

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 Notariatsaktpflicht 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 notariatsaktpflichtig, vgl OGH 25.10.2017, 6 Ob 180/17i.

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 Vertragsgestaltungsform 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.