Incentivierungsprogramme bei Start-ups

Katharina Geweßler/Florian Steinhart

1. Ausgangslage

Da es Start-ups¹ in der Regel schwer haben, monetäre Anreize über die laufenden Bezüge für Mitarbeiter und andere für den wirtschaftlichen Erfolg mitverantwortliche Personen anzubieten, erfolgt eine entsprechende Incentivierung oft über die Einräumung von Beteiligungen am (künftigen) Unternehmenserfolg. Da es sowohl im GmbH-Gesellschaftsrecht als auch im Steuerrecht kaum zwingende gesetzliche Regelungen zu Incentive-Beteiligungen bei Start-ups gibt, ist zwar der Gestaltungsspielraum recht groß, allerdings in vielerlei Hinsicht auch mit Rechtsunsicherheit verbunden.

Dieser Beitrag befasst sich mit ausgewählten rechtlichen, ertragsteuerlichen² und sozialversicherungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Gestaltung von Incentive-Beteiligungen. Der Fokus liegt dabei auf Start-ups in der Rechtsform einer GmbH und dem Vergleich zwischen der Gewährung von (i) direkten (gesellschaftsrechtlichen) Beteiligungen, (ii) Optionen auf direkte Beteiligungen und (iii) virtuellen (schuldrechtlichen) Beteiligungen als Grundlage für die Incentivierung.³ Aufgrund der zahlreichen Ausgestaltungsmöglichkeiten von Incentive-Beteiligungen und der vielfältigen daran anknüpfenden Fragestellungen erhebt dieser Beitrag keinen Anspruch auf Vollständigkeit, er soll dem Leser allerdings einen guten Überblick über mögliche Gestaltungsvarianten und die damit jeweils zusammenhängenden Problematiken geben.

In formaler Hinsicht werden Incentive-Beteiligungen regelmäßig über allgemein gehaltene Programme – im Sinne von Rahmenvereinbarungen, die mit mehreren Begünstigten abgeschlossen werden – abgewickelt. Natürlich ist auch die Unterfertigung einer separaten Incentive-Vereinbarung mit jedem Begünstigten möglich (statt der Einrichtung eines Programms) oder die Aufnahme der Incentivierungsregelungen in den Arbeitsvertrag oder sonstigen Vertrag mit dem Begünstigten. Auch wenn dieser Beitrag von einer programmartigen Gewährung von Incentive-Beteiligungen ausgeht, sind die behandelten Thematiken von der Form der Gewährung weitestgehend unabhängig.

2. Begünstigte

Begünstigte eines Incentivierungsprogramms sind in der Regel (freie) Dienstnehmer, Organmitglieder (insb Geschäftsführer oder Beiräte/Aufsichtsräte) und externe Dienstleister (zB Berater). Die Einräumung von Incentive-Beteiligungen an Gesellschafter, insbesondere an Gesellschafter-Geschäftsführer, die in die Gestaltung des zugrunde liegenden Programmes involviert sind, ist aus unserer Sicht nicht optimal, weil es dabei schnell zu Interessenkollisionen im Zusammenhang mit der Festlegung der Bedingungen des Programms kommen kann und letztlich das Risiko besteht, dass nicht im

¹ Eine einheitliche Definition des Begriffes „Start-up“ existiert nicht. Im Rahmen dieses Beitrags werden darunter junge Unternehmen verstanden, die eine innovative Geschäftsidee verfolgen und großes Wachstumspotential haben.

² Eine Würdigung umsatzsteuerlicher Aspekte unterbleibt in diesem Beitrag.

³ Genussrechte, stille Beteiligungen, Kommanditbeteiligungen, partiarische Darlehen, Mitarbeiter-Poolgesellschaften und vergleichbare Instrumente, die eine Erfolgsbeteiligung vermitteln könnten, werden in diesem Beitrag nicht behandelt. Vgl zu unterschiedlichen Beteiligungsmöglichkeiten zB *Jabornegg*, Mitarbeiterbeteiligungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in *Achatz/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Mitarbeiterbeteiligung – Aktienoptionen (2002) 3 ff; *Kalss*, Mitarbeiterbeteiligungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner* (Hrsg), Mitarbeiterbeteiligungen in Österreich (2007) 119 ff.

besten Interesse der Gesellschaft gehandelt wird. Dies gilt natürlich auch für involvierte Berater, denen eine Incentive-Beteiligung eingeräumt werden soll. Auch das Thema einer potentiellen Einlagenrückgewähr ist bei der Einräumung von Incentive-Beteiligungen an Gesellschafter zu beachten (siehe dazu Punkt 9.3. unten).

3. Direkte Beteiligungen, Optionen und virtuelle Beteiligungen

Im Folgenden wird ein allgemeiner Überblick über die Besonderheiten und Unterschiede zwischen direkten Beteiligungen, Optionen auf direkte Beteiligungen und virtuellen Beteiligungen als Incentivierungsgrundlage gegeben.

3.1. Direkte Beteiligung

3.1.1. Rechtliche Beurteilung

Bei der Variante der direkten Beteiligung werden den Begünstigten durch Abtretung oder Kapitalerhöhung (echte) Gesellschaftsanteile gewährt. Dies erfordert einen Notariatsakt für den Abtretungsvertrag bzw die Übernahms- und Beitrittserklärung; bei Kapitalerhöhungen wird darüber hinaus ein notariell zu beurkundender Generalversammlungsbeschluss benötigt. In der Regel wird den Begünstigten dabei die gesamte Incentive-Beteiligung gleich zu Beginn der Vestingperiode gewährt, jedoch mit einer Rückübertragungsverpflichtung für nicht gevestete Anteile bei Beendigung des Vestings vor Ablauf der Vestingperiode (siehe dazu auch Punkt 8. unten).

Direkte Beteiligungen sind naturgemäß mit den gesetzlichen und gesellschaftsvertraglichen Rechten ausgestattet (insb Stimmrechten, Informations- und Einsichtsrechten und Dividendenansprüchen). Für den Regelfall bei Start-ups, dass es Gesellschaftervereinbarungen zwischen sämtlichen Gesellschaftern der Gesellschaft gibt, die zB Mitverkaufspflichten/-rechte, Erlösvorzugs-/Verwässerungsschutzregelungen oder Wettbewerbsverbote vorsehen, müssten die Begünstigten sinnvollerweise auch solchen Vereinbarungen beitreten.

Zu bedenken ist dabei jedenfalls, dass durch die Aufnahme neuer (Minderheits-)Gesellschafter nicht nur die laufende Administration der Gesellschaft erschwert wird, zB im Zusammenhang mit Umlaufbeschlüssen, Generalversammlungen oder der Ausübung von Informations- und Einsichtsrechten, sondern auch die zukünftige Finanzierung und letztlich der Exit der Gesellschaft, zB durch die Einbindung dieser (Minderheits-)Gesellschafter in künftige Anpassungen von Gesellschaftervereinbarungen iZm Finanzierungsrunden oder in die Verhandlungen der Vertragsdokumentation bei einem Exit. Mitverkaufsverpflichtungen (*Drag-along*-Rechte) gegenüber den Begünstigten, zB für den Fall eines Exit, bieten auch nur bedingt Abhilfe, weil die Durchsetzung solcher Rechte im Streitfall sehr langwierig sein kann und mit einiger Rechtsunsicherheit behaftet ist. Treuhandkonstruktionen, bei denen zB einer der bestehenden Gesellschafter die Incentive-Beteiligungen als Treuhänder für die Begünstigten hält, sind zwar möglich, aber aufgrund der Tatsache, dass die Auflösung einer Treuhandvereinbarung aus wichtigem Grund nicht wirksam ausgeschlossen werden kann, mit dem aus rechtlicher Sicht unangenehmen Risiko behaftet, dass durch eine solche Auflösung auf einen Schlag gegebenenfalls eine Vielzahl von neuen (kleinen) Gesellschaftern der Gesellschaft beitreten würde (mit den oben beschriebenen Konsequenzen).⁴

⁴ Für steuerliche Zwecke sind Treuhandschaften jedenfalls der Finanzverwaltung offenzulegen. Eine Einkünftezurechnung erfolgt grundsätzlich, den Prinzipien des wirtschaftlichen Eigentums folgend, beim Treugeber (vgl § 24 Abs 1 lit b iVm § 119 BAO).

3.1.2. Ertragsteuerrechtliche Beurteilung

Aus steuerrechtlicher Sicht führt die direkte Beteiligung in weiterer Folge zu Einkünften aus Kapitalvermögen iSd § 27 EStG: genauer zu Einkünften aus der Überlassung von Kapital im Fall des Dividendenbezugs und/oder Einkünften aus realisierten Wertsteigerungen im Veräußerungsfall. Einkünfte aus Kapitalvermögen unterliegen dem besonderen Steuersatz iHv 27,5 % (Kapitalertragsteuer).⁵ Bemessungsgrundlage der KEST sind die bezogenen Gewinnanteile beziehungsweise, im Falle der Veräußerung der Anteile, die Einkünfte aus der realisierten Wertsteigerung (= Veräußerungserlös abzüglich steuerlicher Anschaffungskosten). Bei inländischen Einkünften aus Kapitalvermögen, dh unter anderem bei Dividenden aus der Beteiligung an einer inländischen Kapitalgesellschaft, wird die Steuer grundsätzlich durch Steuerabzug/-einbehalt der ausschüttenden Kapitalgesellschaft erhoben.⁶ Steuerschuldner der Kapitalertragsteuer ist jedoch der Empfänger, im Falle von Incentive-Beteiligungen somit der Begünstigte. Der Abzug der KEST vermittelt Endbesteuerungswirkung, es erfolgt daher keine Aufnahme in die individuelle Steuererklärung des Begünstigten. Kommt es zu einer Anteilsveräußerung der GmbH-Beteiligung ist zwar auch der besondere Steuersatz iHv 27,5 % anzuwenden, die Kapitalertragsteuer wird in diesem Fall allerdings nicht durch KEST-Abzug erhoben, sondern ist im Wege der Veranlagung abzuführen.

Bezüglich der Frage in welcher Form dem Begünstigten die direkte Beteiligung gewährt wird, dh mittels Anteilsabtretung oder Kapitalerhöhung, ist aus steuerlicher Sicht die Kapitalerhöhung zu bevorzugen. Bei einer Anteilsabtretung besteht das Risiko, dass bei den abtretenden Gesellschaftern trotz in der Regel vereinbarter sehr geringer Abtretungspreise (zB Nominale) oder auch bei Unentgeltlichkeit der Abtretung als Bemessungsgrundlage für die Kapitalertragsteuer der Verkehrswert der Anteile herangezogen wird, was bei den abtretenden Gesellschaftern zur Veräußerungsbesteuerung führen könnte. Wird hingegen eine Kapitalerhöhung vorgenommen, kommt es uE keinesfalls zu einer steuerlichen Anteilsveräußerung.⁷ Auch der dahingehend von den bestehenden Gesellschaftern vorzunehmende Bezugsrechtverzicht stellt keinen steuerbaren Vorgang dar.⁸ Da allerdings beide Varianten (Abtretung/Kapitalerhöhung) im Wesentlichen zum gleichen (wirtschaftlichen) Ergebnis führen – lediglich in einer technisch anderen Art und Weise – sollten uE auch unentgeltliche Anteilsabtretungen oder solche zum Nominalwert in diesen Fällen nicht zum Anfallen von Kapitalertragsteuer bei den bestehenden Gesellschaftern führen.

Unabhängig davon, ob der Beteiligungserwerb mittels Anteilsabtretung oder Kapitalerhöhung erfolgt, kann es auf Seiten von Begünstigten, die Dienstnehmer sind, zu einem geldwerten Vorteil in der Form eines Sachbezuges kommen, der zu Einkünften aus nicht selbständiger Arbeit gem § 25 EStG führt.⁹ Um den Begünstigten einen entsprechenden Anreiz zu bieten, wird die Gewährung der Anteile nämlich in aller Regel nicht fremdüblich bemessen am Verkehrswert erfolgen, sondern unterpreisig oder unentgeltlich. Der Unterschiedsbetrag aus den verbilligten Anschaffungskosten der Beteiligung und deren anteiligem Verkehrswert¹⁰ stellt dann einen steuerpflichtigen Teil des Entgelts dar (= geldwerter Vorteil), der je nach individuellem Einkommen des Begünstigten dem progressiven Tarif von bis zu 55 % unterliegt. Das bedeutet, dass im Zeitpunkt der Gewährung der Incentive-Beteiligung bereits (uU hohe) Steuerbeträge

⁵ Eine Option zur Regelbesteuerung ist gem § 27a Abs 5 EStG möglich.
⁶ Vgl §§ 93 ff EStG.

⁷ So auch *Ursprung-Steindl in Lang et al (Hrsg), Aktuelle Fragen des Unternehmenskaufs, Unternehmenserwerb mittels Kapitalerhöhung* 48 ff.

⁸ Vgl dazu *Fraberger, Steuerlich relevante Klauseln im und rund um den Kaufvertrag, in Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter (Hrsg), Handbuch Mergers & Acquisitions* 317.

⁹ Vorausgesetzt es liegen Einkunftsarten des § 2 Abs 3 Z 4 bis 7 EStG vor.

¹⁰ Vgl § 7 SachbezugsverwertVO.

und sonstige Abgaben abgeführt werden müssten, mit dem – gerade bei Start-ups – (hohen) Risiko, dass es aus der Beteiligung niemals Rückflüsse geben wird. Dazu kommt, dass oft weder das Start-up noch der Begünstigte über die notwendige Liquidität verfügen, um die entsprechenden Beträge zu bezahlen. Vor allem bei bereits hohen Unternehmenswerten erscheint die direkte Kapitalbeteiligung damit aus steuerlicher Sicht wenig attraktiv.

Zu beachten gilt in diesem Zusammenhang die Steuerbefreiung nach § 3 Abs 1 Z 15 lit b EStG iHv 3.000 EUR jährlich für die unentgeltliche oder verbilligte Abgabe von Kapitalanteilen am Unternehmen des Arbeitgebers. Um in den Genuss dieser Begünstigung zu kommen, muss der Arbeitgeber die Anteile allen oder bestimmten Gruppen¹¹ von Arbeitnehmern¹² gewähren und der Anteil muss vom Begünstigten mindestens im Jahr der Gewährung und den nachfolgenden fünf Kalenderjahren gehalten werden. Grundsätzlich hat sonst im Fall der vorzeitigen Veräußerung eine Nachversteuerung zu erfolgen.

Erfolgt die Vorteilszuwendung an Personen, die in keinem echten Dienstverhältnis zur Gesellschaft stehen, zB an externe Berater oder sonstige Dienstleister, die ihre Leistungen über einen Werk- oder freien Dienstvertrag erbringen, hat die Erfassung des Vorteils über die Betriebseinnahmen zu erfolgen. Die Steuerbefreiung des § 3 EStG steht nicht zu.

Darauf hinzuweisen ist, dass auch wenn mit einer Incentive-Beteiligung eine Rückübertragungsverpflichtung für letztlich nicht gevestete Anteile verbunden ist (siehe oben Punkt 3.1.1.) der Zufluss beim Begünstigten und damit die Vorteilszuwendung und Besteuerung im Zeitpunkt des Anteilserwerbs erfolgt und nicht erst mit dem jeweiligen Vestingzeitpunkt.¹³

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aus steuerlicher Sicht die Gewährung von direkten Beteiligungen als Incentivierungsinstrument in der Regel nur bei geringem Unternehmenswert des Start-ups, bspw in der Gründungsphase, interessant sein wird. Bezüglich der wichtigen Frage, wie der steuerlich relevante Unternehmenswert ermittelt wird, wird auf die einschlägige Literatur¹⁴ und Rsp verwiesen.

3.1.3. Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung

Für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Zuflüsse aus Incentive-Beteiligungen ist in einem ersten Schritt festzustellen, welcher Versicherungspflicht der Begünstigte unterliegt. Dienstnehmer unterliegen der Versicherungspflicht nach dem ASVG. Freie Dienstnehmer können sowohl dem ASVG als auch dem GSVG unterliegen.¹⁵ Aufsichtsräte/Beiräte¹⁶, externe Berater und sonstige Dienstleister sind hingegen in der Regel nach dem GSVG versicherungspflichtig. Je nachdem welcher Versicherungspflicht der Begünstigte unterliegt, hat das Start-up sozialversicherungsrechtliche Beiträge abzuführen (ASVG) oder ist der Begünstigte selbst dafür verantwortlich (GSVG).

¹¹ Wobei hierbei gem den LStR 2002 darauf zu achten ist, dass leitende Angestellte nicht unter den Gruppenbegriff fallen, der erfüllt werden muss; LStR 2002 Rz 1076.

¹² Die Steuerbefreiung steht freien Dienstnehmer nicht zu, vgl § 47 EStG.

¹³ Vgl dazu auch LStR 2002 Rz 10090a; scheidet der Begünstigte dann vor dem (vollen) Vesting aus und kommt es zur Rückübertragung, liegt bei Dienstnehmern eine Rückzahlung des Arbeitslohns in Höhe des ursprünglich gewährten Vorteils vor, die als Werbungskosten gem § 16 Abs 2 EStG zu berücksichtigen ist. Bei Begünstigten, bei denen kein Dienstverhältnis vorliegt (zB externen Beratern), wird dahingehend analog eine Betriebsausgabe vorliegen.

¹⁴ Näher dazu zB *Gutschelhofer, Die Beurteilung von Start-ups – Gratwanderung zwischen Bewertung und Begeisterung, in Brauneis/Fritz-Schmied/Kanduth-Kristen/Schuschnig/Schwarz (Hrsg), Bewertung von Unternehmen* 80 ff.

¹⁵ Vgl *Müller, SWK-Spezial Lohnverrechnung 2018, Freie Dienstverträge und Werkverträge* Rz 2.

¹⁶ VwGH 18.12.2003, 2000/08/0068.

Die Beitragsbemessung im ASVG erfolgt anhand des weit gefassten Entgeltbegriffs des § 49 ASVG. Demnach haben auch Sachleistungen Entgeltcharakter, wenn sie nach der Verkehrsauffassung dazu geeignet und bestimmt sind, die erbrachte Arbeitsleistung abzugelten.¹⁷ Die Bewertung dieser Bezüge erfolgt unter Berücksichtigung allfälliger Steuerbefreiungen nach dem EStG. Daher ist auch im Bereich der Sozialversicherung die oben genannte Steuerbefreiung für die Abgabe von Kapitalanteilen an Arbeitnehmer einschlägig. Ausschüttungen auf Kapitalanteile sind im ASVG beitragsfrei.¹⁸ Die Mindest- und Höchstbeitragsgrundlagen sind für die Berechnung der Versicherungspflicht jedenfalls zu beachten. Aus der Incentivierung mittels direkter Beteiligung können sich demnach Zahlungspflichten nach dem ASVG ergeben, soweit ein geldwerter Vorteil aus dem Dienstverhältnis vorliegt.

Besteht Sozialversicherungspflicht nach dem GSVG sind grundsätzlich sämtliche Einkünfte, darunter fallen auch Gegenleistungen im Sinne von geldwerten Vorteilen, als Beitragsgrundlage zu berücksichtigen.

3.2. Anteilsoptionen

3.2.1. Rechtliche Beurteilung

Eine Incentivierung kann auch durch die Einräumung von Optionsrechten auf den Erwerb von direkten Beteiligungen erfolgen.¹⁹ Dies hat aus Sicht der bestehenden Gesellschafter den Vorteil, dass die Optionsberechtigten zumindest erst bei Ausübung der Option zu Gesellschaftern werden. Damit werden die oben im Zusammenhang mit direkten Beteiligungen beschriebenen Problematiken zwar in die Zukunft verschoben, aber auch nicht zur Gänze gelöst. Spätestens beim Exit müsste die Option jedenfalls ausübbar sein; sofern der Begünstigte an laufenden Dividenden beteiligt werden soll, sogar schon früher.

Der Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft oder das Schaffen von (genehmigtem) bedingtem Kapital zur Unterlegung von Anteilsoptionen für Mitarbeiter oder Organmitglieder ist im GmbH-Recht, anders als im Aktienrecht (siehe § 65 Abs 1 Z 4 AktG und § 159 Abs 2 Z 3 AktG), nicht explizit vorgesehen. Die Unterlegung von Optionsrechten mit zulässigerweise von der Gesellschaft gemäß § 81 GmbHG erworbenen eigenen Anteilen erscheint zwar möglich,²⁰ ist aber in der Praxis – wohl aufgrund der damit verbundenen Komplexität und Rechtsunsicherheit – nicht üblich.

3.2.2. Ertragsteuerrechtliche Beurteilung

Steuerlich muss zwischen gesperrten und freien Optionen unterschieden werden. Als gesperrte Optionen gelten solche, die dem Begünstigten keine uneingeschränkte Verfügungsmacht über diese vermitteln.²¹ Der Begünstigte erwirbt im Moment der Zuteilung der Option lediglich ein Anwartschaftsrecht. Dies allein löst, aufgrund der mangelnden Wirtschaftsguteigenschaft, noch keinen Zufluss und damit keine Besteuerungspflicht aus. Erst wenn die Option ausgeübt wird, erfolgt auch die Besteuerung als geldwerter Vorteil. Der geldwerte Vorteil berechnet sich analog den Ausführungen zur direkten Ka-

¹⁷ Dazu ua VwGH 3.10.2002, 2002/08/0162.

¹⁸ Vgl zB Steiger, Die einkommensteuerliche und sozialversicherungsrechtliche Einstufung von Geschäftsführern, taxlex 2016, 347.

¹⁹ Die Anteilsgewährung nach Optionsausübung kann wiederum mittels Abtretung oder Kapitalerhöhung erfolgen.

²⁰ Vgl H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 81 Rz 82.

²¹ ZB Haunold, Die steuerliche Behandlung von Stock Options beim Dienstnehmer, SWK 2001, S 55.

pitalbeteiligung,²² gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Steuerbefreiung gem § 3 Abs 1 Z 15 lit c EStG. Das Verschieben der direkten Beteiligung eines Begünstigten in die Zukunft mittels Einräumung einer gesperrten Option, bringt – aufgrund des damit in der Regel einhergehenden steigenden Unternehmenswerts – bei Optionsausübung keine steuerlichen Vorteile für den Begünstigten, weil der geldwerte Vorteil (erst) im Zeitpunkt des Zuflusses bewertet und besteuert wird (mit bis zu 55 %). Damit bietet eine gesperrte Option letztlich – jedenfalls wenn sie im Exit-Zeitpunkt ausgeübt wird und die Anteile unmittelbar weiterveräußert werden – steuerlich auch keine besonderen Vorteile mehr gegenüber einer virtuellen Beteiligung.²³

Alternativ könnten freie Optionen gewährt werden. Eine freie Option zeichnet sich durch ihre jederzeitige Ausübbarkeit aus. Darüber hinaus muss der Begünstigte die Option wie ein Wirtschaftsgut²⁴ jederzeit frei und demnach auch an Dritte übertragen können und darf dabei grundsätzlich keinen Beschränkungen unterliegen. Die Restriktion der eingeschränkten Übertragbarkeit während der Vestingperiode schadet dieser Qualifikation jedoch nicht, sofern die Option ab dem Zeitpunkt, in dem sie gevestet ist, uneingeschränkt übertragbar wird.²⁵ Durch den Charakter der freien Option gilt diese als geldwerter Vorteil im Zeitpunkt der Einräumung. Es erfolgt daher in diesem Zeitpunkt ein fingierter Zufluss beim Begünstigten bemessen am anteiligen Unternehmenswert.²⁶ Da die Besteuerung bereits im Zuteilungszeitpunkt und nicht erst im Ausübungszeitpunkt erfolgt, ergeben sich aus steuerlicher Sicht die gleichen Themen wie bei einem direkten Beteiligungserwerb. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang, dass gerade bei Start-ups der Gesellschafterkreis nicht wahllos wechseln soll. Aus diesem Grund kommt freien Anteilsoptionen als Incentivierungsinstrument für Start-ups in der Praxis auch keine große Bedeutung zu.

3.2.3. Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung

Bezüglich der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung von Anteilsoptionen kann auf die Ausführungen unter Punkt 3.1.3. verwiesen werden, die sinngemäß zur Anwendung kommen.

3.3. Virtuelle Beteiligungen

3.3.1. Rechtliche Beurteilung

Die Bezeichnung von virtuellen Beteiligungen in der Praxis ist vielfältig; gängige Begriffe sind Phantom Shares, Virtual Shares und Exit/Dividend Participation Rights. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um vertraglich gestaltbare Rechte. Insofern steht nicht die Bezeichnung, sondern die inhaltliche Ausgestaltung im Vordergrund, die individuell verschieden sein kann.²⁷ Mit der Einräumung einer virtuellen Beteiligung erwirbt der

²² Bei gesperrten Optionen ist nicht die Option selbst zu bewerten, sondern das durch die Optionsausübung erworbene Beteiligungsrecht (gemeiner Wert der Beteiligung abzüglich dem Ausübungspreis).

²³ Vorteilhaft wird eine gesperrte Option nur dann sein, wenn nach Ausübung der Option die erworbenen GmbH-Anteile vom Begünstigten weiterhin gehalten und in der Folge Dividenden ausgeschüttet werden oder es zu einer weiteren Wertsteigerung der Anteile kommt. Diese Dividenden und Wertsteigerungen unterliegen dann jeweils wiederum der KEST (27,5 %).

²⁴ Lenneis in Jakom¹¹ § 15 Rz 29.

²⁵ Siehe dazu auch die Ausführungen in FN 13, die sinngemäß auch für freie Optionen gelten.

²⁶ Steuerbemessungsgrundlage für den Wert der Option ist bei freien Optionen der gemeine Wert der Option, der sich bei nicht börsennotierten Gesellschaften unter Berücksichtigung des inneren Wertes und des Zeitwerts ermittelt; dazu § 7 SachbezugsVO BGBl II 2001/416, wonach sich der innere Wert der Option anhand der Differenz zwischen dem gemeinen Wert der Beteiligung und dem Ausübungspreis definiert.

²⁷ Da dem Begünstigten somit weder eine direkte Beteiligung noch ein Anspruch auf den Erhalt einer solchen eingeräumt wird, ist die Verwendung des Begriffs „Share“ in diesem Zusammenhang aus unserer Sicht nicht optimal, weil er zu einer falschen Vorstellung bei den Begünstigten führen kann.

Begünstigte in der Regel einen Zahlungsanspruch gegen die Gesellschaft (oder die Gesellschafter), dessen Höhe sich nach bestimmten Parametern, zB Erlösen aus einem Anteilsverkauf der Gesellschafter oder Dividendenausschüttungen, bemisst. Kommt es zu einem Zahlungsfall, wird abhängig von den jeweiligen dem Zahlungsfall zugrunde liegenden Beträgen und der Höhe der virtuellen Beteiligung des Begünstigten, der Zahlungsanspruch ermittelt. Die virtuelle Beteiligung wird oftmals als virtueller Nominalbetrag, der sich am Stammkapital der Gesellschaft orientiert, eingeräumt. Dieser kann dabei zum tatsächlichen Stammkapital oder zum virtuell erhöhten Stammkapital in Verhältnis gesetzt werden.²⁸ Dem Begünstigten kommen in diesem Fall keinerlei gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Gesellschafterrechte zu. Der Zahlungsanspruch des Begünstigten basiert auf einer rein schuldrechtlichen Vereinbarung. Begrenzte Informationsrechte des Begünstigten, die zB die Verwässerung seines virtuellen Anteils iZm künftigen Finanzierungsrunden der Gesellschaft betreffen, sind allerdings üblich.

Die Gewährung von virtuellen Beteiligungen an Begünstigte erfolgt regelmäßig durch die Unterfertigung eines Zertifikats durch den Begünstigten und die Gesellschaft, dem die Programmbedingungen angefügt werden. Ein Notariatsakt ist nicht erforderlich. In einem solchen Zertifikat können auch individuell mit einem Begünstigten vom allgemeinen Programm abweichende Regelungen vereinbart werden.

3.3.2. Ertragsteuerrechtliche Beurteilung

Aus ertragsteuerlicher Perspektive stellen Zahlungen im Zusammenhang mit einer virtuellen Beteiligung eine Form der erfolgsabhängigen Vergütung dar. Liegt neben der schuldrechtlichen Beziehung aus dem Incentivierungsprogramm auch ein Arbeitsverhältnis zwischen Gesellschaft und Begünstigtem vor, sind solche Zahlungen als sonstige Bezüge iSd § 67 EStG zu qualifizieren. Sonstige Bezüge sind demnach jene, die der Arbeitnehmer neben dem laufenden Arbeitslohn von demselben Arbeitgeber erhält.²⁹ Liegt kein Arbeitsverhältnis zugrunde, also zum Beispiel bei Projektmitarbeitern oder Beratern, die auf Werkvertragsbasis oder im Zuge eines freien Dienstverhältnisses beschäftigt sind, erfolgt die Besteuerung zum individuellen Tarif beim Begünstigten.

Darauf zu achten ist, dass die virtuelle Beteiligung derart ausgestaltet wird, dass dem Begünstigten – wie bei einer gesperrten Anteilsoption – keine uneingeschränkte Verfügungsmacht zukommt, um zu vermeiden, dass bereits bei Einräumung der virtuellen Beteiligung Steuer anfallen könnte. Die virtuelle Beteiligung sollte daher für den Begünstigten insbesondere nicht frei übertragbar („handelbar“) sein.

3.3.3. Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung

Sozialversicherungsrechtlich sind erfolgsabhängige Vergütungen eine Form der Prämie, die vom Dienstgeber den Begünstigten für bestimmte Tätigkeiten und für deren Zugehörigkeitsdauer gewährt werden. Auch Prämien zählen zum Entgelt und unterliegen daher der Versicherungspflicht nach dem ASVG.³⁰ Liegt eine Versicherungspflicht

²⁸ Soll einem Begünstigten bspw eine virtuelle Beteiligung an der Gesellschaft von 5 % eingeräumt werden, müsste er bei einem Stammkapital von 35.000 EUR einen virtuellen Nominalbetrag von 1.750 EUR (bezogen auf das tatsächliche Stammkapital von 35.000 EUR) oder 1.842 EUR (bezogen auf ein virtuell erhöhtes Stammkapital von 36.842 EUR) erhalten. In der Praxis üblicher ist es, auf das virtuell erhöhte Stammkapital abzustellen. Wirtschaftlich sollten die beiden Berechnungsmethoden jedenfalls zum selben Ergebnis führen.

²⁹ Dazu zählen auch der 13. und der 14. Monatsbezug. Sonstige Bezüge können im Ausmaß von zwei durchschnittlichen Monatsbezügen (= Jahressechstel) begünstigt abgerechnet werden. Der Vorteil aus der unentgeltlichen oder verbilligten Abgabe von Kapitalanteilen am Unternehmen des Arbeitgebers erhöht als sonstiger Bezug das Jahressechstel nicht; der Bezug wird aber auch nicht auf das Jahressechstel angerechnet, was dazu führt, dass die begünstigte Besteuerung für den 13. und den 14. Bezug in vollem Umfang erhalten bleibt (vgl LStR 2002 Rz 86).

³⁰ Vgl Blume in ASVG⁹ § 49 Rz 56, zur Abgrenzung zur sozialversicherungsrechtlichen Sonderzahlung siehe zB Shubshizky, ASoK 2009, 278.

nach dem GSVG vor, stellen die Bezüge aus virtuellen Beteiligungen ebenfalls einen Teil der Bemessungsgrundlage für die Sozialversicherungsabgaben dar.

4. Einrichtungsebene

4.1. Direkte Beteiligungen und Anteilsoptionen

Eine Incentivierung mittels direkter Beteiligung oder Anteilsoptionen kann bei der GmbH – mit Ausnahme des in Punkt 3.2.1. erwähnten Spezialfalls des Erwerbs eigener Anteile durch die Gesellschaft – grundsätzlich nur über die Gesellschafterebene erfolgen. Dafür bedarf es jedenfalls auch einer Gesellschaftervereinbarung, in der insb die Verpflichtungen zur Anteilsabtretung bzw zur Beschlussfassung über notwendige Kapitalerhöhungen (unter Bezugsrechtsverzicht) geregelt werden.

4.2. Virtuelle Beteiligungen

Eine Incentivierung mittels virtueller Beteiligung kann dagegen sowohl auf Gesellschafts- als auch auf Gesellschafterebene implementiert werden. Da der Begünstigte die entsprechende Arbeits-/Gegenleistung für die Incentive-Beteiligung normalerweise für die Gesellschaft erbringen soll, ist es aus unserer Sicht jedoch nicht ideal, wenn die Incentive-Vereinbarung zwischen anderen Vertragspartnern als dem Begünstigten und der Gesellschaft selbst abgeschlossen wird. Der Regelfall ist in der Praxis auch, dass das Programm auf Ebene der Gesellschaft eingerichtet und von dieser gegenüber den Begünstigten bedient wird. Die Zahlungen unter dem Programm werden somit nur mittelbar (wirtschaftlich) von den Gesellschaftern getragen. Dementsprechend ist eine Verpflichtung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft empfehlenswert, wonach sichergestellt wird, dass der Gesellschaft für den Fall, dass das den Zahlungsfall auslösende Ereignis ein Verkauf von Anteilen an der Gesellschaft ist, dieser ausreichend Liquidität zur Bedienung der Zahlungsansprüche zur Verfügung gestellt wird (von den Gesellschaftern oder von dritter Seite); die Gegenleistung aus dem Anteilsverkauf fließt eben nicht in die Gesellschaft, sondern an die verkaufenden Gesellschafter.

Eine von Zeit zu Zeit anzutreffende Gestaltungsvariante ist, dass das Programm zwar auf Ebene der Gesellschaft aufgesetzt wird, sich jedoch einzelne Gesellschafter (in der Regel die Gründer) dazu verpflichten, die Gesellschaft und/oder die anderen Gesellschafter wirtschaftlich für die mit den Zahlungen unter dem Programm zusammenhängenden Kosten (inkl Lohnnebenkosten) schad- und klaglos zu halten. Eine solche Konstruktion ist nicht optimal. Insbesondere sollte nicht unterschätzt werden, dass dadurch im Zusammenhang mit der Abwicklung der Zahlungen unter dem Programm unterschiedliche Interessen der Gesellschafter, die solche Zahlungen wirtschaftlich zu tragen haben und derjenigen, die damit nicht belastet werden sollen, entstehen. Im Worst Case müssten die „belasteten“ Gesellschafter der Gesellschaft zB im Zuge eines Anteilsverkaufs oder im Rahmen von Gewinnausschüttungen erhaltenes, bereits der Besteuerung unterliegendes Kapital zuschießen. Ein nicht von allen Gesellschaftern mittelbar getragenes Programm erhöht zudem die Komplexität künftiger Finanzierungsrunden und des Exit der Gesellschaft.

Die Einrichtung eines Incentivierungsprogramms auf Ebene der Gesellschaft bedarf grundsätzlich eines Gesellschafterbeschlusses. Wenn dies nicht ohnehin bereits als zustimmungspflichtige Maßnahme der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder einer Gesellschaftervereinbarung vorgesehen ist, dann wohl jedenfalls als außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahme. Die Kompetenzen für die anschließende Zuteilung von Rechten unter dem Programm an Begünstigte sollten klar geregelt werden. Üblicherweise obliegt diese der Geschäftsführung mit Zustimmung des Beirats/

Aufsichtsrats oder der Gesellschafter. Auch eine Vorabgenehmigung eines gewissen Zuteilungspools, in dem die Geschäftsführung bei der Zuteilung frei ist, ist natürlich möglich.

4.3. Ertragsteuerliche Beurteilung

Für die ertragsteuerliche Beurteilung beim Begünstigten ist es grundsätzlich irrelevant ob die Vorteilsgewährung unmittelbar durch die Gesellschaft selbst oder durch einen Dritten, zB durch einen Gesellschafter erfolgt.³¹

Bei virtuellen Beteiligungen die von der Gesellschaft getragen werden, stellen die Zahlungen an die Begünstigten jedenfalls Betriebsausgaben dar, die das steuerliche Ergebnis mindern.

4.4. Sozialversicherungsrechtliche Beurteilung

Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung folgt dem Grunde nach der steuerrechtlichen Einordnung. Zur Beitragsgrundlage des ASVG zählt nicht nur das Entgelt, das der Versicherte von seinem Dienstgeber direkt beansprucht, sondern auch das, was der Dienstnehmer aufgrund des Dienstverhältnisses von einem Dritten erhält, sofern die vom Dritten gewährte Zuwendung für eine vom Dienstnehmer erbrachte (oder noch zu erbringende) Leistung erfolgt, die nicht nur die Interessen des Dritten, sondern auch die betriebsbezogenen Eigeninteressen des Dienstgebers fördert.³² Dies wird im Zusammenhang mit der Gewährung von Incentive-Beteiligungen regelmäßig der Fall sein. Selbiges gilt für freie Dienstnehmer, die dem ASVG unterliegen. Liegt Versicherungspflicht nach dem GSVG vor, stellen die Bezüge aus virtuellen Beteiligungen ebenfalls einen Teil der Bemessungsgrundlage für die Sozialversicherungsabgaben dar. Ob die Auszahlung demnach über die Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst erfolgt, ist irrelevant.

5. Volumen des Programmes

Die Höhe des für Incentivierungen zur Verfügung stehenden (virtuellen) Beteiligungspools beträgt in der Praxis regelmäßig zwischen 5 % und 10 % des Stammkapitals der Gesellschaft. Wichtig ist es, klar zu regeln, ob der Beteiligungspool im Zuge künftiger Finanzierungsrunden der Gesellschaft (insb bei Kapitalerhöhungen) nachgezogen werden (zB immer auf 10 %) oder als Gesamtes verwässern soll. Individuelle Incentive-Beteiligungen der Begünstigten sollten bei künftigen Finanzierungsrunden der Gesellschaft jedenfalls mitverwässern, wenn es keinen besonderen Grund für eine Ausnahme gibt.

6. Zahlungs-/Optionsausübungsfälle

Zahlungen auf virtuelle Beteiligungen sowie die Ausübung von Optionen auf den Erwerb von direkten Beteiligungen sind oftmals an den Eintritt eines Exit oder die Ausschüttung von Dividenden gekoppelt (sog Trigger-Events). Der Definition des Exit kommt dabei große Bedeutung zu. Regelmäßig wird dieser als Verkauf einer einfachen (50 %+) oder qualifizierten Mehrheit (75 %+) der Anteile an der Gesellschaft definiert (*Share Deal*). Bei virtuellen Beteiligungen ist es dabei wichtig zu regeln, ob der Verkauf von unter 100 % der Anteile zu einer gänzlichen oder eben auch nur zu einer aliquoten Abschichtung der virtuellen Beteiligung führen soll; aus Sicht der Gesellschaft wäre in einem solchen Fall ein Vollabschichtungsrecht (aber keine -pflicht) empfehlenswert.

³¹ Vgl zur Vorteilsgewährung bei der AG *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG § 25 Tz 6 f.

³² Vgl VwGH 20.9.2000, 95/08/0052; 15.10.2003, 2000/08/0044.

Der Verkauf von wesentlichen Vermögensgegenständen der Gesellschaft (*Asset Deal*) wird üblicherweise nicht als eigener Trigger-Event erfasst, sondern wird über die gegebenenfalls daraus resultierenden Dividendenausschüttungen mit abgedeckt.

7. Ausübungspreis

Üblicherweise werden Incentive-Beteiligungen den Begünstigten unentgeltlich gewährt. Die Gewährung von direkten Beteiligungen erfolgt regelmäßig auch zum Nominalwert der Beteiligung. Bei virtuellen Beteiligungen und Optionen auf direkte Beteiligungen ist auch die Festlegung eines Ausübungspreises (*strike price*) möglich; damit profitiert der Begünstigte nur von Wertsteigerungen, die über den Ausübungspreis hinausgehen. Die Festsetzung eines Ausübungspreises ist – bei im Rahmen dieses Beitrages beleuchteten Start-up-Incentivierungsprogrammen – aber eher die Ausnahme.

8. Anwachsung (Vesting), Good/Bad Leaver

Incentive-Beteiligungen werden in aller Regel für künftig zu erbringende Leistungen der Begünstigten gewährt. Die Beteiligung muss somit erst „erarbeitet“ werden und dadurch „anwachsen“. Dabei wird üblicherweise an ein (freies) Dienstverhältnis oder das Innehaben einer Organfunktion (Geschäftsführung oder Aufsichtsrat/Beirat) angeknüpft. Übliche Anwachsungszeiträume (Vestingperioden) sind drei bis fünf Jahre. Das Vesting erfolgt dabei oft monatlich oder quartalsweise linear mit einer Cliff-Vestingperiode zu Beginn. Bei einer vierjährigen Vestingperiode mit einjährigem Cliff und anschließendem monatlichem Vesting würden demzufolge nach einem Jahr auf einen Schlag 12/48 der Incentive-Beteiligung vesten und die verbleibenden 36/48 im Ausmaß von 1/48 zum Ende jedes folgenden Monats. Wird das (freie) Dienstverhältnis oder die Organfunktion beendet, endet auch das Vesting, sofern die Incentive-Beteiligung nicht schon voll gevested ist. Bei Beendigung des Vestings wird somit die endgültige Höhe der erworbenen Incentive-Beteiligung festgestellt. Wurde dem Begünstigten bspw ein (virtueller) Nominalbetrag von 1.000 EUR (bzw eine Option darauf) eingeräumt und sind 75 % davon gevested, behält der Begünstigte einen (virtuellen) Nominalbetrag von 750 EUR und der Restbetrag von 250 EUR verfällt bzw muss abgetreten werden. Es ist auch möglich, das Vesting mit Zielschuldverhältnissen, insb einem Werkvertrag, zu verknüpfen. Dies lässt sich über das Definieren von zu erfüllenden Meilensteinen (Zielvorgaben) gestalten; jedenfalls sollten die jeweiligen Meilensteine (Zielvorgaben) dabei so genau wie möglich umschrieben werden, um Diskussionen hinsichtlich der Erfüllung zu vermeiden. Wichtig, egal in welchem Verhältnis die Begünstigten zur Gesellschaft stehen, ist, dass es eine klare Abgrenzung für den Start und die Beendigung des Vesting der Incentive-Beteiligung gibt.

Häufig wird zwischen verschiedenen Beendigungsgründen für das Vesting unterschieden und diese an unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft. So werden etwa Fälle, in denen die Vertragsbeziehung mit dem Begünstigten aus einem von ihm verschuldeten wichtigen Grund beendet wird (zB Entlassung) als Bad Leaver Events und Fälle, in denen die Vertragsbeziehung ohne wichtigen Grund endet (zB ordentliche Kündigung) als Good Leaver Events bezeichnet. Bad Leaver Events führen in der Regel dazu, dass die gesamte Incentive-Beteiligung ohne Gegenleistung verfällt (bei virtuellen Anteilen und Anteilsoptionen) bzw an die anderen Gesellschafter – alle oder einzelne – unentgeltlich oder zum Nominale (rück-)übertragen werden muss (bei direkten Beteiligungen);³³ im Good-Leaver-Fall verfällt lediglich der zum Zeitpunkt der Beendigung noch nicht

³³ Dafür werden bei direkten Beteiligungen üblicherweise Aufgriffs-/Optionsrechte zugunsten der anderen Gesellschafter vereinbart.

gevestete Teil der Incentive-Beteiligung bzw muss dieser unentgeltlich oder zum Nominale abgetreten werden.³⁴

9. Spezialthemen

9.1. Lohnnebenkosten

Beim Aufsetzen von Incentivierungsprogrammen sollten auch die in diesem Zusammenhang (möglicherweise) anfallenden Lohnnebenkosten für Dienstnehmer und freie Dienstnehmer bedacht werden. Dazu zählen neben den Dienstgeberanteilen zur Sozialversicherung insb auch der Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds (DB), der Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ), die Kommunalsteuer und der Beitrag zur betrieblichen Vorsorgekasse. Der Zeitpunkt des Anfalls dieser Abgaben folgt im Wesentlichen dem sozialversicherungsrechtlichen Regime (diesbezüglich kann auf die entsprechenden Ausführungen in diesem Beitrag verwiesen werden). Bemessungsgrundlage sind grundsätzlich sämtliche Arbeitslöhne inklusive Sachbezügen. Hierbei zu beachten ist wiederum die Steuerbefreiung nach § 3 Abs 1 Z 15 lit b EStG iVm § 41 Abs 4 lit c FLAG iHv 3.000 EUR für die unentgeltliche oder verbilligte Abgabe von Kapitalanteilen am Unternehmen des Arbeitgebers.

9.2. Bilanzrechtliche Implikationen

Auch die Auswirkungen der Einrichtung eines Incentivierungsprogramms auf den Jahresabschluss der Gesellschaft sollten nicht außer Acht gelassen werden. In Abhängigkeit von der gewählten Strukturierung ergeben sich oft wesentliche bilanzrechtliche Folgen, insb im Zusammenhang mit der Bildung von Rückstellungen.³⁵

9.3. Einlagenrückgewähr

Das sog Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) verbietet im Wesentlichen jede vermögensmindernde Leistung der Gesellschaft an ihre Gesellschafter, sofern es sich dabei nicht um eine zulässige Gewinnausschüttung, eine gesetzlich ausdrücklich zugelassene Ausnahme (zB Kapitalherabsetzung, Liquidation) oder ein drittvergleichsfähiges Rechtsgeschäft handelt.³⁶ Das Verbot der Einlagenrückgewähr richtet sich primär an die Gesellschafter. Aus Umgehungsgesichtspunkten sind davon jedoch ua auch mittelbare Gesellschafter und den Gesellschaftern nahe stehende (natürliche und juristische) Personen erfasst. Inhaber von virtuellen Beteiligungen, die auch gleichzeitig Gesellschafter sind, fallen damit jedenfalls darunter. Ob auch bloße Inhaber von virtuellen Beteiligungen (ohne Gesellschafterstellung) davon erfasst sein sollten, ist uE zweifelhaft und eher zu verneinen, weil sich die Stellung eines virtuell Beteiligten von der Stellung eines tatsächlichen Gesellschafters doch wesentlich unterscheidet und virtuell Beteiligten in aller Regel auch keine (maßgeblichen) operativen oder gesellschaftsrechtlichen Einflussrechte in Bezug auf die Gesellschaft eingeräumt werden.³⁷

³⁴ Darauf hinzuweisen ist, dass die Leaver-Regelungen im Falle von Gründer-Vestings, dh Vesting-Regelungen, die für die Gründer der Gesellschaft iZm der Gründung oder einer Finanzierung der Gesellschaft festgelegt werden, von den Leaver-Regelungen für Incentive-Programme üblicherweise abweichen.

³⁵ Genauer dazu *Gewäßler/Zinnöcker*, Steuerliche Anerkennung von Rückstellungen für Incentivierungsprogramme, in diesem Band 176.

³⁶ ZB *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Gesellschaftsrecht, Rz 3/868; *Steinhart*, Kapitalerhaltung & fremdfinanzierte Unternehmensübernahmen (2010) 14.

³⁷ Vgl zu (atypisch) stillen Gesellschaftern und Pfandgläubigern zB *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Aktiengesetz² § 52 Rz 46 mwN, wonach für eine analoge Anwendbarkeit der kapitalerhaltungsrechtlichen Bestimmungen eine „maßgebliche Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft“ durch solche Personen erforderlich wäre; siehe auch *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), WK GmbHG § 82 Rz 81.

In jedem Fall stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gewährung bzw Auszahlung von virtuellen Beteiligungen durch die Gesellschaft zu einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr führen könnte. Die virtuelle Beteiligung vermittelt grundsätzlich nichts anderes als eine Form der (zusätzlichen) Vergütung für den Begünstigten, die mit dem Eintritt eines gewissen Ereignisses bedingt ist (Exit oder Dividende). Damit wird letztlich (vergangene) Arbeits-/Werk-/Dienstleistung des Begünstigten abgegolten. Solange eine solche Regelung einem Drittvergleich standhält, wäre sie aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Dies wird regelmäßig einer Einzelfallbetrachtung bedürfen.

9.4. Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*)

Eine Verkürzung über die Hälfte (§§ 934 f ABGB) liegt vor, wenn bei einem zweiseitig verbindlichen, entgeltlichen Vertrag der gemeine Wert (= der Verkehrswert) der Gegenleistung nicht einmal die Hälfte des gemeinen Werts der eigenen Leistung ausmacht (Beispiel: Wert der Sache 100; dh der Käufer wird ab einem Preis von über 200 verkürzt, der Verkäufer ab einem Wert von unter 50). Der Verkürzte hat das Recht, die Aufhebung und Rückabwicklung des Vertrages zu verlangen. Um dies zu vermeiden, hat der Vertragspartner wiederum das Recht, dem Verkürzten die Differenz auf den (vollen) gemeinen Wert zu ersetzen. Die Anwendung der *laesio enormis* ist zwingend und kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden (§ 935 ABGB); eine wichtige Ausnahme dazu besteht allerdings gemäß § 351 UGB, wonach § 934 ABGB zu Lasten von Unternehmern vertraglich abbedungen werden kann. Darüber hinaus kommt die *laesio enormis* gemäß § 935 ABGB ua beim Erwerb aus besonderer Vorliebe, bei Kenntnis des wahren Wertes³⁸ und bei gemischten Schenkungen nicht zur Anwendung.³⁹

Konkret stellt sich das Problem der Verkürzung über die Hälfte bei Incentive-Beteiligungen, wenn dem Begünstigten eine direkte Beteiligung mit der Verpflichtung gewährt wurde, diese ganz oder teilweise im Falle des Eintritts eines Good/Bad-Leaver-Ereignisses – vor gänzlichem Anwachsen der Incentive-Beteiligung – an alle oder einzelne Gesellschafter zu einem sehr geringen Preis (zB dem Nominale) (rück-)zuübertragen (siehe auch Punkt 8. oben). Da solchen Regelungen üblicherweise Optionscharakter⁴⁰ zukommt, wäre auf das Wertverhältnis von Leistung und Gegenleistung zum Zeitpunkt der Anteilsübertragung abzustellen.⁴¹ Dies könnte formal betrachtet, in vielen Fällen – sofern die *laesio enormis* nicht zulässigerweise ausgeschlossen wurde oder eine Ausnahme dazu vorliegt – zu einer Verkürzung über die Hälfte führen. Aus der Natur der Good-/Bad-Leaver-Vereinbarung ergibt sich allerdings, dass die noch nicht angewachsenen Anteile dem Begünstigten wirtschaftlich noch gar nicht vollwertig zustehen sollen (auch wenn er formal gesehen bereits rechtlicher Eigentümer der Anteile ist); damit kann es in Bezug auf diese Anteile uE auch keine Verkürzung über die Hälfte geben. In jedem Fall ist zu empfehlen, dass in die Vereinbarung mit dem Begünstigten (oder im Programm) ein Verzicht auf die *laesio enormis* aufgenommen wird. Zumindest gegenüber Begünstigten, die Unternehmer iSd UGB sind, löst man das Problem damit. Auch die Vereinbarung einer Schenkung in Bezug auf den die Gegen-

³⁸ Wobei es darauf ankommt, dass der wahre Wert dem Verkürzten tatsächlich bekannt ist; eine bloße Erklärung, den wahren Wert zu kennen, ist nicht ausreichend (OGH RIS-Justiz RS 0087574).

³⁹ Vgl allgemein und mwN zB *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON §§ 934 f (Stand 1.7.2018); *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 934 f (Stand 1.5.2018).

⁴⁰ Siehe FN 33.

⁴¹ Vgl OGH RIS-Justiz RS 0115632, wonach es bei Optionen für die Beurteilung des Wertverhältnisses auf den Ausübungszeitpunkt und damit das Zustandekommen des Hauptvertrages ankommt und nicht auf den Zeitpunkt der Einräumung der Option. UU könnte im Einzelfall auch ein Vorvertrag vorliegen; dann wäre für die Beurteilung des Wertverhältnisses auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vorvertrages abzustellen (OGH 19.5.2010, 8 Ob 148/09m).

leistung übersteigenden Wert der Anteile⁴² oder überhaupt eine unentgeltliche Anteilsübertragung können (erheblich) zur Vermeidung eines Anfechtungsrisikos beitragen. Schließlich könnte in diesem Zusammenhang regelmäßig auch ins Treffen geführt werden, dass bei einem vereinbarten Nominalabtretungspreis (oder einem anderen sehr geringen Abtretungspreis) dem Verkürzten von Anfang an bewusst war, dass der wahre Wert der Beteiligung sowohl im Zeitpunkt der Good-/Bad-Leaver-Vereinbarung als auch im Übertragungszeitpunkt (weit) über 100 % des vereinbarten Abtretungspreises liegt bzw. liegen wird.⁴³

9.5. Arbeitsrecht

Bei der Gewährung von Incentive-Beteiligungen an Arbeitnehmer ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten. Dieser verbietet es im Wesentlichen, einzelne Arbeitnehmer ohne sachlichen Grund schlechter zu behandeln, als andere.⁴⁴ Es sollten daher im Zusammenhang mit der Einräumung von Incentive-Beteiligungen idealerweise die sachlichen Gründe für eine allfällige Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern dokumentiert werden; dafür kommen vor allem die Position, die Ausbildung/Fähigkeiten und die Dauer der Zugehörigkeit zum Unternehmen des Arbeitnehmers in Betracht.

Darüber hinaus sollte bei der Gestaltung der Programme darauf geachtet werden, dass durch die Gewährung von Incentive-Beteiligungen an Arbeitnehmer keine sogenannte Betriebsübung entsteht. Eine Betriebsübung liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber allen oder bestimmten Arbeitnehmern kontinuierlich über längere Zeit hinweg bestimmte Vorteile gewährt hat und diese in der Folge darauf vertrauen durften, dass diese Vorteile auch weiterhin gewährt werden.⁴⁵ In diesen Fällen kann es dazu kommen, dass Begünstigte durch schlüssige Ergänzung ihres Arbeitsvertrages einen Anspruch auf wiederholte Gewährung von Incentive-Beteiligungen erwerben und damit der Charakter der Freiwilligkeit verloren geht. Dem sollte dadurch vorgebeugt werden, dass bei Einräumung der Incentive-Beteiligung klar darauf hingewiesen wird, dass es sich um eine freiwillige Einmalleistung handelt und der Begünstigte nicht mit einer wiederholten Gewährung rechnen darf (Unverbindlichkeitsvorbehalt).⁴⁶

Darauf hinzuweisen ist auch, dass Sachbezüge auf die kollektivvertraglich festgelegten Mindestentgelte nicht anzurechnen sind; in dieser Hinsicht gilt das Geldzahlungsgebot.⁴⁷ Incentive-Beteiligungen können daher ein zu niedriges kollektivvertragliches Geldentgelt nicht kompensieren. In diesem Zusammenhang sei auch das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz erwähnt, wonach ein Unterschreiten des Mindestentgelts laut Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag bei der Entlohnung von Arbeitnehmern zu erheblichen Verwaltungsstrafen für die Gesellschaft bzw. die Geschäftsführer führen kann (in Betrieben mit mehr als drei Arbeitnehmern: bis zu 20.000 EUR pro Arbeitnehmer, im Wiederholungsfall bis zu 50.000 EUR pro Arbeitnehmer).⁴⁸

9.6. Geschäftsführerhaftung

Nicht zu unterschätzen ist, dass die Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Gestaltung und Gewährung von Incentive-Beteiligungen auch eine persönliche Haftung treffen kann. Neben den oben erwähnten Themen, wie Arbeitsrecht oder Einlagenrückgewähr,

⁴² Vgl. OGH 6 Ob 20/16h; darauf zu achten ist, dass Schenkungen ohne wirkliche Übergabe eines Notariatsaktes bedürfen (§ 1 Abs 1 lit d NotaktsG).

⁴³ Vgl. OGH 8.4.2014, 3 Ob 50/14w.

⁴⁴ OGH RIS-Justiz RS 0060204.

⁴⁵ ZB OGH 29.9.2016, 9 ObA 108/16x; § 863 ABGB.

⁴⁶ ZB OGH 18.12.2014, 9 ObA 121/14f.

⁴⁷ OGH 27.8.2015, 9 ObA 92/15t.

⁴⁸ Siehe § 29 LSD-BG.

betrifft das insb auch die Nichtabfuhr von Steuern, Sozialversicherungsbeiträgen und sonstigen Lohnabgaben (zB nach § 9 BAO, § 67 Abs 10 ASVG, § 6a KommStG oder § 153c StGB). Das ist bspw dort von Relevanz, wo Dienstnehmern der Gesellschaft Incentive-Beteiligungen gewährt werden, aber keine oder zu geringe Steuern, Sozialversicherungsbeiträge oder sonstige Lohnabgaben auf einen ihnen zukommenden geldwerten Vorteil aus dem Dienstverhältnis abgeführt werden. Grund dafür kann auch eine fälschlicherweise zu gering angenommene Unternehmensbewertung als Bemessungsgrundlage für die Abfuhr der jeweiligen Abgaben sein.

10. Conclusio

Direkte Beteiligungen und freie Anteilsoptionen bieten sich als Incentivierungsinstrumente für Start-ups lediglich in Zeiten an, in denen der Unternehmenswert des Start-ups gering ist. Andernfalls müssten zum Zeitpunkt der Gewährung bereits (uU hohe) Steuerbeträge und sonstige Abgaben abgeführt werden, mit dem – gerade bei Start-ups – (hohen) Risiko, dass es aus der Beteiligung niemals Rückflüsse geben wird. Darüber hinaus wird oftmals weder das Start-up, noch der Begünstigte über die notwendige Liquidität verfügen, um die entsprechenden Beträge zu bezahlen. Virtuelle Beteiligungen sind dagegen üblicherweise derart ausgestaltet (vergleichbar gesperrten Anteilsoptionen), dass die Abgabenlast erst im Erfolgsfall (zB beim Exit oder einer Dividendenausschüttung) eintritt. Aufgrund des im Vergleich zum Gewährungszeitpunkt oft höheren Unternehmenswertes der Gesellschaft wird zwar auch die Abgabenbelastung entsprechend höher sein, dafür ist jedoch sichergestellt, dass auch die notwendige Liquidität vorhanden ist, um die anfallenden Abgaben zu entrichten. Bei einem Misserfolg des Start-ups hätte man in diesem Fall zumindest nicht – letztlich umsonst – Abgaben abgeführt und in späterer Folge keinerlei Rückflüsse aus der Beteiligung oder Option erhalten.

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 %)
Geschäftsführer: Mag. Klaus Kornherr
Anzeigenverkauf und -beratung: Gabriele Hladik, Tel.: +43 1 24 630-19
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