

## Mitarbeiter-Stock-Options: Von Wirtschaftsgütern, steuerlich unerheblichen Chancen und geldwerten Vorteilen

Die Besteuerung von Mitarbeiter-Stock-Options wirft eine Vielzahl von Fragen auf. Besonders umstritten ist dabei jene des Zuflusszeitpunkts eines geldwerten Vorteils aus der Optionseinräumung. Der VwGH hat kürzlich in einem Erkenntnis dazu Stellung genommen.<sup>1)</sup> Während die herrschende Ansicht in Österreich zur Beantwortung dieser Frage auf das Vorliegen eines Wirtschaftsguts abstellt, greift der VwGH auf die bestehende Rechtsprechung des BFH zurück, der die Option im Einräumungszeitpunkt lediglich als eine steuerlich unerhebliche Chance betrachtet.

### 1. Ausgestaltungsformen von Mitarbeiter-Stock-Options

Die Gewährung von Stock Options ist eine zunehmend an Bedeutung gewinnende Form der Entlohnung von Führungskräften und Mitarbeitern. Mit einer Option wird dem Begünstigten das Recht eingeräumt, einen Kassawert, zB eine Aktie, innerhalb einer bestimmten Frist (amerikanische Option) oder zu einem bestimmten Fälligkeitstermin (europäische Option) zu einem festgelegten Kurs zu kaufen (Call-Option) oder zu verkaufen (Put-Option).<sup>2)</sup> Mit der Einräumung von Mitarbeiter-Stock-Options verpflichtet sich der Arbeitgeber damit einseitig, dem Dienstnehmer idR eigene Aktien zu einem bestimmten Preis (Ausübungspreis) zu verkaufen. Der Dienstnehmer wird die Option ausüben, wenn der Kurs der Aktie im maßgeblichen Ausübungszeitpunkt oder Ausübungszeitraum höher ist als der Ausübungspreis. Liegt der Kurs der Aktie unter dem Ausübungspreis, ist die Option wertlos und der Ausübungsberechtigte wird sie verfallen lassen. Daneben besteht die Möglichkeit, die Option zu verkaufen und diese damit noch vor erstmaliger Ausübung zu Geld zu machen. Die steuerliche Behandlung von Stock Options hängt – nach der noch darzustellenden hA – von deren konkreten Ausgestaltung ab. Die möglichen Ausgestaltungsformen sind vielfältig,<sup>3)</sup> werden aber vor dem Hintergrund der steuerrechtlichen Literatur und Verwaltungspraxis in drei Gruppen unterteilt.<sup>4)</sup>

Unter *freien Optionen*<sup>5)</sup> versteht man Optionen, die schon ab dem Zeitpunkt der Einräumung frei übertragbar und an keine Bedingungen – wie zB ein aufrechtes Dienstverhältnis – geknüpft sind.<sup>6)</sup> Da das Ziel von Mitarbeiter-Stock-Options meist die Bindung des Dienstnehmers an das Unternehmen und die Steigerung der Motivation des Dienstnehmers ist, werden Optionen oftmals bestimmten Beschränkungen unterworfen.<sup>7)</sup> So unterliegen *gesperrte Optionen*<sup>8)</sup> persönlichen Beschränkungen und gewähren damit ein bloß bedingtes Recht, im Ausübungszeitpunkt Aktien zu erwerben.<sup>9)</sup> Zum einen können sie vom Dienstgeber derart beschränkt werden, dass die Ausübung der Option an ein aufrechtes Dienstverhältnis gebunden ist. Zum anderen kann die rechtliche oder wirtschaftliche Übertragbarkeit der Option beschränkt werden. Der Ausschluss der rechtlichen Übertragbarkeit ergibt sich dadurch, dass die Optionsbedingungen die Veräußerbarkeit der Option explizit ausschließen.<sup>10)</sup> Die Übertragbarkeit der Option kann in den Optionsbedingungen aber auch in wirtschaftlicher Hinsicht erschwert werden. Die Optionsbedingungen können vorsehen, dass die Ausübung der Option nur vom Dienstnehmer persönlich vorgenommen werden kann.<sup>11)</sup> Die Optionsausübung von Dritten wird dadurch *de facto* ausgeschlossen. Zwar wäre die Übertragung der Option zivilrechtlich denkbar, durch den Ausschluss der Optionsausübung hätte ein Dritter allerdings keine Möglichkeit, die Option zu nutzen.<sup>12)</sup> Der Ausschluss der Übertragbarkeit hindert den Dienstnehmer jedoch nicht, die Option zu verwerten. Neben der Ausübung bleibt ihm die

1) VwGH 15. 12. 2009, 2006/13/0136. Siehe dazu bereits Eckerstorfer, Zeitpunkt der Besteuerung von Mitarbeiter-Stock-Options, *ecolex* 2010, 290 (290 ff.).  
2) Vgl Portner, Besteuerung von Stock Options (2003) 10 f.; Zorn, Swaps und Optionen – ihre bilanzielle Darstellung, *FJ* 1990, 244 (253 ff.).  
3) Vgl Kessler/Sauter (Hrsg) Handbuch Stock Options (2003) 38 ff.; Schaschl, Stock Options (2000) 36 ff.; Wöber, Die Besteuerung von Stock Options beim Dienstnehmer (2003) 39 ff.  
4) Vgl dazu Haunold, Die steuerliche Behandlung von Stock Options beim Dienstnehmer, *SWK* 2001, S 55 (S 55); Damböck, Stock Options aus Arbeitnehmersicht, *ÖStZ* 2001, 115 (115 ff.); Achatz, Mitarbeiterbeteiligung aus steuerlicher Sicht, in Achatz/Jabornegg/Resch (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligung – Aktienoptionen (2002) 33 (51 ff.); Postl, Der Besteuerungszeitpunkt von Stock Options, *ecolex* 2002, 836 (837); Peyerl, Zuflusszeitpunkt, Bewertung und Besteuerung von Stock Options, *FJ* 2009, 337 (338); Toifl, Besteuerung von Stock Options, in Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 139 (144).

5) In der Literatur auch als „handelbare“ oder „übertragbare“ Optionen bezeichnet.  
6) Toifl in Bertl et al (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 144.  
7) Vgl ua Kessler/Sauter (Hrsg) Handbuch Stock Options (2003) 2 ff.; Riegler, Mitarbeiterbeteiligung und Entlohnung, in Bertl et al (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 25 (27); Schaschl, Stock Options (1999) 1 ff.  
8) In der Literatur auch als „nicht handelbare“ oder „nicht übertragbare“ Optionen bezeichnet.  
9) Haunold, *SWK* 2001, S 56.  
10) Nach Haunold wird in den meisten Fällen jedoch zumindest die Vererbbarkeit vorgesehen. Vgl Haunold, *SWK* 2001, S 56.  
11) Vgl LStR 2002, Rz 212; Hackl, Stock Options in internationalen Konzernen, *SWI* 1997, 243 (244); Haunold, *SWK* 2001, S 57; Peyerl, *FJ* 2009, 338.  
12) Wöber sieht die Übertragbarkeit der Option dadurch überhaupt als ausgeschlossen an, weil die Möglichkeit der Optionsausübung für den Dritten die Voraussetzung für den Erwerb der Option darstellt. Vgl Wöber, Die Besteuerung von Stock Options beim Dienstnehmer (2003) 46.

Möglichkeit, die Option glattzustellen<sup>13)</sup> oder eine entgeltliche Verpflichtung gegenüber einem Dritten einzugehen, die Option nach dessen Anweisungen auszuüben.<sup>14)</sup> *Frei werdende Optionen* stellen – als besondere Form der gesperrten Optionen – die dritte Gruppe von Mitarbeiter-Stock-Options dar. Bei dieser Ausgestaltungsform folgt auf die Gewährung der Optionen eine so genannte vesting period. In dieser Zeit ist die Ausübung der Stock Options ausgeschlossen. Darüber hinaus sind in den Optionsbedingungen noch weitere Beschränkungen festgelegt. Die Optionen sind meist an ein aufrechtes Dienstverhältnis gebunden und/oder die Übertragbarkeit der Option ist ausgeschlossen. Im Zeitraum nach Ablauf der vesting period, der so genannten exercise period, können die Optionen in der Regel unabhängig vom Bestehen eines Dienstverhältnisses ausgeübt und übertragen werden.<sup>15)</sup>

## 2. Herrschende Auffassung

Mitarbeiter-Stock-Options führen entweder zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit gem § 25 EStG oder zu sonstigen Einkünften iSd §§ 30 und 31 EStG.<sup>16)</sup> Klärungsbedürftig ist, zu welchem Zeitpunkt der steuerpflichtige Zufluss eines Vorteils bei der Gewährung von Stock Options erfolgt und welche Bemessungsgrundlage der Besteuerung zugrunde zu legen ist. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit sind nach § 25 Abs 1 Z 1 lit a EStG Bezüge und Vorteile aus einem bestehenden oder früheren Dienstverhältnis. Zu den Bezügen und Vorteilen iSd § 25 Abs 1 Z 1 lit a EStG gehören alle Einnahmen iSd § 15 Abs 1 EStG.<sup>17)</sup> Ist die Gewährung von Stock Options durch ein bestehendes oder früheres Dienstverhältnis veranlasst, so führt dies beim begünstigten Dienstnehmer zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit.<sup>18)</sup> Unbeachtlich ist, ob die Option durch den Arbeitgeber selbst oder durch einen Dritten, wie etwa ein verbundenes Unternehmen des Arbeitgebers, gewährt wird.<sup>19)</sup> Als Zuflusszeitpunkt ist der Zeitpunkt der Optionsgewährung, der Zeitpunkt der Optionsausübung und bei frei werdenden Optionen der Ablauf der vesting period denkbar.<sup>20)</sup>

Ein Zufluss im Zeitpunkt der Gewährung der Option liegt nach hA nur dann vor, wenn die Option ein Wirtschaftsgut darstellt.<sup>21)</sup> Die Wirtschaftsguteigenschaft von Stock Options wird bestritten, wenn es sich um *gesperrte Optionen* handelt. Eine Besteuerung im Zeitpunkt der Einräumung erfolgt demnach nicht, wenn die Option ausschließlich vom Dienstnehmer ausgeübt werden kann, die Option nicht übertragbar oder die Ausübung an ein aufrechtes Dienstverhältnis geknüpft ist. Lediglich im Fall von *freien Optionen* werden das Vorliegen eines Wirtschaftsguts und damit die Besteuerung im Zeitpunkt der Optionseinräumung bejaht.<sup>22)</sup> Im Fall von *frei werdenden Optionen* gehen die Meinungen auseinander. Während die Finanzverwaltung<sup>23)</sup> und ein Teil der Literatur<sup>24)</sup> auf den Fall der frei werdenden Option nicht gesondert eingehen,<sup>25)</sup> ist nach anderen Teilen der Literatur<sup>26)</sup> eine differenzierende Betrachtung anzustellen: Bei Optionseinräumung sind frei werdende Optionen genauso wie gesperrte Optionen zu behandeln. Die Wirtschaftsguteigenschaft wird daher verneint.<sup>27)</sup> Nach Ablauf der vesting period kommt es darauf an, ob die Option damit die Eigenschaften einer freien Option annimmt oder ob sie weiterhin Beschränkungen unterliegt. Auch in diesem Punkt scheiden sich die Geister. Nach *Haunold* ist im Fall des Ausschlusses der Übertragbarkeit der Option auch für den Zeitraum der exercise period erst bei Optionsausübung zu besteuern. Lediglich wenn nach Ablauf der vesting period die Option auch frei übertragen werden kann, ist eine Besteuerung bereits zu diesem Zeitpunkt vorzunehmen.<sup>28)</sup> Im jüngeren Schrifttum wird jedoch eine andere Auffassung vertreten. Nach *Peyerl* kommt es nicht auf die Frage der Übertragbarkeit allein an, sondern auf die generelle Möglichkeit des Dienstnehmers, die Option wirtschaftlich zu nutzen.<sup>29)</sup> Ein Zufluss findet demnach bereits dann statt, wenn der Dienstnehmer die Option erstmalig ausüben kann, unabhängig davon, ob noch andere Beschränkungen auf der Option lasten.

Die Bestimmung der Bemessungsgrundlage erfolgt in Abhängigkeit vom Zeitpunkt des Zuflusses. Für Optionen, die

13) Vgl *Lampe/Strnad*, Stock Options: Besteuerung, Glattstellung und „gehedgter Arbeitslohn“, DStR 2000, 1117 (1121).

14) Vgl *Niemeyer*, Bilanzierung und Ausweis von Optionsgeschäften nach Handelsrecht und Steuerrecht (1990) 42; *Zorn*, FJ 1990, 255.

15) Vgl *Haunold*, SWK 2001, S 56; *Toifl* in *Bertl et al* (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 144.

16) Vgl dazu *Grünberger*, Termin-, Options- und Swapgeschäfte (2003) 69 ff; *Toifl* in *Bertl et al* (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 152 ff; *Knörzer*, Optionsgeschäft und Spekulationsgeschäft, RdW 2001, 115 (115 ff); *Mühlehner*, Spekulationsbesteuerung bei derivativen Geschäften iSd § 30 Abs 1 Z 2 EStG, ÖStZ 2001, 587 (587 ff); *Grünberger*, Mitarbeiter-Stock-Options als Spekulationsgeschäft nach § 30 EStG, RdW 2003, 143 (143 ff); *Jann/Petutschnigg*, Die Veräußerung von Stock Options außerhalb der Spekulationsfrist, SWK 2007, S 397 (S 397 ff); *Peyerl*, FJ 2009, 342.

17) VwGH 15. 12. 2009, 2006/13/0136.

18) Vgl *Doralt*, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 43 ff; *D. Aigner/G. Aigner*, Bewertung von Stock Options – Ist § 7 der Sachbezugs-VO verfassungskonform?, ÖStZ 2003, 497 (497).

19) *Doralt*, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 43/1. Nach Ansicht des BFH 24. 1. 2001, I R 100/98 kann auch eine Zuwendung durch einen Dritten Arbeitslohn sein. Voraussetzung ist, dass „(...) die Zuwendung des Dritten sich für den Arbeitnehmer als Frucht seiner Arbeit für den Arbeitgeber darstellt und aus der Sicht des Zuwendenden im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis steht. Ein Zusammenhang ist erst auszuschließen, wenn zwischen dem Zuwendenden und dem Empfänger unmittelbare eigene rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen gegeben sind (...).“ Zur lohnsteuerlichen Behandlung Entgelts von dritter Seite siehe *Damböck*, ÖStZ 2001, 120.

20) Vgl *Portner*, Besteuerung von Stock Options (2003) 71; *Toifl*, in *Bertl et al* (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 148; *Postl*, ecolex 2002, 837; *Thomas*, Lohnsteuerliche Aspekte bei Aktienoptionen, DStZ 1999, 710 (711).

21) Vgl LStR 2002, Rz 212 f; UFS Wien 23. 6. 2006, RV/0427-W/05; *Doralt*, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 43/1; *Jakom/Lenneis*, EStG<sup>2</sup> (2009) § 15 Rz 29; *Reichel/Zorn/Büsser* in *Hofstätter/Reichel*, EStG<sup>43</sup> (2009) § 15 Rz 8.5; *Holzer*, Einräumung von Optionen zum Erwerb von Aktien des Arbeitgebers, WBI 1989, 332 (332); *Haunold*, SWK 2001, S 57; *Trenkwalder/Gruber*, Mitarbeiterbeteiligungen und Stock Options – Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten nach dem KMOG, RWZ 2001, 15 (15); *Damböck*, ÖStZ 2001, 115; *Achatz* in *Achatz/Jabornegg/Resch* (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligung – Aktienoptionen (2002) 51; *Peyerl*, FJ 2009, 338; *D. Aigner/G. Aigner*, ÖStZ 2003, 497; *Hackl*, SWI 1997, 243 f; aA *Postl*, ecolex 2002, 838; *Toifl* in *Bertl et al* (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 148 ff. *Wöber* geht davon aus, dass ein Abstellen auf den Wirtschaftsgutbegriff zumindest zulässig ist (vgl *Wöber*, Die Besteuerung von Stock Options beim Dienstnehmer (2003) 43 ff).

22) Vgl LStR 2002, Rz 212; *Doralt*, EStG<sup>10</sup> (2006) § 19 Tz 30 mwN; *Haunold*, SWK 2001, S 57 ff; *Damböck*, ÖStZ 2001, 117; *Peyerl*, ÖStZ 2001, 340 f; *Achatz* in *Achatz/Jabornegg/Resch* (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligung – Aktienoptionen (2002) 51.

23) LStR 2002, 212 f.

24) *Doralt*, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 43 ff; *Jakom/Lenneis*, EStG<sup>2</sup> (2009) § 15 Rz 29; *Zehetner/Wolf*, Die Besteuerung von Stock Options, ecolex 2001, 24 (24 f).

25) Da frei werdende Optionen an ein persönliches Verhalten des Dienstnehmers geknüpft oder ausschließlich von diesem ausgeübt werden können, dürfte es nach dieser Ansicht wohl zu einer Besteuerung im Zeitpunkt der Ausübung kommen.

26) *Haunold*, SWK 2001, S 60; *Damböck*, ÖStZ 2001, 115 ff; *Peyerl*, FJ 2009, 340 f.

27) Vgl *Haunold*, SWK 2001, S 60; *Peyerl*, FJ 2009, 340; *Herzig*, Steuerliche Konsequenzen von Aktienoptionsplänen, in *Pellens* (Hrsg) Unternehmerorientierte Entlohnungssysteme (1998) 161 (170).

28) Vgl *Haunold*, SWK 2001, S 60. In diesem Sinne wohl auch *Damböck*, ÖStZ 2001, 117.

29) *Peyerl*, FJ 2009, 339 f. In diese Richtung argumentieren auch *Egner/Wildner*, Besteuerung von Stock Options – Überbesteuerung oder Besteuerungslücke, FR 2001, 62 (65); *Eckert*, Besteuerung von Stock Options, DB 1999, 2490 (2491 f); *Portner*, Besteuerung von Stock Options (2003) 80 ff.

aufgrund uneingeschränkter Verfügbarkeit ein Wirtschaftsgut darstellen, sieht § 7 Sachbezugswerte-VO<sup>30)</sup> eine pauschale Wertermittlung vor. Im Zeitpunkt der Optionsgewährung ist die Option mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Bei Optionen, die an der Börse notieren, entspricht der gemeine Wert dem Börsenkurs am Tag des Übergangs der Verfügungsmacht, also am Tag, an dem die Option dem Berechtigten eingeräumt wird. Ist die Option nicht an der Börse notiert, ist der Wert der Option unter Berücksichtigung des inneren Werts und des Zeitwerts zu ermitteln. Liegt hingegen eine *gesperrte Option* vor, die aufgrund der Einschränkungen kein Wirtschaftsgut darstellt, wird nicht die Option selbst, sondern die mit der Ausübung der Option erworbene Beteiligung im Zeitpunkt der Ausübung bewertet. Der geldwerte Vorteil besteht dann in der Differenz zwischen dem Tageskurs zum Zeitpunkt der Übertragung der Verfügungsmacht der Aktien und dem Ausübungspreis, wobei die Besteuerung unabhängig davon erfolgt, ob der Arbeitnehmer die Aktien sofort verkauft oder weiter in seinem Privatvermögen hält.<sup>31)</sup> Sowohl bei *gesperrten* als auch bei *freien Optionen* unterliegt der Vorteil aus dem Dienstverhältnis als sonstiger Bezug iSd § 67 Abs 1 und 2 EStG der Lohnsteuer. Innerhalb des Jahressechstels erfolgt eine begünstigte Besteuerung mit 6 %, andernfalls kommt der Normaltarif zur Anwendung.<sup>32)</sup> Bei bereits ausgeschiedenen Mitarbeitern ist die Versteuerung nach § 32 Z 2 iVm § 67 Abs 10 EStG vorzunehmen.

### 3. Relevanz der Wirtschaftsguteigenschaft von Mitarbeiter-Stock-Options?

Die eben beschriebene Auffassung, wonach der Zufluss eines geldwerten Vorteils im Zeitpunkt der Optionseinräumung nur dann vorliegt, wenn die Option ein Wirtschaftsgut darstellt, ist in der Literatur umstritten, weil der Zufluss nach § 19 EStG nicht mit der Frage des Vorliegens eines Wirtschaftsguts zusammenhängt.<sup>33)</sup> Ebensovien knüpft § 15 EStG an das Vorliegen eines Wirtschaftsguts an,<sup>34)</sup> sondern stellt darauf ab, ob dem Steuerpflichtigen Geld oder geldwerte Vorteile im Rahmen der außerbetrieblichen Einkunftsarten zufließen.<sup>35)</sup> Zwar setzen sowohl die LStR<sup>36)</sup> als auch § 7 Sachbezugswerte-VO das Vorliegen eines Wirtschaftsguts voraus, dies findet jedoch in den Bestimmungen der §§ 15 und 19 EStG keine Grundlage.

Man könnte die hA zwar durch die Erläuterungen der Regierungsvorlage<sup>37)</sup> zu § 3 Abs 1 Z 15 lit c EStG<sup>38)</sup> idF Kapitalmarktoffensive-Gesetz 2001<sup>39)</sup> bestätigt sehen.<sup>40)</sup> Ein Zufluss bei gesperrten Optionen findet demnach erst im Zeitpunkt der Ausübung der Option statt, während freie Optionen – scheinbar weil sie Wirtschaftsgüter darstellen – bereits im Zeitpunkt der Einräumung zu besteuern sind.<sup>41)</sup> Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich die Erläuterungen nur auf die Befreiungsbestimmung des § 3 Abs 1 Z 15 lit c EStG beziehen, aber keinen Rückschluss auf die Intention des historischen Gesetzgebers zu den §§ 15 und 19 EStG zulassen. In den Materialien zu den §§ 15 und 19 EStG finden sich jedenfalls keine Hinweise, dass der Begriff des Wirtschaftsguts für den Zuflusszeitpunkt von Relevanz sei.<sup>42)</sup>

Obwohl verschiedene Literaturstimmen der Wirtschaftsguteigenschaft von Mitarbeiter-Stock-Options keine Bedeutung für die Frage des Zuflusses beimessen, wird der Zufluss dennoch zu völlig unterschiedlichen Zeitpunkten angenommen. Nach *Toifl* richtet sich die Frage des Zuflusses nach der allgemeinen Regel des § 19 EStG.<sup>43)</sup> Dementsprechend erhält der Dienstnehmer im Zeitpunkt der Einräumung bloß das einseitige Gestaltungsrecht, die Optionen zu einem bestimmten Preis ausüben zu können. Diese haben zwar einen wirtschaftlichen Wert, es fehle ihnen aber an der notwendigen Liquidität. Ein Zufluss nach § 19 EStG sei aufgrund der fehlenden Liquidität im Einräumungszeitpunkt ausgeschlossen.<sup>44)</sup> Zugeflossen sei ein geldwerter Vorteil iSd § 15 EStG erst dann, wenn der Dienstnehmer die volle rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Optionen erhält. Der geldwerte Vorteil bei Mitarbeiter-Stock-Options liege im Preisnachlass, der auf die Aktien gewährt wird. Somit erlange der Dienstnehmer erst mit der Ausübung das wirtschaftliche Eigentum an diesem Vorteil. Andere Autoren verneinen ebenfalls die Relevanz der Wirtschaftsguteigenschaft, kommen jedoch zu einem völlig anderen Ergebnis: Nach *Postl*<sup>45)</sup> und *Haslinger*<sup>46)</sup> hat die Besteuerung bereits im Zeitpunkt der Einräumung zu erfolgen. Ein Zufluss sei nur dann ausgeschlossen, wenn die tatsächliche Einräumung

30) § 7 der Verordnung über die Bewertung bestimmter Sachbezüge ab 2002 (Sachbezugswerte-VO), BGBl II 2001/416 idF BGBl II 2008/468. Vgl dazu *Doralt*, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 43/4; *Jakom/Lenneis*, EStG<sup>2</sup> (2009) § 15 Rz 27; *Reichell/Zorn/Büsser* in *Hofstätter/Reichel*, EStG<sup>43</sup> (2009) § 15 Rz 8.5. Kritisch zur Bewertung von nicht börsennotierten Optionen nach der Sachbezugswerte-VO: *Haunold*, SWK 2001, S 58; *Damböck*, ÖStZ 2001, 118 ff; *D. Aigner/G. Aigner*, ÖStZ 2003, 497 ff.  
31) LStR 2002, Rz 213; *Doralt*, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 43/3.  
32) Vgl *Haunold*, SWK 2001, S 59.  
33) *Toifl* in *Bertl et al* (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 149. So auch *Grünberger*, RdW 2003, 166.  
34) In § 15 Abs 1 zweiter Satz EStG wird lediglich eine Klarstellung getroffen, dass die Veräußerung von Wirtschaftsgütern nur dann zu Einnahmen führt, wenn dies ausdrücklich angeordnet ist. Diese Klarstellung fand mit der Einführung des EStG 1988 (BGBl 1988/400) Eingang in das Gesetz (vgl ErlRV 621 BlgNR 17. GP, 75).  
35) *Postl*, ecolex 2002, 838. In diese Richtung wohl auch *Haslinger*, Besteuerung von Arbeitnehmer-Aktien-Optionen, SWK 1995, 563 (566); *derselbe*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1996) 62. Nach *Eckert*, DB 1999, 2491, kommt es nicht auf die Frage an, ob es sich bei einer vom Dienstgeber gegenüber dem Dienstnehmer gewährten Aktienoption um ein Wirtschaftsgut handelt. Der Begriff „geldwertes Gut“ nach § 8 dEStG reiche weiter als der Begriff „Wirtschaftsgut“, sei aber in weiten Teilen deckungsgleich. *Wöber* geht davon aus, dass ein Abstellen auf den Wirtschaftsgutbegriff zumindest zulässig ist (vgl *Wöber*, Die Besteuerung von Stock Options beim Dienstnehmer (2003) 43 ff).  
36) LStR 2002, Rz 212 ff.

37) ErlRV 358 BlgNR 21. GP, 16.  
38) Diese Bestimmung enthält eine Begünstigung für Vorteile aus der Ausübung von nicht übertragbaren Optionen auf den verbilligten Erwerb von Kapitalanteilen (Beteiligungen) am Unternehmen des Arbeitgebers. Die Bestimmung ist gem § 124b Z 151 EStG letztmalig auf Optionen anzuwenden, die vor dem 1. April 2009 eingeräumt wurden. Vgl dazu *Trenkwalder/Gruber*, RWZ 2001, 17 f; *Damböck*, ÖStZ 2001, 119 f; *Zehetner/Wolf*, ecolex 2001, 25 ff.  
39) BGBl I 2001/2. Abgeschafft durch das StRefG 2009, BGBl I 2009/26. Vgl dazu *Krapinger-Jandl*, Steuerliche Begünstigung für Stock Options durch das Steuerreformgesetz 2009 aufgehoben, FJ 2009, 230 (230 ff); *A. Langl/Wiplinger*, Highlights Steuerreform 2009 und Konjunkturpaket 2009, ecolex 2009, 352 (356).  
40) So offenbar *Haunold*, SWK 2001, S 57.  
41) ErlRV 358 BlgNR 21. GP, 16: „Bei Einräumung handelbarer Optionen (diese stellen Wirtschaftsgüter dar), ist weiterhin eine Versteuerung im Zeitpunkt der Einräumung vorzunehmen. (...) Die Einräumung von – so gestalteten – nicht übertragbaren Optionen auf Beteiligungen am Unternehmen des Arbeitgebers oder an mit diesem verbundenen Konzernunternehmen führt für sich zu keinem Zufluss eines Lohnvorteiles. Erst bei Ausübung der Option wird ein lohnwerter Vorteil im Ausmaß des Unterschiedsbetrages zwischen den (verbilligten) Anschaffungskosten der Beteiligung und dem Verkehrswert der Beteiligung angesetzt.“  
42) ErlRV 474 BlgNR 13. GP, 63.  
43) *Toifl* in *Bertl et al* (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 148 ff.  
44) Es ist uE jedoch zweifelhaft, ob Liquidität für die Frage des Zuflusses tatsächlich von Bedeutung ist. Bei der Zurverfügungstellung einer Dienstwohnung durch den Dienstgeber fließt bspw auch ein geldwerter Vorteil zu, ohne dass die Frage der Liquidität eine Rolle spielt (vgl dazu *Doralt*, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 20/1 mwN; *Jakom/Lenneis*, EStG<sup>2</sup> (2009) § 15 Rz 16 mwN).  
45) *Postl*, ecolex 2002, 838 ff.  
46) *Haslinger*, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1997) 61 ff; *derselbe*, SWK 1995, A 566 f.

oder der Zeitpunkt der Ausübungsmöglichkeit von in der Zukunft liegenden, ungewissen Bedingungen oder Beschränkungen abhängig gemacht wird. Unterliegen die Mitarbeiter-Stock-Options jedoch anderen Beschränkungen, sind diese allenfalls im Rahmen der Bewertung des geldwerten Vorteils zu berücksichtigen.<sup>47)</sup>

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Das Abstellen der hA auf den Wirtschaftsgutbegriff wird von vielen Autoren abgelehnt, die Frage des Zuflusszeitpunkts wird jedoch vollkommen unterschiedlich beantwortet. Eine höchstgerichtliche Klärung fehlte bislang.

#### 4. Jüngste Rechtsprechung des VwGH: Die Option als steuerlich unerhebliche Chance

Dem Erkenntnis des VwGH vom 15. 12. 2009, 2006/13/0136, liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Bf war bis April 1996 als Dienstnehmer einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Wien beschäftigt. Im April 1994 wurden dem Bf von einer französischen Konzerngesellschaft Optionen für den Erwerb von 1.500 Aktien der Konzernobergesellschaft in Frankreich eingeräumt. Nach den Optionsbedingungen waren die Optionen ab 1. Juli 1997 bis einschließlich 7. April 1999 ausübbar. Ausübungsberechtigt waren lediglich der Bf oder dessen Erben. Bei einer Verletzung des Dienstvertrags oder einer nicht einvernehmlichen Kündigung des Dienstverhältnisses wäre dem Bf das Recht auf Ausübung der Optionen entzogen worden. Durch die Ausübung der Optionen und die unmittelbar anschließende Veräußerung der erworbenen Aktien im März 1998 erzielte der Bf einen Nettoerlös iHv € 54.493,33. Strittig war, ob die dem Bf erwachsenen Vorteile bereits im Zeitpunkt der Einräumung (1994) oder erst im Zeitpunkt der Ausübung (1998) der Optionen zu besteuern waren.

Das Erkenntnis des VwGH betraf somit Mitarbeiter-Stock-Options, die aufgrund der beschriebenen Bedingungen der Gruppe der frei werdenden Optionen zuzuordnen sind. Der hA folgend würden diese Optionen keine Wirtschaftsgüter darstellen und ein Zufluss daher erst im Zeitpunkt der Ausübung der Optionen erfolgen. Die Bemessungsgrundlage wäre demnach die Differenz zwischen dem Tageskurs zum Zeitpunkt der Übertragung der Verfügungsmacht der Aktien und dem Ausübungspreis der Optionen. Der Gerichtshof kommt zwar ebenfalls zu diesem Ergebnis, jedoch mit einer völlig anderen Begründung: „Zur Ausübung der Optionen war nach den Optionsbedingungen nur der Beschwerdeführer (oder sein Gesamtrechtsnachfolger nach Maßgabe der Regelungen der Punkte 1.2. und 1.3. der Mitteilung) berechtigt. Damit erlangte der Beschwerdeführer aber mit der Einräumung der Option, gemessen an dem für den steuerrechtlichen Zufluss relevanten Realisationsprinzip, im Jahr 1994 nur eine steuerlich unerhebliche Chance (vgl. z.B. das Urteil des BFH vom 20. November 2008, VI R 25/05, sowie dazu etwa Busch, DStR 2009, 898f), der in Geld messbare Vorteil ist dem Beschwerdeführer erst im Jahr der Ausübung der Option zugeflossen (vgl. in diesem Sinne auch das hg. Erkenntnis vom 4. Februar 2009, 2006/15/0227). Ob lt. Beschwerdevorbringen zur Ausübung der Optionen keine Gebundenheit an ein bestehendes Dienstverhältnis bestanden habe oder die Optionsbedingungen – wenn überhaupt – nur vage Anforderungen an ein

Wohlverhalten des Optionsberechtigten gestellt hätten, ist in diesem Zusammenhang ebenso wenig von Bedeutung, wie die nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers ‚jederzeit‘ bestehende Möglichkeit zur zivilrechtlichen Übertragung der Optionen an Dritte (vgl. dazu nochmals das Urteil des BFH vom 20. November 2008).“

#### 5. Kritische Würdigung

Nach § 15 Abs 1 EStG liegen Einnahmen vor, „wenn dem Steuerpflichtigen Geld oder geldwerte Vorteile im Rahmen der Einkunftsarten des § 2 Abs. 3 Z 4 bis 7 zufließen.“ Für das Vorliegen von Einkünften gem § 25 EStG müssen daher neben dem erforderlichen Zusammenhang zum Dienstverhältnis<sup>48)</sup> zwei Tatbestandsvoraussetzungen kumulativ erfüllt sein: Zum einen muss im Falle von Sachbezügen wie Mitarbeiter-Stock-Options ein geldwerter Vorteil vorliegen. Zum anderen setzt bereits § 15 EStG einen Zufluss dieses geldwerten Vorteils voraus.

Geldwerte Vorteile sind nach § 15 Abs 2 EStG mit den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchsorts anzusetzen. Es wird daher jeder in Geld messbare Vorteil erfasst.<sup>49)</sup> Ein Betrag, „(...) den der Steuerpflichtige hätte aufwenden müssen, um sich die geldwerten Güter am Verbrauchsort im freien Verkehr zu verschaffen (...)“, kann einen geldwerten Vorteil darstellen.<sup>50)</sup> Im Falle von Mitarbeiter-Stock-Options kann daher bereits in der sonst zu bezahlenden Optionsprämie und nicht erst im potenziell<sup>51)</sup> verbilligten Erwerb der Aktien<sup>52)</sup> ein geldwerter Vorteil erblickt werden, weil im freien Verkehr wohl nie eine Option ohne angemessene Gegenleistung gewährt wird. Etwaige Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Bewertung ergeben könnten, stellen uE keinen Grund dar, einen geldwerten Vorteil im Zeitpunkt der Einräumung zu verneinen.<sup>53)</sup> Die im freien Verkehr zu zahlende Optionsprämie ist gerade bei vorliegenden Börsenkursen, aber auch bei Over-the-Counter-Geschäften<sup>54)</sup> anhand finanzmathematischer Methoden einer Bewertung zugänglich. Die Bewertung von Optionen ist auch gängige Praxis.<sup>55)</sup> Fraglich ist,

48) Vgl dazu Doralt, EStG<sup>12</sup> (2008) § 25 Tz 12.

49) Doralt, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 9.

50) VwGH 20. 5. 1987, 88/13/0104; VwGH 7. 6. 1989, 88/13/0104; VwGH 19. 9. 1995, 91/14/0240. Vgl auch Quantschnigg/Schuch, ESt Handbuch (1993) § 15 Tz 1 und Tz 22; Doralt, EStG<sup>8</sup> (2004) § 15 Tz 12.

51) Gerade in Zeiten der Wirtschaftskrise kann man wohl nicht davon ausgehen, dass sich die Kurse in jedem Fall positiv entwickeln. Es wäre daher durchaus denkbar, dass die Option im Ausübungszeitpunkt oder -zeitraum nicht „im Geld“ liegt und daher nicht ausgeübt wird.

52) So auch Portner, Besteuerung von Stock Options (2003) 49 ff; Portner/Bödefeld, Besteuerung von Arbeitnehmer-Aktien-Optionen, DStR 1995, 629 (633); Neyer, Zuflusszeitpunkt und betragsmäßige Bestimmung des Arbeitslohns bei Arbeitnehmer-Aktienoptionen – Argumente der traditionellen Auffassung auf dem Prüfstand, DStR 1999, 1636 (1639); Isensee, Mitarbeiteraktienoptionen – mehr als eine steuerliche Gewinnchance?, DStR 1999, 143 (143 ff); Thomas, Einige Anmerkungen zu § 19a EStG und zum BFH-Beschluss v. 8. 8. 1991, VI B 109/90, DStR 1991, 1405 (1406 f); Haslinger, Mitarbeiterkapitalbeteiligung (1997) 61 f; Haslinger, SWK 1995, 565 f. Vgl in diesem Sinne bereits Fasold, Steuerfreiheit von Gewinnen aus Ankaufs- und Vorvertragsrechten, DB 1963, 809 (809).

53) So aber offenbar Egner/Wildner, FR 2001, 64; LStR 2001, Rz 216.

54) Bei OTC-Geschäften werden Aktien bzw in diesem Fall Optionen außerbörslich emittiert und vertrieben. Vgl bspw Isensee, DStR 1999, 144.

55) Vgl dazu Portner, Besteuerung von Stock Options (2003) 40 ff; Portner/Bödefeld, DStR 1995, 633; Herzig, Steuerliche und bilanzielle Probleme bei Stock Options und Stock Appreciation Rights, DB 1999, 1 (3); Haas/Pötschan, Ausgabe von Aktienoptionen an Arbeitnehmer und deren lohnsteuerliche Behandlung, DB 1998, 2138 (2140); Bredow, Steuergünstige Gestaltung von Aktienoptionen für leitende Angestellte („stock options“), DStR 1996, 2033 (2035); Kessler/Strnad, Der Besteuerungszeitpunkt bei Stock Options – nächste Runde, BB 2000, 641 (643) mwN; Fritsche/Bäumler, Der Besteuerungszeitpunkt von Stock-Options: fortlaufende Probleme nach den Urteilen des BFH aus dem Jahre 2001, DStR 2003, 1005 (1007); D. Aigner/G. Aigner, ÖStZ 2003, 500 ff.

47) AA Toiff in Bertl et al (Hrsg) Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht (2010) 150.

ob Verfügungsbeschränkungen, wie etwa die Gebundenheit an ein aufrechtes Dienstverhältnis oder der Ausschluss der Übertragbarkeit, einen Einfluss auf die Bewertung haben.<sup>56)</sup> Bejaht man dies, stellen die Bewertungsschwierigkeiten aber letztlich faktische Probleme dar, die auf die rechtliche Beurteilung keinen Einfluss haben dürfen.<sup>57)</sup>

Im Ergebnis sprechen gute Gründe dafür, dass selbst bei gesperrten Optionen das Vorliegen eines geldwerten Vorteils bereits im Einräumungszeitpunkt bejaht werden kann. Derartige Überlegungen musste der VwGH im vorliegenden Erkenntnis allerdings nicht anstellen, weil er den Zufluss erst im Ausübungs- und nicht bereits im Einräumungszeitpunkt angenommen hat. Der VwGH wendet in diesem Zusammenhang seine ständige Rechtsprechung an, wonach ein Betrag dann zufließt, wenn der Empfänger über ihn tatsächlich und rechtlich verfügen kann.<sup>58)</sup> Es ist daher zu beurteilen, ob der Dienstnehmer im konkreten Sachverhalt zum Zeitpunkt der Einräumung bereits die tatsächliche und rechtliche Verfügungsmacht über den geldwerten Vorteil erlangte. Der VwGH verneint dies mit der Begründung, dass ausschließlich der Bf zur Ausübung der Option berechtigt war und er damit im Einräumungszeitpunkt lediglich eine steuerlich unerhebliche Chance erhielt.<sup>59)</sup> Dies überzeugt insofern, als die Option gleichzeitig einer Sperrfrist unterlag und der Bf diese somit im Zeitpunkt der Einräumung noch nicht verwerten konnte.

Ausschlaggebend für die Feststellung, dass im Zeitpunkt der Einräumung die tatsächliche und rechtliche Verfügungsmacht über den geldwerten Vorteil noch nicht vorliegt, war offenbar die Bedingung, dass die Option ausschließlich vom Dienstnehmer selbst ausgeübt werden konnte (*arg „Damit“*). Der bereits dadurch erfolgte Ausschluss der (wirtschaftlichen) Übertragbarkeit könnte ein Grund gewesen sein, dass der VwGH den Vorbringen des Bf, die Optionsausübung sei nicht an ein bestehendes Dienstverhältnis gebunden und die zivilrechtliche Übertragung sei nicht ausgeschlossen, keine weitere Bedeutung beimaß. Daraus den Schluss zu ziehen, der VwGH würde den beiden letztgenannten Bedingungen generell keine Bedeutung beimessen, ginge vermutlich zu weit, weil sie zwar „in diesem Zusammenhang“ keine, in einem anderen Zusammenhang jedoch durchaus eine Rolle spielen könnten.

Offen bleibt, wie der VwGH im Falle freier Optionen vorgehen würde. Wie bereits gezeigt wurde, kann man wohl davon ausgehen, dass schon im Einräumungszeitpunkt ein geldwerter Vorteil vorliegt.<sup>60)</sup> Zu prüfen ist daher lediglich das Tatbestandsmerkmal des Zuflusses. Vor dem Hintergrund des gegenständlichen VwGH-Erkenntnisses lässt sich kein Grund finden, der gegen das Vorliegen der tatsächlichen und rechtlichen Verfügungsmacht über den geldwerten Vorteil im Einräumungszeitpunkt spricht. Freie Optionen unterliegen ja gerade keinen beschränkenden Bedingungen – wie etwa die vom VwGH ins Treffen geführte bloß persönliche Ausübbarkeit der Optionen durch den Dienstnehmer – die den Zufluss des geldwerten Vorteils bereits im Einräumungs-

zeitpunkt verhindern würden. Dieses Ergebnis steht jedoch in Widerspruch zum Verweis des VwGH auf das BFH-Urteil vom 20. 11. 2008, VI R 25/05, in dem sich das deutsche Höchstgericht erstmals zum Besteuerungszeitpunkt von freien Optionen äußerte. Diesem Urteil geht eine langjährige Judikatur zur Besteuerung von Mitarbeiter-Stock-Options voraus: Der BFH hat bereits in mehreren Urteilen festgestellt, dass in der Gewährung eines nicht handelbaren Optionsrechts zunächst nur die Einräumung einer Chance liege und ein geldwerter Vorteil dem optionsberechtigten Dienstnehmer erst dann zufließe, wenn dieser die Option ausübt und der Kurswert der Aktien den Übernahmepreis übersteigt.<sup>61)</sup> Unklar war lange, ob aus der Sicht des BFH auch freie Optionen erst im Zeitpunkt der Ausübung zu besteuern sind.<sup>62)</sup> In dem vom VwGH herangezogenen BFH-Urteil entschied dieser, dass bezüglich des Zuflusszeitpunkts nicht zwischen übertragbaren und nicht übertragbaren Optionen zu unterscheiden ist.<sup>63)</sup> Der Dienstnehmer erlange bei freien Optionen mit Einräumung lediglich eine steuerlich unerhebliche Chance. Der Zufluss des geldwerten Vorteils erfolge – unabhängig von der Möglichkeit der Übertragbarkeit der Option – erst im Zeitpunkt der Optionsausübung.

Der VwGH hätte sich auch auf ältere BFH-Judikate, die zu gesperrten Optionen ergingen, beziehen können. Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass er sich im Fall freier Optionen ebenfalls der Ansicht des BFH anschließt. Andernfalls wäre der Verweis auf dieses spezifische BFH-Urteil im gegenständlichen Erkenntnis unglücklich gewählt. Der VwGH müsste sich dann allerdings die Frage stellen, warum die tatsächliche und rechtliche Verfügungsmacht über den geldwerten Vorteil nicht bereits im Zeitpunkt der Einräumung der Option gegeben ist.

Aus dem Erkenntnis lässt sich aber jedenfalls ableiten, dass der VwGH der Wirtschaftsguteigenschaft von Optionen für deren Zuflusszeitpunkt keine Bedeutung beimisst. Er setzt dieser Kontroverse ein Ende: Zum einen geht er in seinen Ausführungen nicht auf die Wirtschaftsguteigenschaft der Optionen ein; diese konnte damit nicht entscheidungserheblich sein. Zum anderen verweist er an zwei Stellen auf das bereits erwähnte Urteil des BFH, wonach der Zufluss des geldwerten Vorteils zum Zeitpunkt der Einräumung sich nicht damit begründen lässt, dass das Optionsrecht ein Wirtschaftsgut darstellt.<sup>64)</sup> Dies entspricht auch der ständigen Rsp des BFH zu gesperrten Optionen,<sup>65)</sup> der sich der VwGH in diesem Punkt anschließen dürfte. Insofern stellt das Erkenntnis eine Bestätigung der Kritik an der hA und der Verwaltungsauffassung dar.

## 6. Zusammenfassung

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, wirft die Besteuerung von Mitarbeiter-Stock-Options zahlreiche Zweifelsfragen auf. Literatur, Judikatur und Verwaltungspraxis vertreten unterschiedlichste Auffassungen. So machen die hA in der Literatur und die Verwaltungspraxis den Zuflusszeitpunkt

56) Ablehnend *Portner*, DStR 1995, 633 f.

57) *Postl*, *ecolex* 2002, 839; *Kessler/Strnad*, BB 2000, 645 mwN.

58) Mit Verweis auf VwGH 22. 2. 1993, 92/15/0048; *Doralt*, EStG<sup>10</sup> (2006) § 19 Tz 8. Vgl auch VwGH 17. 10. 1984, 82/13/0266; *Quantschnigg/Schuch*, ESt Handbuch (1993) § 19 Tz 4 mwN.

59) Es ist uE allerdings fraglich, was der VwGH überhaupt unter einer steuerlich unerheblichen Chance versteht und ob es im Umkehrschluss auch steuerlich erhebliche Chancen gibt.

60) Vgl die obigen Ausführungen.

61) BFH 24. 1. 2001, I R 100/98; BFH 24. 1. 2001, I R 119/98.

62) Vgl *Busch*, Zufluss von Arbeitslohn bei handelbaren Optionsrechten – Kommentar zum BFH-Urteil vom 20. 11. 2008, VI R 25/05, DStR 2009, 898 (898).

63) BFH 20. 11. 2008, VI R 25/05.

64) BFH 20. 11. 2008, VI R 25/05.

65) BFH 23. 6. 2005, VI R 124/99; BFH 24. 1. 2001, I R 100/98; BFH 23. 7. 1999, VI B 116/99.

des geldwerten Vorteils aus der Gewährung von Mitarbeiter-Stock-Options vom Vorliegen eines Wirtschaftsguts abhängig. Der VwGH wählt jedoch einen anderen Weg. Er hat erkannt, dass im Zeitpunkt der Einräumung von gesperrten Optionen

lediglich eine steuerlich unerhebliche Chance vorliegt und eine Besteuerung aus diesem Grund erst im Zeitpunkt der Ausübung erfolgt. Offen bleibt, zu welchem Ergebnis der VwGH im Falle freier Optionen kommen würde.



#### Die Autoren:

Mag. Martin Eckerstorfer und Mag. Christoph Marchgraber sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht an der WU (Wirtschaftsuniversität Wien). Die Autoren danken Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Lang, Dr. Daniela Hohenwarther-Mayr, LL.M. und Mag. Florian Brugger für wertvolle Anmerkungen und die kritische Durchsicht des Manuskripts.



Dr. Erich Novacek  
Linz

■ ÖStZ 2010/414, 206

## Der Werkvertrag (Teil 1)

### Abgrenzung zu echten und freien Dienstverträgen Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Bedenken

Es wird immer wieder beklagt, dass es schwierig ist, den Werkvertrag von echten und freien Dienstverträgen zu unterscheiden. Die Unterscheidung ist deswegen von besonderem Interesse, weil einerseits an Einpersonenunternehmer als Auftragnehmer bezahlte Werkvertragsentgelte bei den Auftraggebern nach wie vor nicht der Kommunalsteuer und dem Dienstgeberbeitrag gem § 41 des Familienlastenausgleichsgesetzes (DB) sowie dem vom Dienstgeberbeitrag nach Maßgabe des § 122 Abs 7 und 8 des Wirtschaftskammergesetzes berechneten Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag (DZ) unterliegen, während andererseits für die Auftragnehmer nicht in jedem Fall Sozialversicherungspflicht besteht.

#### 1. Einleitung

Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass dem Werkvertrag bei dessen zivilrechtlicher Beurteilung Kriterien zugeschrieben werden, die zwar für den Werkvertrag typisch sind und daher die Einstufung eines konkreten Vertrags als Werkvertrag erleichtern, die aber keine gesetzlich festgelegten Tatbestandsmerkmale des Werkvertrags darstellen, sodass deren Fehlen nicht zur Umdeutung des Werkvertrags in einen echten oder freien Dienstvertrag berechtigt.<sup>1)</sup> Die Beurteilung wird auch häufig dadurch erschwert, dass ein konkreter Vertrag Kriterien verschiedener Vertragstypen aufweist,<sup>2)</sup> wobei es für die Einstufung als Werkvertrag auf das Überwiegen von dessen Kriterien ankommt. Weiters ist zu beachten, dass die Bestimmungen des Zivilrechts grundsätzlich dispositiv sind, soweit sie nicht ausdrücklich als zwingend formuliert sind, wie etwa § 879 ABGB, oder als zwingende Vorschriften bezeichnet werden, wie die §§ 1164 f ABGB.

Schwierigkeiten ergeben sich schließlich daraus, dass Sachverhalte trotz zivilrechtlicher Regelung als Werkverträge bei Einpersonenunternehmen (EPU) als Auftragnehmern aufgrund

steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Bestimmungen von Finanzbehörden und Gebietskrankenkassen als echte oder freie Dienstverträge gewertet werden können.<sup>3)</sup>

Es sollen daher die wesentlichen Kriterien des Werkvertrags sowie die des echten und des freien Dienstvertrags dargelegt und auf die Bestimmungen über die wirtschaftliche Betrachtungsweise sowie den Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts und die Scheingeschäfte, über den Nachrichtenaustausch und über die gemeinsame Prüfung der Lohnabgaben hingewiesen werden. Im Zusammenhang mit den Bestimmungen über den Nachrichtenaustausch werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit Tätigkeiten angeführt, für deren Ausübung kein Gewerbeschein und keine Berufsbefugnis erforderlich ist. Nach Darlegung gemeinschafts- und verfassungsrechtlicher Bedenken werden Schlussfolgerungen gezogen.

Wegen der widersprüchlichen arbeitsrechtlichen Judikatur<sup>4)</sup> wird die Untersuchung auf die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung iSd ASVG beschränkt.

1) AA *Freudhofmeier*, Abgrenzung Dienstvertrag/freier Dienstvertrag/Werkvertrag, FJ 2009, 293 f (293), der, allerdings im Einklang mit *Dittrich/Tades*, ABGB<sup>36</sup>, § 1151 E 18, davon ausgeht, dass „der Werkvertragsauftragnehmer grundsätzlich mit eigenen Betriebsmitteln arbeitet“.  
2) S §§ 1002 ff ABGB betr den Bevollmächtigungs- oder Geschäftsbesorgungsvertrag.

3) OV, Selbständig oder Dienstnehmer? Unternehmer brauchen Klarheit, OÖW 10. 7. 2009, 25.

4) *Peschek/Unterrieder*, Gibt es noch freie Dienstnehmer?, *ecolex* 2008, 988 ff (989).