

Steuerliche Anerkennung von Rückstellungen für Incentivierungsprogramme

Katharina Geweßler/Berndt Zinnöcker

Gerade im Start-up-Bereich wird in der Beratungspraxis in den letzten Jahren eine vermehrte Nachfrage nach sogenannten ESOPs (*employee stock ownership plans*, Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen) festgestellt. Ziel dieses Incentivierungsinstruments ist es, schon in frühen Unternehmensphasen Anreize für fachlich hoch qualifizierte Mitarbeiter zu schaffen. Dieser Beitrag soll insbesondere die Problemstellungen der Einführung eines ESOP bei GmbHs aufarbeiten. Waren Mitarbeiterbeteiligungsprogramme in der Vergangenheit vor allem auf AGs ausgerichtet¹, wird im Moment in der österreichischen Start-up-Szene die (gründungsprivilegierte) GmbH aufgrund der relativ schlanken Struktur, aber der dennoch beschränkten Haftung gerne gewählt.² Für die GmbH fehlen die gesetzlichen Regelungen aber im Gegensatz zur Aktiengesellschaften weitreichend.³

1. Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsvarianten iZm ESOPs

1.1. Allgemeines

In der Praxis bieten sich den Unternehmen die unterschiedlichsten Gestaltungsvarianten für ESOPs. Einerseits gibt es Modelle, bei denen Mitarbeiter in Form einer Kapitalbeteiligung direkt am Unternehmen beteiligt werden. Zum anderen bestehen Modelle virtueller Beteiligungen. Hierbei werden Mitarbeiter zwar nicht Gesellschafter im formellen Sinn, ihnen werden aber Gewinnbezugsrechte ähnlich denen eines Gesellschafters eingeräumt. Es erfolgt somit eine nachgebildete Gesellschafterstellung, die insbesondere auf die Vermögensrechte (Beteiligung am Gewinn, Verlust und Liquidationserlös) abzielt. Auf die Zuteilung von Herrschaftsrechten wird idR verzichtet. Jede virtuelle Beteiligung kann daher grundsätzlich als Erfolgsbeteiligung klassifiziert werden.

1.2. Kapitalbeteiligung

Schlüsselmitarbeiter, die in Form einer klassischen Kapitalbeteiligung am Stammkapital der GmbH beteiligt werden, können Beteiligungen entweder in Form von Optionen auf Anteile oder von Anteilen selbst eingeräumt werden. Die generelle Problematik bei der Gewährung von Optionsrechten bei der GmbH ist das Fehlen von gesetzlichen Grundlagen.⁴ Optionsrechte berechtigen die Begünstigten zu einem bestimmten Zeitpunkt, einen bestimmten Anteil am Stammkapital zu einem definierten Preis von bereits bestehenden Gesellschaftern zu erwerben.⁵ Ein Optionsrecht begründet demnach ein Anwartschaftsrecht auf die Beteiligung am Unternehmen, das der Mitarbeiter je nach Ver-

¹ Vgl dazu *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung 7, die noch 2002 davon sprachen, dass Mitarbeiterbeteiligungen in Form einer Kapitalbeteiligung bei der GmbH nur „ganz selten zu finden“ seien.

² Laut WKO-Statistik, Unternehmensneugründungen nach Rechtsform, Stand Juli 2018 wurden 2017 in Österreich 3.679 GmbHs und lediglich 14 AGs gegründet.

³ Vgl *Achatz/Jabornegg/Resch*, Mitarbeiterbeteiligung 7, die die GmbH aufgrund des verpflichtenden Notariatsakts bei Übertragung sowie den Rückersatzansprüchen iSd § 70 Abs 1 und Abs 2 GmbHG sowie § 83 Abs 2 und Abs 3 GmbHG als ungeeignet erachten.

⁴ Jedoch spricht bspw § 76 Abs 2 GmbHG von der „Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteils“.

⁵ Bereits hier unterscheiden sich GmbH und AG. Während bei der AG die Strukturierung von ESOPs über eigene Anteile und bedingte Kapitalerhöhungen erfolgt (vgl dazu insbesondere AFRAC 3, Anteilsbasierte Vergütung [UGB]), ist dies bei der GmbH nicht möglich.

tragsgestaltung einlösen oder verfallen lassen kann. Im Hinblick auf die Ausgestaltung der Option ist zwischen freien und gebundenen Optionen zu unterscheiden. Freie Optionen sind Anwartschaftsrechte ohne jegliche Verfügungsbeschränkungen. Um eine Option als frei zu klassifizieren, muss sie unbedingt sein, sie darf an keinerlei Erfordernisse oder Auflagen geknüpft sein. Von gebundenen Optionen spricht man insbesondere dann, wenn der Mitarbeiter nicht unbeschränkt über die Option verfügen kann. In der Praxis wird bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen überwiegend die gebundene Option anzutreffen sein, da eine Veräußerung an Unternehmensfremde oft nicht gewünscht wird.⁶

Im Unterschied zum Optionsrecht, das, wie gezeigt, die aus einer Kapitalbeteiligung entstehenden Rechte und Pflichten erst nach dessen Ausübung auslöst, werden Mitarbeiter oft unmittelbar über Kapitalanteile an der Gesellschaft beteiligt. Die Beteiligung wird dann meist an das Einhalten/Bestehen diverser vertraglicher Auflagen gebunden. Dies kann einerseits durch Vesting-Konstruktionen erreicht werden,⁷ andererseits werden in der Praxis oft Aufgriffsrechte (Leaver-Klauseln) abhängig von der Art des Ausscheidens des Gesellschafters vereinbart.⁸

Eine weitere Gestaltungsvariante bieten sogenannte *stock appreciation rights*. Das sind Optionen, die es ermöglichen, Anteile unmittelbar vor dem Exit zu erwerben. Es besteht daher (eine juristische Sekunde) vor dem Exit eine Kapitalbeteiligung. Im Rahmen der Vertragsgestaltung werden mit Ausübung der Option Mitverkaufsverpflichtungen vereinbart und der Begünstigte ist somit zwingenderweise am nachfolgenden Exit-Erlös beteiligt.

1.3. Virtuelle Beteiligung

Wie oben bereits erwähnt können virtuelle Anteile dem Grunde nach als Erfolgsbeteiligung angesehen werden. Dies gilt sowohl für Phantom Stocks als auch für Exit Participation Rights. Es werden keine Anteile am Unternehmen an die Begünstigten übertragen, sondern die Kapitalbeteiligung wird schuldrechtlich zwischen den Begünstigten und der Gesellschaft oder den Gesellschaftern nachgebildet. Aufgrund des individuellen Vertragsabschlusses zwischen Gesellschaft und Begünstigten bieten sich zahlreiche Gestaltungsmöglichkeiten. In der Praxis geläufig sind virtuelle Beteiligungen, die dem Begünstigten einen bestimmten virtuellen Prozentsatz des laufenden Unternehmensergebnisses zuteilen (Phantom Stocks). Oft werden auch Beteiligungen, die nur im Fall eines Unternehmensverkaufs schlagend werden, konstruiert (Exit Participation Rights). Vorteilhaft ist, dass es bei virtuellen Beteiligungsprogrammen aufgrund der fehlenden (Option auf) Übertragung von Kapitalanteilen der Gesellschaft zu keiner Notariatsaktspflicht kommt.⁹

Auch im Rahmen von klassischen Prämienmodellen kann eine Beteiligung am Unternehmensergebnis erfolgen. Abhängig von den gewählten Parametern erhalten die Begünstigten Prämien zuzüglich zu ihrem fixen Bezug. Die Höhe der Prämien richtet sich oft nach dem Erreichen bestimmter, im Vorhinein definierter Ziele. Prämienmodelle bieten ebenfalls den Vorteil, dass sie individuell an die Erfordernisse der jeweiligen

⁶ Die Unterscheidung zwischen freien und gebundenen Optionen ist insbesondere für die steuerliche Beurteilung im Hinblick auf den Zufluss beim Begünstigten relevant.

⁷ Vgl dazu *Geweßler/Steinhart*, Incentivierungsprogramme bei Start-ups, in diesem Band 162.

⁸ Hierbei wird insbesondere zwischen Good Leaver (einvernehmliches oder krankheitsbedingtes Ausscheiden) und Bad Leaver (Kündigung, Entlassung aus wichtigem Grund) unterschieden, die je nach Art des Ausscheidens die Abfindungshöhe regeln; näher dazu zB *Fischerlehner*, Abfindungsklauseln im Gesellschaftsrecht 71.

⁹ Vgl § 76 GmbHG; im Gegensatz dazu ist bereits das Einräumen einer Option, bei sonstiger Unwirksamkeit, auf einen GmbH-Anteil notariatsaktspflichtig, vgl OGH 25.10.2017, 6 Ob 180/171.

Gesellschaft angepasst werden können. Grenze hierbei ist insbesondere die Problematik, dass bei Wiederholung der Charakter der Freiwilligkeit der Zuwendung verloren gehen kann und der Begünstigte im Sinne einer „betrieblichen Übung“ schlüssig einen Anspruch erwirbt.¹⁰

1.4. Vertragsgestaltung in der Praxis

In der Praxis ist dem Grunde nach zwischen den oben erläuterten Ausgestaltungsvarianten zu differenzieren. Es ergeben sich dadurch folgende näher zu beleuchtende Sachverhalte:

- Kapitalbeteiligung
 - Optionsrecht auf Kapitalbeteiligung
 - Stock Appreciation Rights
- Virtuelle Beteiligung
 - Virtuelle Anteile (insb Beteiligung am laufenden Unternehmensergebnis)
 - Exit Participation Rights

Im Zusammenhang mit Exit Participation Rights finden sich in der Beratungspraxis drei Ausgestaltungsvarianten, nämlich hinsichtlich des Vertragspartners: Vertragspartner der Begünstigten sind die Gesellschafter (Fall a), Vertragspartner der Begünstigten ist die Gesellschaft selbst (Fall b) oder Vertragspartner der Begünstigten sind die Gesellschafter, diese leisten in Höhe des zuzuwendenden Betrags (Exit-Erlös) eine Zahlung an die Gesellschaft (Fall c).

2. Bilanzrechtliche Implikationen

2.1. Allgemeine Fragestellungen iZm der Bildung von Rückstellungen bei ESOPs

Im Zuge der Bilanzierung von ESOPs stellt sich die Frage des eventuell aus der vertraglichen Ausgestaltung und (schuldrechtlichen) Verpflichtung entstehenden Ansatzes und Ausweises einer Rückstellung, zum einen aus der vertraglichen Verpflichtung im engeren Sinn, zum anderen insbesondere für Verpflichtungen iZm Lohnsteuer sowie Lohnnebenkosten.¹¹ Gem § 198 Abs 8 UGB sind Rückstellungen ua „für ungewisse Verbindlichkeiten [...] zu bilden, die am Abschlußstichtag wahrscheinlich oder sicher, aber hinsichtlich ihrer Höhe oder des Zeitpunkts ihres Eintritts unbestimmt sind“. Für diese Verbindlichkeitsrückstellungen besteht aufgrund des im UGB verankerten Imparitätsprinzips eine Passivierungsverpflichtung.

Ungewisse Verbindlichkeiten sind Leistungsverpflichtungen gegenüber Dritten, die in Zukunft zu einem Vermögensabfluss führen.¹² Grundsätzliche Voraussetzung für den Ansatz einer Verbindlichkeitsrückstellung ist das Vorliegen einer ungewissen Verbindlichkeit und deren rechtliche Entstehung oder wirtschaftlichen Verursachung in der Vergangenheit sowie die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme. Ungewiss ist eine Verpflichtung dann, wenn sie dem Grunde und/oder der Höhe nach ungewiss ist. Dem Grunde nach ungewisse Verpflichtungen sind jene, bei denen der Rechtsgrund nicht abschließend geklärt ist, der Höhe nach ungewiss sind sie, wenn die eintretende

¹⁰ Vgl § 863 ABGB; OGH 29.9.2016, 9 ObA 108/16x.

¹¹ Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleich (DB), Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ), Kommunalsteuer (KommSt), die in Abhängigkeit vom Sitz der Gesellschaft um die 7,3 % (Wien) betragen können.

¹² Vgl Nowotny in Straube § 198 Rz 131 mwN.

Belastung ungeklärt ist.¹³ Eine Ungewissheit über den genauen Zeitpunkt der Inanspruchnahme ist unerheblich.¹⁴ Die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme ist nach hL dann anzunehmen, wenn der Unternehmer am Bilanzstichtag ernsthaft damit rechnen muss. Bei vertraglichen Ansprüchen ist regelmäßig davon auszugehen, dass der Gläubiger seine Ansprüche geltend macht.¹⁵ Werden sämtliche Voraussetzungen erfüllt und der Ansatz bejaht, ist die Rückstellung als Passivposten unter dem Fremdkapital als sonstige Rückstellungen gem § 224 Abs 3 UGB anzusetzen und gem § 211 Abs 1 UGB mit ihrem Erfüllungsbetrag, der bestmöglich zu schätzen ist¹⁶, auszuweisen. Bei einer Restlaufzeit von über einem Jahr ist eine Abzinsung zum marktüblichen Zinssatz vorzunehmen.¹⁷

Gem § 238 Abs 1 Z 15 UGB sind Rückstellungen, die in der Bilanz nicht gesondert ausgewiesen werden, wenn sie einen erheblichen Umfang haben, bei mittelgroßen und großen Gesellschaften zu erläutern. Das Größenkriterium der mittelgroßen und großen Gesellschaften wird bei Start-ups regelmäßig nicht erfüllt sein, weshalb in diesem Fall eine Anhangangabe unterbleiben kann. Stellt die Bildung der Rückstellung einen Aufwandsposten von außerordentlicher Größenordnung oder Bedeutung dar, ist für alle Gesellschaften, unabhängig von deren Größenklasse, eine Angabe gem § 237 Abs 1 Z 4 UGB zu machen. UE ist aber bei Kleinstgesellschaften, die von der verpflichtenden Anhangerstellung befreit sind, lediglich aufgrund dieser geforderten Angabe kein Anhang zu erstellen.

Angewendet auf ESOPs liegt wegen der vertragsrechtlichen Verpflichtung dem Grunde nach jedenfalls keine Ungewissheit vor, da die Verpflichtung mit Vertragsabschluss hinreichend konkretisiert wurde, jedoch ist das Ausmaß der Belastung zum Bilanzstichtag ungewiss. Die Höhe der Rückstellung ist einerseits von der jeweils gewählten Struktur des ESOPs abhängig, andererseits werden die im ESOP gewählten Parameter, wie zB Exit-Erlös, Erreichen von Milestones und Unternehmenskennzahlen, entscheidenden Einfluss haben. Es ist daher je nach Vertragsgestaltung des ESOP zu analysieren, ob im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss eine Rückstellung zu passivieren ist. Hierbei muss insbesondere darauf geachtet werden, wer Vertragspartner der begünstigten Partei ist.

2.2. Rückstellungsbildung bei Kapitalbeteiligung

Wird einem Begünstigten eine Option auf eine Kapitalbeteiligung an einer Gesellschaft eingeräumt, besteht die Rechtsbeziehung zwischen Altgesellschafter (Optionsverpflichteter) und Mitarbeiter (Optionsbegünstigter). Die Gesellschaft ist durch die Optionsvereinbarung weder berechtigt noch verpflichtet. Auf Gesellschafterebene findet lediglich eine Anteilsverschiebung zugunsten des Begünstigten statt. Aus dem ESOP selbst, bezogen auf die Übertragung der Kapitalanteile, bestehen daher keine vertraglichen Pflichten, die zur Passivierung einer Rückstellung führen würden.

Auf den ersten Blick erscheint das gänzliche Unterbleiben einer Rückstellungsbildung logisch, zu beachten ist aber das Rückstellungserfordernis bezogen auf die Lohn-

¹³ Vgl Hirschler/Christian/Hohensinner/Konezny/Petutschnig/Schiebel/Six in Hirschler, Bilanzrecht § 198 Rückstellung Rz 156.

¹⁴ Vgl BFH 28.3.2000, BStBl II 2000, 612.

¹⁵ In diesem Punkt findet sich auch die Abgrenzung ggü Eventualverpflichtungen, die unter der Bilanz auszuweisen sind, wenn die Inanspruchnahme wahrscheinlich ist, Nowotny in Straube § 198 Rz 127.

¹⁶ Vgl Dokalik/Hirschler, RÄG 2014² § 201 Abs 2 Z 7.

¹⁷ Als marktüblicher Zinssatz wird in den Erläuterungen zum RÄG 2014 auf die Regelung des § 253 Abs 2 dHGB verwiesen, wonach der Zinssatz entweder durch die deutsche Bundesbank in Abhängigkeit von der Laufzeit monatlich bekannt gegeben wird, alternativ wird auf den in § 9 Abs 5 EStG vorgesehenen 3,5-%-Zinssatz verwiesen; vgl zur Diskussion, ob eine Anwendung des laufzeitunabhängigen 3,5-%-Zinssatzes nach EStG gegen den Grundsatz der Vorsicht verstößt, Dokalik/Hirschler, RÄG 2014 § 211 mwN.

nebenkosten sowie die Sozialversicherung. Grundsätzlich werden Beteiligungen bei Ausübung der Option, um den Mitarbeitern auch einen entsprechenden Anreiz zu bieten, unterpreisig oder unentgeltlich bzw zum Nominale überlassen. Daraus resultiert steuerlich bei der Ausübung¹⁸ ein geldwerten Vorteil, der zu Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit gem § 25 EStG beim Begünstigten führt. Unbeachtlich ist hierbei jedenfalls, ob dieser den Vorteil von der Gesellschaft als Arbeitgeber direkt oder von den Gesellschaftern erhält.¹⁹ Der Vorteil ist demnach einerseits lohnsteuerpflichtig, zum anderen sind Lohnnebenkosten durch die Gesellschaft abzugelten. Die Verpflichtung der Abfuhr der Lohnsteuer besteht nämlich dann, wenn der Arbeitgeber Einfluss auf das Entgelt von dritter Seite nehmen kann, was bei derartig strukturierten Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen regelmäßig der Fall sein wird. Steuerschuldner der Lohnsteuer ist aber der Begünstigte selbst, weshalb die Rückstellungsbildung für die Gesellschaft wohl entfällt. Gegenteiliges gilt für die Lohnnebenkosten, wie DB, DZ und KommSt, die der Arbeitgeber zu tragen hat. Zudem liegt ein sozialversicherungspflichtiger Entgeltbestandteil vor. Demnach wäre bei hinreichend großer Wahrscheinlichkeit der Optionsausübung die Passivierung einer Rückstellung geboten. Die Höhe der Rückstellung wird sich wiederum an den Lohnnebenkosten und der Höhe der Sozialversicherungsbeiträge nach dem ASVG, dh am Vorteil aus dem Dienstverhältnis in Abhängigkeit vom aktuellen Unternehmenswert (Unterschiedsbetrag zwischen verbilligten Anschaffungskosten der Beteiligung und deren anteiligem Verkehrswert²⁰), bemessen. Hierbei zu beachten ist auch die Steuerbefreiung nach § 3 Abs 1 Z 15 lit b EStG iVm § 41 Abs 4 lit c FLAG iHv 3.000 bei der unentgeltlichen oder verbilligten Abgabe von Kapitalanteilen am Unternehmen des Arbeitgebers.²¹ Ist das Unternehmen NeuföG-begünstigt, kommt eine Förderung der DB und DZ Beiträge in Frage. In diesem Fall wäre eine Rückstellung nur hinsichtlich der verpflichtenden Abfuhr der Kommunalsteuer zu bilden.

2.3. Rückstellungsbildung bei virtueller Beteiligung

2.3.1. Virtuelle Anteile (insb Beteiligung am laufenden Unternehmensergebnis)

Wie bereits oben näher ausgeführt ist die virtuelle Beteiligung von der Kapitalbeteiligung dahingehend abzugrenzen, dass sie keine Beteiligung am Unternehmen, sondern eine sonstige erfolgsabhängige Vergütungsform darstellt. In der unternehmensrechtlichen Bilanz ist die erfolgsabhängige Vergütung als Bestandteil des Personalaufwands auszuweisen. Ist der Anspruch auf erfolgsabhängige Vergütung zum Abschlussstichtag dem Grunde oder der Höhe nach nicht bekannt, ist diesbezüglich eine Verbindlichkeitsrückstellung zu bilden.²² Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Auszahlung vom Erreichen (vertraglich) vordefinierter Ziele abhängig ist. Somit ist eine bestmögliche Schätzung der Wahrscheinlichkeit der Zielerreichung (dazu gleich unten) geboten. Wird davon ausgegangen, dass der Begünstigte diese Ziele erreicht, ist analog zum klassischen Prämienbezug²³ zum einen eine Rückstellung hinsichtlich Prämie aus den virtuellen Anteilen selbst, zum anderen eine iZm den darauf anfallenden Lohnnebenkosten anzusetzen.

¹⁸ Vgl LStR 2002 Rz 90a.

¹⁹ Vgl zur Vorteilsgewährung bei der AG *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG § 25 Tz 6 f.

²⁰ Vgl § 7 SachbezugswerteVO.

²¹ Wobei hierbei gem den LStR darauf zu achten ist, dass leitende Angestellte nicht unter den Gruppenbegriff, der erfüllt werden muss, fallen; LStR 2002 Rz 1076.

²² *Hirschler*, Die Bilanzierung von Mitarbeiterbeteiligungen nach dem UGB und den IFRS, Bilanzrechtstage 2009, 102.

²³ Vgl *Kampitsch* in BilPoKom § 224 UGB, Rz 38.

2.3.2. Exit Participation Rights²⁴

Der Exit stellt eine aufschiebende Bedingung dar. Die Wirkung des Rechtsgeschäfts tritt demnach in Abhängigkeit von der Bedingung, im Falle des Exit Participation Rights also mit dem Verkauf des Unternehmens ein. Trotz aufschiebender Bedingung können derartige Rechtsgeschäfte bereits bilanzielle Folgen nach sich ziehen.²⁵ Zwar ist der Exit noch nicht eingetreten, weshalb der Berechtigte noch keinen Anspruch auf Erfüllung hat, allerdings besteht eine Anwartschaft für den Berechtigten und eine Bindung des Verpflichteten. Ist mit dem Eintritt der Bedingung zu rechnen, ist grundsätzlich eine Rückstellung anzusetzen. Was genau vom rückstellbaren Betrag umfasst ist, ergibt sich in Abhängigkeit von der Vertragsstruktur:

2.3.2.1. Fall a – Vertragspartner Altgesellschafter

Im Fall der Ausgestaltung des ESOPs zwischen bestehenden Gesellschaftern (Altgesellschaftern) und Begünstigten besteht eine Verpflichtung der Altgesellschafter, an die Begünstigten einen bestimmten Prozentsatz vom anteiligen Veräußerungserlös zu bezahlen. Auf Ebene der Gesellschaft kommt es daher aufgrund der fehlenden vertraglichen Vereinbarung zu keiner Außenverpflichtung, eine Verbindlichkeitsrückstellung aus dem ESOP selbst zu bilanzieren. Bezüglich Abfuhr der Lohnsteuer und der Lohnnebenkosten wird eine Rückstellungsbildung, in Analogie zum Sachverhalt der Kapitalbeteiligung unter 2.3.2.2., geboten sein.

2.3.2.2. Fall b – Vertragspartner Gesellschaft

Das ESOP wird zwischen der Gesellschaft selbst und den Begünstigten abgeschlossen. Der Verpflichtete aus dem ESOP ist also die GmbH selbst. Im Fall eines Exits sind die Begünstigten mit der vertraglich vereinbarten Summe aus den Mitteln der Gesellschaft abzufinden. Erfährt die Gesellschaft daher in diesem Fall eine direkte Belastung und ist diese nicht an die Gesellschafter ausgelagert (siehe sogleich Fall c – 2.3.2.3.) und sind sämtliche andere Voraussetzungen erfüllt, ist sowohl eine Rückstellung für die Exit Compensation als auch eine solche für die darauf entfallenden Lohnnebenkosten zu bilden.

2.3.2.3. Fall c – Vertragspartner Gesellschaft mit Weiterbelastung der Altgesellschafter

Wird der unter 2.3.2.2. dargestellte Sachverhalt um eine Nachschussverpflichtung der Altgesellschafter in Höhe der Exit Compensation erweitert, besteht ein Anspruch der Gesellschaft ggü den Gesellschaftern, diese Zahlung im Falle eines Exits zu leisten. Hinsichtlich der gebotenen Passivierung der Rückstellung bleiben die Voraussetzungen gleich wie im Ausgangssachverhalt. Fraglich ist jedoch, ob und wie eine derartige Verpflichtung der Gesellschafter im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss zu zeigen ist. In einem ersten Schritt hat dahingehend eine Abgrenzung zu erfolgen, ob die Geldleistung der Gesellschafter betrieblich veranlasst ist oder nicht. Liegt eine betriebliche Veranlassung vor, kommt im gegenständlichen Sachverhalt die Erfassung als Aufwandszuschuss in Betracht, liegt keine betriebliche Veranlassung, auch im Sinne

²⁴ Grundproblematik dieser Konstruktionen ist, dass Aufwand, der durch das Aufsetzen eines Incentivierungsprogramms in der Gesellschaft entsteht, regelmäßig nicht in der Gesellschaft abgebildet wird, näher zum Ganzen vgl *Hirschler*, Die Bilanzierung von Mitarbeiterbeteiligungen nach dem UGB und den IFRS, in *Berti et al* (Hrsg), Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht, Wiener Bilanzrechtstage 2009 (2009) 99, *Gewebler*, Work for Equity – vermeintliche Nutzungseinlage? SWK 11/2017, 603.

²⁵ Vgl *Schubert* in Beck Bil-Komm 249 Rz 30.

eines betrieblichen Leistungsaustausches, vor, ist eine Erfassung als Gesellschafterzuschuss denkbar.²⁶ Den genannten Voraussetzungen folgend liegt bei einer derartigen Zuschussvereinbarung ein Aufwandszuschuss vor, da die Exit Participation aufgrund der Unterstützung des Geschäftsbetriebs im Sinne der Arbeitsleistung gewährt wird. Dieser wird, bei hinreichender Konkretisierbarkeit, zum ertragswirksamen Ausweis einer Forderung führen. Von einer Sicherheit wird jedenfalls auszugehen sein, wenn spiegelbildlich die Voraussetzungen für die Rückstellungsbildung vorliegen und ein durchsetzbarer schuldrechtlicher Anspruch der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern besteht.²⁷ Im Effekt würden aufgrund des Saldierungsverbots des § 196 Abs 2 UGB in der Bilanz eine Forderung und eine Rückstellung in gleicher Höhe ausgewiesen werden, in der Gewinn- und Verlustrechnung wird ein Ertrag iZm der Forderung und ein Aufwand iZm mit der Dotierung der Rückstellung gezeigt. Liegt nach oben erörterten Bedingungen die Verpflichtung zur Bildung einer Rückstellung vor und besteht eine Forderung iZm der Weiterbelastungsverpflichtung der Altgesellschafter, stellt sich die Frage der möglichen Bildung einer Bewertungseinheit. Generell sieht § 201 Abs 2 Z 3 UGB den Grundsatz der Einzelbewertung und demnach den Ausweis der Forderung und der Rückstellung, wenngleich auch in selber Höhe, vor. Abweichungen von diesem Grundsatz können sich ergeben, wenn es sich um wirtschaftlich nachweisbare Sicherungsbeziehungen handelt.²⁸ Voraussetzung für die Bewertung als Einheit ist eine nachvollziehbare, sachliche und kausale Verknüpfung des Grundgeschäfts mit dem Sicherungsgeschäft.²⁹ Die Forderung gegenüber den Gesellschaftern auf Einzahlung der anteiligen Exit Compensation wird im Rahmen des Aufsetzens des ESOPs regelmäßig zeitgleich und darauf abgestimmt vereinbart. Eine derartige Verpflichtung trifft die Gesellschafter nur für den Fall, dass es überhaupt zu einem Exit kommt. Dahingehend kann eine nachvollziehbare, sachliche und kausale Verknüpfung dieser Sicherungsbeziehung uE bejaht werden. Zudem ist es Sinn und Zweck der Regelung, dass es auf Ebene der Gesellschaft zu keiner Belastung aus dem ESOP selbst kommt, sondern dass die Gesellschafter genau diese Belastung absichern. Ein Ausweis würde zwar dem Gebot der Einzelbewertung folgen, die Darstellung eines möglichst getreuen Bildes der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage im Sinne der Generalnorm kann aber nur durch ein Overriding iSd § 201 Abs 3 UGB des Erfordernisses der Einzelbewertung erreicht werden. Nur dann wird nämlich ein möglichst getreues Bild der Lage des Unternehmens, aufgrund der ohnehin nicht eintretenden Belastung, gezeigt. Overriding verlangt nach einer verpflichtenden Anhangangabe, die die Bildung begründet und den Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage darlegt. Wie schon im Zusammenhang mit der Rückstellungsbildung ausgeführt, sind Kleinstgesellschaften von der verpflichtenden Anhangerstellung uE befreit.

Zum bilanziell selben Ergebnis würde es führen, wenn man den rückstellungsbegründenden Sachverhalt nicht nur in seinen negativen Aspekten, sondern auch im Sinne positiver Merkmale berücksichtigt. Positive Aspekte sind solche, die die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme mindern, weil der Verpflichtete daraus nicht belastet wird.³⁰ Besteht demnach ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen zukünftiger Verbindlichkeit und zukünftiger Entlastung, gebietet es die vernünftige unternehmerische Beurteilung, dies in die Bewertung der Höhe der Rückstellung einfließen zu lassen. Voraussetzung dafür ist die hinreichende Sicherheit der Vorteile, wie sie zum Beispiel bei Regressansprüchen gegenüber Sublieferanten oder Versicherungsansprüchen bei Pro-

²⁶ Vgl AFRAC 6 Zuschüsse im öffentlichen Sektor, Rz 36.

²⁷ Vgl Winkeljohann/K. Hoffmann in Beck Bil-Komm 272 Rz 198.

²⁸ Vgl Christian/Schiebel in Hirschler, § 201 Rz 60.

²⁹ Vgl Urnik/Urtz/Rohn in Straube § 201 Rz 48 mwN und Verweis auf AFRAC 15 „Derivate und Sicherungsinstrumente“.

³⁰ Vgl Konecny in Hirschler, Bilanzrecht, § 211 Rz 38.

dukthaftpflicht- oder Gewährleistungsfällen anzutreffen sind.³¹ Gerade bei der Weiterbelastung bzw der Auslagerung der Ansprüche an die Altgesellschafter wären solche positiven Aspekte uE jedenfalls gegeben und zu berücksichtigen.

2.3.2.4. Problematik bei ESOPs: überwiegende Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme

Eine weitere zentrale Thematik beim Ansatz der Rückstellung ist die Notwendigkeit der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme. Bei vertraglichen Ansprüchen ist zwar davon auszugehen, dass der Begünstigte diese geltend macht, fraglich im Bereich ESOP ist aber, ob der vertragliche Anspruch überhaupt jemals zustande kommt. Werden nämlich die vertraglichen Voraussetzungen nicht erfüllt, erhält der Begünstigte keinerlei Anspruch auf Zahlung. Überwiegt die Wahrscheinlichkeit, wird eine Passivierung erforderlich sein.

Fraglich ist hierbei, zu welchem Zeitpunkt das der Fall ist: Bei virtuellen Beteiligungen, die an Unternehmenskennzahlen gebunden sind, wird eine bestmögliche Schätzung der Performance des begünstigten Mitarbeiters die einzige Möglichkeit sein, die Wahrscheinlichkeit zu schätzen. Bei ESOPs, die bei Unternehmensveräußerung oder Investoreneinstieg schlagend werden, ist zu untersuchen, in welchem Transaktionsstadium eine Rückstellungsbildung geboten ist. UE wird lediglich die Entscheidung für einen Investoreneinstieg oder einen Exit keine überwiegende Wahrscheinlichkeit darstellen. Auch bei bereits unterzeichnetem Non Disclosure Agreement (NDA) erscheint eine Rückstellungsbildung aufgrund der hohen Unsicherheit nicht überzeugend. Wurde hingegen zum Bilanzstichtag bereits eine Absichtserklärung unterzeichnet, befindet sich das Unternehmen schon in einer Due-Diligence-Phase oder liegt gar ein rechtsgültiger Vorvertrag auf, wird die überwiegende Wahrscheinlichkeit wohl vorliegen und eine Rückstellung zu passivieren sein.

Ist der Eintritt hingegen wenig wahrscheinlich und daher die Bildung einer Rückstellung nicht zulässig, könnte der Vermerk unter der Bilanz als Eventualverbindlichkeit gem § 199 UGB notwendig sein. Hiervon sind nur potentielle Verpflichtungen, bei denen mit einer erfolgreichen Inanspruchnahme im Zeitpunkt der Bilanzerstellung nicht gerechnet werden kann, umfasst.³² Die Bildung einer Bewertungseinheit hinsichtlich Eventualverbindlichkeit und Forderung ggü Gesellschaftern ist jedenfalls nicht möglich, da aufgrund des strengen Niederstwertprinzips die Forderung in diesem Stadium keinesfalls realisiert werden darf.

3. Ertragsteuerrechtliche Implikationen

3.1. Steuerliche Anerkennung von Verbindlichkeitsrückstellungen

Den Bestimmungen des § 9 EStG folgend können Rückstellungen dann gebildet werden, wenn mit dem Vorliegen oder Entstehen einer Verbindlichkeit ernsthaft zu rechnen ist. Der Rückstellungsbegriff des § 9 wird als eigener steuerlicher Rückstellungsbegriff gewertet³³, was dazu führt, dass für §-5-Abs-1-EStG-Ermittler das Maßgeblichkeitsprinzip nur insoweit greift, als keine Verbote zur Bildung in § 9 EStG vorgesehen sind. Demnach gilt für Rückstellungen für sonstige ungewisse Verbindlichkeiten iSd § 9 Abs 1 Z 3 EStG die unternehmensrechtliche Definition des § 198 Abs 8 Z 1 UGB.³⁴ Im Fall der Bildung einer Rückstellung in der Unternehmensbilanz ist der dadurch entstehende Aufwand

³¹ Vgl Leitner/Urnik/Urtz in Straube, § 201 Rz 20 mwN; aA AFRAC 27, Personalrückstellungen Rz 14 ff.

³² Vgl Adler/Düring/Schmaltz § 251 Rz 5; Wiehn in Beck HdB B 250 Rz 15 ff (Stand März 2010).

³³ ZB VwGH 26.7.2006, 2006/14/0106.

³⁴ So auch Laudacher in Jakom EStG (2018) § 9 Rz 8.

auch steuerlich anzuerkennen. Dies führt zu einer Minderung der steuerrechtlichen Bemessungsgrundlage. Auch die Bildung einer Bewertungseinheit ist steuerrechtlich, unter oben ausgeführten Voraussetzungen, zulässig.³⁵

3.2. Exkurs: Ermittlung des rückstellbaren Betrags – Unternehmenswert bei Start-ups

Die Ermittlung des rückzustellenden Betrags wird sich, abgesehen von der Variante der klassischen und der virtuellen Prämie, die aufgrund von zu erreichenden Unternehmenskennzahlen oder sonstigen Milestones ermittelt werden, vom Unternehmenswert ableiten, weil sich der steuerlich definierte Vorteil aus dem Dienstverhältnis anhand des Unterschiedsbetrages der verbilligten Anschaffungskosten der Beteiligung und deren anteiligem Verkehrswert definiert. In Abhängigkeit von der Höhe bemessen sich die darauf entfallende Lohnsteuer und die Lohnnebenkosten. Naturgemäß stellt die Bewertung von kürzlich gegründeten Unternehmen eine besondere Herausforderung dar.³⁶ Da uE nach der Ansatz einer Rückstellung erst zum Zeitpunkt der überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Exits relevant wird und in diesem Stadium zumindest näherungsweise ein Unternehmenswert vorliegt, wird sich die Höhe des rückzustellenden Betrags nach verlässlicher Schätzung iSd § 201 UGB an den vertraglich definierten Werten, im Sinne einer Bandbreite, ableiten lassen.

4. Conclusio

Wie gezeigt gestaltet sich die Beantwortung der Rückstellungsbildung, besonders im Zusammenhang mit ESOPs, schwierig, da aufgrund der zahlreichen Ausgestaltungsvarianten jedenfalls eine individuelle Betrachtung des zugrunde liegenden Sachverhalts zu erfolgen hat. Wird der unternehmensrechtliche Ansatz dem Grunde nach bejaht, ist es in Anbetracht der externen Absicherung und der Möglichkeit der Bildung einer Bewertungseinheit uE denkbar, auf einen Ansatz zu verzichten. Erfolgt ein Ansatz, wird aus ertragsteuerlicher Sicht aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips die Rückstellung anzuerkennen sein.

³⁵ Vgl. EStR 2000 Rz 2136.

³⁶ Siehe dazu zB Gutschelhofer, Die Beurteilung von Start-ups – Gratwanderung zwischen Bewertung und Begeisterung, in Brauneis/Fritz-Schmied/Kanduth-Kristen/Schuschnig/Schwarz, Bewertung von Unternehmen 80 ff.

Abzugsfähigkeit von Due-Diligence-Aufwendungen bei M&A-Prozessen

Ernst Komarek/Berndt Zinnöcker

Im Zusammenhang mit dem Erwerb von Unternehmen oder Unternehmensteilen fallen regelmäßig Kosten für betriebswirtschaftliche, zivilrechtliche und steuerrechtliche Beratung (Due-Diligence-Aufwendungen) an, die im Einzelfall einen bedeutenden Umfang erreichen können. Bei Betriebsprüfungen ist immer wieder strittig, ob diese Aufwendungen sofort abzugsfähige Betriebsausgaben darstellen oder zu den zu aktivierenden Anschaffungsnebenkosten des Beteiligungserwerbs zu rechnen sind. Der Beitrag geht – unter Berücksichtigung der bis dato ergangenen Rechtsprechung – auf die Frage ein, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen diese Aufwendungen zu den Anschaffungsnebenkosten gehören oder steuerlich sofort abzugsfähig sind, und liefert Hinweise für die Beratungspraxis.

1. Einleitung

Der Erwerb von Unternehmen und Beteiligungen bedarf im Vorfeld einer sorgfältigen Vorbereitung und umfangreicher Analysen. In der Regel gehen dem Kaufvertragsabschluss lange Verhandlungen voraus. Nicht zuletzt aufgrund der Business Judgment Rule¹ finden Unternehmensakquisitionen heute kaum mehr ohne die Durchführung einer Due Diligence statt. Im Vorfeld eines beabsichtigten Unternehmenskaufs werden häufig Gutachten in Auftrag gegeben, um die Sinnhaftigkeit des Erwerbs zu dokumentieren. Die Ergebnisse der Due Diligence stellen für die Geschäftsführung bzw. den Vorstand regelmäßig die Grundlage für oder gegen eine Transaktionsentscheidung dar. Der Due Diligence als kaufvorbereitender Prüfung des Zielunternehmens kommt demnach wesentliche Bedeutung zu.

In der Praxis stellt sich aus steuerlicher Sicht die Frage nach der Qualifizierung von Due-Diligence-Aufwendungen als zu aktivierende Anschaffungsnebenkosten eines Beteiligungserwerbs oder als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben im Vorfeld einer Akquisitionentscheidung. Der Beitrag behandelt die unterschiedlichen Ausgestaltungsformen und Zielsetzungen von Due-Diligence-Tätigkeiten sowie die Frage, unter welchen Voraussetzungen und ab welchem Zeitpunkt Anschaffungs(neben)kosten vorliegen. Zudem wird in Abhängigkeit von den erworbenen Targets (Kapitalanteil, Mitunternehmeranteil oder Einzelunternehmen) die steuerliche Behandlung von Due-Diligence-Kosten auf Ebene des Erwerbers dargelegt.

2. Due Diligence allgemein

Im Allgemeinen wird unter einer Due Diligence im Kontext von Unternehmenserwerben die gebotene Sorgfalt verstanden, mit der beim Kauf (oder Verkauf) von Unternehmensbeteiligungen das zu kaufende (oder zu verkaufende) Unternehmen im Vorfeld der Akquisition analysiert, geprüft und bewertet wird.²

¹ Die seit dem 1.1.2016 in § 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG verankerte Business Judgment Rule besagt, dass ein Vorstand/Geschäftsführer jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters/Geschäftsmannes handelt, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Bei Einhaltung dieser Vorgaben kommt eine Haftung gegenüber der Gesellschaft „jedenfalls“ nicht in Betracht. Man spricht von einem sicheren Hafen (*safe harbour*), der einen Vorstand bzw. Geschäftsführer von der Haftung (und auch der strafrechtlichen Verantwortung) befreit.

² Vgl. Brogányi in Althuber/Schopper (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence, Band 1 Legal⁴ (2014) 2.

Einkommensteuer 2019

Das **SWK-Spezial Einkommensteuer 2019** trägt zu einem den „klassischen“ einkommensteuerlichen Aspekten des JStG 2018 Rechnung und fasst zum anderen sonstige Highlights der ertragsteuerlichen Beratung des vorangegangenen Jahres praxisorientiert zusammen.

Es bildet einen Querschnitt aus Einkommensteuerrecht, allgemeinem Ertragsteuerrecht, internationalem Steuerrecht, Fragen im Zusammenhang mit Immobilien und Start-ups sowie konzernsteuerrechtlichen Problemstellungen. Es widmet sich damit sowohl Themen des JStG 2018, wie der neuen Hinzurechnungsbesteuerung in § 10a KStG, als auch aktuellen Brennpunkten aufgrund von Judikatur und Verwaltungspraxis, wie Luxusimmobilien und Renditemiete oder dem EStR-Wartungserlass im Zusammenhang mit Fruchtgenussrechten.

Beiträge zu laufenden Themen der Beratungspraxis des Jahres 2018 – zB Incentivierungsprogramme bei Start-ups und steuerliche Anerkennung von Rückstellungen für solche Programme, internationale bzw konzernale Fragestellungen zur Abzugsteuer bei Personalgestaltung sowie der Abzugsfähigkeit von Due-Diligence-Aufwendungen bei M&A-Prozessen – runden das SWK-Spezial ab.

Das Herausgeberteam:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Klaus Hirschler, StB, Wirtschaftsuniversität Wien; stellvertretender Vorsitzender des Fachsenats für Steuerrecht der KSW.

Univ.-Prof. Mag. Dr. Sabine Kanduth-Kristen, LL.M., StB, Alpen-Adria-Universität Klagenfurt; allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige für die Fachgruppe Steuer- und Rechnungswesen und Mitglied des Fachsenats der KSW.

Mag. Dr. Berndt Zinnöcker, StB/WP, Partner der BDO Austria GmbH in Wien; Leiter Competence Center Ertragsteuern der BDO Austria Gruppe und Vertreter der BDO Austria Gruppe im Global Private Client Service von BDO International.

Diesen Titel erhalten Sie auch **online** unter www.lindeonline.at

Impressum

Periodisches Medienwerk: Steuer- und Wirtschaftskartei. Grundlegende Richtung: Ergänzende Sammlung von Beiträgen zum Steuer-, Sozial- und Wirtschaftsrecht. Erscheint dreimal monatlich, Jahresabonnement (Print inkl. Online) 2019 EUR 360,- zzgl. MwSt. und Versandkosten. Auslandsversandspesen werden separat verrechnet. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das Abonnement automatisch zu den jeweils gültigen Konditionen auf ein Jahr weiter. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis jeweils spätestens 30. November schriftlich erfolgen. Nachdruck – auch auszugsweise – ist nur mit ausdrücklicher Bewilligung des Verlages gestattet. Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Fachzeitschrift trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Verlages oder Autors ausgeschlossen ist.

Für Publikationen in den Fachzeitschriften des Linde Verlags gelten die AGB für Autorinnen und Autoren ([abrufbar unter https://www.lindeverlag.at/agb](https://www.lindeverlag.at/agb)) sowie die Datenschutzerklärung ([abrufbar unter https://www.lindeverlag.at/datenschutz](https://www.lindeverlag.at/datenschutz)).

Medieninhaber, Herausgeber, Medienunternehmen:
Linde Verlag Ges.m.b.H.,
1210 Wien, Scheydgasse 24, PF 351
Telefon: +43 1 24 630 Serie; Telefax: +43 1 24 630-23 DW
E-Mail: office@lindeverlag.at; www.lindeverlag.at
DVR 0002356.
Rechtsform der Gesellschaft: Ges.m.b.H., Sitz: Wien

Firmenbuchnummer: 102235x
Firmenbuchgericht: Handelsgericht Wien, ARA-Lizenz-Nr.: 3991
Gesellschafter: Die Verlassenschaft nach Herrn Axel Jentzsch (mit 99 %) und Mag. Andreas Jentzsch (mit 1 %)
Mag. Klaus Kornherr
Geschäftsführer: Gabriele Hladik, Tel.: +43 1 24 630-19
Anzeigenverkauf und -beratung: E-Mail: gabriele.hladik@lindeverlag.at

P.b.b. – Verlagspostamt 1210 Wien – Erscheinungsort Wien
14Z040069 P

ISBN 978-3-7073-4056-3
ISSN 1027-7269

Herstellung
jentzsch+
wir müssen einfach drucken

Druckerei Hans Jentzsch & Co. GmbH
1210 Wien, Scheydgasse 31, Tel.: 01/2784216-0; office@jentzsch.at - www.jentzsch.at

Linde
www.lindeverlag.at

Hirschler | Kanduth-Kristen | Zinnöcker (Hrsg.)

SWK-SPEZIAL Einkommensteuer 2019

Linde
www.lindeverlag.at

94. Jahrgang / März 2019

SWK

Steuer- und Wirtschaftskartei

SWK-Spezial

Hirschler | Kanduth-Kristen | Zinnöcker (Hrsg.)

Einkommensteuer 2019

Mit aktuellen Fragen aus der KöSt

Einkünftezurechnung bei zwischengeschalteten Körperschaften

Kryptowährungen beim Einnahmen-Ausgaben-Rechner

Immobilienbesteuerung – von Fruchtgenuss bis Luxusmiete

Incentivierungsprogramme bei Start-ups

Due-Diligence-Aufwendungen bei M&A-Prozessen

Hinzurechnungsbesteuerung und Methodenwechsel