

Vorschläge der OECD zur Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung auf Mitarbeiteroptionen

Dr. ès sc. pol. Peter Baumgartner*

Inhalt

1	Einleitung
2	Arbeiten im Rahmen der OECD
3	Lösungsvorschläge für die internationalen Steuerprobleme
3.1	Praktische Probleme für international tätige Mitarbeiter
3.2	Analyse der Probleme aus DBA-Sicht
4	Diskussion der Lösungsvorschläge im Einzelnen
4.1	Blosse Ergänzung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen
4.2	Besteuerung als Erwerbseinkommen
4.3	Unterschiedlicher Besteuerungszeitpunkt
4.4	Unterschiedliche Bewertung und Qualifikation des Vorteils
4.5	Gewährung der Optionen für eine vergangene oder künftige Tätigkeit
4.6	Aufteilung des Vorteils zwischen den Staaten
4.7	Ansässigkeit in mehreren Staaten während der Laufzeit der Option
4.8	Anwendungsprobleme, Umstrukturierungen, Bewertungsfragen
4.9	DBA-Probleme beim Arbeitgeber
5	Kurze Würdigung der OECD-Vorschläge
	Literatur und Materialien

1 Einleitung

Programme zur Beteiligung der Mitarbeiter am Unternehmenserfolg haben in den letzten Jahren eine starke Verbreitung erfahren, wobei neben Mitarbeiteraktien mehr und mehr auch Optionsprogramme (Stock Options) angeboten werden. Die in den einzelnen Staaten geltenden Besteuerungsregeln sind jedoch sehr unterschiedlich ausgestaltet, was für international mobile Mitarbeiter zu erheblichen Steuerproblemen führen kann. Es ist deshalb erstaunlich, dass die Frage der Behandlung der Mitarbeiteroptionen unter den bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen bis vor kurzem weder im Rahmen der OECD noch anlässlich von bilateralen Doppelbesteuerungsverhandlungen geklärt und ausdrücklich geregelt worden ist. Mit den jetzt vorliegenden OECD-Vorschlägen zur Behandlung der Mitarbeiteroptionen unter den Doppelbesteuerungsabkommen wurde ein erster wichtiger Schritt gemacht. Weitere Arbeiten zur Behandlung von Optionsprogrammen auf der Stufe Unternehmen stehen an. Die vorgeschlagenen Lösungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung beim Arbeitnehmer machen Sinn. Angesichts der Komplexität der Probleme dürften sich in der Praxis jedoch heikle Abgrenzungsfragen stellen. Aus Sicht der Wirtschaft bestehen Zweifel hinsichtlich der Praktikabilität gewisser Lösungen. Zudem ist offen, ob die von der OECD vorgesehene blosse Ergänzung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen den Bedürfnissen der Staaten nach rechtlich abgesicherten Lösungen gerecht zu werden vermag.

2 Arbeiten im Rahmen der OECD

Die OECD hat Ende März 2002 auf ihrer Webseite ein *Diskussionspapier* zu den grenzüberschreitenden Steuerfragen im Zusammenhang mit Aktienoptionen

* Der Autor ist Vizedirektor der Vereinigung Schweizerischer Industrie-Holdinggesellschaften (Industrie-Holding) in Bern und Vorsitzender des Fiskalausschusses der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris. Er hat als Vertreter des BIAC

(Business and Industry Advisory Committee to the OECD) zusammen mit dem OECD-Sekretariat das OECD-Grundlagenpapier zu den grenzüberschreitenden Steuerfragen im Zusammenhang mit Mitarbeiteroptionen ausgearbeitet.

von Mitarbeitern veröffentlicht¹. Sie lädt alle interessierten Personen ein, den Entwurf bis spätestens 31. Juli 2002 zu kommentieren und sich dabei auch zu weiteren internationalen Steuerfragen zu äussern, die im Zusammenhang mit Mitarbeiteroptionen von Interesse sein könnten². Das Papier war vorgängig im Rahmen der Arbeitsgruppe Nr. 1 (Tax Conventions and Related Questions) des Fiskalausschusses der OECD diskutiert und als Diskussionsentwurf verabschiedet worden. Es soll die Grundlage bilden für eine *Ergänzung des bestehenden OECD-Musterabkommens* bezüglich der Besteuerung der natürlichen Personen³, wobei der vorliegende Bericht keine Änderung des Abkommenstoffes, sondern eine Ergänzung des bestehenden Kommentars zum Art. 15 (Unselbständige Arbeit) des Musterabkommens vorsieht.

Die Arbeiten des Fiskalausschusses der OECD zur steuerlichen Behandlung der Mitarbeiteroptionen sind jedoch *wesentlich breiter angelegt*. Neben dem nachstehend eingehend diskutierten Bericht der Arbeitsgruppe Nr. 1 zur Lösung der Doppelbesteuerungsproblematik beim Mitarbeiter befasst sich die Arbeitsgruppe Nr. 2 (Tax Policy Analysis and Tax Statistics) mit grundsätzlichen Fragen bezüglich der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen, der Bedeutung der Optionsprogramme, der Steuerneutralität, der steuerlichen Ausgestaltung in den einzelnen Ländern und mit internationalen Belastungsvergleichen. Die auf Verrechnungspreise spezialisierte Arbeitsgruppe Nr. 6 (Taxation of Multinational Enterprises) will sich im September 2002 vertieft mit der Frage der steuerlichen Abzugsfähigkeit der Aufwendungen im Zusammenhang mit Optionsprogrammen befassen, und zwar insbesondere mit der sachgerechten Weiterbelastung im Rahmen einer Unternehmensgruppe. Dabei dürfte sich auch die derzeit aktuelle Frage stellen, wie Abzüge zu behandeln sind, die in einzelnen Staaten als Lohnaufwand zulässig sind⁴.

3 Lösungsvorschläge für die internationalen Steuerprobleme

3.1 Praktische Probleme für international tätige Mitarbeiter

Mit der Einführung der früher vor allem in den USA verbreiteten Mitarbeiter-Optionsprogramme in Europa und Asien, der Schaffung konzernweit einheitlicher Programme und der Ausweitung des Kreises der Begünstigten auf alle oder einen grösseren Kreis von Mitarbeitern sind die *Steuerprobleme* nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch im internationalen Verhältnis in den letzten Jahren immer offensichtlicher geworden⁵. Die in letzter Zeit gehäuft auftretenden Änderungen bei den einzelstaatlichen Regelungen sind aber auch ein Zeichen dafür, dass die steuerlichen Rahmenbedingungen für Mitarbeiteroptionen aus Sicht der Staaten ein nicht zu unterschätzendes Element im internationalen *Standortwettbewerb* darstellen, namentlich für Konzernzentralen und Konzernhilfsgesellschaften sowie im Hinblick auf die Ansiedlung und Förderung von sog. Start-up-Gesellschaften im Bereich der «New Economy»⁶.

Die unterschiedlichen Lösungsansätze der einzelnen Staaten machen deutlich, dass die Ansichten über die «richtige» Besteuerung der Vorteile aus Mitarbeiteroptionen erheblich *auseinandergelien*. Dabei geht es um grundsätzliche steuerpolitische und steuerrechtliche Fragen, wie den Zeitpunkt der steuerlichen Erfassung, die Bewertung und Qualifikation des Vorteils sowie allfällige steuerliche Vergünstigungen⁷. Als Folge dieser Unterschiede bei der einzelstaatlichen Ausgestaltung können international mobile Mitarbeiter bezüglich ihrer Optionen mit einer *Vielzahl von Steuerproblemen* konfrontiert sein, wobei die Skala von der Besteuerung von fiktiven Vorteilen bis zur Mehrfachbesteuerung, aber auch zur Mehrfachbefreiung reicht. Für international tätige Konzerne, die weltweit möglichst einheitliche Op-

1 OECD-Bericht.

2 Eine Mitarbeiteroption gibt dem Mitarbeiter das Recht, zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. innerhalb einer bestimmten Zeitspanne eine Aktie zu einem im Voraus festgesetzten Preis zu kaufen. Der Marktwert einer Option kann mittels einschlägiger Formeln berechnet werden. Steuerbar ist der geldwerte Vorteil, der dem Mitarbeiter aus der Option zu einem bestimmten Zeitpunkt zufließt.

3 OECD-Musterabkommen bzw. OECD-Kommentar.

4 Es geht um die umstrittene Frage, ob ein steuerlicher Abzug zulässig sein soll für Vorteile, die dem Arbeitnehmer in Form von Mitarbeiteroptionen zufließen (Mitarbeiteroptionen als Lohnersatz).

5 Neben dem BIAC haben sich auch die Internationale Handelskammer (ICC) in Paris und der Europäische Arbeitgeberverband UNICE intensiv mit den Steuerproblemen im grenz-

überschreitenden Verhältnis auseinandergesetzt. Das ICC-Statement wurde am 15.4.2002 verabschiedet; das UNICE-Papier mit einem Rechtsvergleich der in den EU-Staaten geltenden Regelungen ging im Juni 2002 an die zuständigen EU-Stellen. Wertvolle Vorarbeiten wurden auch durch die INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION (IFA) gemacht, die am IFA-Kongress 2000 in München das Thema «International Tax Aspects of Deferred Remunerations» behandelte.

6 Vgl. zu den Bestrebungen in der Schweiz ANDREAS RISI, Bericht Mitarbeiteroptionen. Vgl. zur Problematik auch ANDREAS RISI, Mitarbeiteroptionen und -aktien, sowie NATALIE PETER.

7 Im Rahmen dieses Artikels ist es nicht möglich, vertieft auf die einzelstaatlichen Regelungen einzugehen. Entsprechende Vergleiche finden sich aber im Bericht der GEMISCHTEN ARBEITSGRUPPE DES EidG. FINANZDEPARTEMENTS, der im Spätsommer 2002 in die Vernehmlassung gehen soll.

tionsprogramme einführen und über einen längeren Zeitraum beibehalten wollen, stellen die bestehenden Unterschiede bei der Besteuerung ein grosses und kostspieliges Hindernis dar, gilt es doch, die konzernweiten Optionsprogramme entsprechend anzupassen, um die Steuerbelastung für die international mobilen Mitarbeiter in akzeptablen Grenzen zu halten⁸.

3.2 Analyse der Probleme aus DBA-Sicht

Der OECD-Bericht listet mit Blick auf die in den einzelnen Staaten geltenden Regelungen und die Systematik der in den bilateralen DBA enthaltenen Bestimmungen insbesondere die folgenden *Problembereiche* auf:

- *Unterschiedlicher Zeitpunkt* für die steuerliche Erfassung des Vorteils beim Mitarbeiter: Besteuerung bei Zuteilung (at grant), bei unwiderruflicher Zuteilung (at vesting), bei Ausübung der Option (at exercise) oder Gewährung eines Steueraufschubs (in gewissen Ländern bis zur Veräusserung der erworbenen Aktie);
- *Unterschiedliche steuerliche Qualifikation des Vorteils* (als Arbeitsentgelt, als Kapitalgewinn oder als sog. übriges Einkommen);
- *Unterschiedliche sachliche Qualifikation der Option* (als Entgelt für bereits erbrachte Leistungen, für künftige Leistungen oder eine Mischung daraus);
- *Verlegung des Wohnsitzes oder des Arbeitsortes* in einen andern Staat während der Laufzeit der Option;
- *Weitere internationale Probleme*, wie «multiple residence», praktische Anwendung, Umstrukturierungen, Bewertungsdifferenzen;
- *DBA-Probleme beim Arbeitgeber* (Abzug der Kosten für Optionsprogramme, Kostentragung durch Betriebsstätte)⁹.

4 Diskussion der Lösungsvorschläge im Einzelnen

4.1 Blosser Ergänzung des Kommentars zum OECD-Musterabkommen

Da eine Angleichung oder gar Harmonisierung der einzelstaatlichen Regelungen weder politisch machbar noch für die Anwendung der bilateralen DBA notwendig ist, sind die OECD-Bestrebungen darauf ausgerichtet, das Phänomen «Stock Options» mit Blick auf die bewährten *Grundsätze der DBA* zu analysieren und entsprechende Lösungen vorzuschlagen¹⁰.

Die OECD kommt in ihrem Bericht zum Schluss, dass ein geldwerter Vorteil, den ein Arbeitnehmer in Form von Optionen von seinem Arbeitgeber erhält, immer als *Einkommen aus einem Arbeitsverhältnis* anzusehen ist¹¹. Das OECD-Musterabkommen enthält detaillierte Regelungen, die festlegen, welchem Staat derartige Einkünfte zur Besteuerung zuzuweisen sind und wie die Doppelbesteuerung vermieden werden soll. Diese Lösungen, die sich in den meisten bilateralen DBA finden, haben sich in der Praxis auch für komplexe Sachverhalte bewährt. Sofern es deshalb gelingt, die geldwerten Vorteile aus Mitarbeiteroptionen so einzugrenzen, dass sie nach dem Wortlaut des Musterabkommens als Erwerbseinkünfte qualifiziert werden können, lässt sich das Problem der Doppelbesteuerung lösen, ohne dass der Wortlaut des Musterabkommens – und in der Praxis der darauf aufbauenden zahlreichen bilateralen DBA – geändert werden müsste¹². Der zwischen den Steuerbehörden gefundene Konsens hinsichtlich der zu treffenden Abgrenzungen würde sodann in den *Kommentar zum Musterabkommen* eingefügt. Der OECD-Bericht schlägt ein solches Verfahren vor, wobei es den Staaten selbstverständlich offen steht, in ihren *bilateralen DBA andere Lösungen* vorzusehen, um den in den jeweiligen Staaten geltenden Regelungen gerecht zu werden¹³.

8 Zwar besteht aufgrund der einzelstaatlichen Unterschiede ein gewisses Steuerplanungspotenzial. Die Wahl des Arbeitsortes erfolgt bei den sog. Expatriates jedoch nicht nach steuerlichen, sondern nach betrieblichen Erfordernissen, womit Steuerprobleme unausweichlich sind.

9 Aufgeführt werden grundsätzliche Überlegungen zur Behandlung unter den DBA, wobei die Lösung dieser Fragen insbesondere der Arbeitsgruppe Nr. 6 überantwortet wird.

10 Der Europäische Arbeitgeberverband (UNICE) ging bei seinen Arbeiten einen Schritt weiter und stellte sich die Frage, wie eine praxistaugliche Lösung für den EU-Binnenmarkt aussehen könnte, ohne dass eine Harmonisierung der einzelstaatlichen Regelungen notwendig wäre. Eine solche Lösung könnte mittels einer EU-Richtlinie gefunden werden, welche die wesentlichen Besteuerungsgrundsätze enthalten und als Gemeinschaftsrecht den bilateralen DBA vorgehen würde.

11 Auf die Behandlung anderer auf den Aktienwert bezogener Entschädigungen wie phantom stock oder share appreciation rights wird im OECD-Bericht nicht eingegangen, da solche Vorteile in der Regel den Barentschädigungen gleichgesetzt werden können. Nicht behandelt werden zudem die Sozialversicherungsfragen im Zusammenhang mit Mitarbeiteroptionen sowie die Gewährung von Optionen an ein in einem andern Staat ansässiges Verwaltungsratsmitglied.

12 Die praktischen Vorteile eines solchen Ansatzes sind evident: Die Probleme könnten in zahlreichen Fällen auf dem Wege einer einheitlichen Auslegung gelöst werden, wogegen eine Revision der bestehenden bilateralen DBA eine äusserst aufwendige und langwierige Option darstellt.

13 Vgl. dazu den Notenwechsel zu dem am 24.7.2001 unterzeichneten neuen DBA zwischen USA und GB.

Der von der OECD vorgeschlagene Lösungsansatz hat den *Vorteil*, dass damit eine rasche Klärung der Frage der Behandlung der Mitarbeiteroptionen unter den DBA herbeigeführt werden kann. Die *Schwäche* liegt darin, dass die Kommentare zum OECD-Musterabkommen rechtlich im besten Fall den Stellenwert einer Auslegungshilfe haben. Massgebend ist in jedem Fall der Wortlauf des anwendbaren Abkommens. Sofern ein Begriff im DBA nicht definiert ist, hat er die Bedeutung, die ihm nach dem (Steuer-) Recht des jeweiligen Staates im Anwendungszeitraum zukommt¹⁴. Auch wenn sich die betroffenen Steuerbehörden somit über die Auslegung einer Bestimmung des Musterabkommens im Sinne der OECD-Kommentare einig sind, könnte ein betroffener Steuerpflichtiger ein *innerstaatliches Rechtsmittel* gegen eine entsprechende Auslegung ergreifen. Es wäre dann Sache der nationalen Gerichte, die Anwendung der DBA-Bestimmungen im konkreten Fall zu überprüfen und gestützt auf das interne Recht, Rechtsprechung und Auslegung allenfalls eine andere Lösung vorzusehen¹⁵.

4.2 Besteuerung als Erwerbseinkommen

Grundsätzlich kann ein Steuerpflichtiger für seine Erwerbseinkünfte in dem Staat besteuert werden, in welchem er die Tätigkeit ausübt¹⁶. Die im Art. 15 OECD-Musterabkommen verwendete *Umschreibung für Einkünfte aus unselbständiger Arbeit* ist relativ weit («Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen»). Nach den DBA-Regeln muss das Besteuerungsrecht dem Wohnsitz- oder Tätigkeitsstaat zugewiesen werden. Allfällige Doppelbesteuerungen müssen sodann nach den im Methodenartikel¹⁷ festgelegten Regeln beseitigt werden. Auf die OECD-Lösungen für Probleme, die sich in der Praxis aus der unterschiedlichen zeitlichen Anknüpfung, der unterschiedlichen Qualifikation der Einkünfte, der unterschiedlichen Qualifikation der Optionsprogramme (Entgelt für vergangene oder künftige Tätigkeit) sowie der Verlegung des Wohn- oder Arbeitsortes ergeben, wird im Folgenden näher eingegangen.

4.3 Unterschiedlicher Besteuerungszeitpunkt

Probleme, die auf eine *unterschiedliche zeitliche Anknüpfung* bei der Besteuerung zurückzuführen sind, lassen sich nach Auffassung der OECD mit den in den DBA vorhandenen Regelungen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung lösen. So kann der Fall eintreten, dass ein Steuerpflichtiger seinen Wohnsitz während der Laufzeit der Option in einen andern Staat verlegt und sich mit einer doppelten Besteuerung konfrontiert sieht, weil der erste Wohnsitzstaat die Optionen bereits bei der Zuteilung besteuert hat und der neue Staat beispielsweise bei der Ausübung¹⁸. Je nach der im betreffenden DBA vorgesehenen Regelung muss der eine Staat entweder durch Befreiung der Einkünfte auf die Besteuerung verzichten oder die im andern Staat bezahlten Steuern auf seine eigenen anrechnen. Dass die Doppelbesteuerung zeitlich unlimitiert beseitigt werden muss und dass der Quellenstaat sein Besteuerungsrecht auch behält, wenn der Steuerpflichtige bereits in einem andern Staat ansässig ist, soll im OECD-Kommentar ausdrücklich bestätigt werden¹⁹.

Die Probleme sind auf den ersten Blick mit den im OECD-Musterabkommen enthaltenen Regelungen (Befreiung und Anrechnung) lösbar. Die Schwierigkeiten treten jedoch bei der *praktischen Anwendung* auf, wenn beispielsweise ein Staat die bereits erhobenen Steuern zu einem späteren Zeitpunkt an einen nicht mehr ansässigen Arbeitnehmer zurückerstatten muss oder wenn er für die dem andern Staat zustehenden Steuern eine Anrechnung gewähren muss. Die Laufzeit von Mitarbeiteroptionen erstreckt sich regelmässig über einen längeren Zeitraum²⁰, und bei unterschiedlichen zeitlichen Anknüpfungspunkten ergeben sich unter den DBA neue, sonst kaum je anzutreffende Konstellationen. Dazu kommen innerstaatliche Restriktionen (z.B. Befristung einer Steuerrückerstattung oder restriktive Regeln bei der Gewährung des tax credit)²¹.

14 Art. 3 Abs. 2 OECD-Musterabkommen.

15 Diese Gefahr besteht vor allem in Staaten, die dem OECD-Kommentar rechtlich keinen Stellenwert beimessen, oder in Fällen, in denen sie sich in einem Vorbehalt zum Kommentar ausdrücklich von einer entsprechenden Auslegung distanzieren haben; vgl. Einführung, Ziff. 28–30, OECD-Musterabkommen.

16 Art. 15 Abs. 1 OECD-Musterabkommen, mit Ausnahmen im Abs. 2.

17 Art. 23A (Befreiungsmethode) und Art. 23B (Anrechnungsmethode) OECD-Musterabkommen, einschliesslich der (umstrittenen) Regeln zur Beseitigung der Doppelbesteuerung bei Qualifikationskonflikten, wie sie in den neu eingefügten Ziff. 32.1–32.7 des OECD-Kommentars beschrieben sind, d.h.

Übernahme einer abkommenskonformen Auslegung des Quellenstaates durch den Wohnsitzstaat (Teilrevision 2000).

18 In der Praxis ergeben sich bei mehrfachem Wohnsitzwechsel und je nach Ausgestaltung der innerstaatlichen Besteuerungsregelungen recht komplexe Situationen, die zum Teil im OECD-Bericht aufgezeigt werden.

19 Ziff. 13–16 OECD-Bericht.

20 Bis zu zehn Jahren, wobei der Arbeitnehmer periodisch neue Optionen erwerben kann, so dass in vielen Fällen eine gestaffelte Ausübung über einen noch längeren Zeitraum erfolgt.

21 Zeitliche oder materielle Einschränkungen; sie müssten unter dem OECD-Musterabkommen auf dem Wege des Verständigungsverfahrens beseitigt werden.

4.4 Unterschiedliche Bewertung und Qualifikation des Vorteils

Unter der an sich plausiblen Annahme, dass es sich bei geldwerten Vorteilen aus Mitarbeiteroptionen um Erwerbseinkünfte handelt, stellt sich die Frage, wie der Wert des Vorteils zu berechnen und bis zu welchem Zeitpunkt eine solche Qualifikation gerechtfertigt ist.

Optionen werden in der Regel während einer bestimmten Dauer gehalten und dann «ausgeübt» (Erwerb der Aktie, allenfalls Veräusserung des Rechts). Im Zeitpunkt des Erwerbs entspricht der Wert des Vorteils dem Marktwert der Option abzüglich des dafür bezahlten Preises. Bei Ausübung ist es der Marktwert der erworbenen Aktie abzüglich des für die Option bezahlten Preises²². Der OECD-Bericht stellt zu Recht fest, dass die Vorteile aus einer Option in den einzelnen Staaten *unterschiedlich qualifiziert* werden, nämlich in der Regel als Erwerbseinkommen oder als Kapitalgewinn. Namentlich wenn diese beiden Einkunftsarten unterschiedlich besteuert werden, ist es für den Steuerpflichtigen von zentraler Bedeutung, bis zu welchem Zeitpunkt ein Vorteil als Erwerbseinkommen qualifiziert wird²³. Einigkeit besteht gemäss dem OECD-Bericht darüber, dass Vorteile, die sich aus der Veräusserung der *erworbenen Aktien* ergeben, unter den DBA als Kapitalgewinn qualifiziert und gemäss dem DBA im Wohnsitzstaat besteuert werden sollen²⁴. Bei der Frage, ob nur der Wert der Option im Zeitpunkt der Zuteilung als Erwerbseinkommen zu qualifizieren sei und die nachfolgende Wertsteigerung als Kapitalgewinn beurteilt werden muss, gehen die Meinungen auseinander, wobei zahlreiche Staaten in ihrem internen Recht den ganzen Vorteil bis zur Ausübung als Erwerbseinkommen betrachten²⁵.

Da für diese für die Anwendung der DBA zentrale Frage eine Antwort gefunden werden muss, schlägt der OECD-

Bericht vor, dass die Vorteile bis zur Ausübung der Option für die *Anwendung der DBA* als Erwerbseinkommen qualifiziert werden sollen, wobei im OECD-Kommentar ebenfalls festgehalten werden soll, dass dies die internrechtliche Besteuerung und Qualifikation nicht präjudizieren soll²⁶. Die *internationale Wirtschaft* hat eine solche Lösung für die DBA-Anwendung aus praktischen Gründen und zur Vermeidung von Auslegungskonflikten grundsätzlich akzeptiert²⁷. Für die *Schweiz* wird sich die Frage stellen, ob sie im künftigen OECD-Kommentar zu diesem Punkt eine ausdrückliche «Reservation» anbringen soll, dass sie sich eine andere Lösung in den bilateralen DBA-Verhandlungen vorbehält.

4.5 Gewährung der Optionen für eine vergangene oder künftige Tätigkeit

Die Frage, für welche Erwerbstätigkeit die Optionen gewährt worden sind, ist für die Zuteilung des Besteuerungsrechts von zentraler Bedeutung, sollen doch die Vorteile dort besteuert werden, wo die entsprechende Tätigkeit ausgeübt worden ist. Gleichzeitig wirft eine solche *Qualifikation der Optionsprogramme* angesichts der Vielfalt der angebotenen Lösungen und der unterschiedlichen Kriterien, die für die Gewährung der Optionen massgebend sein können, zahlreiche Fragen auf. Der OECD-Bericht schlägt im Sinne eines pragmatischen Vorgehens eine Einzelfallbeurteilung aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse und der vertraglichen Ausgestaltung vor. Als Hilfsmittel entwickelte die OECD-Arbeitsgruppe relativ ausführliche *Leitlinien*, in denen festgehalten wird, nach welchen Kriterien ein Optionsprogramm beurteilt werden soll²⁸.

(1) Als generelle Regel sollen Mitarbeiteroptionen nach der unwiderruflichen Zuteilung (vesting) nicht mehr als *Vergütung für künftige Leistungen* gelten. Dies macht Sinn, gehen doch die meisten Optionspro-

22 Bei einer Besteuerung «at exercise» bietet die Bewertung keine Schwierigkeiten, sofern die erworbenen Aktien einen Marktwert haben. Anders ist die Situation bei Besteuerung «at grant» oder «at vesting». Hier muss der Marktwert der Option im jeweiligen Zeitpunkt berechnet werden (z.B. nach der Black-Scholes-Formel).

23 Im Falle der Schweiz, die private Kapitalgewinne nicht besteuert, ist die Bedeutung einer solchen Unterscheidung offensichtlich. Zahlreiche andere Staaten besteuern Kapitalgewinne zu einem anderen (günstigeren) Satz oder gewähren für Einkünfte aus Mitarbeiteroptionen und den damit erworbenen Aktien spezifische steuerliche Vorteile.

24 Art. 13 Abs. 4 OECD-Musterabkommen.

25 Sofern Erwerbseinkünfte und Kapitalgewinne gleich besteuert werden, spielt die Abgrenzung keine Rolle. In Ländern wie der Schweiz stellt aber der Zeitpunkt des unwiderruflichen Erwerbs der Option ein wichtiges Kriterium dar, da der Mitarbeiter ab jenem Zeitpunkt grundsätzlich über die Optionen verfü-

gen kann (Ausübung, Veräusserung, Übertragung), womit er einen Investitionsentscheid tätigt. Ab jenem Zeitpunkt kann zu Recht argumentiert werden, dass die Wertsteigerung einen Kapitalgewinn darstellt; vgl. Ziff. 19 OECD-Bericht, wobei diese Überlegung im Bericht der Arbeitsgruppe Nr. 1 (Tax Conventions and Related Questions) stark gekürzt wurde.

26 «The Commentary would also clarify that this interpretation only applies for purposes of the Convention and does not, therefore, require that taxation of the employment income under domestic law occur at the time of exercise ... Thus, while Article 15 would be interpreted to allow the State of source to tax the benefits accruing up to the time of exercise of the option, it will be left to that State to decide how to tax such benefit, e.g. as either employment income or capital gain» (Ziff. 25 OECD-Bericht).

27 Ziff. 6.3 c ICC-Statement.

28 Ziff. 29, Punkte 1–5 OECD-Bericht.

gramme davon aus, dass der Arbeitnehmer nur bis zum vesting im Unternehmen verbleiben muss²⁹.

- (2) Optionen sollen sich im Sinne einer Ausnahme nur auf eine Tätigkeit in der Vergangenheit beziehen, wenn die Optionen ausdrücklich für *vergangene Leistungen* (z.B. finanzielle Ergebnisse in der Vergangenheit) gewährt worden sind, und in einzelnen Fällen («in some cases»), wenn Optionen in der Vergangenheit regelmässig im Sinne eines *festen Lohnbestandteils* nachträglich gewährt worden sind. Dieses letztere Kriterium dürfte in der Praxis zu Schwierigkeiten Anlass geben, sind doch Optionen gerade für Kadermitarbeiter immer häufiger fester Teil des Lohnpaketes, auf das der Arbeitnehmer einen vertraglichen Anspruch hat (im Gegensatz zu einem Bonus)³⁰.
- (3) Wenn Anzeichen dafür bestehen, dass die Optionen sowohl für vergangene als auch für künftige Leistungen gewährt worden sind, soll in Zweifelsfällen davon ausgegangen werden, dass Optionen grundsätzlich als Anreiz für künftige Leistungen gewährt werden. Wenn jedoch klare Anzeichen bestehen, dass die Optionen sowohl für vergangene als auch für künftige Leistungen gewährt worden sind, muss eine entsprechende Aufteilung vorgenommen werden³¹.
- (4) Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung soll in Zweifelsfällen und wenn zwischen zwei Staaten, gestützt auf die Leitlinien, eine unterschiedliche Qualifikation erfolgt, das in den DBA vorgesehene *Verständigungsverfahren* zur Anwendung kommen.

Die im OECD-Bericht erwähnte Problematik wurde auch in den *internationalen Wirtschaftsorganisationen* intensiv diskutiert, wobei es sich als äusserst schwierig erwies, zu einheitlichen Schlussfolgerungen zu kommen. Das ICC-Statement gibt die Präferenz der Qualifikation als Vergütung für künftige Leistungen³², ausser bei anders lautenden, klaren Vertragsbestimmungen, hält in der Einleitung aber auch fest, dass das Besteuerungsrecht dem Land und derjenigen Periode zugewiesen werden soll, in dem bzw. in der die effektive Leistung (performance) erbracht worden ist. Das UNICE-Papier verfolgt einen andern Ansatz mit dem Ziel, eine Auf-

teilung des Besteuerungsrechts zu vermeiden und für alle Beteiligten klare Regeln aufzustellen. In dem an die EU-Kommission gesandten Bericht wird eine Lösung vorgeschlagen, bei der das Besteuerungsrecht immer dem Staat zugewiesen werden soll, in dem der Arbeitnehmer bei der Zuteilung der Optionen ansässig war³³.

4.6 Aufteilung des Vorteils zwischen den Staaten

In Fällen, in denen ein Arbeitnehmer während der Laufzeit einer Option seinen Wohnsitz in einen andern Staat verlegt oder wenn Mitarbeiteroptionen sich auf Arbeitsleistungen in verschiedenen Staaten beziehen (vgl. Ziff.3.4), muss unter den DBA-Regeln eine sachgerechte *Aufteilung des Besteuerungsrechts* erfolgen. Der OECD-Bericht schlägt als «logical allocation method» eine zeitliche Aufteilung nach Massgabe der im jeweiligen Staat erfolgten Arbeitsleistung vor³⁴. Im Sinne einer in den bilateralen DBA zu vereinbarenden Alternative wird eine Aufteilung gestützt auf die im jeweiligen Staat erfolgte Wertsteigerung der Mitarbeiteroptionen erwähnt. Die OECD ersucht die interessierten Kreise ausdrücklich um Kommentare zur Frage, in welchen Fällen ein Abweichen von der auf die Aufenthaltsdauer bezogenen Methode sachgerecht wäre.

4.7 Ansässigkeit in mehreren Staaten während der Laufzeit der Option

Die Problematik der «multiple residence taxation» hat für Mitarbeiteroptionen, bei denen sich das Besteuerungsrecht gemäss den in den einzelnen Staaten geltenden Regeln vom Zeitpunkt der Gewährung bis zur effektiven Veräusserung der erworbenen Aktien erstrecken kann, eine nicht zu unterschätzende Bedeutung. Nach den anwendbaren DBA können *verschiedene Staaten* für sich in Anspruch nehmen, Wohnsitzstaat zu sein und ein entsprechendes Besteuerungsrecht geltend machen. Die bilateralen DBA regeln aber im Methodenartikel nur die Beseitigung der Doppelbesteuerung zwischen dem Wohnsitz und dem Quellenstaat. Der OECD-Bericht schlägt für derartige, in der Regel äusserst komplexe Si-

29 Die Blockierung während einer bestimmten Zeitdauer (blocking period) bezieht sich dagegen auf die Möglichkeit der Ausübung und ist diesbezüglich nicht von Bedeutung. Dies gilt auch für eine Bedingung, nach der die Option vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden muss. Aufgeführt sind noch weitere Spezialfälle.

30 Dieses Kriterium sollte in der Vernehmlassung hinterfragt werden, damit in einem künftigen OECD-Kommentar klare Leitlinien enthalten sind.

31 Die Folgerungen aus einer solchen Situation sind im Bericht nicht explizit erwähnt, es kann sich aber nur um eine anteilmässige Aufteilung handeln.

32 Wie Ziff. 1 der vorgeschlagenen OECD-Leitlinien; vgl. Ziff. 6.2 d ICC-Statement.

33 Eine solche Lösung ist mit den bestehenden DBA unvereinbar und müsste wie erwähnt mittels einer EU-Richtlinie eingeführt werden. Die Lösung liesse es jedoch zu, dass jeder Staat seine Besteuerungsregeln beibehält; er müsste aber in Fällen, in denen er nach der Richtlinie kein Besteuerungsrecht hat, auf eine Besteuerung verzichten.

34 Ziff. 31–32 des OECD-Berichts: Aufenthaltsdauer (vgl. auch ICC-Statement, Ziff. 6.2 b). In einer früheren Version war eine auf die effektiven Arbeitstage bezogene Aufteilung vorgesehen worden, was in der Praxis als problematisch erscheint.

tuationen eine Lösung gestützt auf das *Verständigungsverfahren* vor, wobei jeder Staat eine Entlastung für das dem jeweiligen andern Wohnsitzstaat zustehende Besteuerungsrecht gewähren würde³⁵.

4.8 Anwendungsprobleme, Umstrukturierungen, Bewertungsfragen

Der Vollständigkeit halber seien hier noch die in den Ziff. 43–49 erwähnten Anwendungsprobleme im internationalen Verhältnis erwähnt. Hinsichtlich der sich für die Steuerbehörden und die Steuerpflichtigen (einschliesslich Unternehmen) stellenden praktischen Probleme bei der Anwendung der DBA-Bestimmungen für Mitarbeiteroptionen sieht der OECD-Bericht (nicht überraschend) einen verstärkten *Austausch von steuerlichen Informationen* vor und empfiehlt gleichzeitig, dass sich die zuständigen OECD-Gremien mit diesem Problem befassen³⁶. Die internationale Wirtschaft wendete sich insbesondere gegen die von der OECD zeitweise vorgeschlagene Vereinheitlichung der Bescheinigungspflichten und schlug stattdessen, soweit nötig, bilaterale Absprachen auf dem Wege des Verständigungsverfahrens vor.

Bezüglich der Behandlung der Mitarbeiteroptionen bei grenzüberschreitenden Umstrukturierungen sieht der OECD-Bericht als Möglichkeit die Aufnahme einer speziellen *Klausel* in die *bilateralen DBA* vor, wonach den Mitarbeitern bei der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen in solchen Fällen keine Nachteile erwachsen sollen³⁷.

Der OECD-Bericht geht nicht auf die *Bewertungsproblematik* bei einer Besteuerung bei Zuteilung oder auf die Frage der Bewertung von Optionen nichtkotierter Gesellschaften ein, behandelt aber den Fall, dass die dem Optionsprogramm zugrunde liegenden Aktien an verschiedenen Börsen kotiert sind und dass sich dabei Bewertungs- und Währungsdifferenzen ergeben können. Der Bericht kommt zum Schluss, dass es sich bei Bewertungsfragen um ein Problem des internen Rechts jedes Staates handelt und dass jeder Staat frei ist, seine Bewertungsregeln zur Anwendung zu bringen³⁸.

4.9 DBA-Probleme beim Arbeitgeber

Wie erwähnt, geht der schlussendlich veröffentlichte OECD-Bericht nur noch kurz auf die sich beim Arbeitgeber stellenden DBA-Probleme ein, da diese von der OECD-Arbeitsgruppe Nr.6 (Taxation of Multinational Enterprises) vertieft behandelt werden sollen. Der Bericht bestätigt aber, dass alle *effektiven Kosten* im Zusammenhang mit der Schaffung und Durchführung eines Optionsprogramms beim Arbeitgeber abzugsfähig sein sollen und verweist hinsichtlich der Frage, welche weiteren Abzüge (Optionsprogramme als Lohnersatz) zulässig sein sollen, auf das interne Recht («purely a matter of domestic tax policy»)³⁹. Ausdrücklich bestätigt wird im Bericht jedoch, dass Kosten im Zusammenhang mit einem Optionsprogramm für die Anwendung von Artikel 15 Abs. 2 Bst. c OECD-Musterabkommen immer als von einer *Betriebstätte getragen* gelten, selbst wenn der betreffende Staat keinen solchen Abzug zulässt. Dies soll im OECD-Kommentar ausdrücklich festgehalten werden⁴⁰.

5 Kurze Würdigung der OECD-Vorschläge

Es ist sehr zu begrüßen, dass sich die OECD (endlich) mit der Frage der Anwendung der DBA auf Mitarbeiteroptionen befasst hat und dabei Lösungen vorschlägt, die mit den meisten bilateralen DBA vereinbar und damit *rasch umsetzbar* sind. Damit besteht die Chance, dass die internationale Doppelbesteuerung künftig vermieden oder wenigstens sachgerecht gelöst werden kann. Die OECD-Arbeiten tragen dazu bei, dass die für international mobile Mitarbeiter wichtige *Rechtssicherheit* verbessert wird. Zudem können sich die Unternehmen bei der Ausgestaltung ihrer Optionspläne auf eine entsprechende Besteuerung in der Praxis einstellen. Die Lösungsvorschläge stellen einen *Kompromiss* zwischen den von den OECD-Staaten vertretenen Positionen dar. Sie erscheinen aber insgesamt als sachgerecht und mit den DBA vereinbar. Die von Anfang an in enger Zusammenarbeit mit der internationalen Wirtschaft ausgearbeiteten Lösungsansätze dürften auf breite Zustimmung

35 Ziff. 42 OECD-Bericht, wobei die theoretische Zuteilung des Besteuerungsrechts anhand eines fiktiven Beispiels erläutert wird. Ob derartige Lösungen in der Praxis auf bilateralem Wege möglich sind, muss aber bezweifelt werden.

36 Das ICC-Statement geht in Ziff. 8 (Compliance and withholding tax) ebenfalls auf die Problematik ein, fordert aber Erleichterungen bei der Ausgestaltung der innerstaatlichen Ausgestaltung der «Compliance»-Verpflichtungen des Arbeitgebers (Bescheinigungspflicht anstatt monatlicher Quellensteuerrückbehalt).

37 Ziff. 47 OECD-Bericht, z.B. Möglichkeit zur Veräusserung der Option.

38 Ziff. 48–49 OECD-Bericht. Die Aussage ist grundsätzlich richtig; Probleme können in der Praxis aber vor allem bei der Gewährung der Steueranrechnung im andern Staat auftreten.

39 Ziff. 51–52 OECD-Bericht. Ob sich die Probleme bei der Kostenumlage im internationalen Verhältnis lösen lassen, müssen die künftigen OECD-Arbeiten zeigen.

40 Ziff. 53 OECD-Bericht.

stossen⁴¹, da sie von den massgebenden internationalen Wirtschaftsorganisationen mitgetragen werden⁴².

Allerdings wäre es zu optimistisch zu glauben, alle grenzüberschreitenden Probleme im Zusammenhang mit Mitarbeiteroptionen wären damit gelöst. Die Vielfalt der innerstaatlichen Regelungen und die Tatsache, dass die Unternehmen bei der Ausgestaltung ihrer Optionspläne grundsätzlich frei sind, führen dazu, dass es sich bei der Optionsbesteuerung um ein *äusserst komplexes DBA-Problem* handelt, bei dem zwar unter dem OECD-Musterabkommen theoretisch richtige Lösungen bestehen, diese aber in der komplexen Wirklichkeit nicht oder nur mit viel Pragmatismus Anwendung finden können. Als Folge davon dürften die Staaten vermehrt versuchen, *auf bilateralem Weg* eine den beidseitigen Bedürfnissen angepasste Regelung zu finden, sei es durch Änderung der DBA-Bestimmungen selbst oder durch eine Auslegung derselben auf dem Wege von Verständigungsvereinbarungen. Mit Blick auf das angestrebte Ziel der Vermeidung der internationalen Doppelbesteuerung beim Mitarbeiter und beim Unternehmen ist beides sehr zu begrüssen.

Literatur und Materialien

GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE DES EidG. FINANZDEPARTEMENTS, Bericht «Besteuerung von Mitarbeiteroptionen», vom 21.12.2001

ICC, Taxation of Employee Stock Options. Policy Statement, Paris 2002, zur Zeit auch: www.iccwbo.org/home/menu_taxation.asp (zitiert: ICC-Statement)

IFA (Hrsg.), International Tax Aspects of Deferred Remunerations, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXVb, The Hague, 2000

OECD, Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock Option Plans, A Public Discussion Draft, Paris 2002, zur Zeit auch: www.oecd.org/pdf/M00026000/M00026818.pdf (zitiert: OECD-Bericht)

– Musterabkommen auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen, Paris 1992, mit periodischen Ergänzungen (zitiert: OECD-Musterabkommen bzw. OECD-Kommentar).

PETER NATALIE, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz, Diss. Zürich 2001

RISI ANDREAS, Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen – Der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe, in FStR 2002, 213 ff. (zitiert: Bericht Mitarbeiteroptionen)

– Mitarbeiteroptionen und -aktien, Diss. Zürich 1999 (zitiert: Mitarbeiteroptionen und -aktien)

UNICE, Stock Options in the EU, UNICE discussion paper, Brussels, June 2002 (zitiert: UNICE-Papier)

41 Vorbehalte bestehen bezüglich der vorgeschlagenen blossen Ergänzung des OECD-Kommentars.

42 Vorläufig noch unklar ist, ob das BIAC auch in die Arbeiten in der Arbeitsgruppe Nr. 6 (Taxation of Multinational Enterprises) einbezogen wird. Angesichts der Tatsache, dass grosse

Unternehmen weltweit einheitliche Optionsprogramme anbieten und damit über ein entsprechendes Know-how verfügen, ist eine enge Zusammenarbeit mit der Wirtschaft nicht nur sehr erwünscht, sondern geradezu nötig.