall von Wandeldarlehen jedenfalls gesellschaftsrechtlich („causa societatis“) im Hinblick auf die künftig angestrebte Gesellschafterstellung veranlasst ist,

<sup>13)</sup> Siehe FN 8.

<sup>14)</sup> In Bezug auf ein Aufgeld könnte ein Vergleich zu Wandelanleihen angestellt werden, wobei die steuerliche Behandlung in diesem Zusammenhang umstritten ist. Während die Finanzverwaltung (vgl KStR 2013, Rz 495) von einer Art „Schwebezustand“ (bis zur Ausübung als Einlage und ab dem Verfall als Einnahme) ausgeht, wird vom überwiegenden Fachschrifttum (vgl Marschner, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 245 ff, Kirchmayr/Nekrasov in Kirchmayr/Mayr, Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung, 91 [97 f] mwN) und vom deutschen BFH (vgl 30. 11. 2005, I R 3/04) davon ausgegangen, dass ein Aufgeld generell steuerneutral zu behandeln ist. Gerade bei Start-ups kann die finanzielle Bewertung des Aufgelds mangels Vorliegens eines Börsenkurses für die Gesellschaft schwierig sein.

<sup>15)</sup> Bei einem Forderungsverzicht kann sich keine Zessionsgebühr ergeben, da zivilrechtlich – im Gegensatz zur ertragsteuerlichen Zweistufenmethode iSd § 8 Abs 1 Satz 3 KStG – keine Abtretung der Forderung, sondern ein entgeltlicher Verzicht auf den Anspruch durch den Gesellschafter erfolgt, der nach VwGH-Rechtsprechung keine gebührenpflichtige Zession darstellt (siehe Marschner, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 527 f).

<sup>16)</sup> Vgl Ressler/Stürzlinger in Lang/Rust/Schuch/Staringer, KStG<sup>2</sup> (2016) § 8 Rz 13 ff mwN.

<sup>17)</sup> Vgl Raab/Renner in Renner/Strimitzer/Vock, KStG (25. Lfg., 2014) § 8 Tz 9 mwN.

stellt die Wandlung auf Ebene der Gesellschaft einen steuerneutralen Vorgang dar. Dies sollte unabhängig davon gelten, ob die Wandlung eines Privatdarlehens durch eine natürliche Person oder eines betrieblichen Darlehens einer natürlichen Person oder einer Kapitalgesellschaft erfolgt.<sup>18)</sup>

### 2.2.2. Nicht werthaltige Darlehensforderung

Wenn es sich zum Zeitpunkt der Wandlung um eine nicht werthaltige Forderung handelt, ist zusätzlich zu prüfen, welche steuerlichen Konsequenzen damit verbunden sind. § 8 Abs 1 Satz 3 KStG sieht vor, dass im Falle eines Forderungsverzichts durch einen Gesellschafter im Ausmaß des nicht werthaltigen Teils auf Ebene der Gesellschaft eine steuerwirksame Betriebseinnahme vorliegt. Die Regelung kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob der Verzichtende den Wertverfall seiner Forderung als abzugsfähigen Aufwand geltend machen kann, etwa weil er die Beteiligung im Privatvermögen hält oder im Ausland ansässig ist.<sup>19)</sup>

Im Fachschrifttum wird davon ausgegangen, dass es bei der Ausübung des Wandlungsrechts zu einer Einlage einer Forderung gegen Gewährung von Geschäftsanteilen kommt und in diesem Zusammenhang auch § 8 Abs 1 Satz 3 KStG anzuwenden ist.<sup>20)</sup> Sofern der Darlehensgeber zum Zeitpunkt der Wandlung bereits an der Gesellschaft beteiligt ist, würde die Regelung gemäß § 8 Abs 1 Satz 3 KStG jedenfalls zur Anwendung gelangen.

Falls der Darlehensgeber zum Zeitpunkt der Wandlung noch nicht an der Gesellschaft beteiligt ist bzw erst durch die Ausübung des Wandlungsrechts zum Gesellschafter wird, stellt sich die Frage, ob die Regelung gemäß § 8 Abs 1 Satz 3 KStG dennoch (bereits) anwendbar ist. Der Anwendungsbereich umfasst dabei grundsätzlich unmittelbare Gesellschafter, mittelbare Gesellschafter sowie dem Gesellschafter nahestehende Personen.<sup>21)</sup> Da Einlagen auch durch Noch-Nichtgesellschafter im Vorgriff auf ein zu erwartendes Gesellschafterverhältnis vorgenommen werden können (siehe obige Ausführungen), sollten auch derartige Vorgänge grundsätzlich von § 8 Abs 1 Satz 3 KStG erfasst sein.

Eine andere Auslegung wäre insoweit denkbar, als von vornherein verdecktes Eigenkapital vorlag, da in diesem Fall § 8 Abs 1 Satz 3 KStG nicht greifen würde.<sup>22)</sup> Ein soziär veranlasster Sachverhalt kann dem Grunde nach von beherrschenden Gesellschaftern als auch von Zwerganteilseignern verwirklicht werden.<sup>23)</sup> Eine genaue Grenze, ab welchem notwendigen Beteiligungsausmaß verdecktes Eigenkapital vorliegen kann, besteht nicht. In aller Regel steigt der Interessengegensatz zwischen dem Anteilseigner und der Kapitalgesellschaft bei sinkender Beteiligungshöhe. Genauso sinkt damit in aller Regel die Bereitschaft, ein Risiko einzugehen. Sieht man von Sonderfällen ab, spielen in der Praxis zum verdeckten Eigenkapital Darlehen von Zwerganteilseignern daher keine große Rolle.<sup>24)</sup>

<sup>18)</sup> Siehe auch zB *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 486, der ausführt, dass bei einer privaten Forderung des Gesellschafters für den Gesellschafter nur ein Verzicht auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage möglich ist.

<sup>19)</sup> Vgl *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 465 ff.

<sup>20)</sup> Vgl *Kirchmayr/Nekrasov* in *Kirchmayr/Mayr*, Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung, 91 (99), zu Wandelanleihen.

<sup>21)</sup> Vgl *Rief*, Forderungsverzicht nach dem BBG 2007, VWT 3/2007, 24; *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 464.

<sup>22)</sup> Vgl *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 465 ff. Zu den Voraussetzungen für das Vorliegen von verdecktem Eigenkapital siehe zB KStR 2013, Rz 530 ff; *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Rust/Schuch/Staringer*, KStG<sup>2</sup>, § 8 Rz 47 ff mwN; *Raab/Renner* in *Renner/Strimitzer/Vock*, KStG (25. Lfg., 2014) § 8 Tz 31 ff mwN; *Kirchmayr* in *Achatz/Kirchmayr*, KStG (2011) § 8 Tz 69 ff; *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 284 ff; *Staringer*, Das steuerliche Eigenkapital – das unbekannte Wesen, in *Bertl et al.*, Hybrid-Finanzierung in Bilanz- und Steuerrecht (2017) 215 (215 ff).

<sup>23)</sup> Vgl KStR 2013, Rz 584; *Ressler/Stürzlinger* in *Lang/Rust/Schuch/Staringer*, KStG<sup>2</sup>, § 8 Rz 11 mwN.

<sup>24)</sup> Vgl *Ressler/Sauer* in *Kirchmayr/Mayr*, Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung, 35 (44 f); *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften, 295 ff.

Fraglich ist, ob – vergleichbar mit gewöhnlichen Einlagen – verdecktes Eigenkapital auch durch einen Nichtgesellschafter vorliegen kann, wenn ein Zusammenhang zu einer künftigen Anteilseignerschaft vorliegt. Eine ähnliche Argumentation wird zumindest im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttung angewendet. Die verdeckte Gewinnausschüttung stellt primär darauf ab, dass eine Körperschaft einen Vermögensvorteil „*causa societatis*“ zuwendet. Es kann ein als verdeckte Ausschüttung zu qualifizierender Vermögensvorteil auch im Hinblick auf ein zukünftiges Gesellschafterverhältnis erfolgen. Die Leistungen der Kapitalgesellschaft müssen aber in einem engen zeitlichen oder sachlichen Zusammenhang mit dem späteren Gesellschafterverhältnis stehen.<sup>25)</sup> Aus diesem Grund sollte spiegelbildlich auch ein verdecktes Eigenkapital durch einen Noch-Nichtgesellschafter möglich sein, sofern das verdeckte Eigenkapital im Vorgriff auf ein zu erwartendes Gesellschafterverhältnis vorgenommen wird und in einem engen zeitlichen oder sachlichen Zusammenhang mit dem späteren Gesellschafterverhältnis steht. Dies kann insbesondere bei einem kurz- bis mittelfristigen Darlehen samt Wandlungsrecht an eine Start-up-Gesellschaft der Fall sein, wenn das Darlehen unter Rangrücktritt an eine überschuldete Gesellschaft gewährt wird und die Darlehensforderung somit bereits bei Darlehenshingabe notleidend ist.<sup>26)</sup>

Wenn kein verdecktes Eigenkapital im Zeitpunkt der Darlehenshingabe vorliegt, kann die Wandlung einer nicht voll werthaltigen Forderung hingegen grundsätzlich zu einer (anteiligen) steuerpflichtigen Betriebseinnahme auf Ebene der Gesellschaft führen. Im Hinblick auf Wandelanleihen wird in diesem Zusammenhang im Fachschrifttum davon ausgegangen, dass mangels steuerrechtlicher Sonderregelungen § 8 Abs 1 Satz 3 KStG anwendbar ist und somit der nicht werthaltige Teil der Verbindlichkeit eine steuerpflichtige Betriebseinnahme darstellen kann. Einem derartigen Ergebnis steht jedoch die unternehmensbilanzielle Behandlung entgegen, die jedenfalls im Rahmen von § 161 AktG eine – *de facto* rückbezogene – Einlage in Höhe des Nominales der Verbindlichkeit unabhängig von deren Werthaltigkeit im Wandlungszeitpunkt annimmt. Daraus ergibt sich auch ein entsprechender Eigenkapitalausweis. Aus dem systematischen Zusammenhang von § 8 Abs 1 KStG und § 4 Abs 12 EStG, der unmittelbar auf die unternehmensrechtlichen Eigenkapitalbestandteile abstellt, kann auf einen grundsätzlich einheitlichen Einlagenbegriff geschlossen werden. Daraus könnte sich auch für ertragsteuerliche Zwecke eine Einlage in Höhe des Nominales der Verbindlichkeit aus der Wandelschuldverschreibung ableiten lassen.<sup>27)</sup>

Selbst wenn die ausstehende Darlehensforderung bis zum Zeitpunkt der Wandlung als nicht werthaltige Forderung anzusehen ist, ist zu berücksichtigen, dass der Kapitalgesellschaft gerade in den typischen Start-up-Fällen bei Ausübung des Wandlungsrechts im Zuge einer Finanzierungsrounde idR neben dem Wandeldarlehen noch zusätzliche wesentliche Eigenkapitalmittel zugeführt werden. Vor dem Hintergrund der erfolgenden Zuführung dieser Eigenkapitalmittel wird daher die umzuandelnde Darlehensforderung spätestens im Zeitpunkt der Wandlung regelmäßig als werthaltige Forderung einzustufen sein. In diesen Fällen kann sich durch die Wandlung der Darlehensforderung keine steuerpflichtige Betriebseinnahme auf Ebene der Kapitalgesellschaft aufgrund der Bestimmung des § 8 Abs 1 letzter Satz KStG ergeben, da es dann bereits an einer nicht werthaltigen Forderung fehlt.

<sup>25)</sup> Vgl Kirchmayr/Schliesselberger, Verdeckte Ausschüttungen aus Kapitalgesellschaften im Ertragsteuerrecht, in Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 137 (159).

<sup>26)</sup> Generell zum Forderungsverzicht iZm verdecktem Eigenkapital siehe Bernhart/Guzy, Forderungsverzicht und verdecktes Eigenkapital, SWK 13/14/2009, S 465 (S 465 ff); Schweigut, § 8 Abs 1 KStG idF BBG 2007 verfassungswidrig? SWK 14/15/2008, S 448 (S 448 ff).

<sup>27)</sup> Vgl Kirchmayr/Nekrasov in Kirchmayr/Mayr, Besteuerung der grenzüberschreitenden Konzernfinanzierung, 91 (99 f).

**i****Auf den Punkt gebracht**

Wie sich gezeigt hat, können sich bei Wandeldarlehen unterschiedliche ertragsteuerliche Folgen ergeben:

- Während die Finanzverwaltung bei Ausübung des Wandlungsrechts iZm nicht verbrieften Wandeldarlehen auf Ebene des Darlehensinhabers (= Gesellschaftsebene) von einem steuerpflichtigen Tausch ausgeht, sprechen uE zahlreiche gute Gründe gegen eine derartige Auslegung. Abgesehen davon könnte das Wandeldarlehen auch verbrieft und öffentlich angeboten werden, um eine unmittelbare Anwendung der Kapitalmaßnahmen-VO zu gewährleisten und eine Tauschbesteuerung im Zeitpunkt der Wandlung zu vermeiden.
- Auf Gesellschaftsebene sind die steuerlichen Konsequenzen davon abhängig, ob es sich um eine werthaltige oder nicht werthaltige Forderung handelt. Im Falle einer nicht werthaltigen Forderung, könnte ein Forderungsverzicht grundsätzlich zu einer steuerpflichtigen Betriebseinnahme auf Ebene der Kapitalgesellschaft aufgrund der Bestimmung des § 8 Abs 1 letzter Satz KStG führen, wenn nicht von vornherein verdecktes Eigenkapital vorliegt. Da die umzuwendende Darlehensforderung jedoch spätestens im Zeitpunkt der Wandlung regelmäßig – aufgrund der erfolgenden Zuführung von wesentlichen Eigenkapitalmitteln im Rahmen einer Finanzierungsrounde – als werthaltige Forderung einzustufen sein wird, kann sich durch die Wandlung der Darlehensforderung in diesen Fällen keine steuerpflichtige Betriebseinnahme auf Ebene der Kapitalgesellschaft ergeben.

Vor diesem Hintergrund sollte seitens des Gesetzgebers im Hinblick auf die geplante Steuerreform nicht auf die Schaffung von entsprechenden steuerlichen Rahmenbedingungen für Start-ups vergessen werden, um Standortnachteile zu vermeiden. Schließlich agieren Start-ups als Innovationstreiber und wirken sich dadurch auch positiv auf das Wirtschaftswachstum aus.

## Finanzstrafästerhaftung: Keine Prüfung des Verschuldens

**Entscheidung:** BFG 6. 2. 2019, RV/2100007/2019, Revision nicht zugelassen.

**Norm:** § 11 BAO.

Ein Vorbringen zur Verschuldensfrage ist unbeachtlich, weil mit der rechtskräftigen Bestrafung wegen eines vorsätzlichen Finanzvergehens die (einzig) Voraussetzung für die Haftung nach § 11 BAO erfüllt ist. Das Verschulden ist aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung als gegeben anzunehmen. Im Haftungsverfahren nach § 11 BAO hat auch die Ermessensregelung nicht den Zweck, das aufgrund der strafrechtlichen Verurteilung als gegeben anzunehmende Verschulden einer neuerlichen Beurteilung zu unterziehen. Will der zur Haftung Herangezogene mit dem Vorbringen zu seinen persönlichen Verhältnissen eine persönliche Unbilligkeit in der Einhebung der Abgaben aufzeigen, ist darauf zu verweisen, dass ein solcher Umstand im Rahmen der Ermessensübung zur Geltendmachung der Haftung nicht zu berücksichtigen ist (VwGH 18. 10. 2005, 2004/14/0112; zur Unmaßgeblichkeit persönlicher Umstände vgl auch VwGH 14. 12. 2006, 2006/14/0044; 2. 9. 2009, 2008/15/0139). Eine Ermahnung anstelle eines Haftungsausspruchs ist gesetzlich nicht vorgesehen, weil die Ermahnung eine Maßnahme des Strafrechts, der Haftungsausspruch hingegen eine Maßnahme der Abgabeneinhebung ist. Daher ist es im Haftungsverfahren auch nicht von Belang, ob der Haftungsausspruch spezial- oder generalpräventiv wirkt.