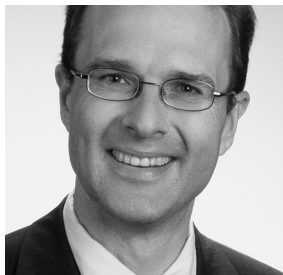


# Mitarbeiteroptionen und Verrechnungspreis-Aspekte von Optionsprogrammen

Neue OECD-Berichte zum grenzüberschreitenden Verhältnis

Dr. oec. publ. Andreas Risi/Dr. rer. soc. oec. Ingrid Niederbacher-Puchegger



*Dr. oec. publ. Andreas Risi, lic. oec. HSG, lic. iur. HSG, lic. rer. publ. HSG, dipl. Steuerexperte, Partner PricewaterhouseCoopers, Zürich, Verwaltungsrichter Kanton Schwyz, Lehrbeauftragter an der Universität St.Gallen*



*Dr. rer. soc. oec. Ingrid Niederbacher-Puchegger, Senior Manager PricewaterhouseCoopers, Zürich*

## Inhalt

1	<b>Einleitung</b>	5.2.1	Dokumentierte Vereinbarung zur Übernahme einer Kompensationsfunktion
2	<b>Internationale Aspekte von Stock Options</b>	5.2.2	Erfüllung des Arm's Length-Prinzips
3	<b>Begriffe</b>	5.3	<b>International mobile Mitarbeiter</b>
3.1	Mitarbeiteroption	6	<b>OECD-Analyse zu Transferpreis-Aspekten von Mitarbeiteroptionen</b>
3.2	Restricted Stock Unit	6.1	<b>Der OECD-Bericht «Employee Stock Option Plans: Impact on Transfer Pricing»</b>
3.3	Mitarbeiteraktie	6.2	<b>Mögliche Ansätze für die Entschädigung der Holdinggesellschaft durch die Gruppengesellschaften</b>
3.4	Virtuelle Beteiligungsinstrumente	6.2.1	Fair Value-Ansatz
3.5	Sperrfrist	6.2.2	Kostenbasierender Ansatz
3.6	Vesting-Periode	6.2.3	Nutzenbasierender Ansatz
3.7	Ausübungszeitraum/Laufzeit	6.3	<b>Transfer eines Mitarbeiters während der Optionslaufzeit</b>
4	<b>Problemereiche aus Arbeitnehmersicht und Lösungsansätze der OECD</b>	6.4	<b>Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Optionslaufzeit</b>
4.1	<b>Der OECD-Bericht «Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans»</b>	6.5	<b>Weitere Gesichtspunkte des Berichts zu den Verrechnungspreisen</b>
4.2	Unterschiedliche Besteuerungszeitpunkte	6.6	<b>Beurteilung des Transferpreis-Berichts der OECD</b>
4.3	Unterschiedliche Qualifikation des Vorteils		
4.4	Unterschiedliche funktionale Zuordnung		<b>Literatur und Materialien</b>
4.5	Beurteilung des OECD-Berichts zu den grenzüberschreitenden einkommensteuerrechtlichen Fragen		
5	<b>Problemereiche aus Arbeitgebersicht</b>		
5.1	Unterschiedliche Betrachtungsweisen		
5.2	<b>Allgemeine Voraussetzungen für die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kostenüberwälzungen bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen</b>		

## 1 Einleitung

Die Gewährung von stock options im internationalen Kontext wirft auf der Ebene des Arbeitnehmers sowie des Arbeitgebers zahlreiche Fragestellungen auf. Die OECD befasst sich schon seit längerem mit zwei zentralen diesbezüglichen Problemkreisen: der abkommensrechtlichen Behandlung von Aktienoptionen und den Transferpreis-Aspekten. Die OECD hat nunmehr ihre Empfehlungen zur Interpretation der Doppelbesteuerungsabkommen und ihre Analyse zu den Themen, welche im Zusammenhang mit den Verrechnungspreisen stehen, in zwei Berichten zusammengefasst und diese am 3. September 2004 auf dem OECD-Website veröffentlicht. Die Überlegungen und Vorschläge der OECD zu den grenzüberschreitenden einkommensteuerrechtlichen Fragen sind im Bericht «Cross-border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans» und jene hinsichtlich der Transferpreis-Thematik im Bericht «Employee Stock Option Plans: Impact on Transfer Pricing» zusammengefasst.<sup>1</sup>

## 2 Internationale Aspekte von Stock Options

Die Beteiligung von Arbeitnehmern am arbeitgebenden Unternehmen in Form von stock options ist in vielerlei Hinsicht von internationalen Aspekten geprägt. Ihren Ursprung haben diese Instrumente in den Vereinigten Staaten, wo bereits Mitte der 80er-Jahre die wertorientierte Unternehmensführung und die Ausrichtung der Unternehmenspolitik an den Interessen der Kapitalgeber als Zielgrösse in den Mittelpunkt der strategischen Überlegungen rückte und in diesem Sinne langfristige, wertorientierte Vergütungsanreize in Form von sog. stock option-Plänen zum Einsatz gelangten<sup>2</sup>. Die fortschreitende Globalisierung der Wirtschaft sowie eine zunehmende Deregulierung und Internationalisierung der Kapitalmärkte führten dazu, dass sich eine Ausrichtung der Unternehmenspolitik am shareholder value Mitte der 90er-Jahre auch in Europa durchsetzte und die aktienkursorientierte Vergütung in Form von stock options auch innerhalb der europäischen Gesamtvergütungssysteme an Bedeutung gewann<sup>3</sup>.

Da die Mehrzahl der US-amerikanischen sowie auch der europäischen Aktiengesellschaften ihr operatives Geschäft über im Ausland ansässige Tochtergesellschaften führt, ist hinsichtlich der Gewährung von Aktienoptionen in der praktischen Anwendung grundsätzlich vom Konzernsachverhalt auszugehen. In der Beteiligungspraxis werden dabei die nach dem Recht des Sitzlandes gestalteten Optionspläne oftmals zunächst den Mitarbeitern der Muttergesellschaft zugänglich gemacht. In einem weiteren Schritt – häufig im Rahmen einer zunehmenden Internationalisierung der Unternehmenstätigkeit – kommen sodann auch die Arbeitnehmer der ausländischen Tochtergesellschaften in den Genuss der Optionen. Neben dem Effekt, dass durch die voranschreitende Globalisierung Unternehmen in zunehmendem Ausmass länderübergreifend Beteiligungssysteme implementieren, führt diese ferner zu einem weltweit zunehmenden Austausch von Arbeitskräften zwischen verbundenen Unternehmen.

Die Gewährung von Aktienoptionen in einem derartigen, von Internationalität geprägten Umfeld wirft zahlreiche Frage- bzw. Problemstellungen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf<sup>4</sup>. So werden aufgrund der geforderten Mobilität der Mitarbeiter diese oftmals während der Laufzeit der Optionen in mehreren Ländern tätig bzw. ansässig, woraus sehr komplexe grenzüberschreitende Sachverhalte resultieren<sup>5</sup>. Die geltenden Besteuerungsabkommen, nach deren Massgabe diese Sachverhalte zu beurteilen sind, vermochten darauf bis anhin keine befriedigende bzw. abschliessende Antwort zu geben. Nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch der Arbeitgeber hat sich mit der Komplexität und Vielfältigkeit der steuerrechtlichen Fragestellungen, die sich auf individueller Ebene ergeben, auseinander zu setzen. Da das Optionseinkommen in Anwendung der Vorschriften zahlreicher Länder als Arbeitseinkommen qualifiziert wird, hat der Arbeitgeber die auf diesem Einkommen anfallenden Steuern und weiteren Abgaben einzubehalten bzw. abzuführen sowie den Meldepflichten gegenüber den Steuerbehörden und/oder Sozialversicherungsträgern nachzukommen. Den Arbeitgeber tangieren im internationalen Verhältnis ferner Fragestellungen, die im Zusammenhang mit der Weiterbelastung der Kosten von der optionsausgebenden Gesellschaft an die einzelnen

1 Die Veröffentlichung erfolgte unter [www.oecd.org/daf/ctpa](http://www.oecd.org/daf/ctpa). Mit den OECD-Berichten hat sich aus deutscher Sicht PORTNER (2004) auseinander gesetzt.

2 Gemäss dem shareholder value-Ansatz hat die Unternehmensleitung im Sinne der Anteilseigner zu handeln, deren Ziel die Maximierung des langfristigen Unternehmenswertes ist. Der shareholder value-Ansatz geht auf Rappaport zurück: RAPPAPORT (1986).

3 Vgl. VOLKART (1997) 32.

4 Mit den diversen Fragen, welche sich im Zusammenhang mit der Gewährung von Beteiligungsinstrumenten im internationalen Kontext stellen, haben sich u. a. folgende Autoren auseinander gesetzt: PETER (2001); PUCHEGGER (2004); SCHOLZ (2001).

5 BAUMGARTNER (2002) sowie PRÄTZLER (2002) haben sich bereits mit den Fragestellungen zu der abkommensrechtlichen Behandlung von Optionen auf Basis des im März 2002 hierzu veröffentlichten Diskussionsentwurfs der OECD auseinander gesetzt; Diskussionsentwurf der OECD: OECD (2002).

arbeitgebenden Gruppengesellschaften stehen. In den eingangs erwähnten und im Nachfolgenden detailliert behandelten Berichten hat die OECD nunmehr zahlreiche dieser sich im internationalen Kontext ergebenden Fragestellungen aufgegriffen.

### 3 Begriffe

#### 3.1 Mitarbeiteroption

Als Mitarbeiteroption bzw. stock option wird das einem Arbeitnehmer eingeräumte Recht bezeichnet, eine definierte Anzahl Aktien des arbeitgebenden Unternehmens oder einer Gruppengesellschaft zu einem vereinbarten Zeitpunkt oder während eines vereinbarten Zeitraumes zu einem im Voraus festgesetzten Preis zu erwerben oder zu veräußern<sup>6</sup>. Obwohl Mitarbeiteroptionen definitivonsgemäss als Call-Optionen wie auch als Put-Optionen ausgestaltet werden können, kommen im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen regelmässig Call-Optionen zur Anwendung, die dem Mitarbeiter das Recht einräumen, Aktien der arbeitgebenden Unternehmung bzw. einer mit dieser verbundenen Konzerngesellschaft zu festgelegten Konditionen zu erwerben (stock option-Plan). Im Rahmen von Beteiligungsprogrammen werden idR nicht handelbare und nicht übertragbare Optionen zugeteilt. Hinsichtlich der Ausübungsfristen sind diese meistens als American-style-Optionen ausgestaltet, d. h., die Optionen können während einer längeren, vordefinierten Zeitspanne ausgeübt werden.

#### 3.2 Restricted Stock Unit

Neben den oben genannten Mitarbeiteroptionen finden in der Praxis weitere Instrumente Anwendung, die ein Versprechen des Arbeitgebers gegenüber dem Mitarbeiter verkörpern, diesem nach einer vordefinierten Zeit Aktien zuzuteilen. In Abgrenzung zur Mitarbeiteroption erfolgt die Zuteilung unentgeltlich, d. h., der Mitarbeiter hat keinen Ausübungspreis zu bezahlen. Ferner liegen der Zeitpunkt der Zuteilung der Aktien und die Übertragung der damit verbundenen Aktionärsrechte nicht im Ermessen des Mitarbeiters. Die Zuteilung erfolgt vielmehr automatisch am Ende der sog. Vesting-Periode.

Diese Anreizinstrumente werden in der Beteiligungspraxis oftmals als restricted stock units (RSUs) bezeichnet.

Die Bezeichnung dieser Instrumente weist – wie auch bei den stock options – auf ihren anglo-amerikanischen Ursprung hin<sup>7</sup>.

#### 3.3 Mitarbeiteraktie

Während die Mitarbeiteroptionen sowie die RSUs lediglich das Recht verkörpern, Aktien zu einem späteren Zeitpunkt zu im Voraus festgelegten Konditionen zu beziehen, erfolgt bei der Mitarbeiteraktie der Erwerb des Eigentums an den Aktien unmittelbar. Der Mitarbeiter erhält von der Arbeitgeberunternehmung gratis oder zu vergünstigten Konditionen Aktien des Unternehmens oder einer Gruppengesellschaft in sein Eigentum übertragen. Je nach Ausgestaltung kann der Mitarbeiter nach Erwerb unmittelbar über die Aktien frei verfügen (freie Mitarbeiteraktien) oder erst nach einer gewissen Zeit (gebundene Mitarbeiteraktien)<sup>8</sup>.

#### 3.4 Virtuelle Beteiligungsinstrumente

Neben den genannten Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen, welche den Mitarbeiter effektiv zum Erwerb der Aktie berechtigen und entsprechend als echte Eigenkapitalinstrumente gelten, finden in der Praxis ferner sog. virtuelle bzw. unechte Eigenkapitalinstrumente Anwendung. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass anstelle der Lieferung der Aktien lediglich eine Barabgeltung in Abhängigkeit vom Aktienkurs erfolgt. Virtuelle Aktien werden oftmals als phantom stocks, virtuelle Optionsrechte als stock appreciation rights bezeichnet<sup>9</sup>.

#### 3.5 Sperrfrist

Unter Sperrfrist wird jene Periode verstanden, während welcher der Mitarbeiter über die ihm zugeteilten Beteiligungsinstrumente noch nicht frei verfügen kann<sup>10</sup>. Bei der Sperrfrist handelt es sich lediglich um eine zeitliche Verfügungsbeschränkung, welche die sofortige Ausübung der Optionen bzw. den sofortigen Verkauf der Beteiligungsinstrumente verhindern soll.

6 Die Definition erfolgt in Anlehnung an jene der Finanzmarkttheorie; vgl. STEINER/BRUNS (1996) 243.

7 Für detaillierte Ausführungen zu RSUs s. SUBRAMANIAN (2002) 10 f.

8 Vgl. RISI (1999) 91.

9 Zu den virtuellen Beteiligungsprogrammen s. ausführlich PETER (2001) 41 ff.

10 Die Sperrfrist von Beteiligungsprogrammen beleuchtet aus den diversen Perspektiven WEILENMANN (1999) 255 ff.

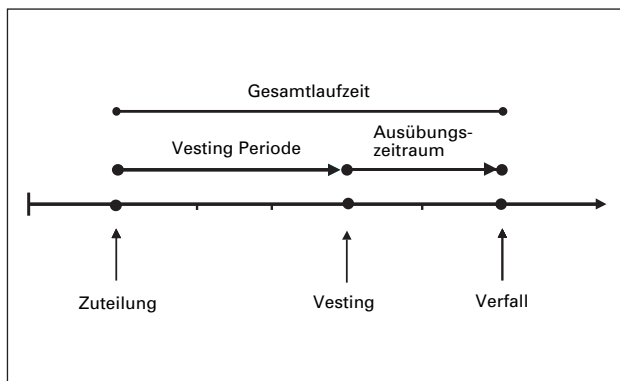
### 3.6 Vesting-Periode

Die Vesting-Periode bezeichnet die Zeitdauer, während welcher der Mitarbeiter die ihm zugeteilten Beteiligungsinstrumente im Falle des Eintritts bestimmter vordefinierter Ereignisse bzw. der Nichterfüllung bestimmter Bedingungen verlieren kann<sup>11</sup>. Die Unverfallbarkeit<sup>12</sup> und somit das Ende der Vesting-Periode wird im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch als Vesting bezeichnet. Hinsichtlich der Bedingungen, an welche die Unverfallbarkeit knüpft, ist das Kriterium eines aufrechten Arbeitsverhältnisses in der Praxis am häufigsten anzutreffen. Optionen, bei welchen das Vesting, die Unverfallbarkeit der Optionen, von der Erfüllung von Leistungsbedingungen abhängt, werden als performance options bezeichnet<sup>13</sup>.

### 3.7 Ausübungszeitraum/Laufzeit

Mit Ablauf der Sperrfrist bzw. der Vesting-Periode beginnt die Ausübungsfrist<sup>14</sup>, während welcher der Mitarbeiter die Optionen ausüben kann. Bis zum Ende der Laufzeit kann der Mitarbeiter sodann durch Ausüben der Optionen Aktien der Arbeitgebergesellschaft erwerben. Die (Gesamt-)Laufzeit bestimmt somit die Zeitspanne der Gültigkeit der Option.

Abb. 1: Übersicht über die zeitlichen Komponenten von Mitarbeiteroptionen



## 4 Problembereiche aus Arbeitnehmersicht und Lösungsansätze der OECD

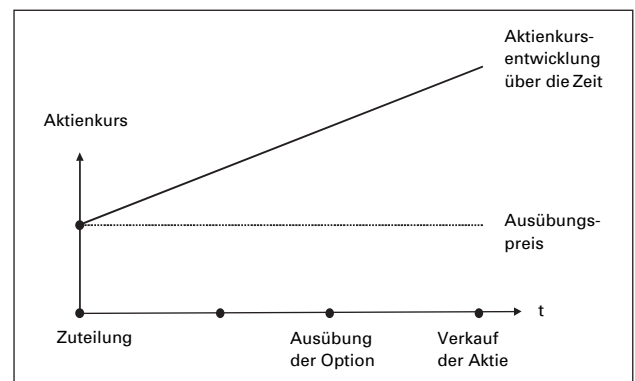
### 4.1 Der OECD-Bericht «Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans»

In dem von der Arbeitsgruppe 1 des OECD-Fiskalausschusses erstellten Bericht «Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans» werden die mit Mitarbeiteroptionen zusammenhängenden DBA-Probleme erörtert und entsprechende Lösungsvorschläge formuliert. Allgemein ist anzumerken, dass der Bericht keine Änderungen des Abkommenstextes, sondern lediglich Ergänzungen bzw. Änderungen des bestehenden Kommentars vorsieht.

### 4.2 Unterschiedliche Besteuerungszeitpunkte

Eine zentrale Problematik bei grenzüberschreitenden Steuerfragen im Zusammenhang mit Aktienoptionen bildet der Umstand, dass Optionen in Anwendung der verschiedenen nationalen Steuersysteme zu unterschiedlichen Zeitpunkten besteuert werden<sup>15</sup>. Grundsätzlich kann ein Zufluss für steuerliche Zwecke im Zeitpunkt der Zuteilung, des Vestings, der Optionsausübung sowie im Zeitpunkt des anschließenden Verkaufs der Aktie angenommen werden. Der zu erfassende geldwerte Vorteil, der mit dem Besteuerungszeitpunkt im Zusammenhang steht, kann entsprechend unterschiedlich ausfallen.

Abb. 2: Mögliche steuerpflichtige Zeitpunkte



11 Diese Definition entspricht der im anglo-amerikanischen Sprachgebrauch verwendeten Umschreibung, dass Optionen während der Vesting-Periode «subject to forfeiture» sind, d. h. dem Verfall unterliegen. In der Literatur ist oftmals die Definition zu finden, welche die Vesting-Periode als Zeitdauer umschreibt, während welcher die Optionen noch(mals) verdient werden müssen, so WEILENMANN (1999) 88; KNECHT (2001) 42.

12 Unabhängig von einem möglichen Verfall der Option am Ende der Laufzeit.

13 Vgl. Risi (1999) 101.

14 Die Ausführungen beziehen sich auf amerikanische Optionen, als welche Mitarbeiteroptionen idR ausgestaltet sind.

15 Eine detaillierte Analyse der rechtlichen (inkl. steuerrechtlichen) und regulatorischen Bestimmungen hinsichtlich stock option-Plänen nach Massgabe des nationalen Rechts der west-europäischen Staaten sowie der USA nahm PUCHEGGER (2004) vor.

Obwohl in zahlreichen westeuropäischen Ländern die steuerliche Erfassung von nicht handelbaren Optionen<sup>16</sup> zum Zeitpunkt der Ausübung erfolgt, lassen sich dennoch diverse abweichende Bestimmungen feststellen. In Belgien werden beispielsweise nicht handelbare Optionen bei Zuteilung besteuert<sup>17</sup>. Hinsichtlich der angelsächsischen Länder Grossbritannien und Irland gilt es zu erwähnen, dass ein etwaiger innerer Wert von Optionen, welche über bestimmte Ausübungsperioden verfügen, zum Zeitpunkt der Zuteilung steuerlich zu erfassen ist. Eine Besonderheit hinsichtlich des Besteuerungszeitpunkts bilden ferner sog. qualifizierte Pläne. Dies sind Beteiligungspläne, welche durch Erfüllen gewisser Ausgestaltungskriterien sowie Bedingungen seitens des Mitarbeiters und/oder des Arbeitgebers einer steuerlichen bzw. sozialversicherungsrechtlichen Privilegierung zugänglich sind. Vor der EU-Osterweiterung sahen zehn der damals fünfzehn Mitgliedstaaten der EU eine derartige steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Begünstigung von Aktienoptionen vor. Die in den meisten Ländern anzuwendenden – privilegierten – steuerlichen Konsequenzen sehen für den Arbeitnehmer einen Aufschub der Steuerpflicht bis zum Verkauf der Aktien mit entsprechender Anwendung eines günstigeren (Kapitalgewinn-)Steuersatzes vor.

Die Probleme, die sich aufgrund dieser unterschiedlichen nationalen Regelungen hinsichtlich des Besteuerungszeitpunkts ergeben, lassen sich anhand des folgenden Beispiels aufzeigen.

Ein in Belgien ansässiger Arbeitnehmer wird im Rahmen einer Konzernentsendung für 9 Monate in Deutschland tätig. Für seine Tätigkeit im Entsendungsstaat Deutschland erhält er Optionen. Bei den zugeteilten Optionen handelt es sich um nicht handelbare Optionen, welche in Belgien im Zeitpunkt der Zuteilung und in Deutschland im Zeitpunkt der Ausübung steuerlich erfasst werden.

Im gegenständlichen Fall hat Deutschland als Tätigkeitsstaat/Quellenstaat in Anwendung von Art. 15 Abs. 1 des entsprechenden Doppelbesteuerungsabkommens das Besteuerungsrecht für die Einkünfte, die der Mitarbeiter für seine Tätigkeit in Deutschland erhält. Belgien gilt als Ansässigkeitsstaat und hat eine allfällige Doppelbesteuerung durch Steuerbefreiung bzw. Steueranrechnung zu beseitigen.

Die zur Vermeidung einer faktischen Doppelbesteuerung erforderliche Steuerentlastung könnte der Ansässigkeitsstaat in derartigen Konstellationen unter Verweis auf unterschiedliche Besteuerungszeitpunkte oder wegen steuerlicher Erfassung unterschiedlicher Tatbestände verwehren<sup>18</sup>.

Zur Lösung des Problemkreises der unterschiedlichen Besteuerungszeitpunkte soll der Musterkommentar (zu Art. 23 A und 23 B OECD-MA) um die Bestimmung ergänzt werden, dass die Vorschriften zur Beseitigung der Doppelbesteuerung periodenübergreifend anzuwenden sind und keine zeitliche Begrenzung zur Anwendung kommt<sup>19</sup>. Ferner wird im überarbeiteten Musterkommentar (zu Art. 15) ausdrücklich erwähnt werden, dass das Besteuerungsrecht des Tätigkeitsstaats auch jene geldwerten Vorteile aus stock options umfasst, die dem Arbeitnehmer nachträglich, d.h. nach Beendigung der physischen Präsenz im Tätigkeitsstaat zufließen<sup>20</sup>.

#### 4.3 Unterschiedliche Qualifikation des Vorteils

Besteuerungskonflikte können im internationalen Verhältnis ferner aus dem Umstand resultieren, dass der Vorteil aus der Gewährung von Aktienoptionen in den einzelnen Staaten unterschiedlichen Einkunftsarten zugeordnet wird. Hinsichtlich der Beteiligungsinstrumente, welche der Optionsberechtigte in seiner Eigenschaft als Mitarbeiter erhält, ist grundsätzlich eine Zuordnung zu den Einkünften aus unselbständiger Tätigkeit oder zu den Veräußerungsgewinnen zu nennen.

Im Falle von sog. nicht qualifizierten Optionen kann grundsätzlich von einer Zurechnung zu den Einkünften aus nichtselbständiger Tätigkeit ausgegangen werden. Bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen (qualifizierter Plan) wird der realisierte Vorteil hingegen in vielen Ländern als Veräußerungsgewinn betrachtet und entsprechend besteuert (so in Dänemark, Frankreich, Irland, Italien, im Vereinigten Königreich sowie in den Vereinigten Staaten)<sup>21</sup>.

Die Problematik der Doppelbesteuerung ergibt sich daraus, dass diesen Einkunftsarten unterschiedliche steuerliche Behandlungen folgen. Einkünfte aus unselbständiger Arbeit sind nach Art. 15 OECD-MA grundsätzlich im Tätigkeitsstaat zu besteuern, während das Recht zur Besteuerung von Veräußerungsgewinnen gemäss Art. 13 OECD-MA dem Ansässigkeitsstaat zusteht. Erfolgt keine entsprechende Verständigung zwischen den involvierten Staaten, können die aus einer unterschiedlichen Qualifikation des Optionseinkommens resultierenden Konflikte bei der Ab-

16 Die Besteuerung von handelbaren Optionen erfolgt grundsätzlich zum Zeitpunkt der Zuteilung.

17 Für die länderspezifischen Ausführungen, welche in diesem Abschnitt hinsichtlich des Besteuerungszeitpunkts gemacht werden, vgl. PUCHEGGER (2004) 241 ff.

18 Vgl. PRÄTZLER (2002) 556.

19 OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 17. Sämtliche Ergänzungen des Musterkommentars, welche der Bericht vorsieht, sind ferner im Anhang 2 des Berichts zusammengefasst.

20 OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 17.

21 PUCHEGGER (2004) 243.

kommensanwendung (*Qualifikationskonflikt*) zu einer Doppelbesteuerung führen<sup>22</sup>.

So könnten beispielsweise die einem Mitarbeiter im Rahmen einer Entsendung zugeteilten Optionen einerseits im Tätigkeitsstaat (angenommen im Jahr 01) als Einkünfte aus unselbständiger Tätigkeit und andererseits im Ansässigkeitsstaat nach der Rückkehr in diesen (angenommen im Jahr 03) als Einkommen aus Veräusserung besteuert werden. Der Ansässigkeitsstaat könnte eine Anrechnung der Steuern im Jahr 03 unter Verwendung der Argumentation, er habe sämtliche Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit im Jahr 01 DBA-konform freigestellt, verwehren.

Zur Lösung dieses Besteuerungskonflikts soll im OECD-MA-Kommentar nunmehr geregelt werden, dass Vermögensvermehrungen bis zum Zeitpunkt der Ausübung der stock options für abkommensrechtliche Zwecke Arbeitseinkommen iSd Art. 15 OECD-MA darstellen; Wertsteigerungen in der Phase, in welcher der Arbeitnehmer wirtschaftlich bereits Aktionär ist, unterliegen hingegen der Verteilungsnorm über die Veräusserungsgewinne (Art. 13 OECD-MA)<sup>23</sup>. Diese Trennlinie wurde von der OECD in Anlehnung an die bereits in zahlreichen Ländern verwendete Praxis gewählt. Im überarbeiteten Kommentar soll ferner festgehalten werden, dass Vorteile aus der Gewährung von stock options grundsätzlich nicht als Einkünfte gemäss Art. 21 (andere Einkünfte) bzw. Art. 18 (Ruhegehälter) zu qualifizieren sind, auch wenn die Ausübung der Optionen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder nach der Pensionierung erfolgt<sup>24</sup>.

Bezüglich der vorgeschlagenen Bestimmungen zur Qualifikation des Optionseinkommens wird im überarbeiteten Kommentar festgehalten, dass diese lediglich zur DBA-rechtlichen Zuordnung des Besteuerungsrechts an Ansässigkeitsstaat und Quellenstaat dienen sollen<sup>25</sup>. Das Besteuerungsrecht des Quellenstaates wird auf den Ausübungsgewinn<sup>26</sup> und jenes des Ansässigkeitsstaats auf Wertsteigerungen nach der Ausübung beschränkt. Die Festlegung des Zeitpunktes der steuerlichen Erfassung sowie der Einkunftsart nach innerstaatlichem Recht soll von den Bestimmungen hingegen nicht tangiert werden.

#### 4.4 Unterschiedliche funktionale Zuordnung

Die Frage, welcher Tätigkeit die geldwerten Vorteile aus der Optionsgewährung zuzuordnen sind, ist im Falle von grenzüberschreitenden Sachverhalten zentral, ist dies doch oftmals der Grund für Doppelbesteuerungen. Auch hinsichtlich dieses Themenkreises resultieren die Probleme aus dem Umstand, dass diesbezüglich länderspezifische Unterschiede festzustellen sind, d. h. der Vorteil aus der Optionsgewährung in den verschiedenen Staaten unterschiedlichen Tätigkeitszeiträumen zugeordnet wird. Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass die Optionseinkünfte nicht zeitpunktbezogen (auf den Besteuerungszeitpunkt), sondern zeitraumbezogen gewährt werden. Für stock options als Vergütungsinstrument kommen dabei folgende alternative Zeiträume in Frage:

- ein bestimmter Zeitraum vor der Zuteilung;
- der Zeitraum von der Zuteilung bis zum Vesting (d. h. die Vesting-Periode) oder
- der Zeitraum von der Zuteilung bis zur Ausübung.

Der deutsche Bundesfinanzhof vertrat hierzu bis anhin die Auffassung, dass Optionseinkünfte zeitraumbezogen gewährt werden und daher anteilig auf den Zeitraum der Tätigkeit aufzuteilen sind<sup>27</sup>. Der Vorteil wurde dabei dem Zeitraum zwischen der Gewährung und der Ausübung der Optionsrechte zugeordnet. Seine Meinung stützte der Bundesfinanzhof auf die «prospektiven» Bedingungen ab, die stock option-Pläne idR enthalten, so den Verfall der Optionsrechte im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Vesting-Periode und die Voraussetzung eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses für die Optionsausübung. Das österreichische Bundesministerium für Finanzen vertrat bis anhin ebenfalls die Auffassung, dass der Vorteil aus der Optionseinräumung dem Arbeitnehmer zeitraumbezogen für eine zukünftige Tätigkeit gewährt wird. Gemäss der Praxis in Deutschland wurde auch in Österreich von einer funktionalen Zuordnung der Entlohnung vom Zeitraum der Zuteilung bis zur Ausübung ausgegangen. In den Niederlanden wurde bis anhin hingegen die Auffassung vertreten, dass conditional options dem Zeitraum von der Zuteilung bis zum Vesting und unconditional options den Jahren vor der Zuteilung zuzuordnen sind<sup>28</sup>.

22 Vgl. JACOBS/PORTNER (2002) 261.

23 OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 26.

24 OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 26.

25 OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 26.

26 Dies unter Berücksichtigung einer allfälligen anteilmässigen Besteuerung im Falle der Ausübung der Tätigkeit in mehreren Ländern gemäss den Ausführungen in Abschn. 4.4.

27 Vgl. zu den länderspezifischen Unterschieden hinsichtlich der funktionalen Zuordnung PUCHEGGER (2004) 252 f.

28 Optionen, welche sofort ab Zuteilung ausgeübt werden können oder lediglich einer zeitlichen Verfügungsbeschränkung unterliegen, gelten in den Niederlanden als sog. unconditional options. Optionen, welche neben der zeitlichen Ausübungsbeschränkung weitere Restriktionen (wie z. B. Verfall bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses) aufweisen, werden in Anwendung des niederländischen Rechts als sog. conditional options bezeichnet.

Diese Beispiele zeigen, dass in Anwendung des nationalen Rechts in den verschiedenen Ländern bisher eine differenzierte funktionale Zuordnung des Optionseinkommens erfolgte. Aufgrund der betriebswirtschaftlichen Zielsetzungen hinsichtlich der Anreiz- und Bindungswirkung von stock options, welche sich in der Ausgestaltung dieser Instrumente reflektieren (Vesting-Klauseln), ist u. E. davon auszugehen, dass diese Instrumente für zukünftige Leistungen gewährt werden<sup>29</sup>.

Nach Massgabe des Art. 15 OECD-MA wird grundsätzlich dem Staat das Besteuerungsrecht zugewiesen, in dem die unselbständige Tätigkeit ausgeübt wird bzw. wurde (Tätigkeitsstaat)<sup>30</sup>. Dem Tätigkeitsstaat kommt dabei das Besteuerungsrecht für jene Vergütungen zu, die für die dort ausgeübte unselbständige Arbeit gezahlt werden. Auf Abkommensebene werden dem Arbeitslohn somit alle Einnahmen zugerechnet, die in einem funktionalen Zusammenhang mit der Ausübung der unselbständigen Tätigkeit stehen. Eine weitergehende Bestimmung des in Art. 15 OECD-MA verwendeten Ausdrucks «Vergütung ... aus unselbständiger Arbeit» enthalten die Abkommen nicht. Vorschriften hinsichtlich der bei grenzüberschreitenden Sachverhalten relevanten Frage, wie der Vorteil aus der Optionseinräumung funktional der im Tätigkeitsstaat geleisteten unselbständigen Tätigkeit zuzuordnen ist (zukunfts- bzw. vergangenheitsbezogen; zeitraum- bzw. zeitpunktbezogen), sind im OECD-MA deshalb nicht zu finden. In Ermangelung einer eigenständigen Bestimmung im Abkommen und da der Abkommenszusammenhang bei der Auslegung des Ausdrucks «Vergütungen aus unselbständiger Arbeit» nicht weiterhilft, wird zur Auslegung der Vorschrift auf das nationale Recht des Staates zurückgegriffen, der das Abkommen verwendet (Art. 3 Abs. 2 OECD-MA)<sup>31</sup>.

Wenn unter Rückgriff auf die nationalen Bestimmungen ein stock option-Plan unterschiedlich interpretiert wird, kann es dazu kommen, dass beide Staaten den Vorteil aus der Gewährung der Optionen ihrem Territorium zuweisen (*Zuordnungskonflikt*)<sup>32</sup>.

Hinsichtlich der zeitlichen Zuordnung der Einkünfte aus stock options zu bestimmten Phasen der nichtselbständigen Tätigkeit des Steuerpflichtigen schlägt der OECD-Bericht eine Einzelfallbeurteilung vor. Zur Orientierung

entwickelte die OECD ausführliche Leitlinien, in denen festgehalten wird, nach welchen Kriterien die Einzelfallbeurteilung vorgenommen werden soll<sup>33</sup>. In seinen Ausführungen geht die OECD grundsätzlich davon aus, dass stock options als Vergütung für zukünftige Leistungen gewährt werden, und zwar für den Zeitraum von der Zuteilung bis zum Vesting. Mögliche Verfallmöglichkeiten nach dem Zeitpunkt des Vestings (z. B. Verfall der Option, falls sie nicht innerhalb der geforderten Periode nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeübt wird) sollen gemäss OECD keine Berücksichtigung finden. In den Ausführungen wird eine Unterscheidung zwischen Vesting-Perioden, in welchen die Optionen verfallen können, und zeitlichen Verfügungsbeschränkungen im Sinne von Sperrfristen vorgenommen. Letztere stellen keinen Anhaltspunkt dafür dar, dass die Optionen für eine zukünftige Leistung gewährt werden. Gemäss den Ausführungen der OECD sollen sich Optionen nur im Sinne einer Ausnahme auf eine Tätigkeit in der Vergangenheit beziehen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Gewährung der Option direkte Bezüge zur Vergangenheit aufweist (Zuteilung erfolgt aufgrund der Leistungen des Mitarbeiters in der Vergangenheit bzw. der finanziellen Ergebnisse des Unternehmens in der Vergangenheit).

Wird die Tätigkeit, auf die sich das Optionseinkommen bezieht, in mehr als einem Staat ausgeübt, ist eine zeitliche Aufteilung nach Massgabe des im jeweiligen DBA-Staat erbrachten Leistungszeitraums vorzunehmen<sup>34</sup>. Die Aufteilung soll dabei auf der Basis der in den beteiligten Staaten geleisteten Arbeitstage erfolgen.

**Beispiel<sup>35</sup>:** Der Arbeitnehmer ist im Jahr 01 im Staat A ansässig, wo auch der Arbeitgeber ansässig ist. Der Arbeitnehmer übt in diesem Jahr während 110 Tagen eine Tätigkeit im Staat B und während 20 Tagen eine Tätigkeit im Staat C aus. Im Rahmen seiner Tätigkeit im Staat B ist der Arbeitnehmer mehr als 183 Tage in diesem Staat anwesend. In den Jahren 02 sowie 03 ist der Mitarbeiter im Staat D ansässig, wo er auch ausschliesslich tätig ist.

Die Optionen verfügen über eine Vesting-Periode von 3 Jahren. Im Beispiel wird von 220 Arbeitstagen pro Jahr ausgegangen.

Obwohl der Arbeitnehmer lediglich 110 Tage im Staat B tätig, jedoch mehr als 183 Tage dort anwesend ist, wird dem Staat B das Besteuerungsrecht für die Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zugeordnet. Da sich der Arbeitnehmer weniger als 183 Tage im Staat C aufhält und die weiteren Bedingungen gemäss Art. 15 Abs. 2 OECD-MA erfüllt sind, hat gemäss Doppelbesteuerungsabkommen zwischen A und

29 Vgl. JACOBS/PORTNER (2002) 256.

30 Im Falle der Erfüllung der Voraussetzung der sog. 183-Tage-Regelung steht hiervon abweichend dem Wohnsitzstaat (Art. 15 Abs. 2 OECD-MA) das Besteuerungsrecht zu.

31 Vgl. JACOBS/PORTNER (2002) 261. Zu Art. 3 Abs. 2 OECD-MA s. auch ausführlich LANG (2002) Rz 111 ff.

32 Vgl. JACOBS/PORTNER (2002) 257.

33 Die Vorschläge zu den Ergänzungen des Kommentars zum OECD-Musterabkommen sind unter OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 30, aufgeführt.

34 OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 34.

35 In Anlehnung an den OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 32 und Ziff. 33, erstellt.

C das Besteuerungsrecht für die Einkünfte aus unselbständiger Erwerbstätigkeit nicht der Staat C, sondern der Staat A. Nach Massgabe der von der OECD neu definierten Bestimmungen entfallen 90/660 des geldwerten Vorteils auf die Tätigkeit im Staat A, 110/660 auf die Tätigkeit im Staat B, 20/660 auf die Tätigkeit im Staat C sowie 440/660 auf die Tätigkeit im Staat D. Zu berücksichtigen ist, dass dem Staat A 110/660 (inklusive des Anteils, der auf die Tätigkeit im Staat C entfällt), dem Staat B 110/220 und dem Staat D 440/660 des Optionsvorteils zur Besteuerung zu überlassen sind.

Neben den erwähnten Themenkreisen behandelt der OECD-Bericht ferner Probleme aufgrund Mehrfachansässigkeit von Mitarbeitern, verfahrensrechtliche Fragen sowie Besonderheiten bei Verschmelzungen und Übernahmen.

#### 4.5 Beurteilung des OECD-Berichts zu den grenzüberschreitenden einkommensteuerrechtlichen Fragen

In sehr detaillierter Form und unter Einbezug von veranschaulichenden (Praxis-)Beispielen werden in dem Bericht die breite Palette der Fragen, die sich im internationalen Kontext aus einkommensteuerlicher Sicht stellen, erläutert sowie entsprechende Lösungsansätze dargestellt. Mit dem Bericht sowie dem überarbeiteten Kommentar zum OECD-Musterabkommen wird den stock options im internationalen Verhältnis und den daraus für den Arbeitnehmer resultierenden Besteuerungsproblemen in vielerlei Hinsicht Rechnung getragen.

Die mögliche Wirkungsweise ist vor dem Hintergrund zu beurteilen, dass der Kommentar, in welchen die Überlegungen der OECD einfließen, nicht rechtsverbindlich ist, sondern als Empfehlung gilt, wie die Vorschriften des Musterabkommens zu interpretieren und umzusetzen sind. Inwieweit das Vorhaben der OECD von Erfolg gekrönt sein wird, hängt somit in entscheidendem Ausmass davon ab, ob die nationalen Behörden den vorgeschlagenen Regelungen folgen. Die Schweiz ist in diesem Zusammenhang als Musterschüler zu nennen, sieht die am 17. November 2004 veröffentlichte Botschaft zum Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen bzw. der entsprechende Gesetzesentwurf – analog zum Vorschlag der OECD – eine anteilmässige Besteuerung im internationalen Verhältnis vor<sup>36</sup>.

Ihre Ausführungen zu den grenzüberschreitenden einkommensteuerrechtlichen Fragen beschränkt die OECD auf stock option-Pläne (dies gemäss dem Titel des Berichts: «Cross-border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans»). Dem Bericht ist nicht zu entnehmen, ob die darin enthaltenen Bestimmungen auch auf andere Beteiligungsinstrumente anzuwenden

sind. Gemäss der hier vertretenen Auffassung sollten dieselben Überlegungen und Konsequenzen auch für strukturell gleichartige Instrumente, wie beispielsweise die sog. RSUs, gelten. Diese Instrumente werden in der Praxis in zunehmendem Mass – oftmals auch anstelle von Optionen – eingesetzt.

Die Umsetzung der von der OECD vorgeschlagenen Regelungen wird für den Arbeitgeber zweifelsohne in einem beachtlichen administrativen Aufwand resultieren. Gemäss gängiger Praxis und Gesetzgebung in den diversen Ländern ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der (lokale) Arbeitgeber auf das Optionseinkommen Steuern an der Quelle abzuführen bzw. die diesbezüglichen Meldepflichten zu erfüllen hat. In ihren Ausführungen schlägt die OECD vor, dass in grenzüberschreitenden Fällen der vom Arbeitgeber vorzunehmende Einbehalt an Quellensteuern bereits unter Berücksichtigung einer allfälligen unilateralen Entlastung zwecks Vermeidung einer Doppelbesteuerung erfolgen soll<sup>37</sup>. Um diesen Verpflichtungen nachkommen zu können, hat das Unternehmen zu klären, welches Land in welchem Ausmass ein Besteuerungsrecht für die Optionen hat. Solange nicht davon ausgegangen werden kann, dass sämtliche Länder den Empfehlungen der OECD folgen und somit eine einheitliche Praxis zur Anwendung kommt, kann diese Verpflichtung zu einem beachtlichen Abklärungsaufwand für die Unternehmen führen. Vor dem Hintergrund, dass die Zuteilung bzw. die Ausübung der Optionen im Konzernverhältnis grundsätzlich von bzw. mit der Konzernobergesellschaft vorgenommen wird, der Einbehalt und die Abfuhr der Steuern und Sozialversicherungsabgaben sowie die Meldepflichten hingegen von der lokal ansässigen Gesellschaft zu erfolgen haben, fällt neben dem Abklärungs- und Erfassungsaufwand Koordinationsarbeit an. Im Konkreten hat die Muttergesellschaft sämtliche (weltweit) eingeräumten Optionen einschliesslich Mitarbeiterdaten (wie Tätigkeits- und Ansässigkeitsstaat) zu erfassen, weiterzuverfolgen sowie steuerlich relevante Zeitpunkte und das Ausmass der Besteuerung (länderspezifisch) abzuklären. Diese Informationen gilt es sodann der lokalen Einheit weiterzugeben bzw. mit ihr auszutauschen, damit diese den gesetzlichen Deklarations- und Abgabepflichten nachkommen kann.

Zu den steuerlichen Konsequenzen auf Ebene des Arbeitgebers nimmt der Bericht der Arbeitsgruppe 1 nur am Rande Stellung. Die zentralen Fragestellungen auf Seiten des Arbeitgebers, so die Transferpreis-Aspekte, sind Gegenstand des von der Arbeitsgruppe 6 erstellten Berichts «Employee Stock Option Plans: Impact on

36 Eidg. Finanzdepartement (2004) Ziff. 1.3.5.

37 OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues, Ziff. 50.



Transfer Pricing», welcher im Folgenden im Detail behandelt wird.

## 5 Problembereiche aus Arbeitgebersicht

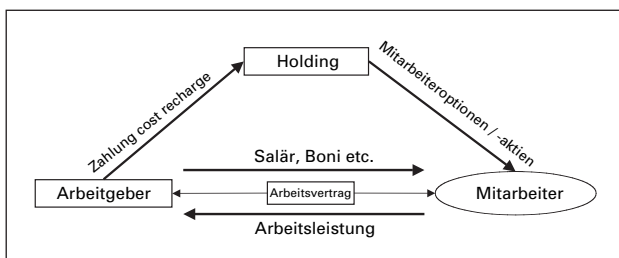
### 5.1 Unterschiedliche Betrachtungsweisen

Mitarbeiterbeteiligungsinstrumente haben sehr oft einen kapitalverwässernden Effekt, der sich aus der Ausgabe von neuen Beteiligungsrechten an Mitarbeiter ergeben kann. In Konzernverhältnissen überlagert sich in der Regel der kapitalverwässernde Effekt mit einem echten Aufwand aus der Sicht der Gruppengesellschaften, wie sich aus dem folgenden Beispiel leicht erklären lässt:

Eine Holdinggesellschaft gibt Optionen an die Mitarbeiter der operativen Gruppengesellschaften aus. Sie übernimmt damit teilweise die Entschädigungsfunktion für die operativen Gruppengesellschaften, deren Aufgabe es eigentlich wäre, die Säläre und Gehaltsnebenleistungen an ihre Mitarbeiter auszurichten.

Die Gruppengesellschaften gelangen in den Genuss der Leistungen der Mitarbeiter, welche diese Gesellschaften nicht abgelteten müssten, wenn sie die Kosten für die Optionen nicht zu tragen hätten. Deshalb sehen in der Praxis die meisten Konzerne für ihre Beteiligungsprogramme Entschädigungszahlungen, in der Praxis etwas untechnisch als sog. Kostenüberwälzungen (cost recharge) bezeichnet, der operativen Gruppengesellschaften an die Holdinggesellschaft vor. Die operativen Gruppengesellschaften müssen die Holdinggesellschaft dafür entschädigen, dass die Holdinggesellschaft einen Teil der Kompensation der Mitarbeiter trägt.

Abb. 3: Zahlungs- und Leistungsströme bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen



Für den Arbeitgeber übernimmt die Holdinggesellschaft eine Kompensationsfunktion zugunsten der Mitarbeiter. Die Zahlung der Arbeitgeberunternehmung aufgrund einer cost recharge-Vereinbarung stellt also eine Entschädigung für die Arbeitsleistung der Mitarbeiter und damit wirtschaftlich betrachtet einen Personalaufwand dar.

Aus der Sicht der Holdinggesellschaft entpuppt sich der Betrag der cost recharge je nach Absicherung der Verpflichtung gegenüber den Mitarbeitern der Gruppe als Kostenbeitrag oder allenfalls als Teil der Liberierung.

Wenn sich die Holdinggesellschaft durch den Erwerb von Aktien auf dem Markt oder beispielsweise einer Option gegenüber einer Bank absichert, stellt die Zahlung aufgrund der cost recharge-Vereinbarung eine echte Entschädigung für den Aufwand der Holdinggesellschaft dar, ihre Verpflichtung gegenüber den Mitarbeitern der operativen Gesellschaft abzusichern.

Wenn sich die Holdinggesellschaft mittels der Ausgabe von neuen Aktien absichert, muss sie keine echten Kosten tragen, sondern die Aktionäre müssen einen Kapitalverwässerungsaufwand hinnehmen. In diesem Fall sind die Übernahme der Kompensationsfunktion für die Gruppengesellschaften und die Bezahlung eines cost recharge-Beitrags eine Art Kompensation für die erlittene Kapitalverwässerung und deshalb wie ein zweiter Liberierungsbetrag (neben dem Ausübungspreis der Optionen) zu betrachten.

Es gibt keine einheitliche Auffassung darüber, ob eine Kostenüberwälzung im Falle der Absicherung der Holdinggesellschaft über neue Aktien auf der Ebene der operativen Gruppengesellschaften einen steuerlich abzugsfähigen Aufwand darstellt. Gemäss der Erfahrung der Autoren wird in der Schweiz die Sichtweise akzeptiert, wonach die Holdinggesellschaft für die operative Gesellschaft – unabhängig von der Absicherung auf der Stufe der Holdinggesellschaft – eine Kompensationsfunktion für die Mitarbeiter wahrnimmt.

In Frankreich hingegen sind die Zahlungen einer französischen operativen Gruppengesellschaft an die Holdinggesellschaft, die sich über neue Aktien absichert, für qualified plans nicht zulässig.

In den USA gilt das sog. matching principle. Demgemäss wird dem Arbeitgeber ein steuerlich abzugsfähiger Aufwand zugestanden, sobald der Fiskus den Vorteil des Mitarbeiters aus Beteiligungsinstrumenten mit der Einkommensteuer belegt. Deshalb kann beispielsweise der Arbeitgeber keinen steuerlich abzugsfähigen Aufwand geltend machen, wenn der Mitarbeiter für sog. incentive stock options nur gemäss Kapitalgewinnsatz und nicht zum ordentlichen Tarif für Arbeitseinkünfte besteuert wird<sup>38</sup>.

38 Vgl. hierzu die Ausführungen in Abschnitt 4.2.

## 5.2 Allgemeine Voraussetzungen für die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kostenüberwälzungen bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen

Wie oben erwähnt, verlangen gewisse Staaten für die steuerliche Abzugsfähigkeit von Zahlungen im Zusammenhang mit der Kostenüberwälzung für Mitarbeiterbeteiligungsprogramme, dass auf der Ebene der Mitarbeiter ein steuerbares Einkommen ausgewiesen wird (z. B. USA) oder auf der Ebene der Holdinggesellschaft tatsächlich Kosten entstehen und nicht bloss eine Kapitalverwässerung (z. B. Frankreich für qualified plans). Daneben können jedoch auch noch weitere allgemeine Anforderungen an die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kostenüberwälzungen im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen definiert werden.

### 5.2.1 Dokumentierte Vereinbarung zur Übernahme einer Kompensationsfunktion

Zwischen der absichernden Holdinggesellschaft und der betreffenden operativen Gruppengesellschaft muss Einigkeit über die Übernahme einer Kompensationsfunktion der Holdinggesellschaft für die operative Gruppengesellschaft bestehen. Diese Einigkeit muss dokumentiert werden. In der Regel geschieht dies mittels einer schriftlichen cost recharge-Vereinbarung. Darin werden die Rechte und Pflichten der beteiligten Gesellschaften klar geregelt und dokumentiert.

Es ist noch weitgehend ungeklärt, inwieweit die Holdinggesellschaft von sich aus bestimmen kann, welche Mitarbeiter der Gruppengesellschaft wann wie viele Beteiligungsinstrumente zu welchen Konditionen erhalten sollen. Gemäss der hier vertretenen Auffassung sollte die operative Gruppengesellschaft mindestens in den Entscheidungsfindungsprozess für die Zuteilung der Beteiligungsrechte eingebunden werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die operative Unternehmung Kosten tragen muss, über welche sie kein Bestimmungsrecht ausüben kann, was die steuerliche Abzugsfähigkeit der Kostentragung durch die operativen Gesellschaften in Frage stellen könnte.

### 5.2.2 Erfüllung des Arm's Length-Prinzips

Die Kostentragung für Beteiligungsinstrumente durch die operativen Tochtergesellschaften muss dem Drittvergleich standhalten. Es muss mit anderen Worten die Frage beantwortet werden, ob ein echter Dritter zu gleichen oder ähnlichen Konditionen die Absicherung für die Beteiligungsinstrumente auch hätte übernehmen

können. In der Praxis sind verschiedene Verfahren denkbar, die das arm's length-Prinzip erfüllen<sup>39</sup>:

- *Kostenüberwälzung bei der Ausübung* einer Option (bzw. der Eigentumsübertragung von Aktien bei Anrechten auf die Auslieferung von Gratisaktien): Diese Form ist in der Praxis am häufigsten anzutreffen, weil sie am leichtesten umzusetzen ist und am wenigsten Bewertungsfragen aufwirft. Ein kleiner Nachteil bei dieser Form der Kostenüberwälzung besteht im Risiko, welches die operativen Gesellschaften damit eingehen: Je höher der Aktienkurs im Zeitpunkt der Ausübung ist, desto grösser sind die Kosten für die operative Gesellschaft. Diese ist somit dem vollen Risiko der Aktienkursschwankungen ausgesetzt.
- *Kostenüberwälzung im Zeitpunkt der Zuteilung* einer Option oder eines Anrechts auf Aktien: Damit die Kostenüberwälzung im Zeitpunkt der Zuteilung dem Drittvergleich standhält, muss der Betrag der Kostenüberwälzung als Wert der betreffenden Optionen oder Anrechte bestimmt werden. Die Bewertung ist bei Mitarbeiteroptionen umstritten, und es müssen für eine korrekte Bewertung zahlreiche Komponenten berücksichtigt werden<sup>40</sup>. Neben der in der Regel zu beobachtenden Nicht-Verkäuflichkeit der Optionen muss vor allem auch die Möglichkeit des Verfalls von Optionen mit Vesting-Klauseln in die Bewertung einfließen. Dies ist ein heikler Punkt, weil die Schätzung des Verfalls von Optionen aufgrund der Vesting-Klauseln nicht auf der Grundlage von Marktdaten erfolgen kann, sondern für jede Unternehmung individuell vorgenommen werden muss. Korrekterweise muss wohl die Kostenüberwälzung provisorisch erfolgen, damit der effektive Verfall von Optionen aufgrund der Vesting-Klauseln korrekt in die Kostenüberwälzungsberechnung einfließen kann. Damit wird diese Art der Kostenüberwälzung in der Praxis ausserordentlich komplex.
- *Kostenüberwälzung im Zeitpunkt des Vestings* einer Option oder eines Anrechts: Die Kostenüberwälzung im Zeitpunkt des Vestings verhindert zwar eine provisorische Überwälzung, weil nach dem Vesting keine Verfallsklauseln bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses mehr zu berücksichtigen sind; andererseits verbindet diese Methode die Nachteile der bei der Zuteilung der Instrumente noch unklaren Kostenfolgen für die operativen Gesellschaften mit den Bewertungsschwierigkeiten für die Optionen, die auf den Zeitpunkt des Vestings bewertet werden müssen.

39 Risi (1999) 446 ff. vergleicht verschiedene Absicherungs- und Überwälzungsmöglichkeiten, die dem Drittvergleich standhalten.

40 Risi (1999) 292 ff.

- Eine neue Methode in der Praxis ist der *Verweis auf die neuen Rechnungslegungsvorschriften gemäss IFRS 2*.<sup>41</sup> Die Rechnungslegungsvorschriften gemäss IFRS 2 enthalten detaillierte Bestimmungen, in welchem Zeitpunkt welche Beträge bei Beteiligungsrechten der Erfolgsrechnung belastet werden. Es entspricht gemäss der hier vertretenen Auffassung ebenfalls einem Drittvergleich, wenn die Kostenüberwälzung, welche die operativen Gruppengesellschaften tragen müssen, betrag- und zeitpunktgemäss aufgrund der IFRS 2-Rechnungslegungsvorschriften bestimmt wird. Gemäss dieser Methode wird allenfalls der Kostenüberwälzungsbetrag geringfügig zu klein ausfallen, weil der bei der Zuteilung berechnete Wert der Mitarbeiteroptionen über die Vesting-Periode verteilt der Erfolgsrechnung belastet wird und somit das Zinselement für die Kostenüberwälzung fehlt.

Obwohl es also theoretisch viele Möglichkeiten gibt, die Kosten von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen auf die operativen Gruppengesellschaften gemäss dem arm's length-Prinzip zu überwälzen, ist die Kostenüberwälzung im Zeitpunkt der Ausübung von Optionen (bzw. bei der Eigentumsübertragung von Aktien für Aktienbeteiligungsprogramme) in der Praxis am häufigsten anzutreffen. Die anderen diskutierten Methoden sind entweder sehr kompliziert in der Umsetzung oder für die beteiligten Personen schwer verständlich.

### 5.3 International mobile Mitarbeiter

Wie oben erwähnt, ist die Kostenüberwälzung für Mitarbeiteroptionen auf die Arbeitgeberunternehmung in der Praxis auf den Zeitpunkt der Ausübung angesetzt. Deshalb ergibt sich eine sehr grosse Zeitspanne zwischen der Zuteilung von Beteiligungsinstrumenten, also dem Eingehen der Verpflichtung, und dem konkreten Ausüben, also dem Zeitpunkt, in dem die Arbeitgeberunternehmung in der Praxis die Kosten tragen muss.

Wie für die Abgrenzung der Besteuerungshoheiten für die Einkommensbesteuerung der Mitarbeiter, ist es bisher nicht klar geworden, welche Gruppengesellschaft die Kosten tragen muss, wenn ein international mobiler Mitarbeiter während der Laufzeit der Optionen bei verschiedenen Gesellschaften der Gruppe tätig ist.

## 6 OECD-Analyse zu Transferpreis-Aspekten von Mitarbeiteroptionen

### 6.1 Der OECD-Bericht «Employee Stock Option Plans: Impact on Transfer Pricing»

Am 3. September 2004 veröffentlichte die OECD nicht nur ihre Empfehlungen zur Interpretation der DBA, sondern ebenfalls eine Analyse zu Transferpreis-Aspekten von Mitarbeiteroptionen<sup>42</sup>. In der Analyse werden verschiedene Kostenüberwälzungsmechanismen miteinander verglichen. Ausserdem untersucht der OECD-Bericht die Transferpreis-Aspekte von Optionsgewährungen multinationaler Konzerne. Die OECD fokussiert ihre Analyse auf Mitarbeiteroptionen und behandelt andere Beteiligungsinstrumente nicht spezifisch. Indessen sind gemäss der hier vertretenen Auffassung dieselben Überlegungen im Grundsatz auch auf andere eigenkapitalbezogene Anreizinstrumente anwendbar.

### 6.2 Mögliche Ansätze für die Entschädigung der Holdinggesellschaft durch die Gruppengesellschaften

In einer ausführlichen Analyse legt der OECD-Bericht in den Grundsätzen die allgemeinen Transferpreis-Überlegungen dar<sup>43</sup>. Als Ausfluss daraus formuliert der Bericht die drei möglichen Grundsätze, auf welche sich die Entschädigung der Holdinggesellschaft durch die Gruppengesellschaften theoretisch abstützen kann:

- fair value-Ansatz;
- Kostendeckungsansatz;
- Nutzenansatz.

#### 6.2.1 Fair Value-Ansatz

Gemäss diesem Ansatz kann die Übernahme der Optionsverpflichtung als eine finanzielle Vereinbarung zwischen der Holdinggesellschaft und den operativen Gruppengesellschaften betrachtet werden, welche mit dem finanzmathematischen Instrumentarium der Optionspreismodelle bewertet werden kann<sup>44</sup>. Wie vorne aufgezeigt, weist der Ansatz der Entschädigung basierend auf dem Verkehrswert der Optionsinstrumente bei Zuteilung gravierende Nachteile auf. So sind die Optionen nicht mit Finanzmarktoptionen vergleichbar, weil sie nicht handelbar sind und ausserdem in aller Regel Verfallsklauseln aufweisen.

41 IASB Share-based Payment.

42 S. zur Zeit: [www.oecd.org/daf/ctpa](http://www.oecd.org/daf/ctpa).

43 OECD-Bericht Transfer Pricing, Ziff. 33 ff.

44 OECD-Bericht Transfer Pricing, Ziff. 81 ff.

### 6.2.2 Kostenbasierender Ansatz

Gemäss dem kostenbasierenden Ansatz erfolgt die Entschädigung als echte Kostenüberwälzung basierend auf den für die Holdinggesellschaft für die Absicherung und die Planadministration entstehenden Kosten<sup>45</sup>. Gemäss dem Kostenüberwälzungsansatz kann die betriebswirtschaftliche Wirklichkeit der Kostenentstehung gut abgebildet werden. Der kostenbasierende Ansatz weist jedoch zahlreiche Nachteile auf. So ist es aus der Sicht der operativen Gruppengesellschaften nicht einleuchtend, dass die Wahrnehmung der gleichen Funktion der Optionsabsicherung für den Arbeitgeber je nach der gewählten Absicherung auf der Stufe der Holdinggesellschaft andere Kostenüberwälzungsfolgen nach sich zieht. Insbesondere ist es stossend, dass die operative Gesellschaft keinen steuerlich abzugsfähigen Entschädigungsaufwand geltend machen kann, wenn sich die Holdinggesellschaft mit neuen Aktien absichert (anstelle der Absicherung mit bereits bestehenden Aktien). Aus der Sicht der operativen Gesellschaft ergibt eine derartige Unterscheidung keinen Sinn.

### 6.2.3 Nutzenbasierender Ansatz

Gemäss dem nutzenbasierenden Ansatz bestimmt sich der Entschädigungsbetrag nach dem Nutzenbeitrag, welchen die Holdinggesellschaft für die operativen Gruppengesellschaften durch die Optionszuteilungen erbringt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Optionen die übrigen, an die Mitarbeiter auszubezahlenden Salärbestandteile vermindern, wenn von einem Marktpreis für die gesamte Entschädigung für die Mitarbeiter ausgegangen werden kann<sup>46</sup>.

Der Betrag der Entschädigungen muss aus den gesamten Umständen der vertraglichen Beziehungen zwischen den involvierten Gesellschaften einerseits und der operativen Gruppengesellschaft und den Mitarbeitern andererseits beurteilt werden.

Diesem dritten Ansatz ist gemäss der hier vertretenen Meinung klarerweise der Vorzug zu geben. Er berücksichtigt die Situation und die Perspektive der operativen Gesellschaft am besten. Allerdings gibt der OECD-Bericht leider keine praxisnahen Anweisungen, wie das Konzept umgesetzt werden soll. In der Praxis dürfte dies wohl darauf hinaus laufen, dass der Wert des Entschädigungsinstruments, eventuell bezogen auf den Ausübungszeitpunkt, zusammen mit den Kosten für die Verwaltung (inkl. eines Zuschlags) als vernünftige Basis der Entschädigung auch für den Nutzenansatz zugrunde ge-

legt wird. Eher selten wird man wohl gemäss dem Nutzenansatz in der Gesamtbetrachtung der Umstände und der Beziehungen zwischen den Vertragsparteien zu einem anderen Wertansatz gelangen.

### 6.3 Transfer eines Mitarbeiters während der Optionslaufzeit

Wenn ein Mitarbeiter während der Optionslaufzeit innerhalb der Gruppe den Arbeitgeber wechselt oder in einem anderen Land arbeitet, stellt sich die Frage, wie eine Überwälzung der Kosten der Holdinggesellschaft auf die beteiligten Gesellschaften und Länder verteilt werden soll. In einem ersten Schritt muss die Gesellschaft gemäss OECD untersuchen, ob die Optionen für eine vergangene, eine gegenwärtige oder eine zukünftige Leistung zugeteilt worden sind. Dies sollte grundsätzlich aus dem Beteiligungsplan hervorgehen. Bei Optionen mit Vesting-Klauseln sollte von einer zukünftigen Leistungserbringung während der Vesting-Periode als Basis ausgegangen werden<sup>47</sup>.

Wenn ein Mitarbeiter einen Wechsel nach Ablauf der Vesting-Periode vollzieht, sollte dieser Wechsel auf die Entschädigung der Holdinggesellschaft durch die operativen Gruppengesellschaften keine Auswirkungen zeitigen. Jene Gesellschaft, welche während der Vesting-Periode Arbeitgeber ist, hat die Entschädigung zu tragen.

Wenn ein Mitarbeiter einen Wechsel vor Ablauf der Vesting-Periode vollzieht, müssen die beteiligten operativen Gruppengesellschaften den Aufwand gemäss den erbrachten Arbeitsleistungen während der Vesting-Periode tragen<sup>48</sup>.

### 6.4 Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Optionslaufzeit

Wenn das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Vesting-Periode aufgelöst wird, hat dies mangels Verfalls der Optionen grundsätzlich keinen Einfluss auf die Kostentragung. Die Gesellschaft, welche während der Vesting-Periode Arbeitgeber ist, muss die Entschädigung für die Mitarbeiteroptionen tragen. Wenn das Arbeitsverhältnis jedoch vor Ablauf der Vesting-Periode aufgelöst wird, muss dies zu einer Korrektur führen, wenn der Arbeitgeber bereits eine Entschädigung geleistet hat. Gemäss den Ausführungen im OECD-Bericht, die sich nicht mit den Erfahrungen der Autoren decken, werden bei Kostenüberwälzungen die Austritts- und damit die Vesting-Wahrscheinlichkeit pauschal geschätzt und nicht mehr angepasst, wenn Mitarbeiter tatsächlich austreten<sup>49</sup>.

45 OECD-Bericht Transfer Pricing, Ziff. 92 ff.

46 OECD-Bericht Transfer Pricing, Ziff. 115 ff.

47 OECD-Bericht Transfer Pricing, Ziff. 127 ff.

48 OECD-Bericht Transfer Pricing, Ziff. 129.

49 OECD-Bericht Transfer Pricing, Ziff. 131. Wie erwähnt, erfolgt in der Praxis die Entschädigungszahlung erst im Zeitpunkt der Ausübung der Optionen.

### 6.5 Weitere Gesichtspunkte des Berichts zu den Verrechnungspreisen

Der OECD-Bericht geht weiter auf die Interaktionen des internationalen Rechts mit dem internen Recht der beteiligten Staaten ein. Wie erwähnt, lassen nicht alle Staaten unter allen Umständen die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kostenüberwälzungen zu. Es liegt jedoch nicht an der OECD, diesbezüglich ins nationale Recht einzugreifen, es sei denn, eine nationale Praxis sei diskriminierend gegenüber international agierenden Unternehmungen und Konzernen<sup>50</sup>.

Im Weiteren stellt der OECD-Bericht ausführlich den Einfluss von Mitarbeiteroptionen auf die Transferpreise zwischen verbundenen Unternehmen dar. Wenn beispielsweise die eine Gruppenunternehmung eine Dienstleistung an eine weitere Gruppenunternehmung gemäss einer Kostenaufschlagsmethode erbringt, stellt sich die Frage, wie die Verrechnungspreise angepasst werden müssen, wenn Mitarbeiter der dienstleistungserbringenden Gesellschaft Mitarbeiteroptionen erhalten. Der OECD-Bericht gibt 3 Methoden an, wie die Mitarbeiteroptionen in die Transferpreis-Gestaltung einfließen können:

- Ignorieren der Optionen und reines Basieren auf einer Kostenbasis;
- Anpassen der Kostenbasis um die Optionskosten;
- Anpassung der Transferpreis-Methode.

Ungeachtet dessen, welche Methode gewählt wird, sind die allgemeinen Prinzipien der OECD-Transferpreis-Richtlinien zu beachten.

### 6.6 Beurteilung des Transferpreis-Berichts der OECD

Der Bericht analysiert fundiert und zutreffend die theoretischen Fragestellungen, die sich im Bereich der Verrechnungspreise durch Mitarbeiteroptionen ergeben können. Entsprechend der Zielsetzung des Berichts liegt der Fokus leider etwas stark auf den theoretischen Ansätzen und wirkt bisweilen ein wenig praxisfremd. Gemäss der hier vertretenen Meinung sollte das bisher gebräuchliche System der Entschädigung der Holdinggesellschaft durch die operativen Gruppengesellschaften im Zeitpunkt der Ausübung der Optionen der Analyse des vorliegenden OECD-Berichts standhalten.

Der Ansatz der Aufteilung der Kosten auf mehrere Unternehmungen, wenn der Mitarbeiter während der Vesting-Periode für mehrere Gruppengesellschaften tätig ist, mag theoretisch korrekt sein. Wird dieser Ansatz je-

doch in die Praxis umgesetzt, müssen die internationalen Konzerne für ihre Mitarbeiterbeteiligungsprogramme mit einer Vervielfachung der Kosten rechnen. Der detaillierte Nachvollzug des Wegs eines Mitarbeiters innerhalb eines Konzerns, den eine derartige Kostenaufteilung erforderlich macht, ist äusserst aufwendig. Zu begrüßen ist die Übereinstimmung der beiden OECD-Berichte hinsichtlich der zeitlichen Komponente. Beide Berichte gehen in ihren Aussagen und Empfehlungen davon aus, dass dem Mitarbeiter Optionen grundsätzlich für den Tätigkeitszeitraum von der Zuteilung der Optionen bis zum Vesting gewährt werden. Der Arbeitgeber kann somit für den in Anwendung der OECD-Berichte erforderlichen Nachvollzug der konkreten Anstellungsverhältnisse der begünstigten Mitarbeiter auf die selben Kriterien bzw. Zeiträume abstellen.

## Literatur und Materialien

BAUMGARTNER PETER (2002), Vorschläge der OECD zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung auf Mitarbeiteroptionen, FStR 2002, 223 ff.

EIDG. FINANZDEPARTEMENT (2004), Botschaft zum Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen, Bern 2004 (zur Zeit auch: [www.efd.admin.ch/d/dok/gesetzgebung/botschaften/2004/11/mabeteiligung.htm](http://www.efd.admin.ch/d/dok/gesetzgebung/botschaften/2004/11/mabeteiligung.htm))

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD (2004), IFRS 2 Share-based Payment, London 2004 (zit.: IASB Share-based Payment)

JACOBS OTTO H./PORTNER ROSEMARIE (2002), Die steuerliche Behandlung von Stock-Option-Plans in Deutschland, in: Ann-Kristin Achleitner/Peter Wollmert (Hrsg.): Stock Options: Finanzwirtschaft, Gesellschaftsrecht, Bilanzierung, Steuerrecht, Unternehmensbewertung, 2. A., Stuttgart 2002

KNECHT ROSMARIE (2001), Mitarbeiterbeteiligung in der Praxis – Der praktische Leitfaden, Bern 2001

LANG MICHAEL (2002), Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, 2. A., Wien 2002

OECD (2002), Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans, A Public Discussion Draft, Paris 2002 (zur Zeit auch: [www.oecd.org/dataoecd/46/34/4357310.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/46/34/4357310.pdf))

OECD (2004), Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans, Paris 2004 (zur Zeit auch: [www.oecd.org/dataoecd/35/53/](http://www.oecd.org/dataoecd/35/53/))

50 OECD-Bericht Transfer Pricing, Ziff. 132 ff.

- 33700277.pdf; zit.: OECD-Bericht Cross-Border Income Tax Issues)
- Employee Stock Option Plans: Impact on Transfer Pricing, Paris 2004 (zur Zeit auch: [www.oecd.org/dataoecd/35/37/33700408.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/35/37/33700408.pdf); zit.: OECD-Bericht Transfer Pricing)
- PETER NATALIE (2001), US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2001
- PORTNER ROSEMARIE (2004), OECD Approach to Cross-Border Stock Option Taxation: A German Perspective, Tax Notes International 29.November 2004, 749 ff.
- PRÄTZLER ROBERT (2002), Zum Seminar F: Das OECD-Diskussionspapier zur Beseitigung der Doppelbesteuerung von Stock Options beim Arbeitnehmer, IStR 2002, 555 ff.
- PUCHEGGER INGRID (2004), Stock-Option-Pläne in international tätigen Unternehmen, Diss. Wien 2004
- RAPPAPORT ALFRED (1986), Creating Shareholder Value – The New Standard for Business Performance, 1. A., New York 1986
- RISI ANDREAS (1999), Mitarbeiteroptionen und -aktien, Bewertung – Rechnungslegung – Besteuerung, Diss. Zürich, Zürich 1999
- SCHOLZ MARKUS (2001), Stock Options in Deutschland und in den USA: Besteuerung bei nationalem und internationalem Personaleinsatz, Diss. Mannheim, Wiesbaden 2001
- STEINER MANFRED/BRUNS CHRISTOPH (1996), Wertpapiermanagement, 5. A., Stuttgart 1996
- SUBRAMANIAN RAGINI (2002), Global Trends in Stock Compensation, in: The National Center for Employee Ownership (Hrsg.), Equity-Based Compensation for Multinational Corporations, 5. A., Oakland, CA 2002
- VOLKART RUDOLF (1997), Strategische Finanzpolitik, Zürich 1997
- WEILENMANN ROLF (1999), Value Based Compensation Plans – Theoretische und praktische Aspekte von Employee Stock Ownership Plans, Stock Option Plans und weiteren Value Based Compensation Plans in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 1999