

Die richtige Gegenleistung bei der Einbringung gem Art III UmgrStG

Ein Beitrag zum Spannungsverhältnis zwischen Umgründungssteuerrecht und gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungs- und Kapitalaufbringungsvorschriften aus Sicht der Praxis. Das Vorliegen einer Gegenleistung stellt eine Anwendungsvoraussetzung des Umgründungssteuergesetzes (UmgrStG) für die Einbringung von einbringungsfähigem Vermögen in eine übernehmende Körperschaft dar. In der Praxis ergeben sich in diesem Zusammenhang eine Vielzahl von Fragestellungen aus dem Spannungsverhältnis zwischen der umgründungssteuerrechtlichen Möglichkeit des Unterbleibens einer Gegenleistung und den gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungs- und Kapitalaufbringungsvorschriften sowie die Frage, inwieweit Vereinbarungen von nachträglichen Gegenleistungen oder nachträgliche Anpassungen der Gegenleistung mit den Anwendungsvoraussetzungen des Art III UmgrStG im Einklang stehen.

Einleitung

Das UmgrStG sieht steuerrechtliche Sonderbestimmungen für die Einbringung von begünstigtem Vermögen (Betrieben, Teilbetrieben, Mitunternehmeranteilen oder qualifizierten Kapitalanteilen) in eine Körperschaft vor. Steuerlicher Vorteil der Einbringung ist, dass idR das eingebrachte Vermögen mit dem steuerlichen Buchwert anzusetzen ist und die stillen Reserven des Einbringungsvermögens bei der übernehmenden Gesellschaft bis zur Realisierung steuerverfangen bleiben und nicht aufgedeckt werden müssen.

Als entgeltliches Rechtsgeschäft erfordert die Einbringung eine Gegenleistung an den Einbringenden. Gem § 19 Abs 1 UmgrStG hat die Einbringung grundsätzlich gegen Gewährung von neuen Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft zu erfolgen. Nur im Rahmen der in § 19 Abs 2 UmgrStG taxativ aufgezählten Fälle kann als Ausnahme von diesem Grundsatz eine Gewährung von neuen Anteilen unterbleiben.

Neue Anteile als Gegenleistung

Durch die Gewährung neuer Anteile an der übernehmenden Gesellschaft soll das wirtschaftliche Engagement des Einbringenden in Form eines Beteiligungsengagements aufrechterhalten bleiben.¹

Was unter Anteilen iSd § 19 UmgrStG zu verstehen ist, bestimmt sich nach § 12 Abs 2 Z 3 UmgrStG.² Als Gegenleistung kommen Anteile am Nennkapital, also Aktien, GmbH-Anteile sowie Genossenschaftsanteile in Betracht.³ Neben Nennkapital können nach hA auch eigenkapitalähnliche Anteile als Gegenleistung gewährt werden.⁴ Dazu zählt insbesondere Surro-

gatkapital in Form von Substanzgenussrechten gem § 8 Abs 3 KStG.⁵ Darüber hinaus sind auch Rechtspositionen, die mit den Gesellschaftsanteilen verbunden sind (zB alineare Gewinnausschüttungsansprüche oder Ansprüche auf Vorzugsdividenden), wie neue Gesellschaftsanteile iSd § 19 Abs 1 UmgrStG zu behandeln.⁶ Nicht unter den Anteilsbegriff fallen Anwartschaften und Optionen auf einen Anteil.⁷

Nach der Grundregel des § 19 Abs 1 UmgrStG sind dem Einbringenden neue (einbringungsgeborene) Anteile durch Erhöhung des Nominalkapitals bei der übernehmenden Körperschaft oder durch Ausgabe von eigenkapitalähnlichen Anteilen (Surrogatkapital) zu gewähren. Die Kapitalerhöhung kann hierbei zur Gänze oder zum Teil durch das Einbringungsvermögen aufgebracht werden. Die Kapitalgesellschaft kann auch mit dem übernommenen Vermögen des Einbringenden neu gegründet werden. Bei Vorliegen einer gemischten Bar- und Sacheinlage kommt es zur Teilanwendung des UmgrStG.⁸ Sofern einer von zwei Gesellschaftern eine Sacheinlage gem Art III UmgrStG in die Gesellschaft einbringen möchte und die Beteiligungsverhältnisse bei der übernehmenden Körperschaft gleichbleiben sollen, hat der andere Gesellschafter im Zuge der Kapitalerhöhung eine Einlage zu leisten, welche dem Verkehrswert der Sacheinlage entspricht.⁹ Zur Frage, ob die Kapitalerhöhung auch ausschließlich durch eine Bareinlage erbracht und daneben die Sacheinlage als Agio strukturiert werden kann, wird im Schrifttum auf die deutsche Rsp und Verwaltungspraxis verwiesen, die derartige Gestaltungen zulässt.¹⁰ Soweit

aus kapitalerhaltungsrechtlichen Gründen die Höhe der Kapitalerhöhung nicht durch das Umtauschverhältnis bestimmt wird, kann aus umgründungssteuerrechtlicher Sicht eine Kapitalerhöhung im kleinstmöglichen gesetzlichen Ausmaß erfolgen.¹¹

Unterbleiben der Gewährung von neuen Anteilen

In den in § 19 Abs 2 UmgrStG taxativ aufgezählten Fällen darf von der Gewährung neuer Anteile durch die übernehmende Körperschaft abgesehen werden. Es handelt sich hierbei um Fälle, bei denen bereits vor der Einbringung eine Verbindung zur übernehmenden Gesellschaft bestand und es zu keiner Verschiebung von stillen Reserven kommt.

Diese Ausnahmebestimmung hat besondere praktische Bedeutung, weil in diesem Fall der Aufwand für eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Körperschaft vermieden werden kann.¹²

Für das Ausmaß der zu gewährenden Anteile ist – so wie bei der Kapitalerhöhung – das Verhältnis zwischen dem Verkehrs-

¹ UmgrStR 2002 Rz 640 und 748. ² Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG⁹ § 19 Rz 3; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirscher/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 3. ³ UmgrStR 2002 Rz 1030 ff. ⁴ UmgrStR 2002 Rz 1032; Wiesner/Schwarzinger, Der Kapitalanteilsbegriff in Art III UmgrStG, SWK 1995, 202; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirscher/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 3. ⁵ UmgrStR 2002 Rz 1032; ErläutRV 266 BigNR 699. GP 18 zu § 19 Abs 1; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG⁹ § 19 Rz 3; Fuherr in Kofler, UmgrStG⁹ § 19 Rz 2; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirscher/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 3; Brunner, Surrogatkapital in Form von Genussrechten an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Rahmen einer Einbringung, NZ 1998, 257. ⁶ Fuherr in Kofler, UmgrStG⁹ § 19 Rz 16; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG⁹ § 19 Rz 8. ⁷ Gallo/Heinwein, Veräußerungen von Optionen auf Gesellschaftsanteile des Managements in Private Equity Transaktionen, taxlex 2008, 281 (283). ⁸ Fuherr in Kofler, UmgrStG⁹ § 12 Rz 23. ⁹ UmgrStR 2002 Rz 1034. ¹⁰ Fuherr in Kofler, UmgrStG⁹ § 19 Rz 53. ¹¹ UmgrStR 2002 Rz 1034. ¹² Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirscher/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 19; Leitner, Praxisleitfaden Umgründungen (2016) 45.

wert des eingebrachten Vermögens und dem Verkehrswert der übernehmenden Körperschaft maßgeblich.¹³ Beim abtretenden Gesellschafter kommt es durch die Abtretung zu keiner Gewinnrealisierung der stillen Reserven in den Anteilen und es werden auch die Anschaffungskosten dadurch nicht verändert.¹⁴ Beim Einbringenden sind die Anschaffungskosten der Anteile, welche an ihn abgetreten werden, mit dem Einbringungswert des von ihm eingebrachten Vermögens bestimmt.¹⁵

Eine Gewährung neuer Anteile kann unter anderem dann unterbleiben, wenn die Anteilsinhaber der übernehmenden Körperschaft den Einbringenden mit bestehenden Anteilen an dieser abfinden (§ 19 Abs 2 Z 2 UmgrStG).

Nicht alle Gesellschafter der übernehmenden Körperschaft müssen Anteile abtreten und es bedarf auch keiner gleichzeitigen Abtretung. Eine Anteilsabtretung ist jedoch nur durch unmittelbare Anteilsinhaber zulässig.¹⁶ Zu beachten ist, dass keine Äquivalenzverletzung zugunsten der nicht abtretenden Altgesellschafter entsteht.¹⁷ Diesfalls wäre ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleich (zB durch alineare Gewinnausschüttungen) vorzusehen.¹⁸ Werden neben der Anteilsgewährung Ausgleichszahlungen oder Vorteile in geldwerter Form geleistet, führt dies bei den abtretenden bzw übernehmenden Altgesellschaftern zu Veräußerungs- und Erwerbstatbeständen.¹⁹

Die Abfindung mit bestehenden Anteilen erfordert eine tatsächliche Abtretung von Anteilen. Dies gilt auch für den Fall, dass sich die Beteiligungsverhältnisse durch die Einbringung nicht ändern.²⁰ Bei Abfindung mit bestehenden GmbH-Anteilen ist die Notariatsaktpflicht gem § 76 GmbHG zu beachten. Ein Verzicht auf die notarielle Beurkundung würde nach Ansicht der Finanzverwaltung die Anwendbarkeit des Art III UmgrStG ausschließen.²¹

§ 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG lässt einen Verzicht auf die Gewährung neuer Anteile auch dann zu, wenn der Einbringende unmittelbar oder mittelbar Alleingesellschafter der übernehmenden Körperschaft ist („Eigentumsidentität“) oder die Beteili-

gungsverhältnisse an der einbringenden Körperschaft jenen der übernehmenden Körperschaft unmittelbar oder mittelbar entsprechen („Beteiligungsidentität“). In diesen Fällen besteht aufgrund des Vorliegens einer Identität zwischen Vermögenszurechnung und Beteiligungssituation kein Interessensgegensatz zwischen dem Einbringenden und der übernehmenden Körperschaft und es kommt zu keiner Verschiebung der stillen Reserven im Einbringungsvermögen.²²

Angemessenheit der Gegenleistung im Hinblick auf zwingende Kapitalerhaltungsrechtliche Vorschriften – Verbot der Einlagenrückgewähr

Für die Einbringung bestehen im Kapitalgesellschaftsrecht – anders als bei Verschmelzungen, Spaltungen und Umwandlungen – keine Spezialvorschriften, sodass für die Beurteilung der Gegenleistung die Bestimmungen über die Sacheinlage in §§ 20 ff AktG bzw §§ 6 ff GmbHG anzuwenden sind.²³

Obwohl aus umgründungssteuerrechtlicher Sicht das Vorhandensein einer angemessenen Gegenleistung keine Anwendungsvoraussetzung ist, kann eine Äquivalenzverletzung bei einer Einbringung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht im Hinblick auf Gläubigerschutzvorschriften zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG oder § 52 AktG) führen.²⁴

Dies ist bspw dann der Fall, wenn bei der Einbringung keine Kapitalerhöhung vorgenommen wird oder bei einer Kapitalerhöhung die dem Einbringenden gewährten Anteile nicht dem Wert des übertragenen Vermögens entsprechen und die Benachteiligung des Einbringenden nicht durch gesellschaftsrechtliche Begleitmaßnahmen ausgeglichen wird. Als Begleitmaßnahmen kommen eine ordentliche Kapitalherabsetzung oder eine Ausschüttung einer Sachdividende bei der übertragenden Gesellschaft sowie die Gewährung eines Zuschusses an die übertragende Gesellschaft in Betracht.²⁵ Diese gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen

stellen aus umgründungssteuerrechtlicher Sicht keine schädlichen Gegenleistungen dar, welche zu einer Nichtanwendung des Art III UmgrStG führen.²⁶ Ungeachtet dessen kann eine Einlagenrückgewähr nach der Rsp jedoch gerechtfertigt sein, wenn besondere betriebliche Gründe im Interesse der übernehmenden Gesellschaft vorliegen und das Geschäft fremdvergleichsüblich abgeschlossen wurde.²⁷

Nach herrschender Rsp unterliegen Betriebs- bzw Teilbetriebseinbringungen nach Art III UmgrStG der Eintragungspflicht nach § 3 Z 15 FBG, sodass das Firmenbuchgericht (§ 15 FBG iVm § 16 Abs 1 AußStrG) zu prüfen hat, ob die Eintragung gegen zwingende unternehmensrechtliche Normen verstößt, insbesondere ob der Gläubigerschutz beeinträchtigt erscheint.²⁸ Ein Verstoß gegen die zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften führt nach hL und herrschender Rsp zur absoluten, von Amts wegen wahrzunehmenden Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.²⁹ Die Einbringung wird aus diesem Grund sowohl aus gesellschaftsrechtlicher als auch aus umgründungssteuerrechtlicher Sicht scheitern.³⁰ Soweit jedoch die am Rechtsgeschäft beteiligten

¹³ UmgrStR Rz 1044; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 15; Furrer in Kofler, UmgrStG³ § 19 Rz 76; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG³ § 19 Rz 17. ¹⁴ § 20 Abs 3 UmgrStG; UmgrStR 2002 Rz 1104; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 18; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG³ § 19 Rz 16. ¹⁵ UmgrStR 2002 Rz 1104. ¹⁶ Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 16. ¹⁷ UmgrStR 2002 Rz 1105. ¹⁸ UmgrStR 2002 Rz 1050; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 21. ¹⁹ UmgrStR 2002 Rz 1050; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 21. ²⁰ UmgrStR 2002 Rz 1046; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 20; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG³ § 19 Rz 21. ²¹ UmgrStG 2002 Rz 1046. ²² UmgrStR 2002 Rz 1061; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 31 f. ²³ Steinhart, Die Einbringung von negativen Gesellschaftsanteilen aus Kapitalerhaltungssicht, RdW 2011, 119. ²⁴ UmgrStR 2002 Rz 1084; OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 288/99t; Karollus, OGH: Einlagenrückgewähr bei der Einbringung – Äquivalenzverhältnis, VWT 2000 H 2–3, 14. ²⁵ UmgrStR 2002 Rz 1085; OGH 10. 6. 1999, 6 Ob 6/99x; Karollus, VWT 2000 H-3, 14; Mühlechner, Zur Bewertung von Sachdividenden bei Anwendung von § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG, RdW 2004, 126; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 48; Stanek, Die Kapitalerhaltung bei Einbringungen ohne Anteilsgewähr gemäß § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG, GesRZ 2018, 158. Eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft und Gewährung der Anteile an die übertragende Gesellschaft wäre kapitalerhaltungsrechtlich nicht zulässig. Siehe dazu Leitner, Praxisleitfaden für Umgründungen (2016) 68 mit Verweis auf Steinhart, RdW 2011, 119 (120). ²⁶ UmgrStR 2002 Rz 1007; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 9; Furrer in Kofler, UmgrStG³ § 19 Rz 19. ²⁷ OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d; Karollus, VWT 2000 H-3, 14. ²⁸ RIS-Justiz RS0115147; OGH 7. 7. 2017, 6 Ob 165/16g; OGH 1. 10. 2008, 6 Ob 132/08t; OGH 23. 1. 2003, 6 Ob 81/02h; Kals, Barentnahme im Zuge einer Einbringung, GesRZ 2017, 329 (330); Rohrer, Behandlung von Entnahmen im Zuge der Unternehmensumgründung, EvBl 2018/1, 24. ²⁹ OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14y; OGH 1. 9. 2010, 6 Ob 132/10w; OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 29/11z; OGH 17. 7. 2013, 3 Ob 50/13v; OGH 23. 1. 2003, 6 Ob 81/02h; Nowotny in Kals/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht³ Rz 4/425; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 19. ³⁰ UmgrStR 2002 Rz 780; Leitner, Praxisleitfaden Umgründungen (2016) 68; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 50; Furrer in Kofler, UmgrStG³ § 19 Rz 96.

Personen trotz zivilrechtlicher Nichtigkeit das wirtschaftliche Ergebnis eintreten und bestehen lassen, soll nach hA die Nichtigkeit für abgabenrechtliche Zwecke im Hinblick auf § 23 Abs 3 BAO unbeachtlich sein.³¹

Gegenleistung bei Einbringung ohne Kapitalerhöhung

Die Thematik der Äquivalenzverletzung ist aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht va bei Einbringungen, bei denen der Einbringende unmittelbar oder mittelbar Alleingesellschafter der übernehmenden Gesellschaft ist oder eine mittelbare oder unmittelbare Identität der Beteiligungsverhältnisse besteht, von praktischer Relevanz (*Up-Stream-* und *Down-Stream-* bzw *Side-Stream-*Einbringungen).³² In diesen Fällen kann aus steuerlicher Sicht gem § 19 Abs 2 UmgrStG die Gewährung von neuen Anteilen unterbleiben. Eine Anteilsgewährung ist im Falle einer *Up-Stream-*Einbringung, dh Einbringung von Vermögen von der Tochtergesellschaft in die 100%ige Muttergesellschaft, auch gesellschaftsrechtlich nicht zulässig, sodass die Einbringung ohne Entgelt zu erfolgen hat.³³

Sowohl bei der *Up-Stream-*Einbringung als auch bei einer Einbringung, bei der die einbringende und die übernehmende Gesellschaft über eine gemeinsame Muttergesellschaft verbunden sind (*Side-Stream-*Einbringung) und bei der keine neuen Anteile gewährt werden, sind die Bestimmungen des § 224 AktG betreffend das Unterbleiben der Anteilsgewährung bei einer Verschmelzung analog anzuwenden.³⁴ In beiden Fällen kommt es zur Entreichung bei der einbringenden Gesellschaft, der keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht. Dies kann zu einer Gläubigerschädigung führen, sodass grundsätzlich vom Vorliegen einer verbotenen Einlagenrückgewähr auszugehen ist. Zur Vermeidung der Rechtsfolgen einer verbotenen Einlagenrückgewähr können als begleitende gesellschaftsrechtliche Maßnahmen eine ordentliche Kapitalherabsetzung bei der einbringenden Gesellschaft, eine Gewinnausschüttung durch Sachauskehr des eingebrachten Vermögens oder eine Gesellschafterzuschussgewährung an die einbringende Gesellschaft vorgenommen werden.³⁵ In der Literatur ist umstritten, ob der Wertausgleich durch die Begleitmaßnahme in Höhe des Buchwerts oder des Verkehrswerts des eingebrachten Vermögens zu erfolgen hat. Nach der hL hat die Begleitmaßnahme den tatsächlichen Wert des übertragenen Vermögens

auszugleichen, sodass der Ausgleich des Buchwertabgangs nicht ausreicht.³⁶

Gegenleistung bei Einbringung durch Sachgründung oder Kapitalerhöhung mit Sacheinlage

Bei Einbringungen im Wege einer Sachgründung oder einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlage darf aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht nicht irgendeine Gegenleistung an den Einbringenden gewährt werden, sondern es bedarf einer dem eingebrachten Vermögen wertäquivalenten Gegenleistung. Entscheidend ist in diesem Fall der Verkehrswert.³⁷ Dass hierbei der Verkehrswert positiv sein muss, ergibt sich schon aus dem Verbot der Unter-pari-Emission.³⁸

Aus umgründungssteuerrechtlicher Sicht hat gem § 12 Abs 1 UmgrStG für die Inanspruchnahme der Begünstigungen des UmgrStG ein positiver Verkehrswert des einzubringenden Vermögens spätestens am Tag des Abschlusses des Einbringungsvertrags vorzuliegen.³⁹ Für die Ermittlung des Verkehrswerts gelten die Grundsätze der Unternehmensbewertung.⁴⁰ Der Verkehrswert entspricht hierbei dem beizulegenden Wert iS des Unternehmensrechts.⁴¹ Im Zweifelsfall (zB bei einer buchmäßigen Überschuldung) hat der Nachweis des positiven Verkehrswerts durch ein Sachverständigengutachten zu erfolgen.⁴²

Bei der Aktiengesellschaft unterliegt jede Sachgründung den strengen Sachgründungsvorschriften des § 20 AktG. Der Gegenstand der Sacheinlage, die Person des Sacheinlegers sowie die Gegenleistung der Gesellschaft müssen in der Satzung festgelegt sein. Ohne diese Mindestangaben in der Satzung ist die Sacheinlagevereinbarung gegenüber der Gesellschaft unwirksam und es besteht die Verpflichtung des Gründers, den Ausgabebetrag der Aktien in bar einzubezahlen.⁴³ Weiters bestehen strenge Gründungsprüfungspflichten. Die Überbewertung der Sacheinlage führt zu einer verschuldensunabhängigen Haftung des Sacheinlegers auf die Differenz zum tatsächlichen Wert.⁴⁴ Bei der GmbH sind gem § 6a GmbHG die aktienrechtlichen Sachgründungsvorschriften dann einzuhalten, wenn weniger als die Hälfte des Stammkapitals bar aufgebracht werden soll. Bei Koppelung einer Bareinlage mit einem Rechtsgeschäft zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft in der Weise, dass – unter Umgehung der Sacheinlagevorschriften – wirtschaftlich der Erfolg einer Sacheinlage er-

reicht wird, liegt eine verdeckte Sacheinlage vor. In diesem Fall fließen die Barmittel umgehend als Entgelt für eine Leistung des Gesellschafters zurück.⁴⁵ Dies hat zur Folge, dass die ohne Einhaltung der Sacheinlagevorschriften getroffene Sacheinlagevereinbarung der Gesellschaft gegenüber unwirksam ist und der Gesellschafter nicht von seiner (Bar-)Einlagepflicht befreit wird.⁴⁶ Das Problem der verdeckten Sacheinlage kann bei Einbringungen iZm Entnahmen iSd § 16 Abs 5 UmgrStG auftreten, wenn die Entnahme fremdfinanziert wurde und die Erfüllung dieser Verbindlichkeit nach der Einbringung die übernehmende Körperschaft mangels in ausreichender Höhe eingebrachter liquider Mittel belastet.⁴⁷

Unschädliche versus schädliche Gegenleistung

§ 19 Abs 1 UmgrStG legt fest, dass die Einbringung ausschließlich gegen Gewährung von neuen Anteilen zu erfolgen hat, soweit nicht Ausnahmefälle gem § 19 Abs 2 UmgrStG vorliegen. Eine Gewährung von anderen Gegenleistungen stellt im Hinblick auf die ausdrückliche Erwähnung des § 19 UmgrStG in § 12 Abs 1 UmgrStG einen Verstoß gegen die Anwendungsvoraussetzungen des Art III UmgrStG dar und bewirkt die Anwendung der ertragsteuerrechtlichen Grundsätze des § 6 Z 14 lit b EStG (Tauschgrundsatz) auf den Einbringungsvorgang.⁴⁸ Dies gilt für jeden Vermögensvorteil, der neben oder anstatt von Gesellschaftsanteilen gewährt wird, sofern er in

³¹ Ritz in Ritz, BAO § 23 Rz 12; Wurm, UFS: Treuhandvereinbarungen für Zwecke des § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG auch bei zivilrechtlichem Formmangel zu berücksichtigen, GES 2014, 264.
³² Leitner, Praxisleitfaden Umgründungen (2016) 68f; Steinhart, RdW 2011, 119; Theilen, Die Gegenleistung bei der Einbringung aus Perspektive des Gesellschaftsrechts, SWK 2019, 64.
³³ UmgrStR 2002 Rz 1068 mit Verweis auf § 224 Abs 1 Z 1 AktG; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 19 Rz 44.
³⁴ Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 19 Rz 42; Stank, GesRZ 2018, 158 (159).
³⁵ UmgrStR 2002 Rz 1085; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 48; Furherr in Kofler, UmgrStG § 19 Rz 92; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 19 Rz 42f; Mühlehner, RdW 2004, 126.
³⁶ Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 19 Rz 46 mwN; Furherr in Kofler, UmgrStG § 19 Rz 93; Titz/Wild/Schlager in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg), Handbuch der Umgründungen (2018) § 19 Rz 48; Mühlehner, RdW 2004, 126 (127), wobei von Mühlehner im Falle der Ausschüttung auch eine Buchwertausschüttung für vertretbar gehalten wird, weil das Eigenkapital der einbringenden Gesellschaft nur in Höhe des Buchwerts reduziert wird.
³⁷ OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 288/99t; Karollus, VWT 2000 H-3, 14.
³⁸ Steinhart, RdW 2011, 199 (120).
³⁹ UmgrStR 2002 Rz 672, wonach ein Wert größer als 0 jedenfalls positiv zu sehen ist; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 12 Rz 115 ff.
⁴⁰ UmgrStR 2002 Rz 673, 682f.
⁴¹ Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 12 Rz 126.
⁴² UmgrStR 2002 Rz 676 iVm Rz 682f; Steinhart, RdW 2011, 119 (120).
⁴³ Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG I § 20 Rz 35.
⁴⁴ Zehetner in Artmann/Karollus, AktG I § 39 Rz 24; Eitel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 39 Rz 18; OGH 9. 3. 2006, 6 Ob 39/06 p.
⁴⁵ OGH 25. 3. 2014, 9 Ob 68/13k.
⁴⁶ OGH 30. 8. 2000, 6 Ob 132/00f; OGH 27. 11. 2003, 6 Ob 219/03d.
⁴⁷ OGH 7. 7. 2017, 6 Ob 165/16g; Kalss, Barentnahme im Zuge einer Einbringung, GesRZ 2017, 329.
⁴⁸ UmgrStR 2002 Rz 1001 und 1003; ErläutRV 266 BlgNR 18. GP zu § 19 Abs 1; Furherr in Kofler, UmgrStG § 19 Rz 6; Hübner-Schwarzinger, Steuerliche Konsequenzen einer verunglückten Einbringung, SWK 2008, 935.

einem synallagmatischen Verhältnis zur Übertragung des Vermögens steht.⁴⁹

Wird neben der Anteilsgewährung ein Kaufpreis entrichtet oder wird die Übernahme einer privaten Verbindlichkeit des Einbringenden durch die übernehmende Körperschaft als Gegenleistung vereinbart, kann Art III UmgrStG auf die Einbringung nicht angewendet werden.⁵⁰

Die Gewährung von Sonderrechten an der übernehmenden Körperschaft auf gesellschaftsvertraglicher Basis wird jedoch nach hA als Ausfluss der Einräumung neuer Gesellschaftsanteile iSd § 19 Abs 1 UmgrStG gesehen, weil es sich hierbei um mit den Gesellschaftsanteilen verbundene Rechtspositionen handelt. Dazu zählen bspw. Vorzugsdividenden oder alineare Gewinnausschüttungsansprüche.⁵¹ Als nicht schädlich werden auch jene der Einbringung vorgelagerte Maßnahmen iSd § 16 Abs 5 UmgrStG qualifiziert, die eine Verminderung des Einbringungsvermögens bewirken.⁵²

Gem § 16 Abs 5 Z 3 UmgrStG können bis zum Tag des Abschlusses des Einbringungsvertrags vorhandene Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens (einschließlich damit unmittelbar zusammenhängenden Fremdkapitals) und vorhandene Verbindlichkeiten zurückbehalten werden. Eine Überführung von Verbindlichkeiten in das Privatvermögen oder das außerbetriebliche Vermögen des Einbringenden ist somit zulässig und erhöht demgemäß als Einlage den Buch- und Verkehrswert bzw. bewirkt erst das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes.⁵³ Nach § 16 Abs 5 Z 4 UmgrStG besteht auch die Möglichkeit, aktive und passive Wirtschaftsgüter zwischen Teilbetrieben bzw. zwischen Betrieb und Restbetriebsvermögen der Körperschaft durch Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in die Einbringungsbilanz zu verschieben.⁵⁴ Dazu zählt bspw. auch die Zurückbehaltung von Grund und Boden bei Einbringung eines Betriebsgebäudes.⁵⁵

Nach Ansicht der Finanzverwaltung können im Einbringungsvertrag nachträgliche Änderungen der Gegenleistung zwecks Vermeidung einer Äquivalenzverletzung vorgesehen werden. Die UmgrStR 2002 dif-

ferenzieren in Rz 1012 für den Fall der nachträglichen Anpassung der Gegenleistung zwischen einer unschädlichen nachträglichen Gegenleistung, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der der Gegenleistung zum Einbringungsstichtag zugrunde liegende Verkehrswert unrichtig war, und einer schädlichen nachträglichen Gegenleistung, wenn eine Anpassung der Gegenleistung aufgrund von zukünftigen noch unsicheren Entwicklungen von vornherein vereinbart wurde. Damit orientieren sich die Umgründungssteuerrichtlinien am bilanzrechtlichen Stichtagsprinzip, das zwischen „werterhellenden“ und „wertbeeinflussenden“ Umständen unterscheidet. Schädliche Gegenleistungen schließen die Anwendung des Art III UmgrStG auf die Einbringung aus.

Mögliche Anpassungen der Gegenleistung können in der Praxis dann relevant werden, wenn bspw. Risiken aus einer Gewährleistung oder einer Garantie schlagend oder Nachbesserungsklauseln (sog. *Earn-out-Klauseln*) vereinbart werden.⁵⁶

Earn-out-Klauseln

Können sich bei M&A-Transaktionen die Vertragsparteien aufgrund unterschiedlicher Vorstellungen über den Wert des Zielunternehmens bzw. dessen künftige Ertragschancen nicht einigen, wird in der Praxis oft eine *Earn-out-Klausel* vereinbart, die eine Anpassung des Kaufpreises anhand vordefinierter betriebswirtschaftlicher Bezugsgrößen ermöglichen soll.⁵⁷ Ziel dieser Klauseln ist es, einen angemessenen Ausgleich der unterschiedlichen Interessenlagen und eine Teilung des unternehmerischen Risikos zwischen den Vertragsparteien zu bewirken.⁵⁸

Earn-out-Klauseln können auch bei Einbringungen zum Ausgleich von unterschiedlichen Interessenlagen und Wertvorstellungen zum Einsatz kommen.

Im UmgrStG finden sich dazu keine expliziten Regelungen. Die UmgrStR 2002 gehen in Rz 1012 davon aus, dass *Earn-out-Klauseln* generell nicht zulässig sein sollen und eine für die Anwendung des Art III UmgrStG schädliche Gegenleistung darstellen. Nach Ansicht der Finanzverwaltung ergibt sich dies daraus, dass *Earn-out*-Bedingungen an unsichere künftige Ereignisse an-

knüpfen, welche wertbeeinflussenden Charakter haben. Zu beachten ist, dass *Earn-out-Klauseln* nach Ansicht der Finanzverwaltung – unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einer weiteren Anteilsgewährung kommt – per se zur Nichtanwendbarkeit des Art III UmgrStG auf die Einbringung führen.

Earn-out-Klauseln sollten jedoch im Hinblick auf die umgründungssteuerrechtlichen Vorgaben nicht per se als schädliche Gegenleistung qualifiziert werden. Für die Beurteilung der Schädlichkeit sollte es wesentlich auf den Zeitpunkt der Fixierung der Gegenleistung und somit auf die konkrete Ausgestaltung der *Earn-out-Klausel* ankommen. Die *Earn-out-Klausel* sollte dann zulässig sein, wenn eine umfassende und nachvollziehbare Bandbreite für die dem *Earn-out* unterliegenden maximal möglichen Gegenleistungsanteile sowie die diesbezügliche Methode zur Bestimmung innerhalb der Bandbreite im Einbringungsvertrag verbindlich festgelegt wird und die Gewährung der Gegenleistung im Rahmen dieser Bandbreite tatsächlich methodenkonsistent erfolgt.

Für die formale Umsetzung der *Earn-out-Klausel* erscheinen die in der Literatur⁵⁹ vorgeschlagene Zurückbehaltung eines Zwerganteils und nachfolgende Einbringung dieses Zwerganteils bei Eintritt der *Earn-out*-Bedingungen ein gangbarer Weg, sofern die Ausgestaltung in der Weise erfolgt, dass für den Einbringenden in Form von *Call/Put*-Optionen eine rechtlich abgesicherte Position für die mögliche Übernahme der weiteren Gegenleistungsanteile geschaffen wird und auf ihn zumindest das im Umgründungssteuerrecht maßgebliche wirtschaftliche Eigentum an den möglichen Gegenleistungsanteilen bereits mit Abschluss des Einbringungsvertrags übergeht.

Zusammenfassung

Die ertragsteuerneutrale Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben, Mitunternehmeranteilen oder qualifizierten Kapitalanteilen in eine Körperschaft in Entsprechung des Art III UmgrStG stellt ein entgeltliches Rechtsgeschäft dar, welches einer Gegenleis-

⁴⁹ Rabel/Ehrke-Rabel in Wiesner/Hirschler/Mayr (Hrsg.), Handbuch der Umgründungen (2018) § 12 Rz 15; Fuherr in Kofler, UmgrStG § 19 Rz 7. ⁵⁰ UmgrStR 2002 Rz 1004. ⁵¹ Fuherr in Kofler, UmgrStG § 19 Rz 16; Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 19 Rz 8. ⁵² Huber in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG § 19 Rz 7. ⁵³ UmgrStR 2002 Rz 924. ⁵⁴ UmgrStR 2002 Rz 926. ⁵⁵ Stanek, taxlex 2018, 232 (237). ⁵⁶ Rabel in Gedeknschrift Helbig: Privatstiftung und Umgründungen (2014) 247 (249). ⁵⁷ Hilgard, *Earn-Out-Klauseln* beim Unternehmenskauf, BB 48 2010, 2912. ⁵⁸ Rabel in Gedeknschrift Helbig: Privatstiftung und Umgründungen (2014) 247 (250). ⁵⁹ Platzer/Leiter in Gedeknschrift Helbig: Privatstiftung und Umgründungen (2014) 223 (232 ff.).

tung iSd § 19 Abs 1 UmgrStG an den Einbringenden bedarf. Als Gegenleistung kommen grundsätzlich nur neue Kapitalanteile im Wege einer Kapitalerhöhung an der übernehmenden Körperschaft in Betracht. Werden im Zuge der Einbringung anstatt Gesellschaftsanteilen andere Vermögensvorteile (zB Kaufpreis) an den Einbringenden als Gegenleistung gewährt, liegt eine schädliche Gegenleistung vor, welche die Anwendung der ertragsteuerlichen Grundsätze des § 6 Z 14 lit b EStG (Tauschgrundsatz) auf den Einbringungsvorgang bewirkt und somit zur Aufdeckung der stillen Reserven im Einbringungsvermögen führt.

Nur in den in § 19 Abs 2 UmgrStG taxativ aufgezählten Fällen darf von der Gewährung neuer Anteile abgesehen werden. Der in der Praxis bedeutendste Ausnahmefall ist die Abfindung des Einbringenden mit bestehenden Anteilen durch die Altgesellschafter der übernehmenden Körperschaft. Weitere Ausnahmefälle sind die Eigentums- bzw. Beteiligungsidentität zwischen Einbringendem und übernehmender Körperschaft. Im Hinblick auf die zwingenden kapitalerhaltungsrechtlichen Vorschriften ist die Angemessenheit der Gegenleistung von Bedeutung.

Das Unterbleiben einer Anteilsgewähr iSd § 19 Abs 2 UmgrStG ist gesondert auf einen allfälligen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu prüfen.

Besonders kritisch werden in der Literatur und Verwaltungspraxis nachträgliche Änderungen der Gegenleistung gesehen. Nach Ansicht der Finanzverwaltung sollen diese nur zur Vermeidung einer Äquivalenzverlet-

zung zulässig sein, wenn sich nachträglich (zB durch eine Außenprüfung) herausstellt, dass der der Gegenleistung zugrunde gelegte Verkehrswert des eingebrachten Vermögens zum Zeitpunkt der Einbringung nicht dem tatsächlichen Wert entspricht. Die soll bspw nicht für *Earn-out*-Klauseln gelten.

DJA 2020/5

In Kürze

Einbringung von Betriebsgebäuden unter Zurückbehaltung des Grund und Bodens

Änderungen des Einbringungsvermögens nach dem Einbringungsstichtag sind grundsätzlich bereits der übernehmenden Gesellschaft zuzurechnen. Ausgenommen davon sind die in § 16 Abs 5 UmgrStG taxativ aufgezählten Maßnahmen. Dazu zählt die Zurückbehaltung von bis zum Tag des Abschlusses des Einbringungsvertrags vorhandenen Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens und vorhandenen Verbindlichkeiten. Diese Maßnahmen stellen keine schädlichen Gegenleistungen dar, weil sie sich nur auf die vom Einbringenden zu erbringende Leistung beziehen. Dazu wurde mit dem Jahressteuergesetz 2018 (JStG 2018 BGBl I 2018/62) in § 16 Abs 5 UmgrStG eine gesetzliche Regelung vorgesehen, wonach bei einem bebauten Grundstück der Grund und Boden zurückbehalten werden kann, indem nur das Gebäude im Wege eines Baurechts übertragen wird. Für die steuerneutrale Übertragung des Gebäudes reicht es hierbei aus, dass der Baurechtsvertrag und der Einbringungsvertrag aufeinander Bezug nehmen und das Grundbuchsgesuch im Rückwirkungszeitraum gestellt wird und es in weiterer Folge tatsächlich zu einer Eintragung im Grundbuch kommt.

Carola Steiner/Christian Steiner
Athron WP & StB GmbH

Praxisbeispiele zu Umgründungen

Praxisbeispiele zur bilanziellen Behandlung/Abbildung von Umgründungen (Verschmelzung). Im Rahmen des ersten Praxisbeispiels werden die Möglichkeiten der bilanziellen Abbildung von Konzentrationsverschmelzungen dargestellt. Das zweite Beispiel geht auf diese Varianten im Rahmen von Konzernverschmelzungen (*upstream* und *downstream*) ein.¹

Sachverhalt 1 – Konzentrationsverschmelzung

Die Gesellschafter der Z-GmbH und der A-AG beschließen künftig zusammenzuarbeiten und daher die beiden Gesellschaften zusammenzuführen (Konzentrationsverschmelzung).

Die Ausgangslage lässt sich wie folgt darstellen:

Zielstruktur

Die Verschmelzungsbilanz der Z-GmbH zeigt zum Verschmelzungsstichtag das in Tabelle 1 dargestellte Bild.

Der Verkehrswert des Unternehmens der Z-GmbH beträgt T€ 3.900,-, im Anla-

gevermögen sind stille Reserven iHv T€ 1.600,- enthalten. Im Umlaufvermögen sind stille Reserven iHv T€ 200,- enthalten. Die bisherigen Eigentümer der Z-GmbH erhalten als Gegenleistung Aktien der aufnehmenden A-AG im Nennwert von T€ 500,-, welche im Zuge einer Kapitalerhöhung der A-AG geschaffen werden.

Die Schlussbilanz der A-AG zum 31. 12. 2019 zeigt folgendes Bild (siehe Tabelle 2, Seite 21).

Der Verkehrswert der A-AG wurde mit ebenfalls T€ 3.900,- ermittelt.

¹Der Beitrag beinhaltet die private Meinung der Autoren.

Verschmelzungsbilanz Z-GmbH (in TEUR)

Anlagevermögen	6.000	Verschmelzungskapital	- 300
Umlaufvermögen	1.400	Verbindlichkeiten	7.700
Summe Aktiva	7.400	Summe Passiva	7.400

Tabelle 1

Bilanz A-AG 31. 12. 2019 (in TEUR)

Anlagevermögen	15.000	Grundkapital	500
		Kapitalrücklage	250
		Bilanzgewinn	1.100
Umlaufvermögen	3.100	Verbindlichkeiten	16.250
Summe Aktiva	18.100	Summe Passiva	18.100

Tabelle 2

Eröffnungsbilanz A-AG 1. 1. 2020 (in TEUR)

Firmenwert	2.850	Grundkapital	1.000
Anlagevermögen	22.600	Kapitalrücklage	3.050
		Bilanzgewinn	1.100
		latente Steuern	450
Umlaufvermögen	4.700	Verbindlichkeiten	23.950
Summe Aktiva	29.550	Summe Passiva	29.550

Tabelle 4

Eröffnungsbilanz A-AG 1. 1. 2020 (in TEUR)

Anlagevermögen	21.000	Grundkapital	1.000
		Kapitalrücklage	250
		Bilanzgewinn	300
Umlaufvermögen	4.500	Verbindlichkeiten	23.950
Summe Aktiva	25.500	Summe Passiva	25.500

Tabelle 5

Eröffnungsbilanz A-AG 1. 1. 2020 (in TEUR)

Umgründungsmehrwert	1.067	Grundkapital	1.000
Anlagevermögen	21.000	Kapitalrücklage	250
		Bilanzgewinn	1.100
		latente Steuern	267
Umlaufvermögen	4.500	Verbindlichkeiten	23.950
Summe Aktiva	26.567	Summe Passiva	26.567

Tabelle 7

Lösung Variante 1 – Erfassung mit dem beizulegenden Zeitwert (§ 202 Abs 1 UGB)

In einem ersten Schritt ist zunächst der Firmenwert zu ermitteln:

	TEUR
Verkehrswert Z-GmbH	3.900
Buchwert des Unternehmens	- 300
Unterschiedsbetrag	4.200
davon	
stille Reserven im Anlagevermögen	1.600
stille Reserven im Umlaufvermögen	200
latente Steuern	- 450
Firmenwert	2.850

Tabelle 3

Nun kann in einem weiteren Schritt die Eröffnungsbilanz der aufnehmenden A-AG nach Verschmelzung zum 1. 1. 2020 erstellt werden. Diese zeigt das in Tabelle 4 dargestellte Bild.

Lösung Variante 2 – Buchwertfortführung ohne Unterschiedsbetrag (§ 202 Abs 2 Z 2 UGB)

Im Rahmen der Buchwertfortführung ist die Lösung vergleichsweise trivial, da lediglich die Buchwerte der Z-GmbH der A-AG zuzuführen sind. Die Eröffnungsbilanz der A-AG zeigt demnach ein Bild wie in Tabelle 5.

Lösung Variante 3 – Buchwertfortführung mit Unterschiedsbetrag, jedoch ohne Firmenwert (§ 202 Abs 2 Z 3 UGB)

Im Rahmen der Anwendung der sog modifizierten Buchwertfortführung ist zunächst der Umgründungsmehrwert zu ermitteln:

	TEUR
Gegenleistung/Nennwert der Anteile	500
Buchwert übernommenes Vermögen	- 300
Unterschiedsbetrag	800

Tabelle 6

Nun kann wiederum in einem weiteren Schritt die Eröffnungsbilanz der aufnehmenden A-AG nach Verschmelzung zum 1. 1. 2020 erstellt werden. Diese zeigt das in Tabelle 7 dargestellte Bild.

Um den ansetzbaren Unterschiedsbetrag zu ermitteln, sind nun die darauf entfallenden latenten Steuern zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich nun folgende Berechnung: $T€ 800 / (1 - 25\%) = T€ 1.067,-$

Lösung Variante 4 – Buchwertfortführung mit Unterschiedsbetrag und gesondertem Ausweis des Firmenwerts (§ 202 Abs 2 Z 3 UGB)

Modifikation Angabe

Für Zwecke dieses Beispiels wird nun die Angabe wie folgt modifiziert. Es wird nun angenommen, dass lediglich T€ 200,- stille Reserven im Anlagevermögen der Z-GmbH vorhanden sind. Im Umlaufvermögen befinden sich nun keine stillen Reserven.

Auch in dieser Variante ist zunächst der Umgründungsmehrwert zu ermitteln:

	TEUR
Gegenleistung/Nennwert der Anteile	500
Buchwert übernommenes Vermögen	- 300
Unterschiedsbetrag	800

Tabelle 8

Der ermittelte Unterschiedsbetrag reicht aus, um die stillen Reserven im Anlagevermögen iHv T€ 200,- zur Gänze zu heben. Darauf sind latente Steuern iHv T€ 50,- (25%) zu berücksichtigen, welche entsprechend den Firmenwert (*technical goodwill*) erhöhen.

Somit kann nun wiederum die Eröffnungsbilanz der aufnehmenden A-AG unter Anwendung der modifizierten Buchwertmethode bei gesondertem Ausweis des Firmenwerts dargestellt werden. Diese zeigt nun das in Tabelle 9 (Seite 22) dargestellte Bild.

Eröffnungsbilanz A-AG 1. 1. 2020 (in TEUR)

Firmenwert	650	Grundkapital	1.000
Umgründungsmehrwert	200	Kapitalrücklage	250
Anlagevermögen	21.000	Bilanzgewinn	1.100
		latente Steuern	50
Umlaufvermögen	4.500	Verbindlichkeiten	23.950
Summe Aktiva	26.350	Summe Passiva	26.350

Tabelle 9

Bilanz M-AG 31. 12. 2019 (in TEUR)

Anlagevermögen	3.500	Grundkapital	100
BET T 1-GmbH	1.500	Kapitalrücklage	50
		Bilanzgewinn	1.500
Umlaufvermögen	250	Verbindlichkeiten	3.600
Summe Aktiva	5.250	Summe Passiva	5.250

Tabelle 10

T 1-GmbH 31. 12. 2019 (TEUR)

Anlagevermögen	1.000	Stammkapital	50
Umlaufvermögen	150	Bilanzgewinn	1.100
Summe Aktiva	1.150	Summe Passiva	1.150

Tabelle 11

Sachverhalt 2 – Konzernverschmelzung (upstream und downstream)

Der Vorstand der A-AG beschließt die gesellschaftsrechtliche Strukturierung des Konzerns zu überdenken. Dabei überlegt das Management folgende Varianten:

- *Upstream*-Verschmelzung der T 1-GmbH auf die M-AG
- *Downstream*-Verschmelzung der M-AG auf die T 1-GmbH

Eine Kapitalerhöhung soll unterbleiben.

Die **Ausgangslage** lässt sich (Teilauszug aus dem Organigramm) wie folgt darstellen:

Die Bilanz der M-AG zum Verschmelzungsstichtag zeigt ein Bild wie in Tabelle 10.

Der Verkehrswert des Betriebs (ohne der Beteiligung an der T 1-GmbH) der M-AG beträgt T€ 2.000,-, im Anlagevermögen sind stille Reserven iHv T€ 500,- enthalten.

Die Bilanz der T 1-GmbH zeigt zum Verschmelzungsstichtag ein Bild wie in Tabelle 11.

Der Verkehrswert der T 1-GmbH wurde mit T€ 1.800,- ermittelt. Im Anlagevermögen wurden stille Reserven iHv T€ 60,- ermittelt.

I) Upstream-Verschmelzung

Lösung Variante 1 – Erfassung mit dem beizulegenden Zeitwert (§ 202 Abs 1 UGB)

Die M-AG erfasst das übernommene Reinvermögen mit den beizulegenden Werten iHv T€ 1.210,-, zusätzlich wird eine latente Steuerrückstellung für das neu bewertete Anlagevermögen iHv T€ 15,- gebildet. Auf Basis des Unternehmenswerts iHv T€ 1.800,- werden T€ 605,- als Firmenwert aktiviert.

Dem Vermögenszugang von T€ 1.800,- steht der Abgang der Beteiligung iHv T€ 1.500,- gegenüber, die verbleibenden T€ 300,- werden als Gewinn aus der Umgründung in einem Sonderposten vor dem Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag ausgewiesen.

Lösung Variante 2 – Buchwertfortführung ohne Unterschiedsbetrag (§ 202 Abs 2 Z 2 UGB)

Die M-AG übernimmt die Buchwerte der T 1-GmbH iHv T€ 1.150,-, latente Steuern erübrigen sich mangels temporärer Differenzen. Dem Buchwertzugang im Reinvermögen steht der Abgang der Beteiligung iHv T€ 1.500,- gegenüber. Es ergibt sich ein Buchverlust von T€ 350,-, der in einem

Sonderposten vor dem Jahresüberschuss/fehlbetrag ausgewiesen wird.

Lösung Variante 3 – Buchwertfortführung mit Unterschiedsbetrag, jedoch ohne Firmenwert (§ 202 Abs 2 Z 3 UGB)

Die M-AG übernimmt die Buchwerte der T 1-GmbH iHv T€ 1.150,-. Die buchmäßige Gegenleistung aufgrund des Untergangs der Beteiligung beträgt T€ 1.500,-, somit ergibt sich ein Unterschiedsbetrag von T€ 350,-, von dem T€ 60,- den Vermögensgegenständen zugeordnet und als Umgründungsmehrwert aktiviert werden. Für den Umgründungsmehrwert wird eine latente Steuerrückstellung iHv T€ 15,- gebildet.

Der buchmäßige Vermögenszuwachs beträgt somit T€ 1.195,-, dem steht der Abgang der Beteiligung iHv T€ 1.500,- gegenüber. Es ergibt sich ein Buchverlust von T€ 305,-, der in einem Sonderposten vor dem Jahresüberschuss/fehlbetrag ausgewiesen wird.

Lösung Variante 4 – Buchwertfortführung mit Unterschiedsbetrag und gesondertem Ausweis des Firmenwerts (§ 202 Abs 2 Z 3 UGB)

Nach Erfassung von Umgründungsmehrwert und latenter Steuerrückstellung wie in Variante 3 verbleiben vom ursprünglichen Unterschiedsbetrag T€ 305,-, die als Firmenwert aktiviert werden.

Dem buchmäßigen Vermögenszuwachs iHv T€ 1.500,- steht der Abgang der Beteiligung iHv T€ 1.500,- gegenüber. Da der Firmenwert auf Basis der buchmäßigen Gegenleistung berechnet wird, ergibt sich weder ein Gewinn noch ein Verlust.

II) Downstream-Verschmelzung

Lösung Variante 1 – Erfassung mit dem beizulegenden Zeitwert (§ 202 Abs 1 UGB)

Die T 1-GmbH erfasst das übernommene Reinvermögen mit den beizulegenden Werten iHv T€ 500,-, zusätzlich wird eine latente Steuerrückstellung für das neu bewertete Anlagevermögen iHv T€ 125,- gebildet. Auf Basis des Unternehmenswerts iHv T€ 2.000,- werden T€ 1.625,- als Firmenwert aktiviert.

Dem Vermögenszugang iHv T€ 2.000,- steht keine Gegenleistung gegenüber. Es handelt sich um eine Zuwendung, die jedenfalls in der ungebundenen Kapitalrücklage erfasst wird.

Lösung Variante 2 – Buchwertfortführung ohne Unterschiedsbetrag (§ 202 Abs 2 Z 2 UGB)

Die T 1-GmbH übernimmt die Buchwerte der M-AG iHv T€ 150,-, latente Steuern erübrigen sich mangels temporärer Differenzen. Dem Buchwertzugang iHv T€ 150,- steht keine Gegenleistung gegenüber. Es handelt sich um eine Zuwendung, die jeden-

falls in der ungebundenen Kapitalrücklage erfasst wird.

Lösung Variante 3 (= Variante 4) – Buchwertfortführung mit Unterschiedsbetrag (§ 202 Abs 2 Z 3 UGB)

Die T 1-GmbH übernimmt die Buchwerte der M-AG iHv T€ 150,-. Da aus der Einlage einerseits kein Buchverlust entsteht und an-

dererseits keine Gegenleistung in Form einer Kapitalerhöhung erfolgt, besteht keine Möglichkeit zur Aktivierung eines Gründungsmehrwerts oder eines Firmenwerts. Im Ergebnis besteht kein Unterschied zu Variante 2.

DJA 2020/6



Dietmar Dokalik
Bundesministerium für Justiz



Klemens Eiter
BDO

Der Grundsatz der Wesentlichkeit nach dem Anti-Gold-Plating-Gesetz 2019 und AFRAC 34

Wesentlichkeit auch für Ansatz, Bewertung und Konsolidierung. Mit dem RÄG 2014 wurde erstmals der Grundsatz der Wesentlichkeit in § 196 a Abs 2 UGB kodifiziert, allerdings nur für den Bereich der Darstellung und Offenlegung. Damit blieb unklar, ob und wieweit der Grundsatz auch für die Kategorien Ansatz, Bewertung und Konsolidierung gilt. Durch das Anti-Gold-Plating-Gesetz 2019 wurde § 196 a Abs 2 UGB gestrichen; nach den Erläuterungen könne die Anwendung des Grundsatzes den Standardsetzern (gemeint: AFRAC) überlassen werden. Die Stellungnahme AFRAC 34 konkretisiert den Grundsatz der Wesentlichkeit. Die neue Rechtslage ist bereits auf Jahres- und Konzernabschlüsse für Geschäftsjahre anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2018 begonnen haben.

Vorgeschichte

Anti-Gold-Plating-Gesetz 2019

Die Bilanz-RL 2013/34/EU kodifiziert in Art 6 die „allgemeinen Grundsätze der Rechnungslegung“ und in Abs 1 lit j dieser Bestimmung den Grundsatz der Wesentlichkeit, indem sie Folgendes statuiert: „Die Anforderungen in dieser Richtlinie in Bezug auf Ansatz, Bewertung, Darstellung, Offenlegung und Konsolidierung müssen nicht erfüllt werden, wenn die Wirkung ihrer Einhaltung unwesentlich ist.“ Abs 4 erlaubt allerdings den Mitgliedstaaten, den Anwendungsbereich dieser Bestimmung auf Darstellung und Offenlegung zu begrenzen.

Bereits vor dem RÄG 2014, das die Bilanz-RL umgesetzt hat, war vertreten worden, dass der Grundsatz der Wesentlichkeit als nicht positiver GoB Geltung hat.¹ Insbesondere wurde aus der Tatsache, dass sich in zahlreichen Bestimmungen des UGB Formulierungen wie „wesentlich“ und „nicht bloß von untergeordneter Bedeutung“ finden, geschlossen, dass der Grundsatz der Wesentlichkeit als Ausfluss

der Generalnorm des § 195 UGB zu betrachten ist.²

Das RÄG 2014 hatte den Grundsatz der Wesentlichkeit in folgender Gestalt in das UGB aufgenommen (§ 196 a Abs 2 UGB):

„Die Anforderungen an den Jahresabschluss in Bezug auf Darstellung und Offenlegung müssen nicht erfüllt werden, wenn die Wirkung ihrer Einhaltung unwesentlich ist.“

Nicht restlos klar war, ob mit dieser Formulierung ausgeschlossen werden sollte, dass der Grundsatz der Wesentlichkeit (weiterhin) auch für Ansatz, Bewertung und Konsolidierung gilt.³ Das führte in der Praxis zu Problemen, weil insbesondere unklar war, ob bei nachträglich auftretenden Prüfungsdifferenzen, die nicht wesentlich waren, eine Berichtigung des unternehmensrechtlichen Jahresabschlusses erfolgen musste (oder ob eine Berücksichtigung in der steuerlichen Mehr-Weniger-Rechnung ausreichend ist). Eine Berichtigungspflicht hätte eine Kostenbelastung für die Unternehmen mit sich gebracht, wäre an sich eu-

roparechtlich nicht geboten und wurde daher im Rahmen der Anti-Gold-Plating-Initiative der Bundesregierung überprüft.

In den Stellungnahmen zur Anti-Gold-Plating-Initiative wurde gefordert, den Grundsatz der Wesentlichkeit im UGB explizit auch auf Ansatz und Bewertung zu erstrecken. Das wurde vor dem Hintergrund des Ziels einer „Einheitsbilanz“ aber kritisch gesehen, da unklar war, wieweit sich ein geschriebener Grundsatz über das Prinzip der Maßgeblichkeit auch auf die Steuerbilanz ausgewirkt hätte.

Das sollte ausweislich der Erläuterungen bewirken, dass der Wesentlichkeitsgrundsatz in Zukunft im Wege einer richtlinien-

¹ ErläutRV 1270 BlgNR 17. GP 65 (Rechnungslegungsgesetz); Fraberger/Petritz/Walter-Gruber in Hirschler (Hrsg), Bilanzrecht (2009) § 195 Rz 14; Nowotny in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum UGB (2011) § 195 Rz 14; Reiter in Bertl/Mandl (Hrsg), Handbuch RLG, 21. Lfg (Dezember 2017) Rz 33. ² Bertl/Deutsch/Hirschler, Buchhaltungs- und Bilanzierungshandbuch (2009) 230. ³ Dies verneint Dokalik/Hirschler, RÄG 2014, SWK-Spezial 28; ebenso Hirschler/Nitschinger in Hirschler (Hrsg), Bilanzrecht I (2019) § 196 a Rz 53 und 78; ebenso Moser, Rechnungslegungs-Änderungsgesetz 2014 (RÄG 2014) – Die Kodifizierung von Grundsätzen ordnungsgemäßer Bilanzierung, GES 2015/203 (204); ebenso Jankovic/Schlager/Haider in Jabornegg/Artemann, UGB² § 196 a Rz 8; für einen Ausschluss hingegen Reiter in Bertl/Mandl (Hrsg), Handbuch RLG, 21. Lfg (Dezember 2017) Rz 31 und 42.