

## ■ Das steuerliche Dilemma bei Start-up-(Mitarbeiter-)Beteiligungsprogrammen - ein möglicher Lösungsansatz?

Steuerrecht · Mag. David Gloser/Dr. Thomas Kulnigg/Mag. (FH) Christoph Puchner · RdW 2020/503 · RdW 2020, 709 · Heft 9 v. 18.9.2020

Beteiligungsprogramme sind ein wichtiges Instrument in der Start-up-Welt, um qualifizierte Mitarbeiter anzuziehen bzw zu motivieren. Die unterpreisige oder unentgeltliche Anteilsgewährung an Dienstnehmer kann zu einem steuerpflichtigen Sachbezug führen. Im Rahmen dieses Beitrags wird analysiert, ob der Zufluss eines geldwerten Vorteils durch Vereinbarung einer sogenannten "negativen Liquidationspräferenz" (vollständig) vermieden werden kann.

### 1. Einleitung

(Mitarbeiter-)Beteiligungsprogramme sind ein wichtiges Instrument in der Start-up-Welt. Sie erlauben es einem Start-up,<sup>1</sup> qualifizierte Mitarbeiter anzuziehen, zu halten und entsprechend zu motivieren, und zwar dadurch, dass die gewünschten Mitarbeiter am Erfolg des Start-ups beteiligt werden. Abgesehen davon können durch Beteiligungsprogramme auch andere Personen (zB Beiräte, Aufsichtsräte oder externe Dienstleister, wie zB Berater), die für den wirtschaftlichen Erfolg und die Weiterentwicklung des Start-ups von Bedeutung sind, incentiviert werden. Beteiligungsprogramme<sup>2</sup> gibt es in verschiedenen Ausgestaltungen.<sup>3</sup> In der Praxis unterscheidet man grundsätzlich zwischen sogenannten "virtuellen" Beteiligungsprogrammen ("*Phantom Stock Option Programs*",<sup>4</sup> kurz: **PSOP**)<sup>5</sup> und sogenannten "echten"

Seite 709

Beteiligungsprogrammen ("*Equity Participation Programs*" oder "*Employee Stock Option Programs*", kurz: **ESOP**). Im Rahmen dieses Beitrags soll der Fokus auf ESOPs für Mitarbeiter gelegt werden.

Bei ESOPs wird dem Begünstigten (vereinfacht dargestellt) ein GmbH-Geschäftsanteil durch Abtretung oder im Wege einer Kapitalerhöhung übertragen. Bei Verkauf des Start-ups im Wege eines Share Deal (Exit) oder bei Liquidation und bei Dividendenausschüttungen partizipiert der Begünstigte über diesen Geschäftsanteil am Erfolg des Start-ups.

ESOPs sind im Vergleich zu PSOPs idR komplexer in der Strukturierung, Einrichtung und Administration;<sup>6</sup> zudem erhalten Begünstigte naturgemäß (teilweise zwingende) Gesellschafterrechte, wie zB Informations- und Einsichtsrechte oder Mitspracherechte (Recht auf Teilnahme in der Generalversammlung, Fragerecht und Stimmrecht).<sup>7</sup> Zudem besteht das Risiko, dass gerade kleine Gesellschafter Entscheidungen (zB Umlaufbeschlüsse)<sup>8</sup> oder Maßnahmen (zB Finanzierungsrunden oder den Verkauf aller Geschäftsanteile im Rahmen eines Exit) faktisch (zB durch einfache Abwesenheit) verzögern oder verhindern könnten.<sup>9</sup> Zur Minderung dieser Risiken werden in der Praxis ESOPs oft über Treuhandschaften abgewickelt: Ein Gründer oder ein anderer Gesellschafter hält und verwaltet die GmbH-Geschäftsanteile treuhändig<sup>10</sup> für die Begünstigten. Dies bedeutet zusätzlichen Aufwand bei Dokumentation und Abwicklung sowie zusätzliche Komplexität (teilweise auch Unsicherheiten und Risiken aus rechtlicher und steuerlicher Sicht).<sup>11</sup> Als Alternative wurden in der Praxis Beteiligungsprogramme auf Basis von sogenannten "sozietaeren Genussrechten" (Substanzgenussrechten) entwickelt. Derartige Programme kombinieren das "Gute aus beiden Welten" (ESOP und PSOP): Der Mitarbeiter erhält eine rein

schuldrechtliche Beteiligung am Start-up, die inhaltlich einem GmbH-Geschäftsanteil nachempfunden ist; Minderheitenrechte, die jedem GmbH-Gesellschafter zustehen würden, müssen jedoch nicht (zwingend) eingeräumt werden - der Begünstigte wird idR rein vermögensrechtlich am Start-up beteiligt. Zusätzlich ist die Ausgabe und Übertragung von Genussrechten nicht notariatsaktspflichtig,<sup>12</sup> was in der Praxis als weiterer Vorteil (zumindest zeit- und kostentechnisch) angesehen wird.

## 2. Das (steuerliche) Dilemma

Unabhängig davon, ob der Beteiligungserwerb mittels Anteilsabtretung oder Kapitalerhöhung erfolgt, kann es aufgrund einer unterpreisigen oder unentgeltlichen Anteilsgewährung bei den Begünstigten, die Dienstnehmer sind, zu einem geldwerten Vorteil (Verkehrswert der gewährten Anteile abzüglich eines allfälligen Kaufpreises) in Form eines Sachbezuges kommen, der zu Einkünften aus nicht selbstständiger Arbeit gem [§ 25 EStG](#) führt. Ein derartiger geldwerter Vorteil unterliegt beim Begünstigten grundsätzlich dem progressiven Tarif. Das bedeutet, dass im Zeitpunkt der Anteilsgewährung ohne Cash-Zufluss uU hohe Steuerbeträge und sonstige Abgaben abgeführt werden müssten, obwohl Beteiligungen an Start-ups zu diesem Zeitpunkt oftmals einem entsprechenden Werthaltigkeitsrisiko ausgesetzt sind. Dazu kommt, dass oft weder das Start-up noch der Begünstigte über die notwendige Liquidität verfügen, um die entsprechenden Abgaben zu bezahlen (man spricht in diesen Fällen auch von "dry income").<sup>13</sup> Im schlimmsten Fall wird im Zeitpunkt der Anteilsgewährung von einem geldwerten Vorteil ausgegangen, letztendlich schafft das Start-up aber den Durchbruch nicht, sodass der erhoffte Liquiditätszufluss nicht eintritt. Den Mitarbeiter würde somit ein doppeltes Risiko treffen: einerseits eine Vorabbesteuerung ohne Cash-Zufluss und andererseits ein zu niedriger Cash-Zufluss im Hinblick auf den ursprünglich besteuerten geldwerten Vorteil.<sup>14</sup>

Weiters kann die Beteiligung eines Start-up-Gründers nach mehreren Finanzierungsrunden typischerweise stark verwässert sein. Aus Sicht der Investoren ist eine zu starke Verwässerung der Gründer typischerweise nicht gewollt: Es besteht die Gefahr, dass der Gründer seine Motivation und das Interesse am Start-up

Seite 710

verliert. Der Gründer könnte natürlich theoretisch über sein Bezugsrecht gemeinsam mit den Investoren in das Start-up investieren. In der Praxis sind Gründer jedoch finanziell nicht in der Lage, ein solches Investment zu tätigen. Um Gründer vor zu starker Verwässerung zu schützen, erhalten sie oft sogenannte *Compensation Shares*, also neue (echte) Anteile am Start-up. Diese *Compensation Shares* werden zum Nominale ausgegeben, worin aufgrund des Dienstverhältnisses wieder eine steuerpflichtige Vorteilszuwendung gesehen werden könnte.

## 3. Ein möglicher Lösungsansatz

Ein aus Deutschland aufgegriffener Gedanke<sup>15</sup> verspricht, das oben beschriebene steuerliche Dilemma zu lösen. Und zwar durch Ausgabe von Anteilen mit einer sogenannten "negativen Liquidationspräferenz".

### 3.1. Liquidationspräferenzen im Allgemeinen

Durch Liquidationspräferenzen (*Liquidation Preferences*) werden Investoren gegenüber den anderen Gesellschaftern bei der Verteilung von Erlösen aus sogenannten *Liquidity Events* (zB Exit, Liquidation und Ausschüttungen) bevorzugt befriedigt, dh, Investoren erhalten typischerweise zuerst einen Anteil an den Erlösen, bevor die anderen Gesellschafter (meist die Gründer) ebenfalls einen Anteil an den Erlösen erhalten. Sind ausreichend Erlöse vorhanden, werden idR alle Gesellschafter anteilig abgefunden. Es gilt üblicherweise das "Last in-first out"-Prinzip, dh, jene Investoren, die zuletzt in das Start-up investiert haben, sind bei der Verteilung von Liquidationserlösen (*Liquidity Proceeds*) vorrangig gegenüber älteren Investoren. Die Gründer sind meistens die Letzten in der Reihe. Ein Investor, der mehrfach in ein Start-up investiert hat, kann Liquidationspräferenzen auf verschiedenen Ebenen erhalten. Liquidationspräferenzen

Seite 2

werden meist mit Anteilsklassen verbunden, dh, Geschäftsanteile einer bestimmten Anteilsklasse (zB "Series A Shares") profitieren von Liquidationspräferenzen auf derselben Stufe.<sup>16</sup>

### 3.2. Typische Ausgestaltung von Liquidationspräferenzen

Die kommerzielle Ausgestaltung von Liquidationspräferenzen ist immer das Ergebnis von Verhandlungen. Es ist aber zumindest bei SEED-Finanzierungsrunden in der Anfangsphase des Start-ups in Österreich ein bestimmter Marktstandard erkennbar:

- Zuerst erhalten die zuletzt eingestiegenen Investoren vorrangig einen Anteil an den Liquidationserlösen, der dem eingesetzten Investment entspricht.
- Dieser Vorgang wiederholt sich, bis alle Investoren ihr Investment zurückerhalten haben.
- Erst danach (letzte Stufe) werden die Gründer und andere nicht vorrangige Gesellschafter (sogenannte "Common Shareholder", zB Mitarbeiter, Berater oder teilweise auch Angel-Investoren) sowie alle Investoren an den verbleibenden Liquidationserlösen beteiligt, wobei bei den Investoren alle zuvor verteilten Liquidationserlöse angerechnet werden.

Man bezeichnet diese Form der Liquidationspräferenzen auch als "einfache (1x) anrechenbare" Liquidationspräferenzen (*1x non-participating liquidation preferences*). Bei besonders riskanten Investitionen oder wenn die Bewertung besonders hoch angesetzt wird (und der Investor an der Bewertung zweifelt), werden oft höhere Multiples (zB 1,5x oder 2x) angesetzt, um das höhere Risiko des Investors auszugleichen. Teilweise sind Liquidationspräferenzen der Investoren auch nicht anrechenbar, dh, der Investor erhält zB zuerst das 1,5-Fache seines Investments und danach zusätzlich seinen Pro-rata-Anteil an den verbleibenden Liquidationserlösen.

Manchmal vereinbaren die Gesellschafter, dass Gründer und andere Common Shareholder nach Verteilung der Liquidationserlöse an die Investoren einen sogenannten "Catch Up" auf die Liquidationspräferenzen der Investoren erhalten. Dadurch können die Common Shareholder auf die Investoren betraglich "aufholen", bevor ein allenfalls verbleibender Anteil an den Liquidationserlösen anteilig an alle verteilt wird. Der "Catch Up" wird dadurch erreicht, dass die Common Shareholder für jeden Nominale-Euro an von ihnen gehaltenen Geschäftsanteilen denselben Anteil an den Liquidationserlösen erhalten wie Investoren.

Begünstigte unter einem ESOP/PSOP sind typischerweise Common Shareholdern gleichgestellt.

### 3.3. Negative Liquidationspräferenzen

Bei negativen Liquidationspräferenzen sollen die Anteile des betroffenen Gesellschafters oder ESOP-Teilnehmers erst dann und nur insoweit am *Liquidity Event* partizipieren, als sie einen Wertzuwachs seit ihrer Gewährung erfahren haben.<sup>17</sup>

**Beispiel:** *"Hannes" erhält eine Beteiligung am Start-up iHv 30 %. Die Gesellschafter vereinbaren mit Hannes, dass er im Fall eines Liquidity Event nur dann an den Erlösen beteiligt ist, soweit die Erlöse aus dem Liquidity Event - nach Befriedigung vorrangiger Investoren - die bei Ausgabe des Geschäftsanteils festgelegte Bewertung von 5 Mio € übersteigen.*

Bei Liquidationspräferenzen erhalten die Begünstigten sohin einen Kaufpreis, der jedenfalls anteilig geringer ist als ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung am Start-up.

Seite 711

Die Ausgabe von Anteilen mit negativen Liquidationspräferenzen erfolgt konsequenterweise unter Außerachtlassung der bisher eingetretenen Wertsteigerungen, idR zum Nominale.

## 4. Rechtliche Umsetzbarkeit von "negativen Liquidationspräferenzen"

### 4.1. Zulässigkeit von Liquidationspräferenzen im Allgemeinen

Um die gewünschten steuerlichen Effekte bei Verkauf oder Dividendenausschüttung zu erzielen (siehe dazu weiter unten), werden nachfolgend ausschließlich "echte" Beteiligungsmodelle näher betrachtet.

Seite 3

Bei der Vereinbarung von Liquidationspräferenzen handelt es sich in rechtlicher Hinsicht um schuldrechtliche Erlösverteilungsabreden zwischen Gesellschaftern, die im Rahmen der Privatautonomie (Vertragsfreiheit) grundsätzlich zulässig sind.<sup>18</sup>

Sofern Liquidationspräferenzen fremdüblich abgeschlossen werden, wovon zwischen sich nicht nahestehenden Investoren grundsätzlich auszugehen ist, sind diese auch steuerlich anzuerkennen.

Die (wirtschaftliche) Begründung für Liquidationspräferenzen ergibt sich aus dem Interesse des Investors, bei einer "Liquidation" seines (hoch riskanten) Investments zumindest den Betrag seines Investments zu erhalten, bevor andere Gesellschafter einen Anteil am Erlös erhalten.

#### **4.2. Notwendigkeit/Zulässigkeit der Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag**

Vereinbarungen über Liquidationspräferenzen sind idR formelle Satzungsbestandteile, weil es sich dabei nicht um korporative Regelungen handelt.<sup>19</sup> Typische Regelungen zu Liquidationspräferenzen betreffen ausschließlich Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander. Eine Vereinbarung außerhalb des Gesellschaftsvertrags ist daher grundsätzlich zulässig.

Ebenso zulässig wäre auch eine Regelung der Liquidationspräferenzen im Gesellschaftsvertrag, weil es den Gesellschaftern grundsätzlich freisteht, neben dem gesetzlich vorgeschriebenen Mindestinhalt ([§ 4 GmbHG](#)) innerhalb der Grenzen der Vertragsfreiheit<sup>20</sup> in den Gesellschaftsvertrag weitere, fakultative Vertragsbestimmungen aufzunehmen.

#### **4.3. Stimmbindungswirkung**

Liquidationspräferenzen werden in der Praxis idR in Syndikatsverträgen vereinbart, da derartige Vereinbarungen idR kommerziell sensitiv sind und Syndikatsverträge im Vergleich zu GmbH-Gesellschaftsverträgen nicht öffentlich über das Firmenbuch einsehbar sind.

Eine Vereinbarung im Rahmen von Syndikatsverträgen bedeutet jedoch, dass die rechtliche Durchsetzung eingeschränkt ist: Soweit die Liquidationspräferenzen nämlich Stimmbindungsvereinbarungen beinhalten (was idR der Fall ist), gilt, dass der Stimmbindungsvertrag nicht Bestandteil des gesellschaftsrechtlichen Rechtsverhältnisses und daher nur *inter partes* wirksam ist - eine pflichtwidrig abgegebene Stimme ist daher wirksam (und der entsprechende Beschluss ist nicht anfechtbar), macht jedoch den betroffenen Gesellschafter schadenersatzpflichtig und es besteht ein klagbarer Erfüllungsanspruch auf entsprechende, dh vertragskonforme Stimmabgabe.<sup>21</sup> Dieses Risiko wird in der Praxis idR akzeptiert; zudem hat der OGH für Stimmbindungsverträge zwischen allen Gesellschaftern in einer GmbH mit "ausgeprägt personalistischer Struktur" anderes angenommen<sup>22</sup>.

#### **4.4. Umsetzung von Liquidationspräferenzen**

##### **4.4.1. Fall 1: Exit**

Im Fall eines Exit, also beim Verkauf von Anteilen mit Kontrollwechsel, können Liquidationspräferenzen auf mehrere Arten umgesetzt werden.

Naheliegender wäre die Berücksichtigung der Liquidationspräferenzen im Kaufvertrag mit dem Käufer, dh, Verkäufer und Käufer vereinbaren in Abweichung von den Beteiligungsverhältnissen unterschiedliche Kaufpreise für ihre jeweiligen Geschäftsanteile/Substanzgenussrechte (alineare Kaufpreisverteilung). Diese Variante ist rechtlich grundsätzlich zulässig,<sup>23</sup> hat aber auch einige Nebeneffekte (zB Offenlegung der internen Vereinbarung über Liquidationspräferenzen; alineare Verteilung der Haftung der Verkäufer; Risiko der Anfechtung wegen *laesio enormis* [dazu weiter unten im Detail]).

Alternativ dazu kann die Erfüllung der Liquidationspräferenzen rein im Innenverhältnis erfolgen. Bei dieser Variante müssen auch etwaige Haftungsfragen im Innenverhältnis entsprechend geregelt werden, da die Haftung gegenüber dem Käufer von der Vereinbarung über Liquidationspräferenzen unberührt bleibt. Diese Variante bringt jedoch andere Komplexitäten mit

sich (zB Fragen der Abwicklung von Zahlungen bei Closing; Erfüllung von Haftungen nach Closing).

Seite 712

#### **4.4.2.Exkurs: *laesio enormis***

Im Zusammenhang mit negativen Liquidationspräferenzen könnte die Möglichkeit einer Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*; [§ 934 ABGB](#)) schlagend werden: *laesio enormis* liegt dann vor, wenn der Wert der Gegenleistung nicht einmal die Hälfte des Werts der eigenen Leistung ausmacht. In einem solchen Fall hat der Verkürzte das Recht, den Vertrag aufzuheben, mit der Folge, dass es zu einer Rückabwicklung der Transaktion kommt. Der Verkürzende kann den Vertrag nur dadurch retten, dass er die objektive Äquivalenz vollständig herstellt, also seine Leistung auf den vollen Wert der Gegenleistung aufstockt.

Das Wertmissverhältnis beurteilt sich wohl analog zur Rechtsprechung des OGH<sup>24</sup> zu Optionen zum Zeitpunkt des *Liquidity Event* und nicht zum Zeitpunkt der Vereinbarung der negativen Liquidationspräferenzen, da es erst im Zeitpunkt des *Liquidity Event* zum Leistungsaustausch kommt (bis dahin ist dieser ungewiss und unbestimmt).

Nach § 935 erster Halbsatz ABGB iVm [§ 351 UGB](#) kann die Anwendung des [§ 934 ABGB](#) vertraglich nur zulasten eines Unternehmers ausgeschlossen werden, und nicht immer sind Gründer bzw Mitarbeiter Unternehmer iSd UGB.

§ 935 dritter Halbsatz ABGB sieht jedoch vor, dass die Kenntnis des wahren Wertes die Anfechtung wegen *laesio enormis* ausschließt. Der Ausschluss setzt (positive) Kenntnis des Verkürzten vom wahren Wert voraus. Es werden strenge Anforderungen an diese Kenntnis gestellt.<sup>25</sup>

Beim (freiwilligen) Verkauf an einen Dritten wird jedoch der wahre Wert der Geschäftsanteile - wenn auch widerlegbar - durch das Angebot des Dritten feststellbar sein. Verkauft ein mit negativen Liquidationspräferenzen belasteter Gesellschafter seinen Geschäftsanteil gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern an den Dritten, ist davon auszugehen, dass der betroffene Verkäufer positive Kenntnis vom Gesamtkaufpreis hat und damit auch genau weiß, um welchen Betrag er aufgrund der (negativen) Liquidationspräferenzen verkürzt wird, unabhängig davon, ob die Verkürzung im Kaufvertrag vorgesehen wird oder nur im Innenverhältnis (unter den Gesellschaftern als Verkäufer) vereinbart wurde. Unter der Annahme, dass der Kaufpreis des Dritten nicht selbst weniger als die Hälfte des wahren Wertes der Geschäftsanteile erreicht, sollte in diesem Szenario (freiwilliger Verkauf durch alle Gesellschafter) das Thema *laesio enormis* iZm den negativen Liquidationspräferenzen nicht weiter relevant sein.<sup>26</sup> Im Endeffekt ist das jedoch immer eine Frage des Einzelfalles.

#### **4.4.3.Fall 2: Liquidation**

Im Fall einer Liquidation wäre die oben beschriebene Vereinbarung von negativen Liquidationspräferenzen als Vereinbarung einer alineaen Verteilung des Liquidationsgewinns zu verstehen.

[§ 91 Abs 3 letzter Satz GmbHG](#) sieht in diesem Zusammenhang vor, dass in Ermangelung einer Regelung im Gesellschaftsvertrag die Vermögensverteilung bei Liquidation nach Maßgabe der eingezahlten Stammeinlagen zu erfolgen hat. Gibt es keine gesellschaftsvertragliche Regelung, kann die Minderung des Anspruchs eines Gesellschafters nur mit seiner Zustimmung erfolgen.<sup>27</sup> Aus diesen Ausführungen ist zu folgern, dass die Vereinbarung von Liquidationspräferenzen generell rechtlich möglich ist. Um Zweifel zu vermeiden und Risiken zu minimieren, sollte die Möglichkeit der alineaen Verteilung vorab im Gesellschaftsvertrag geregelt werden.

#### **4.4.4.Fall 3: Gewinnausschüttung**

Seite 5

Gem [§ 82 Abs 2 GmbHG](#) richtet sich die Verteilung des Bilanzgewinnes unter den Gesellschaftern nach dem Verhältnis der eingezahlten Stammeinlagen, soweit es keine anderslautende Regelung im Gesellschaftsvertrag gibt. Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass die Gewinnverteilung einem Gesellschafterbeschluss vorbehalten bleibt, können die Gesellschafter - eine entsprechende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages vorausgesetzt - eine alineare Gewinnausschüttung (losgelöst von der Höhe der Beteiligungsquoten) mit Zustimmung der verkürzten Gesellschafter beschließen.<sup>28</sup>

Die Umsetzung von Liquidationspräferenzen durch (alineare) Gewinnverteilung ist daher zulässig.

#### **4.5. Umsetzung von negativen Liquidationspräferenzen**

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Vereinbarung von Liquidationspräferenzen grundsätzlich zulässig ist. Die Vereinbarung von negativen Liquidationspräferenzen ist demnach ebenso möglich - handelt es sich dabei ja nur um eine besondere Ausgestaltung von Liquidationspräferenzen.

Da das Risiko, dass die betroffenen Anteilseigner bei Eintritt eines *Liquidity Event* leer ausgehen,<sup>29</sup> jedoch höher ist, ist bei der konkreten Ausgestaltung von negativen Liquidationspräferenzen besonders auf deren Durchsetzbarkeit zu achten (allenfalls durch Berücksichtigung von flankierenden Maßnahmen) bzw auf entsprechende Risiken hinzuweisen (siehe zum Thema *laesio enormis* oben 4.4.2.).

Seite 713

### **5. Steuerliche Beurteilung**

#### **5.1. Vorliegen eines geldwerten Vorteils**

Einnahmen liegen gem [§ 15 Abs 1 EStG](#) vor, wenn dem Steuerpflichtigen Geld oder geldwerte Vorteile im Rahmen der Einkunftsart zufließen. Da die Sachbezugswerte-VO keine Aussagen für die vergünstigte oder unentgeltliche Gewährung von GmbH-Anteilen trifft, sind geldwerte Vorteile gem [§ 15 Abs 2 EStG](#) mit den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchsortes anzusetzen. Die Bewertung hat sich an den objektiven, normalerweise am Markt bestehenden Gegebenheiten am Abgabeort zu orientieren.<sup>30</sup>

Wenn daher eine GmbH-Beteiligung schlussendlich nicht zum objektiven Verkehrswert, sondern unentgeltlich oder verbilligt eingeräumt wird, liegt grundsätzlich aus Sicht des Arbeitnehmers ein Sachbezug vor. In diesem Fall stellt sich daher aus steuerlicher Sicht die Frage, ob die Zuwendung eines steuerpflichtigen geldwerten Vorteils durch die Vereinbarung einer negativen Liquidationspräferenz vollständig vermieden werden kann.

Mit der unentgeltlichen oder verbilligten Anteilsgewährung gehen dem Grunde nach zwei Komponenten eines (geldwerten) Vorteils einher (nämlich bisher eingetretene und künftige Wertsteigerungen), die nachfolgend näher zu analysieren sind.

##### **5.1.1. Bisher eingetretene Wertsteigerungen**

Einerseits kann in einem bereits eingetretenen Wertzuwachs bis zur Anteilsgewährung (Differenz zwischen dem Verkehrswert der Anteile zum Zeitpunkt der Anteilsgewährung und einem allenfalls zu leistenden Entgelt) ein geldwerter Vorteil liegen. Durch die Vereinbarung einer negativen Liquidationspräferenz kann eine derartige Vorteilsgewährung bzw ein damit einhergehender Zufluss eines geldwerten Vorteils vermieden werden.

Auf Basis einer entsprechenden aktuellen Bewertung<sup>31</sup> (zB aufgrund einer zeitnah erfolgenden bzw erfolgten Finanzierungsrunde, woraus ein fremdüblicher Verkehrswert abgeleitet werden kann) lässt sich das betragliche Ausmaß der erforderlichen negativen Liquidationspräferenz ableiten.

##### **5.1.2. Künftige Wertsteigerungen**

Seite 6

Andererseits stellt sich die Frage, ob in der möglichen Chance auf eine künftige Wertsteigerung (ab dem Zeitpunkt der Anteilsgewährung) ohne bzw mit einem nicht fremdüblichen Kapitaleinsatz und somit ohne entsprechend fremdübliches Risiko ein geldwerter Vorteil gesehen werden kann.<sup>32</sup> Eine negative Liquidationspräferenz deckt idR nicht die Chance der künftigen Wertsteigerung ab. Die steuerliche Thematik ist hier deshalb brisant, weil geldwerte Vorteile aus dem Dienstverhältnis dem laufenden Tarif unterliegen, während Einkünfte aus Kapitalvermögen (Gewinnausschüttung, Veräußerungsgewinn, Liquidationsgewinn) mit dem Sondersteuersatz iHv 27,5 % besteuert werden.

Für die Beurteilung des Vorliegens eines geldwerten Vorteils wird in diesem Zusammenhang die Werthaltigkeit der Chance auf eine künftige Wertsteigerung zum Zeitpunkt der Anteilsgewährung entscheidend sein. Dabei sollten uE folgende Überlegungen berücksichtigt werden:

- Nachdem im Gegensatz zu Aktienoptionen keine Aussagen zur Bewertung eines geldwerten Vorteils bei Anteilsgewährungen an einer GmbH bestehen, ist zu überlegen, wie ein allfälliger "Hoffnungswert" bewertet werden könnte. Gerade bei Start-ups (insb in der Frühphase) wird bei dieser Wertkomponente auch die hohe Unsicherheit betreffend die künftige Entwicklung und der Aspekt, dass die Wertvorstellung regelmäßig eine von der Phantasie getragene Geschäftshoffnung der Beteiligten darstellt, zu berücksichtigen sein. Der Geschäftsidee eines Start-ups kann im "best case" der wirtschaftliche Durchbruch gelingen und sie kann zu einer enormen Steigerung des Unternehmenswertes führen. Nicht ausgeschlossen werden kann jedoch auch eine genau gegenteilige Entwicklung, nämlich der "Flop" einer Geschäftsidee bis hin zur Einstellung der unternehmerischen Tätigkeit (zB Liquidation des Start-ups) und der Totalverlust. Im Vergleich zu bereits langfristig bestehenden Unternehmen tragen ESOP-Teilnehmer eines Start-ups daher ein wesentlich höheres Risiko hinsichtlich der künftigen Wertentwicklung. Anhand dieser Bandbreite zeigt sich, dass die Wertfindung der Komponente für die Chance auf eine künftige Wertsteigerung zum Zeitpunkt der Anteilsgewährung mitunter schwierig sein kann.
- In Bezug auf Aktienoptionen wurden - neben den bestehenden Bewertungsbestimmungen gemäß Sachbezugswerte-VO - auch Alternativen zur Bewertung des Hoffnungswerts vorgeschlagen, indem man zB finanzmathematische Methoden heranzieht oder sich an der Sekundärmarktrendite bei (vorsichtiger) Bewertung für den Durchschnittsfall unter Berücksichtigung von Zuschlägen (bei hoher Volatilität) und Abschlägen (bei geringer Volatilität) orientiert. Sofern man demgegenüber jede objektive Bewertung des Hoffnungswertes für gänzlich unmöglich hält, müsste man konsequenterweise auf die Besteuerung einer Wertkomponente zum Einräumungszeitpunkt verzichten.<sup>33</sup>
- In diesem Zusammenhang kann auch eine Parallele zu Mitarbeiter-Aktienoptionen gezogen werden, da auch diese zum Teil unentgeltlich bzw verbilligt gewährt werden und auf künftige Wertsteigerungen abzielen. Im Fachschrifttum ist in Bezug auf Mitarbeiter-Aktienoptionen umstritten, ob ein angemessenes Entgelt den Zufluss eines geldwerten Vorteils verhindern

Seite 714

kann.<sup>34</sup> Sofern zumindest das Nennkapital seitens des Mitarbeiters entrichtet wird, könnte darin zumindest ein fremdübliches Entgelt für das Investment in das Start-up gesehen werden, da damit dem Grunde nach sowohl das erhöhte Risiko des Totalverlustes als auch die potenzielle Chance auf Wertsteigerungen besteht.

- Wertmanifestierungen betreffend Anteile an einem Start-up können sich jedoch aus Bewertungen zeitnah zur Anteilsgewährung ergeben. Sofern diese von der negativen Liquidationspräferenz abweichen, müsste analysiert werden, welches Zeitfenster seit der letzten Bewertung verstrichen ist und ob die Bewertung weiterhin als Indikation für die

Seite 7

künftige Wertentwicklung angesehen werden kann, bzw welche Prämissen der Bewertung zugrunde gelegt wurden.

- Sofern anstelle von GmbH-Anteilen lediglich Substanzgenussrechte gewährt werden, kann zusätzlich ins Treffen geführt werden, dass derartige Substanzgenussrechte grundsätzlich ohne Stimmrechte ausgestaltet sind und daher weniger attraktiv als "echte" GmbH-Anteile sind, da schlussendlich die Einflussmöglichkeit des Inhabers auf die künftige Entwicklung des Start-ups eingeschränkter ist. Auch dieser Aspekt müsste im Rahmen einer potenziellen Bewertung einer künftigen Chance wertmindernd einfließen.

Vor diesem Hintergrund ist eine pauschale Aussage zur Beurteilung des Vorliegens eines geldwerten Vorteils bei ESOPs im Start-up-Bereich nicht möglich. Vielmehr ist einzelfallbezogen eine steuerliche Analyse vorzunehmen (zB: In welchem Stadium befindet sich das Start-up zum Zeitpunkt des ESOPs? Wird ein Entgelt seitens der ESOP-Teilnehmer entrichtet? Ist eine objektive Bewertung zum Zeitpunkt des ESOPs möglich? Gibt es indikative Unternehmensbewertungen in zeitlicher Nähe zum ESOP? etc). Sofern seitens der ESOP-Teilnehmer zumindest das Nennkapital entrichtet wird, keine Hinweise auf eine gesicherte bevorstehende positive Unternehmensentwicklung vorliegen (aufgrund der Statistiken zu Start-ups überwiegt regelmäßig das Downside-Risk bzw halten sich das Upside- und Downside-Risk die Waage) bzw eine objektive Unternehmensbewertung des Start-ups nicht möglich ist und auch keine sonstigen bekannten indikativen Unternehmensbewertungen in zeitlicher Nähe zum ESOP bestehen (die wesentlich von der vereinbarten negativen Liquidationspräferenz abweichen und somit Grund zur Annahme einer zusätzlichen Vorteilsgewährung geben), sprechen uE gute Gründe dafür, nicht von einem Zufluss eines möglichen geldwerten Vorteils betreffend die künftigen Wertsteigerungschancen auszugehen. Dies gilt noch mehr für Substanzgenussrechte, bei denen die Inhaber auch hinsichtlich der Mitspracherechte eingeschränkt sind.

## 5.2.Lohnsteuerauskunft

Da es bei Start-ups jedoch auch um Rechtssicherheit geht und Lohnsteuerfragen nicht vom Auskunftsbeseid gem [§ 118 BAO](#) erfasst sind,<sup>35</sup> könnte die Einholung einer Lohnsteuerauskunft gem [§ 90 EStG](#) angedacht werden. Das zuständige Finanzamt hat dabei auf Anfrage tunlichst innerhalb von 14 Tagen darüber Auskunft zu geben, ob und inwieweit im einzelnen Fall die Vorschriften über die Lohnsteuer anzuwenden sind. Nicht zuletzt aus der Anfrageberechtigung auch des Arbeitnehmers ergibt sich, dass Lohnsteuerauskünfte auch Interessen des Arbeitnehmers dienen können.<sup>36</sup>

Die Anfrage kann sowohl auf verwirklichte als auch auf noch nicht verwirklichte Sachverhalte gerichtet sein. Gegenstand der Anfrage sind nur Auskünfte zu konkreten Fragen des Lohnsteuerabzuges. Nicht erfasst sind Fragen, die erst im Einkommensteuerverfahren des Arbeitnehmers bedeutsam sind.<sup>37</sup> Die erteilte Auskunft kann mangels Bescheidcharakters weder den Steuerpflichtigen noch die Abgabenbehörde binden. Weicht die Abgabenbehörde von der erteilten Auskunft im Zuge des weiteren Verfahrens ab, so ist diese gesetzwidrige Vorgangsweise nach den zum Grundsatz von Treu und Glauben entwickelten Kriterien zu beurteilen.<sup>38</sup>

Da die Vertragsdokumentation iVm ESOPs mitunter recht komplex ausgestaltet sein kann, empfiehlt sich ggf ein "Prefiling"-Meeting mit dem zuständigen Sachbearbeiter des Finanzamtes vor Beantragung der Lohnsteuerauskunft. Eine im Rahmen einer Lohnsteuerauskunft erhaltene schriftliche Rückmeldung des zuständigen Finanzamtes kann in weiterer Folge bei einer künftigen Due Diligence (zB im Rahmen einer künftigen Finanzierungsrunde bzw Transaktion) vorgelegt werden und dadurch ein allfälliges Steuerrisiko ggf ausgeschlossen werden.

## 6.Conclusio

Negative Liquidationspräferenzen können - abhängig von der konkreten Ausgestaltung - auch nach österreichischem (Steuer-)Recht ein interessantes Instrument sein, um Mitarbeiter im Wege einer echten Beteiligung an das Start-up zu binden und zu moti-



vieren, ohne dass bei Anteilsgewährung ein Zufluss eines geldwerten Vorteils vorliegen muss. Die rechtliche und steuerliche Ausgestaltung muss im Detail genau geprüft und an die entsprechenden Umstände angepasst werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit empfiehlt sich insb die Einholung einer Lohnsteuerauskunft nach [§ 90 EStG](#).

---

<sup>1</sup> Unter "Start-ups" werden umgangssprachlich junge, rasch wachsende Unternehmen vorwiegend aus der Technologie-Branche verstanden. Die Ausführungen in diesem Beitrag gelten grundsätzlich auch für andere Unternehmen, die von GmbHs geführt werden.

<sup>2</sup> Beteiligungen werden üblicherweise programmartig gewährt, also auf Basis von Rahmenbedingungen, die für alle oder mehrere Begünstigten gelten. In Einzelvereinbarungen werden dann die Details, zB die Beteiligungshöhe oder der Beginn des sogenannten *Vesting* (der Anwachsfrist) festgelegt. Man spricht daher üblicherweise von Beteiligungsprogrammen. Die Ausführungen in diesem Beitrag gelten grundsätzlich auch für Beteiligungen auf Einzelvertragsbasis.

<sup>3</sup> Ausführungen in diesem Beitrag beziehen sich ausschließlich auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), weil diese Rechtsform in der Praxis die häufigste Rechtsform für Start-ups ist.

<sup>4</sup> Zum Teil auch als "Virtual Share Programs" oder "Stock Appreciation Rights Programs" bezeichnet.

<sup>5</sup> Unter virtuellen Beteiligungsprogrammen versteht man Beteiligungsprogramme, die auf rein schuldrechtlicher Basis eingerichtet werden. Bei einem solchen Beteiligungsprogramm erhält der Begünstigt eine virtuelle Beteiligung an bestimmten Erfolgs-/Liquiditätseignissen (sogenannte Liquidation oder Liquidity Events), dh idR (i) Verkauf des Start-ups (Exit), (ii) Liquidation und (iii) Ausschüttung von Dividenden. Zur steuerlichen Behandlung von PSOPs siehe zB *Geweßler/Steinhart*, Incentivierungsprogramme bei Startups, in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker* (Hrsg), SWK-Spezial Einkommensteuer 2019 (2019) 162 (168).

<sup>6</sup> ZB aufgrund der Notariatsaktspflicht (§ 76 Abs 2 GmbHG) oder wegen der Miteinbeziehung der Mitarbeiter in die gesamte Corporate Governance des Start-ups.

<sup>7</sup> Start-ups haben (insb nach einigen Finanzierungsrunden) oft eine hohe Anzahl an Gesellschaftern. Die Aufnahme von Mini-Gesellschaftern bringt eben zusätzliche Komplexität, insb aufgrund von gesetzlichen Minderheitenrechte. Solche Minderheitenrechte sind für Begünstigte oft nicht vordergründig. Dass solche Minderheitenrechte auch "unangenehme" Nebeneffekte haben können, wurde erst jüngst höchstgerichtlich bestätigt: Der OGH hat entschieden, dass die Anfechtung der Auszahlung einer Abfertigung durch eine insolvente GmbH an eine Mitarbeiterin, die gleichzeitig auch Mini-GmbH-Gesellschafterin war, berechtigt sei, da es die Mitarbeiterin/Mini-Gesellschafterin trotz Krisenanzeichen unterließ, sich über die wirtschaftliche Situation der GmbH zu informieren; sie war daher in fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der GmbH (Anfechtung nach § 31 Abs 1 Z 2 IO; vgl OGH 14. 8. 2018, 3 Ob 117/18d).

<sup>8</sup> Eine schriftliche Beschlussfassung im Umlaufweg bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter (§ 34 Abs 1 GmbHG).

<sup>9</sup> Vertragliche Pflichten, wie zB eine Mitverkaufspflicht, bringen nur bedingt Abhilfe: Bis ein solches Recht gerichtlich durchgesetzt ist, ist die Transaktion de facto abgesagt oder die geplante Maßnahme kommt zu spät.

<sup>10</sup> Eine Treuhand vermittelt dem Treugeber wirtschaftliches Eigentum, während der Treuhänder als zivilrechtlicher Eigentümer agiert.

<sup>11</sup> ZB ist oft fraglich, ob der Treugeber wirtschaftlicher Eigentümer wird, insb wenn der Treuhänder weit reichende Rechte in Bezug auf den treuhändig gehaltenen Geschäftsanteil hat. Aus rechtlicher Sicht ist hier zudem erwähnenswert, dass jede Treuhand aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, mit der Konsequenz, dass die Treugeber einen Anspruch auf Ausfolgung des rechtlichen Eigentums am treuhändig gehaltenen Geschäftsanteil haben.

<sup>12</sup> Sofern Rechte in Bezug auf GmbH-Geschäftsanteile vereinbart werden (zB ein Vorkaufsrecht oder eine Call-Option), wird idR eine Notariatsaktsspflicht bestehen. Zudem können Formvorschriften (konkret: Notariatsaktspflicht) bei der Übertragung von Genussrechten relevant werden, zB bei Kauf- und Tauschverträgen zwischen Ehegatten (§ 1 Abs 1 lit b NotAKtsG) oder Schenkungsverträgen ohne wirkliche Übergabe (§ 1 Abs 1 lit d NotAKtsG; § 943 ABGB).

<sup>13</sup> Vgl *Geweßler/Steinhart*, SWK-Spezial Einkommensteuer 2019, 162 (164 f).

<sup>14</sup> Vgl *Geweßler/Steinhart*, SWK Spezial Einkommensteuer 2019, 162 (165).

<sup>15</sup> Siehe Tax Briefing der Kanzlei Schnittker Möllmann Partners vom 12. 10. 2018, abrufbar unter [https://smp.law/DE/Briefing/Tax\\_Cap\\_Tables.php](https://smp.law/DE/Briefing/Tax_Cap_Tables.php)

<sup>16</sup> Die Anteilsklassen werden typischerweise außerhalb des Gesellschaftsvertrags definiert, zB im Syndikatsvertrag. Es handelt sich also nur um sogenannte synthetische Anteilsklassen. Die Einteilung in Anteilsklassen soll zudem ein vertrautes Umfeld für internationale Investoren schaffen (diese sind meist gewohnt, dass eine Gesellschaft mehrere Anteilsklassen hat).

<sup>17</sup> Siehe Tax Briefing der Kanzlei Schnittker Möllmann Partners vom 12. 10. 2018, Punkt III Abs 1.

<sup>18</sup> Die Zulässigkeit von *Liquidation Preferences* ist letztendlich abhängig von der konkreten Ausgestaltung auf einer Case-by-case-Basis zu prüfen. Die Ausführungen in diesem Beitrag sind daher allgemeiner Natur.

<sup>19</sup> Liquidationspräferenzen greifen nämlich idR nicht in die Organisation der Gesellschaft oder in die Beziehung der Gesellschafter zu der Gesellschaft oder in die Rechtsstellung der Organe der Gesellschaft ein (vgl *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 49 Rz 29 [Stand 1. 11. 2015, rdb.at]).

<sup>20</sup> Dh, die Bestimmungen dürfen dem zwingenden Recht, den guten Sitten und den Grundprinzipien der GmbH nicht widersprechen (vgl *Felt/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 34 [Stand 1. 11. 2018, rdb.at]).

<sup>21</sup> Vgl *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 34 Rz 31f (Stand 1. 8. 2013, rdb.at).

<sup>22</sup> *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz<sup>3</sup> (2007) III. Stimmrecht (Abs 2) Rz 21, gegen OGH.

<sup>23</sup> Das ABGB selbst legt lediglich fest, dass der Kaufpreis "in barem Geld" bestehen muss und weder "unbestimmt" noch "gesetzeswidrig" sein darf (§ 1954 ABGB). Alle diese Kriterien sind bei einer Vereinbarung über eine alineare Verteilung des Kaufpreises grundsätzlich gegeben.

<sup>24</sup> RIS-Justiz RS0115632.

<sup>25</sup> Die bloße Erklärung, den Wert zu kennen, erfüllt den Tatbestand nämlich nicht (RIS-Justiz RS0018979). Der Umstand, dass der Verkürzte sich darüber hätte Kenntnis verschaffen können, ist ebenso bedeutungslos, weil der Ausschluss der *laesio enormis* die tatsächliche Kenntnis voraussetzt (vgl OGH 30. 8. 1995, 3 Ob 520/94). Der Ausschlussstatbestand ist auch bei Zweifeln über einzelne wertbestimmende Faktoren nicht gegeben (vgl OGH 10. 7. 2001, 4 Ob 147/01a mit Verweis auf *P. Bydlinski*, JBI 1983, 410).

<sup>26</sup> Anders ist die Situation, wenn der betroffene Gesellschafter zum Verkauf gezwungen wird, zB in Ausübung einer im Start-up-Bereich üblichen Mitverkaufspflicht (Drag-Along-Option). Bei einer solchen Mitverkaufspflicht kann üblicherweise die Mehrheit der Gesellschafter des Start-ups den Verkauf aller Geschäftsanteile vertraglich erzwingen. Dem Zweck des § 934 ABGB folgend könnte argumentiert werden,

dass der Verkauf nicht in Kenntnis des wahren Wertes erfolgt, weil die Drag-Along-Option einseitig durch die Mehrheit der Gesellschafter in Kraft gesetzt wird. Die Richtigkeit dieser Argumentation wäre im Einzelfall zu prüfen.

<sup>27</sup> RIS-Justiz RS0060114.

<sup>28</sup> Vgl *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 29 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

<sup>29</sup> Man spricht auch von einem sogenannten "*Liq. Pref. Jive*".

<sup>30</sup> Vgl *Lenneis* in *Jakom* EStG<sup>12</sup> (2019) § 15 Rz 11.

<sup>31</sup> Hinsichtlich der Bewertung von Start-ups siehe zB *Gutschelhofer*, Die Beurteilung von Startups - Gratwanderung zwischen Bewertung und Begeisterung, in *Brauneis et al* (Hrsg), Bewertung von Unternehmen, in FS Nadvornik (2016) 59 (59 ff).

<sup>32</sup> Ähnliche Überlegungen stellen sich auch iZm Mitarbeitern gewährten Aktienoptionen (siehe zB *Damböck*, Stock Options aus Arbeitnehmersicht, ÖStZ 6/2001, 115 [115 ff]; *Roither*, Stock Options [2003] 107 ff).

<sup>33</sup> Vgl *Damböck*, ÖStZ 6/2001, 115 ff, zu Aktienoptionen.

<sup>34</sup> Einen geldwerten Vorteil bei entsprechendem angemessenen Entgelt verneint *Brugger*, Einnahmenrealisation im außerbetrieblichen Bereich (2011) Abschnitt II.5.5., der ausführt: "Leistet der Arbeitnehmer eine dem Wert des Optionsrechts entsprechende Optionsprämie, ist in der Einräumung des Optionsrechts kein Vorteil aus dem Dienstverhältnis zu sehen. Dann fällt auch der bei Optionsausübung erzielte Vorteil nicht im Rahmen des Dienstverhältnisses an." AA *Toifl*, Besteuerung von Stock Options, in *Bertl et al* (Hrsg), Mitarbeiterbeteiligungen 139 (146 f). Die Ausführungen basieren jeweils auf der BFH-Rsp (vgl BFH 2. 9. 2008, X R 8/06; 2. 9. 2008, X R 25/07) zu entgeltlich bzw unentgeltlich (oder um einen symbolischen Betrag) abgegebenen Losen für eine betriebliche Verlosung und zur damit einhergehenden Gewinnchance.

<sup>35</sup> Gegenstand von Auskunftsbescheiden sind Rechtsfragen iZm Umgründungen, Unternehmensgruppen, dem internationalen Steuerrecht, dem Umsatzsteuerrecht, dem Vorliegen von Missbrauch sowie dem Vorliegen der Voraussetzungen im Rahmen der eigenbetrieblichen Forschung und der experimentellen Entwicklung.

<sup>36</sup> Vgl *Ritz/Koran*, SWK-Spezial Advance Ruling<sup>2</sup> (2019) 20.

<sup>37</sup> Vgl *Ritz/Koran*, SWK-Spezial Advance Ruling<sup>2</sup> 20 f mwN.

<sup>38</sup> Vgl LStR 2002 Rz 1241. Siehe auch BMF 6. 4. 2006, BMF-010103/0023-VI/2006 (Richtlinie zum Grundsatz von Treu und Glauben).



Christoph Puchner 18.9.2020