

The Earn-Out Consideration shall be determined for each calendar year of the Earn-Out Period (the „Annual Earn-Out Consideration“). The Annual Earn-Out Consideration shall not exceed EUR [...]. For the entire Earn-Out Period the maximum payment shall in no event exceed EUR [...].

Denkbar ist auch, dass der Verkäufer als Earn-out-Vergütung Geschäftsanteile (Aktien) ohne gesondertes Entgelt vom Käufer zurück erhält („Earn out in Shares“) oder – eher zu handhaben: – Substanzgenussrechte eingeräumt bekommt. Beides ist aber bei negativem Earn-out-Ergebnis nicht hilfreich (außer der Verkäufer blieb Minderheitsgesellschafter).

361

---

#### Warnung:

Bei Earn-out-Klauseln hat es idR der Käufer in der Hand, den **Gewinn** zu „gestalten“. Denkbare **Manipulationen** sind zB: Auftragsverlagerung, Kostenverschiebungen, Betriebsstilllegung, Verschmelzung, Investitionsverhalten, Konzernverrechnungspreise, Umstrukturierungen usw. Der Veräußerer hat relativ geringe Einfluss- oder Kontrollmöglichkeiten, um den negativen Effekten zu entgehen. Durch vertragliche Restriktionen des Erwerbers in der Geschäftsgebarung (Post-acquisition Management) und Rechnungslegung müsste die einseitige Beeinflussung der Earn-Out-Parameter möglichst eingeschränkt werden.

362

Manche Earn-out-Klauseln stellen auf Fakten ab, die auch in den Gewährleistungszusagen enthalten sind (zB Umsatz, kein ertragsmindernder Forderungsausfall). Insoweit muss bedacht werden, eine „**Doppelverwertung**“ (Kaufpreisminderung bei Berechnung des Earn-out einerseits und Gewährleistungsanspruch andererseits) zu vermeiden. Ebenso kann eine Earn-out-Klausel in Konkurrenz zu einer Eigenkapitalzusage (Kaufpreisabrechnung nach Eigenkapital) stehen (dazu s Rz 313 oben).

363

---

#### Tipp:

Bei der Berechnung des Earn-out-Betrages ist auf die wahren Umsätze und Gewinne abzustellen; wenn es inoffizielle „**Schwarzgeldumsätze**“<sup>285</sup> (außerhalb des Rechnungswesens) geben sollte, sind diese natürlich durch vertragliche Formulierungen umsatz erhöhend bzw gewinnerhöhend mit einzubeziehen. Freilich ist eine „schwarze Kasse“ – nicht nur steuerrechtlich, sondern – auch strafrechtlich problematisch (Untreue des Geschäftsführers?).<sup>286</sup>

364

## F. Nicht dokumentierte Kaufpreisteile

Eine **mündliche** Kaufpreisabrede bleibt auch dann gültig, wenn im schriftlichen Kaufvertrag aus steuerlichen Gründen ein niedrigerer als der tatsächlich vereinbarte Kaufpreis angegeben wird; dem Begehren auf Zahlung des gesamten Kaufpreises steht hier kein gesetzliches Verbot entgegen. Vertragsbestimmungen des verdeckenden Geschäftes, die auch auf das verdeckte Geschäft anwendbar sind, bleiben für dieses in Kraft.<sup>287</sup>

365

<sup>285</sup>) Vgl *Brammsen/Apel*, „Schwarze Kassen“ in Privatunternehmen sind strafbare Untreue, WM 2010, 781; BGH 27. 8. 2010, 2 StR 111/09, Kölner Müllskandal.

<sup>286</sup>) Beachte aber OGH 19. 1. 2010, 4 Ob 217/09d: Es kann dahinstehen, ob die Vereinbarung einer Zusatzzahlung nach Maßgabe von „Schwarzumsätzen“ – die über die Vereinbarung eines steuerlich nicht deklarierten Kaufpreisteils (6 Ob 200/74 = SZ 48/36; RIS-Justiz RS0016866) hinausgeht – nicht überhaupt sittenwidrig und daher nichtig ist. Denn auch wenn das nicht zutreffen sollte, hätte der Kläger behaupten und beweisen müssen, dass der Beklagte im Unternehmen einen höheren Umsatz erwirtschaften konnte als jenen, der sich aus einer Fortschreibung der dem „offiziellen“ Kaufvertrag zugrunde liegenden Verhältnisse ergeben hätte.

<sup>287</sup>) OGH 3. 4. 1975, 6 Ob 200/74.

- 366** Die Angabe eines niedrigeren als des tatsächlich bedungenen Entgeltes („**schwarzer Teil**“) in einer Vertragsurkunde zwecks Irreführung der Steuerbehörde macht nach älterer Jud das Geschäft nicht ungültig und berechtigt den Erwerber nicht zur Rückforderung des über den beurkundeten Betrag hinaus Geleisteten.<sup>288)</sup> (Auch eine Formpflicht steht dem nicht entgegen, vgl bei Rz 1686). Die jüngere Jud in Deutschland nimmt aber Gesamtnichtigkeit des Vertrages an.<sup>289)</sup>

### G. Kaufpreisfindung und Lösung bei Pattsituationen

- 367** Spezielle **Preisfindungsklauseln**, insb bei **Joint Ventures mit wechselseitiger Blockade** (Dead lock insb bei „Fifty-fifty“) können für den Fall vereinbart werden, dass sich zwei Partner nicht über die gemeinsame Unternehmensführung einigen können und daher einer von beiden die Anteile des anderen übernehmen soll (zumal oft auch keine Einigung darüber besteht, wer dies zu welchem Preis tun soll).

- 368** Hier finden sich folgende Varianten, die idR im Gesellschaftsvertrag oder Syndikatsvertrag, seltener im ad hoc erstatteten Angebot vereinbart werden; jedenfalls bedürfen alle diese Varianten einer **Vorwegvereinbarung**, die jeweils folgendes Szenario regelt:

- **Russisches Roulette** (auch **Savoy-Klausel**, **Chinese Clause** oder **Offer to Sell or Buy** genannt): A ist verkaufswillig und bietet an, seine Aktien zum Preis  $x/\text{Akte}$  an B zu verkaufen. Hierauf hat B gem Vorwegvereinbarung<sup>290)</sup> das **Wahlrecht**, entweder die Anteile von A **zum genannten Preis zu übernehmen oder** seine Anteile **zum selben Preis** an A zu **verkaufen**, damit A diese Anteile übernimmt. Damit wird A gehindert, einen zu hohen Preis zu verlangen. Wenn A deutlich finanzstärker als B ist (oder B viel weniger Aktien als B hat), kann A den Vorteil als „First mover“ nutzen und den Kauf „erzwingen“.
- **Alternativ**, wenn beide kauf- und verkaufswillig sind, kann auch zunächst ausgelost werden, wer als Erster einen Preis im versiegelten Kuvert zu benennen hat; danach kann der andere bestimmen, ob er **zum genannten Preis** kaufen oder verkaufen will (auch Shoot-out genannt).
- **Texas Shoot-out** (auch Bieterverfahren genannt): Wenn sowohl A als auch B kaufen wollen, müssen (gem Vorwegvereinbarung) A und B ihr Preisangebot in versiegelten **Kaufangeboten** auflegen (meist von einem unabhängigen Dritten geführtes Bieterverfahren) und es darf dann jener die Anteile erwerben, der den **höchsten** Preis zu zahlen bereit war. Hier gibt es keinen „First mover Advantage“. (Variante: A und B können wechselseitig wie bei einer Auktion das Angebot laufend weiter erhöhen).
- **Mexican Shoot-out** oder **Dutch Auction**: Ähnlich dem Texas Shoot-out werden Angebote gelegt, aber als **Verkaufsangebote**. Wer den **niedrigsten** Verkaufspreis genannt hat, verkauft an den anderen (der andere muss das niedrigste Angebot annehmen). Erwerber wird also jener, der das Unternehmen wertmäßig höher eingeschätzt hat (er erwirbt allerdings zum niedrigeren, vom anderen eingeschätzten Preis).

- 369** **Tipp:**

In all diesen Varianten ist zu beachten, dass bei GmbH-Geschäftsanteilen – zwecks Durchsetzbarkeit – die **Formpflicht** für das Angebot (und die Annahmeerklärung, oft aber auch schon für die vorweg getroffene Shoot-out-Vereinbarung) erfüllt werden muss.

---

<sup>288)</sup> OGH 11. 7. 1951, 1 Ob 483/51 (RIS-Justiz RS0016866).

<sup>289)</sup> BGH 1. 8. 2013, VII ZR 6/13, Entfall der Gewährleistungsansprüche bei Schwarzarbeit.

<sup>290)</sup> Zulässig nach OLG Nürnberg 20. 12. 2013, 12 U 49/13 mit Hinweis auf OLG Wien 20. 4. 2009, 28 R 53/09h und französischen Cour d'appel de Paris RTDcom 2007, 169-170.

## IX. Ertragsteuern

<b>A. Übersicht</b> .....	Rz 370
1. Besteuerung beim Asset Deal .....	Rz 374
2. Besteuerung beim Share Deal .....	Rz 375
3. Steuerrechtlicher Vergleich von Asset und Share Deal .....	Rz 376
<b>B. Ertragsteuern beim Veräußerer</b> .....	Rz 379
1. Asset Deal beim Veräußerer .....	Rz 379
2. Exkurs: Raten- und Rentenkauf (besondere Gestaltungen) aus Sicht des Veräußerers und Erwerbers .....	Rz 404
3. Share Deal beim Veräußerer .....	Rz 415
<b>C. Ertragsteuern beim Erwerber</b> .....	Rz 447
1. Asset Deal beim Erwerber .....	Rz 447
2. Share Deal beim Erwerber .....	Rz 457

### A. Übersicht

Hier wird für Juristen ein nur **grober Überblick** über eine sehr detailreiche Materie gegeben, die außerdem **besonders häufigen Rechtsänderungen**<sup>291)</sup> (mehrmals jährlich<sup>292)</sup>) unterliegt. Eine falladäquate Gestaltung findet mit den hier nur kurz dargestellten Grundsätze keinesfalls das Auslangen; die steuerrechtliche „Phantasie“ liegt eben nicht in den Grundzügen, sondern in maßgeschneiderten Spezialgestaltungen (unter Berücksichtigung von Gruppenbesteuerung, Umgründungen – daher übrigens der Terminus „Mergers & Acquisitions“ –, Verlustvortragsverwertung,<sup>293)</sup> uvm), so dass auf die – leider oft kurzfristig veraltete – Spezialliteratur verwiesen wird.<sup>294)</sup> Auch wird hier nicht auf die Besonderheiten bei einer Auslandstangente des Sachverhalts (Veräußerung ausländischer Unternehmen oder Beteiligungen) eingegangen.

Rechtspositivistisch anzumerken ist, dass nur jenes Einkommen überhaupt zu versteuern ist, das in § 2 Abs 3 EStG (**Einkunftsarten**) **taxativ aufgezählt** ist; darauf verweist auch § 7 Abs 2 KStG. Daher war auch str, ob der Verzicht auf eine Kaufoption steuerpflichtig ist (letztlich bejaht).<sup>295)</sup>

**Grobe Faustregel** betreffend Ertragsteuern des Unternehmens- und Anteilskaufs: **372**

- Der **Verkäufer** muss den **Gewinn**, also Verkaufspreis abzüglich Anschaffungskosten, **sofort versteuern** (das sind iW lukrierte stille Reserven und Firmenwert).
- Der **Käufer** möchte zwar spiegelbildlich dazu den Kaufpreis **sofort** als Betriebsausgabe gewinn- und daher steuermindernd absetzen, darf das aber nicht, **sondern muss** das er-

<sup>291)</sup> Hier gilt besonders das berühmte Diktum: „Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur“ (*Julius von Kirchmann*, Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft [1848] 23).

<sup>292)</sup> ZB gab es in zehn Jahren (2004 – 2013) laut RIS 64 Änderungen (Novellen und VfGH-E) des EStG; Änderungen in Jud und Erlässen wären extra zu berücksichtigen. Dazu kommen komplizierte Übergangsbestimmungen.

<sup>293)</sup> Zur grundsätzlichen Notwendigkeit, einen Verlustvortrag zu ermöglichen, siehe VfGH 30. 8. 2010, G 35/10, Abbruchkosten.

<sup>294)</sup> Literaturauswahl: *Baumann/Waitz-Ramsauer* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf & Due Dilligence, Band II: Tax (2010); instruktiv zur alten Rechtslage: *Gröhs/Bitzyk*, Das Strukturanpassungsgesetz und die entgeltliche Unternehmensübertragung, ecolex 1996, 399.

<sup>295)</sup> Steuerpflicht als Entgelt für Leistung nach § 29 Z 3 EStG, VwGH 20. 10. 2010, 2007/13/0059 unter Berufung auf VwGH 28. 10. 2008, 2006/15/0091.

worbene Wirtschaftsgut (erworbenes Unternehmen, erworbene Anteile) zunächst in seiner Bilanz **aktivieren und kann dieses dann uU über mehrere Jahre verteilt abschreiben**, und zwar

- nach einem **Asset Deal** steuermindernd nur die normale Abschreibung für Abnutzung (AfA vom anteiligen Kaufpreis für jedes einzelne abnutzbare Wirtschaftsgut), so wie die erworbenen Einzelgüter laufend an Wert verlieren, und
- gar nichts abschreiben nach einem **Share Deal**, weil ja die Beteiligung als solche nicht laufend an Wert verliert (die normale AfA ist aber im Target fortsetzen); **Ausnahme: Bei Gruppenbesteuerung** gab es nach einem Share Deal eine Firmenwert-AfA (dazu Rz 461 unten; seit dem AbgÄG 2014 auslaufend).

**373** Daher: Was der Veräußerer versteuern muss, kann der Erwerber beim Asset Deal abschreiben („kommunizierende Gefäße“ außer beim Share Deal).

Diese Faustregel wird in der Folge schrittweise verfeinert.

### 1. Besteuerung beim Asset Deal

**374** Grobübersicht zum Asset Deal ohne Details:

Verkäufer	Käufer
(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>natürliche Person</b> verkauft Unternehmen oder Personengesellschaftsanteil (vgl Rz 380) <b>oder Personengesellschaft</b> verkauft Unternehmen: <ul style="list-style-type: none"> <li>● Veräußerungserlös abzüglich Buchwert (Anschaffung) abzüglich Veräußerungskosten = <b>Veräußerungsgewinn (stfpl progressiv bis 50% ESt)</b></li> <li>● (minimale Begünstigungen alternativ: Freibetrag EUR 7.300,-; Gewinnverteilung auf drei Jahre zwecks Progressionsmilderung; Hälfsteuersatz bei Pension, Erwerbsunfähigkeit oder Tod)</li> <li>● Veräußerungsverlust abzugsfähig</li> </ul>	(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>natürliche Person oder Kapitalgesellschaft oder Privatstiftung<sup>296)</sup></b> kauft Unternehmen: <ul style="list-style-type: none"> <li>● Kaufpreis auf erworbene Wirtschaftsgüter aufteilen (vom Buchwert step up der Teilwerte auf Verkehrswert), aktivieren und <b>auf Restnutzungsdauer abschreiben</b> (AfA also ähnlich wie Verkäufer aber von höherer Basis)</li> <li>● Der über die Teilwerte hinausgehende restliche Kaufpreis gilt als Firmenwert: <b>auf 15 Jahre abschreiben</b></li> <li>● Kreditzinsen abzugsfähig</li> </ul>
(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>Kapitalgesellschaft</b> verkauft Unternehmen: <ul style="list-style-type: none"> <li>● Veräußerungserlös abzüglich Buchwert abzüglich Veräußerungskosten = <b>Veräußerungsgewinn (steuerpflichtig linear 25% KöSt)</b></li> <li>● Veräußerungsverlust abzugsfähig</li> </ul>	
Ein allfälliger <b>Verlustvortrag</b> bleibt beim Verkäufer und ist unbegrenzt verrechenbar (geht nicht auf den Verkäufer über).	

<sup>296)</sup> Beachte aber, dass eine Privatstiftung nach § 1 Abs 2 Z 1 PSG keine gewerbliche Tätigkeit ausüben darf, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht.

## 2. Besteuerung beim Share Deal

Grobübersicht zum Share Deal ohne Details:

375

Verkäufer	Käufer <sup>297)</sup>
<p>(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>natürliche Person</b> verkauft Anteile aus dem <b>Privatvermögen</b>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Veräußerungsgewinn ist steuerpflichtig linear 25% ESt</b> (Substanz- oder Kursgewinnbesteuerung) (<b>alt</b>: Spekulationsgewinn, „bestimmte Beteiligung“)</li> <li>● Veräußerungsverlust (nur innerhalb der selben Box) ausgleichsfähig</li> </ul>	<p>(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>natürliche Person</b> erwirbt Anteile ins <b>Privatvermögen</b>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Anschaffungskosten (ohne Nebenkosten und Kreditzinsen) maßgeblich für Wertzuwachs bei Weiterverkauf</li> <li>● Keine Abschreibung</li> <li>● Anschaffungskosten und Kreditzinsen nicht abzugsfähig (weil Gewinndividende endbesteuert mit KESt)</li> </ul>
<p>(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>natürliche Person</b> verkauft Anteile aus dem <b>Betriebsvermögen</b>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● <b>Veräußerungsgewinn steuerpflichtig linear 25% ESt</b> (Veranlagung)</li> <li>● Veräußerungsverluste mit Einkünften aus Wertsteigerungen verrechnen; Rest nur zur Hälfte mit anderen betrieblichen Einkünften verrechnen oder Verlustvortrag</li> </ul>	<p>(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>natürliche Person</b> erwirbt Anteile ins <b>Betriebsvermögen</b>:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Anschaffungskosten samt Nebenkosten aktivieren</li> <li>● Keine Abschreibung (ausgenommen eventuell Teilwertabschreibung)</li> <li>● Kreditzinsen abzugsfähig, nicht aber sonst Finanzierungskosten</li> </ul>
<p>(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>Kapitalgesellschaft</b> veräußert Anteile:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Veräußerungserlös abzüglich Buchwert = <b>Veräußerungsgewinn steuerpflichtig 25% KöSt</b> (dann Dividendenbesteuerung 25% KESt beachten, ergibt bis zur natürlichen Person 43,75% Steuer)</li> <li>● <b>Veräußerungsverlust auf sieben Jahre verteilen</b></li> </ul> <p>Ausländische Beteiligung</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● über 10% = „<b>internationale Schachtel</b>“ (nach einem Jahr Behaltedauer ist <b>Veräußerungsgewinn steuerfrei</b>, auch Verlust unwirksam)</li> <li>● unter 10% = „Portfoliobeteiligung“ mit Sonderregeln</li> </ul>	<p>(unbeschränkt steuerpflichtige) <b>Kapitalgesellschaft</b> erwirbt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Anschaffungskosten samt Nebenkosten aktivieren</li> <li>● Keine Abschreibung (ausgenommen eventuell Teilwertabschreibung; Firmenwertabschreibung bei Gruppenbesteuerung entfällt laut AbgÄG 2014)</li> <li>● Kreditzinsen abzugsfähig (außer bei konzerninternem Verkauf), nicht aber sonst Finanzierungskosten; kein Abzug wenn Privatstiftung</li> </ul>
<p>Ein allfälliger <b>Verlustvortrag</b> im Target bleibt diesem erhalten (außer beim Mantelkauf); im Target werden die Buchwerte weitergeführt und planmäßig abgeschrieben.</p>	

<sup>297)</sup> Aufgrund des bei Kapitalgesellschaften geltenden Trennungsprinzips kann der Anteilserwerber nie Gewinne und Verluste des Targets oder die AfA im Target mit seinen eigenen Einkünften verrechnen, ausgenommen bei Gruppenbesteuerung.