

# Zeitpunkt der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen

Zum Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vom 14. Februar 2002

Dr. iur. Natalie Peter, LL.M., RA\*

## Inhalt

1	<b>Sachverhalt</b>
2	<b>Prozessuales</b>
3	<b>Erwägungen der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich</b>
3.1	<b>Einkommensqualität von Mitarbeiterbeteiligungen</b>
3.2	<b>Zeitpunkt des Einkommenszuflusses</b>
3.3	<b>Vesting period und Sperrfristen</b>
3.4	<b>Fallbezogene Erwägungen</b>
4	<b>Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich</b>
5	<b>Anmerkungen</b>
5.1	<b>Echte und unechte Optionen</b>
5.2	<b>Vesting period</b>
5.3	<b>Sperrfrist</b>
5.4	<b>Einkommensrealisation</b>
5.4.1	Zufluss- und Bewertungszeitpunkt
5.4.2	Bewertbarkeit
5.4.3	Einfluss von vesting period und Sperrfrist
5.5	<b>Würdigung</b>
5.5.1	Einkommensrealisation – Zeitpunkt des Zuflusses
5.5.2	Verfall der Option während und nach vesting und Sperrfrist
5.5.3	Steuerharmonisierung
5.5.4	Übergangsordnung
5.5.5	Gesetzgebung
5.6	<b>Ausblick</b>

## Literatur, Materialien und Erlasse

## 1 Sachverhalt

Der in Zürich wohnhafte Pflichtige war im Jahr 2000 für die X-AG tätig. Am 19. Juli 2000 teilte die X-AG dem Pflichtigen 1000 Call-Optionen zum Erwerb von Aktien der X-AG zu einem Ausübungspreis von USD 83.125 unter folgenden Bedingungen zu:

Eine erste Tranche von 20 % erwarb der Pflichtige un-  
widerruflich ein Jahr nach der Zuteilung (vesting period von einem Jahr). Während dieses Jahres konnten die Optionen nicht ausgeübt werden. Nach Ablauf eines Jahres wurden die Optionen unmittelbar zur Ausübung frei. Sie hätten dann während der Restlaufzeit von neun Jahren ausgeübt werden können. Für den Fall, dass der Mitarbeiter vor Ablauf der Optionen (nach zehn Jahren, d.h. 2010) die X-AG verlässt, sah das Reglement vor, dass die noch nicht ausgeübten Optionen verfallen, d.h. dass die Optionen diesfalls, soweit sie dem Mitarbeiter noch nicht definitiv zugeteilt wurden, an die X-AG zurückzugeben sind bzw., soweit sie definitiv zugeteilt wurden und ausübbar sind, nur noch bis zum tatsächlichen Ausscheiden aus dem Unternehmen ausgeübt werden können.

Für eine zweite Tranche von 20 % gilt eine vesting period / Sperrfrist von zwei Jahren, nach deren Ablauf die Optionen während der Restlaufzeit von acht Jahren ausgeübt werden können. Im Fall einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Laufzeit verfallen die Optionen. In der gleichen Weise werden die dritte, vierte und fünfte Tranche nach drei, vier und fünf Jahren zur Ausübung frei.

In der Steuererklärung 2000 deklarierte der Pflichtige die ihm im Juli 2000 zugeteilten Optionen nicht als Einkommen, reichte indessen eine Bestätigung der X-AG ein, wonach die Optionen einkommenssteuerlich mit einem Betrag von Fr. 69 560.– zu berücksichtigen seien und einen Vermögenssteuerwert von Fr. 74 435.55 aufwiesen. In einem der Steuererklärung beigelegten Schreiben hielt der Pflichtige fest, die Aktien der X-AG hätten seit September 2000 70 % ihres Kurswertes eingebüsst, und er könne erst im Sommer 2001 eine Tranche von 20 % der Aktien beziehen, sofern der Kurs USD 84 übersteige. Zudem erklärte er sich bereit, «für das Jahr 2000 höchstens 20 % (1/5 der Laufzeit) der Optionen als Einkünfte sowie Vermögen zu versteuern».

\* Tappolet & Partner, Zürich

Am 28. August 2001 schätzte der Steuerkommissär den Pflichtigen für die Staats- und Gemeindesteuern 2000 ein. Dabei rechnete er für die dem Pflichtigen von der X-AG am 19. Juli 2000 zugeteilten Optionen beim Einkommen den Betrag von Fr. 69 560.– und beim Vermögen den Betrag von Fr. 74 435.– auf.

## 2 Prozessuales

Nach erfolgloser Einsprache beantragte der Pflichtige mit Rekurs vom 26. Oktober 2001, er sei gemäss der von ihm eingereichten Steuererklärung einzuschätzen. In seiner Rekursantwort vom 8. November 2001 schloss das kantonale Steueramt auf Abweisung des Rechtsmittels. Im zweiten Schriftenwechsel hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. In tatsächlicher Hinsicht wies der Pflichtige in seiner Replik darauf hin, dass er seine Stelle bei der X-AG Ende November 2001 gekündigt habe. Er reichte am 17. Januar 2002 eine Bestätigung der X-AG ein, wonach er am 31. Januar 2002 das Arbeitsverhältnis mit dieser beenden werde. Ausserdem wurde im Schreiben der X-AG ausgeführt, der Pflichtige hätte die ihm zugeteilten Mitarbeiteroptionen an die X-AG zurückzugeben, soweit die bei Abgabe der Optionen statuierte Sperrfrist noch nicht abgelaufen sei.

## 3 Erwägungen der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich

*E. 1:* Der Streit drehte sich darum, ob überhaupt, wann und in welchem Umfang der Pflichtige Einkommen und Vermögen aus den ihm von seiner Arbeitgeberin am 19. Juli 2000 zugeteilten Mitarbeiteroptionen erzielt hat.

### 3.1 Einkommensqualität von Mitarbeiterbeteiligungen

In der Praxis sowohl zu den Kantons- und Gemeindesteuern als auch zur direkten Bundessteuer gelten Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen als (gewillkürtes) Naturaleinkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Während das Bundesgericht sich bisher eingehend nur mit Mitarbeiteraktien beschäftigt hat,<sup>1</sup> ist das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in einem Entscheid vom 4. Juli 1995<sup>2</sup> ausführlich auf die Frage der Steuer-

barkeit von Mitarbeiteroptionen eingegangen. Das Verwaltungsgericht bejahte dabei die Einkommensqualität von Mitarbeiteroptionen.

### 3.2 Zeitpunkt des Einkommenszuflusses

*E. 2:* Während somit über die Einkommensqualität von Mitarbeiteroptionen Klarheit herrscht, ergeben sich hinsichtlich des Zeitpunkts des Einkommenszuflusses und der Einkommensbemessung erhebliche Unsicherheiten.

*(a):* Einkünfte fliessen dem Steuerpflichtigen grundsätzlich zu dem Zeitpunkt zu, in dem der Rechtserwerb vollendet ist. Dann hat er einen festen Rechtsanspruch auf das Vermögensrecht erworben<sup>3</sup>. Voraussetzung des Zuflusses ist somit ein abgeschlossener Rechtserwerb, der Forderungs- oder Eigentumserwerb sein kann, wobei der Forderungserwerb in der Regel die Vorstufe des Eigentumserwerbs darstellt<sup>4</sup>. Die Fälligkeit des Rechtsanspruchs ist für die Bestimmung des Zeitpunkts des steuerlich massgeblichen Zuflusses – von hier nicht relevanten Ausnahmen (Kapitalzinsen, Mietzinsen) abgesehen – in der Regel nicht erforderlich<sup>5</sup>.

In Literatur und Rechtsprechung findet der dargelegte Grundsatz der Einkommensrealisation mit dem Forderungserwerb indessen dann eine Einschränkung, wenn die Erfüllung der Forderung besonders unsicher ist<sup>6</sup>. In diesen Fällen wird auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Anspruchs abgestellt.

*(b)(aa):* Für Mitarbeiteroptionen stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob diese im Zeitpunkt der Zuteilung als genügend sichere Einkunft anzusehen sind, so dass sie in steuerlicher Hinsicht als realisiert betrachtet werden können. Als alternativer Realisationszeitpunkt fällt bei Mitarbeiteroptionen, die dem Arbeitnehmer noch nicht definitiv zugeteilt worden sind (die noch nicht «vested» sind) – d.h. Optionen, die er erst nach Erfüllung weiterer Voraussetzungen (blosser Zeitablauf, Erfüllung bestimmter Zielvorgaben etc.) endgültig erwirbt (Ablauf der sog. vesting period), – der Zeitpunkt des unwiderruflichen Rechtserwerbs in Betracht. Als letzter Punkt auf der Zeitachse könnte schliesslich als Realisationszeitpunkt auch der Zeitpunkt der Ausübung der Mitarbeiteroptionen herangezogen werden.

*(bb)(aaa):* In Abkehr von seiner früheren Praxis<sup>7</sup> hat das Verwaltungsgericht im bereits angeführten Entscheid vom 4. Juli 1995<sup>8</sup> für den steuerlich relevanten Zufluss

1 Vgl. insbes. ASA 65 (1996/97), 733 und 66 (1997/98), 484; untypisch die sog. E-shares in StE 1991 B 21.1 Nr. 2.

2 StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

3 Vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN, § 50 N 6 mit Rechtsprechungsnachweisen.

4 ASA 64 (1995/96), 137.

5 RICHNER/FREI/KAUFMANN, § 50 N 9.

6 RICHNER/FREI/KAUFMANN, § 50 N 7.

7 RB 1977 Nr. 42.

8 StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

(Einkommensrealisation) auf den Zeitpunkt der Zuteilung der Optionen abgestellt. Ausdrücklich hält es fest, dass es für die Annahme eines Einkommenszuflusses unerheblich sei, ob die zugeflossenen Rechte marktfähig, d.h. veräusserbar, seien; das habe lediglich Auswirkungen auf die Frage der Bewertung; hingegen berühre die Verkäuflichkeit oder Nichtverkäuflichkeit von Mitarbeiteroptionen deren Steuerobjektqualität nicht<sup>9</sup>.

(*bbb*): Die Einschätzungspraxis im Kanton Zürich befolgt diese Rechtsprechung, indem für die Einkommensrealisation stets auf den Zuteilungszeitpunkt abgestellt wird. Einzig bei nicht bewertbaren Optionen (vgl. zu diesem Begriff nachstehend die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung gegebene Definition, der auch das kantonale Steueramt folgt) wird entgegen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung erst im Zeitpunkt der Ausübung der Option zur Besteuerung geschritten<sup>10</sup>.

(*cc*): Nachdem die Eidgenössische Steuerverwaltung im inzwischen überholten Kreisschreiben Nr. 5 vom 17. Mai 1990<sup>11</sup> erstmals Richtlinien für die Besteuerung von Mitarbeiteroptionen aufgestellt hatte (das Kreisschreiben Nr. 12 vom 8. November 1973<sup>12</sup> betraf nur Mitarbeiteraktien), erliess sie am 30. April 1997 das heute noch massgebende Kreisschreiben Nr. 5 zur Direkten Bundessteuer, Steuerperiode 1997/1998 über die Besteuerung von Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen<sup>13</sup>, welches unter Ziff. 4 Grundsätze für die einkommenssteuerliche Behandlung von Mitarbeiteroptionen enthält. Das Kreisschreiben unterscheidet zwischen bewertbaren und nicht bewertbaren Optionen. Als nicht bewertbar gelten Optionen mit einer Laufzeit von mehr als zehn Jahren, Optionen mit einer Verfügungssperre von mehr als fünf Jahren sowie Optionen mit zahlreichen individuellen Bedingungen. Bewertbare Optionen stellen gemäss Kreisschreiben im Augenblick der Zuteilung steuerbares Einkommen dar, und zwar im Umfang der Differenz zwischen dem Abgabepreis und dem tatsächlichen Wert der Option bei Abgabe an den Mitarbeiter; bei gesperrten Optionen ist dem Umstand der Sperrung bei der Berechnung des Werts der Optionen aufgrund der im Bankensektor üblichen mathematischen Modelle dadurch Rechnung zu tragen, dass beim Parameter «aktueller Börsenkurs» in gleicher Weise wie bei gesperrten Mitarbeiteraktien der diskontierte Börsenkurs zugrunde zu legen ist. Nicht bewertbare Optionen stellen gemäss Kreisschrei-

ben im Zeitpunkt der Abgabe eine blosser Anwartschaft dar und sind einkommenssteuerrechtlich damit irrelevant. Aus solchen Optionen erzielt der Mitarbeiter erst im Zeitpunkt der Ausübung steuerbares Einkommen.

### 3.3 Vesting period und Sperrfristen

*E. (3)(a)*: Viele Unternehmen, die an ihre Mitarbeiter Optionen abgeben, sehen in den entsprechenden Reglementen vor, dass die Mitarbeiter die ihnen zugeteilten Optionen erst nach Erfüllung bestimmter (vom Unternehmen festgelegter) Bedingungen – insbesondere Ablauf einer bestimmten Zeitdauer des Arbeitsverhältnisses – unwiderruflich erwerben. In diesem Zusammenhang wird in Anlehnung an das amerikanische Recht von vesting periods<sup>14</sup> gesprochen (erst nach deren Ablauf ist die Option vested, d.h. der Rechtserwerb ist vollendet). Die vesting period wird dabei regelmässig mit einer Sperrfrist kombiniert, während welcher der Mitarbeiter die Option noch nicht ausüben kann. Die Ausübungsfrist kann identisch sein mit der vesting period (und ist dies auch meist): Der Mitarbeiter muss den Ablauf der Sperrfrist abwarten und kann unmittelbar ab deren Ende die Option während der festgelegten (Rest-) Laufzeit ausüben. Es kommt hingegen auch vor, dass die Sperrfrist länger ist als die vesting period: In einem solchen Fall muss der Mitarbeiter auch nach Ablauf der vesting period noch den Rest der Sperrfrist abwarten, um dann erst die Option ausüben zu können.

Unabhängig vom soeben Dargelegten sehen viele Reglemente über Mitarbeiteroptionen vor, dass diese bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfallen, und zwar auch, soweit sie bereits gevested sind. Das bedeutet, dass der Mitarbeiter selbst unwiderruflich erworbene Optionen nicht mehr ausüben kann und sie zurückgeben muss (wenn nämlich die verbleibende Sperrfrist erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet) bzw. die Optionen (ohne bzw. mit abgelaufener Sperrfrist) innerhalb der verbleibenden Dauer des Arbeitsverhältnisses ausüben muss, wenn er noch von ihnen Gebrauch machen will.

### 3.4 Fallbezogene Erwägungen

(*b*): Im vorliegenden Fall unterliegen die von der X-AG an den Pflichtigen abgegebenen 1000 Optionen folgenden Bedingungen:

9 StE 1996 B 22.2 Nr. 11 E. 2 (a).

10 Vgl. Merkblatt zur Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen vom 28. November 1997, aZStB I A Nr. 18/40, Ziff. 2.1 b; siehe auch den vom Leiter der Abteilung für Wertschriftenbewertung des KSTA Zürich, HARRY MÜLLER, verfassten Leitfaden «Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen», 2001, Ziff. 3.3.2., S. 19.

11 Kreisschreiben Nr. 5 zur Direkten Bundessteuer, Veranlagungsperiode 1991/92, aZStB II Nr. 52/18; ASA 59 (1990/91), 172 ff.

12 Kreisschreiben Nr. 12 zur 17. Wehrsteuerperiode vom 8. November 1973, aZStB II Nr. 52/17; ASA 42 (1973/74), 246 ff.

13 aZStB II Nr. 69/54-p; ASA 66 (1997/98), 130 ff.

14 Vgl. dazu ANDREAS RISI, Mitarbeiteroptionen und -aktien, S. 96.

- Eine erste Tranche von 20 % erwirbt der Pflichtige unwiderruflich ein Jahr nach der Zuteilung (vesting period von einem Jahr). Während dieses Jahres können die Optionen nicht ausgeübt werden (Sperrfrist von einem Jahr). Nach Ablauf eines Jahres werden die Optionen vested und unmittelbar zur Ausübung frei (vesting period und Sperrfrist identisch). Sie können dann während der Restlaufzeit von neun Jahren ausgeübt werden. Im Fall des Ausscheidens eines Mitarbeiters sind die Optionen, soweit das Arbeitsverhältnis während der vesting period endet, zurückzugeben; endet das Arbeitsverhältnis erst nach Ende der vesting period und wurden die Optionen noch nicht ausgeübt, so verfallen sie mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, d.h. sie sind nur noch bis dann ausübbar.
- Für eine zweite Tranche von 20 % gilt eine vesting period/Sperrfrist von zwei Jahren, nach deren Ablauf die Optionen während der Restlaufzeit von acht Jahren ausgeübt werden können. Im Fall einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der Restlaufzeit verfallen die Optionen.
- In der gleichen Weise werden die dritte, vierte und fünfte Tranche nach drei, vier und fünf Jahren zur Ausübung frei.

Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich hat sich in der folgenden Erwägung 4 mit der Frage auseinandergesetzt, ob die dargelegte Besteuerungspraxis, die allein auf den Zuteilungszeitpunkt abstellt, auch dann zu überzeugen vermöge und sich rechtfertige, wenn, wie im vorliegenden Fall, der Zuteilungszeitpunkt und das Ende der vesting period auseinander fallen:

*E. 4 (a)(aa)*: In der neueren Literatur zur Besteuerung von Mitarbeiteroptionen wird hervorgehoben, dass frei handelbare Mitarbeiteroptionen, die dem Mitarbeiter unwiderruflich zugeteilt werden, im Zeitpunkt der Zuteilung einen Einkommenszufluss zur Folge haben<sup>15</sup>. Dem kann in Übereinstimmung mit der verwaltungsgerichtlichen Praxis<sup>16</sup> ohne weiteres zugestimmt werden. Und zwar auch dann, wenn infolge der langen Laufzeit der Option oder aus anderen Gründen (z.B. fehlende Kotierung des Titels, auf den sie sich bezieht) kein problemlos eruerbarer Marktpreis für die Option besteht. Auch bei Fehlen eines (öffentlichen) Marktes für solche Optionen lässt sich nämlich deren Verkehrswert gestützt auf die durch die Finanzmathematik entwickelten Berechnungsmodelle (insbes. das sog. Black-Scholes-Modell<sup>17</sup>) verlässlich bestimmen. Mit dem Verwaltungsgericht<sup>18</sup> ist daher

davon auszugehen, dass das Einkommen aus sog. echten Optionen dem Mitarbeiter im Zeitpunkt der Zuteilung zufließt. Entgegen der Eidgenössischen Steuerverwaltung und der Praxis des kantonalen Steueramtes ist dabei angesichts der wissenschaftlichen Fundiertheit der finanzmathematischen Berechnungsmodelle grundsätzlich stets von der Bewertbarkeit echter Optionen auszugehen, so dass sich eine Verschiebung des Realisationszeitpunkts auf den Zeitpunkt der Ausübung der Option nicht rechtfertigt (keine nicht bewertbaren Optionen).

*(bb)*: Daran ändert insbesondere auch der Umstand eines in vielen Mitarbeiterbeteiligungsreglementen vorgesehenen vorzeitigen Verfalls der Optionen bei Auflösung des Arbeitsvertrages – jedenfalls bei ungesperrten echten Optionen – nichts. Wenn durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch die Laufzeit noch nicht ausgeübter echter Optionen verkürzt wird, muss der Mitarbeiter diese doch nicht zurückgeben, sondern kann sie (und zwar auch im Fall einer Kündigung durch den Arbeitgeber) bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses noch ausüben; erst dann verfallen die noch nicht ausgeübten Optionen. (Auf die Frage, ob und wie im Hinblick auf die Bemessung des zufließenden Einkommens die für den Mitarbeiter nachteilige Verkürzung der Optionslaufzeit bei der finanzmathematischen Berechnung des Marktwertes [rückwirkend] zu berücksichtigen ist, ist die Steuerrekurskommission nicht eingegangen.)

*(b)(aa)*: Hier liegt freilich keine echte Option vor. Wie sich aus den Ausgabebedingungen der zu beurteilenden Optionen ergibt, handelt es sich bei den dem Pflichtigen zugeteilten Optionen vielmehr um sog. unechte Optionen. Solche Optionen zeichnen sich dadurch aus, dass sie mit einer vesting period versehen sind, während der sie nicht frei übertragbar sind und zudem noch gar nicht ausgeübt werden können. Erst nach Ablauf der vesting period wird die Zuteilung unwiderruflich. In den meisten Fällen deckt sich die vesting period mit der Sperrfrist (so auch im vorliegenden Fall: vesting period und Sperrfrist von einem Jahr für die ersten 200 Optionen, vesting period und Sperrfrist von zwei Jahren für die nächsten 200 Optionen usw.). Denkbar ist freilich auch, dass die Sperrfrist länger ist als die vesting period, d.h. dass einem Mitarbeiter eine Option zwar schon unwiderruflich zugeteilt ist, er sie indessen noch nicht ausüben kann.

*(bb)*: Auch echte, d.h. unmittelbar mit Zuteilung unwiderruflich zugeteilte und übertragbare Optionen können (z.B. weil die Börsenkotierung des Titels noch be-

15 Vgl. HANS-JÖRG MÖSSNER, Generalbericht «International Tax Aspects of Deferred Remunerations», in: Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXVb, 2000, S. 47; MÖSSNER spricht von sog. echten Optionen (genuine options).

16 StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

17 Vgl. dazu RICHARD A. BREALEY/STEWART C. MYERS, Principles of Corporate Finance, S. 606 ff.

18 StE 1996 B 22.2 Nr. 11 E. 2 (c)(bb).

vorsteht) mit einer Sperrfrist versehen sein. Bei einer echten Option mit einer Sperrfrist (z.B. Call-Option mit zweijähriger Sperrfrist, für 100 zu kaufen) ist es – zumindest theoretisch – möglich, das Risiko, dass die Option nie wird ausgeübt werden können, abzusichern und durch ein gegenläufiges Geschäft (z.B. Verkauf einer Call-Option mit zweijähriger Sperrfrist, für 100 zu kaufen) den inneren Wert (aber nicht mehr) der zuteilten Option zu realisieren<sup>19</sup>. Deshalb lässt es sich ohne weiteres rechtfertigen, auch den Zufluss aus echten gesperrten Optionen unmittelbar mit der Zuteilung als realisiert zu betrachten. Dem Bestehen einer Sperrfrist kann bei der Berechnung des Marktwertes durch eine Diskontierung des im finanzmathematischen Berechnungsmodell einzusetzenden Parameters «aktueller Börsenkurs» Rechnung getragen werden, ohne dass dadurch die Realität des Einkommenszuflusses in Frage gestellt würde. (Andererseits würde sich die Sachlage bei gesperrten echten Optionen dann darstellen, wenn das Arbeitsverhältnis während der Sperrfrist aufgelöst würde und die Option deshalb verfiel. Unter diesen Umständen könnte wohl ex nunc nicht mehr von einer echten Option gesprochen werden, weil sich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Ergebnis wie ein Nichtabsolvieren der vesting period bei einer unechten Option auswirken würde.)

(cc): Gegen das gleiche Vorgehen (Besteuerung im Zuteilungszeitpunkt mit Diskontierung) bei einer unechten Option muss eingewendet werden, dass bei ihr nicht nur die Höhe des Einkommens von der Sperre abhängt, sondern darüber hinaus der Mitarbeiter während der vesting period die Option noch gar nicht «auf sicher», mit anderen Worten noch nicht gevestet hat. Zwar ist es nicht gänzlich unvorstellbar, auch der durch diese Situation verursachten Unsicherheit des Einkommenszuflusses in einem mathematischen Modell Rechnung zu tragen (indem z.B. aufgrund bekannter Wahrscheinlichkeiten Annahmen über die Lebenserwartung des Mitarbeiters, über die voraussichtliche Länge seiner Beschäftigung etc. getroffen werden) und einen Wert für einen in steuerlicher Hinsicht anzunehmenden Einkommenszufluss zu erhalten. Doch am ehesten lässt sich die mit der vesting period zusammenhängende Unsicherheit mit der bei Anwartschaften typischen Unsicherheit vergleichen. So liesse sich etwa auch beim potentiellen zukünftigen Erben die Lebenserwartung des potentiellen Erblassers berücksichtigen. Schon diese Ähnlichkeit der Situation spricht bei unechten Optionen eher gegen die Annahme eines Einkommenszuflusses bei Zuteilung. Dazu kommt, dass sich die Unsicherheit über das unwiderruf-

liche vesting – anders als bei echten Optionen die Unsicherheit über eine allfällige Verkürzung der Optionsfrist – nicht nur auf die Höhe des Einkommenszuflusses, sondern auch auf diesen selbst auswirkt. Wurde das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters mit dem zuteilenden Unternehmen vor Ende der vesting period aufgelöst, so erhält dieser eben nicht nur weniger, sondern überhaupt kein Einkommen aus der Option. Mithin ist auch eine Absicherung durch ein gegenläufiges Geschäft nicht möglich. Angesichts dieser erheblichen Unsicherheit des Einkommenszuflusses bei unechten Optionen im Zeitpunkt der Zuteilung erweist sich die Praxis der Besteuerung bei Zuteilung als verfehlt.

(c)(aa): Die Problemhaftigkeit der Besteuerung unechter Mitarbeiteroptionen im Zeitpunkt der Zuteilung ist dem kantonalen Steueramt nicht verborgen geblieben. Der Unangemessenheit der Rechtsfolgen einer solchen Besteuerung – Besteuerung lediglich mit einem Diskont auf dem Aktienkurs, obwohl gegebenenfalls niemals tatsächlich etwas zufließt – versucht es, in seiner Praxis über den sog. Minuslohn, d.h. durch die Berücksichtigung eines negativen Einkommens bei vorzeitigem Verfall von Mitarbeiteroptionen, zu begegnen; eine gesetzliche Grundlage wird nicht genannt. In der Literatur werden als Korrektiv bei vorzeitigem Verfall ausserdem die Durchführung von Revisionsverfahren<sup>20</sup> oder die Zulassung besonderer Gewinnungskosten<sup>21</sup> vorgeschlagen.

#### 4 Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich

(bb): Sowohl die Praxis des kantonalen Steueramts (Minuslohn) als auch die in der Literatur vertretenen Auffassungen (Revision, Gewinnungskosten) lösen das Problem selbst, dass nämlich trotz fehlender Sicherheit und Verfügbarkeit des Einkommens aus unechten Mitarbeiteroptionen bereits bei Zuteilung zur Besteuerung geschritten wird, nicht und sind insofern nicht sachgerecht. Sie zielen auf ein blosses «Rückgängigmachen» der Besteuerung bei Zuteilung hin und vermögen daher nicht zu befriedigen.

In Abkehr von der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichts ist als Realisationszeitpunkt der Augenblick des vesting, d.h. des unwiderruflichen Rechtserwerbs durch den Mitarbeiter, zu wählen. Während bei echten Optionen das vesting im Augenblick der Zuteilung stattfindet (Zuteilung und vesting fallen zusammen) und damit an

19 Vgl. MÖSSNER, S. 48.

21 RISI, S. 403 ff.

20 So NATALIE PETER, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz, 2001, S. 147.

den bisherigen, vom Verwaltungsgericht entwickelten Besteuerungsgrundsätzen festgehalten werden kann, ist bei unechten Mitarbeiteroptionen für den Einkommenszufluss und für die Einkommensbemessung nicht mehr auf den Zuteilungszeitpunkt, sondern auf das zeitlich spätere vesting abzustellen. Dies steht im Übrigen im Einklang mit der im Ausland generell gültigen Lösung<sup>22</sup>.

(cc): Die hier vertretene Praxisänderung kann sich auch auf die Ergebnisse der vom Direktor der Eidgenössischen Steuerverwaltung eingesetzten gemischten Arbeitsgruppe «Besteuerung von Mitarbeiteroptionen»<sup>23</sup> stützen. Der Bericht spricht sich dafür aus, im Recht der direkten Bundessteuer neu ausdrücklich den Zeitpunkt des unwiderruflichen Rechtserwerbs als Realisationszeitpunkt festzuschreiben (vgl. den vorgeschlagenen neuen Art. 17a Abs. 2 DBG)<sup>24</sup>. Diese Lösung muss angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung über den Realisationszeitpunkt bei unechten Mitarbeiteroptionen einerseits und der unbefriedigenden Situation, wie sie sich aus der geltenden Besteuerungspraxis ergibt, bei genauerer Betrachtung freilich schon unter geltendem Recht der Besteuerung bei Zuteilung vorgezogen werden. Die Arbeitsgruppe hat überdies vorgeschlagen, die Besteuerung nach Wahl des Mitarbeiters im Zeitpunkt des unwiderruflichen Rechtserwerbes oder der Ausübung der Option durchzuführen (vgl. den vorgeschlagenen Art. 17a Abs. 3 DBG sowie die dazugehörige Verordnungsbestimmung, Art. 4). Ob diese Lösung unter geltendem Recht als zutreffend anzusehen wäre, ist zumindest zweifelhaft, erscheint es doch als problematisch, den Zeitpunkt der Einkommensrealisation ins Belieben des Mitarbeiters zu stellen. Da hier nur die Frage der Einkommensrealisation im Jahr 2000 als dem Jahr der Zuteilung der X-AG-Optionen an den Pflichtigen im Streit liegt, braucht darüber freilich nicht entschieden zu werden.

(dd): Dem Pflichtigen wurden am 19. Juli 2000 zwar 1000 Mitarbeiteroptionen von seiner Arbeitgeberin zuteilt. Die vesting period für diese Optionen (und gleichzeitig die Sperrfrist für deren Ausübung) lief indessen – und zwar auch bloss für eine erste Tranche von 200 Optionen – erst ein Jahr später ab. Damit ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass der Pflichtige aus den ihm zuteilten Mitarbeiteroptionen im Jahr 2000 kein Einkommen realisierte. Dementsprechend haben

diese für die im Streit liegende Steuerperiode auch keinen Einfluss auf das steuerbare Einkommen und das steuerbare Vermögen.

(Der Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich ist durch das kantonale Steueramt ans Verwaltungsgericht weitergezogen worden. Der Entscheid der zweiten und letzten Zürcher Instanz ist noch ausstehend.)

## 5 Anmerkungen

Während die Steuerrekurskommission die Einkommensqualität von Mitarbeiteroptionen bejaht (Naturaleinkommen), wendet sie sich von der bisherigen Praxis des Verwaltungsgerichtes bezüglich des Zeitpunktes des Einkommenszuflusses ab. Sie unterscheidet nicht mehr zwischen *bewertbaren* und *nicht bewertbaren* Optionen, sondern zwischen *echten* und *unechten* Optionen.

### 5.1 Echte und unechte Optionen

Echte Optionen im Sinne der durch die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich begründeten Praxis<sup>25</sup> gewähren dem Mitarbeiter ein bereits im Zuteilungszeitpunkt frei handelbares Optionsrecht, in einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt oder während einer bestimmten Zeitperiode eine im Voraus festgelegte Anzahl von Aktien des Arbeitgebers oder einer ihm verbundenen Gesellschaft zu erwerben. Der Mitarbeiter kann den in der Option liegenden Wert unverzüglich realisieren. Häufig werden echte Optionen mit Sperrfristen versehen, wonach der Mitarbeiter seine Optionsrechte erst nach Ablauf einer im Voraus festgelegten Zeitperiode ausüben darf.

Echte Optionen sind eher die Ausnahme. In der Praxis üblicher sind unechte Optionen, die hinsichtlich ihrer Ausübung zum Teil mehrfachen Restriktionen unterworfen sind. In der Regel ist das Verfügungsrecht dermassen eingeschränkt, dass der Mitarbeiter das Optionsrecht erst ab einem bestimmten (Ausübungs-) Zeitpunkt, gelegentlich auch früher, ausüben darf<sup>26</sup>. Diese im Arbeitsverhältnis begründete, subjektive vesting period ist von einer objektiven Sperrfrist zu unterscheiden, was im allgemeinen Sprachgebrauch oftmals nicht gemacht wird.

22 MÖSSNER, S. 49.

23 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Besteuerung von Mitarbeiteroptionen, Bericht zuhanden des Eidg. Finanzdepartementes, Bern, 21. Dezember 2001.

24 Bericht, S. 40.

25 Die gemischte Arbeitsgruppe bezeichnet Entschädigungen durch Optionen, welche dem Mitarbeiter einen Anspruch auf

Beteiligungsrechte einräumen, als echte Optionsprogramme. Andere beteiligungsbezogene Entschädigungen, wie phantom stocks, stock appreciation rights etc., die dem Mitarbeiter lediglich Anspruch auf eine entsprechende Cash-Vergütung geben, sind somit unechte Optionsprogramme; vgl. GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 17 f.

26 MÖSSNER, S. 42.

So werden regelmässig sämtliche Restriktionen, sei dies in Bezug auf die Verfügungsbefugnis (subjektiv) oder die Ausübbarkeit (objektiv) des Optionsrechtes, unter dem Sammelbegriff «Sperrfrist» zusammengefasst. Mit der Unterscheidung zwischen vesting period und Sperrfrist hat sich die Rechtsprechung bisher noch nicht auseinandergesetzt. Auch der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich ist es nicht durchwegs gelungen, die beiden Begriffe «vesting period» und «Sperrfrist» konsequent auseinanderzuhalten. So hält sie hinsichtlich unechter Optionen fest, dass diese sich dadurch auszeichnen, dass sie mit einer vesting period versehen sind, während welcher das Optionsrecht nicht frei übertragbar ist und zudem noch gar nicht ausgeübt werden kann<sup>27</sup>. Während das erstgenannte Merkmal die (subjektive) Verfügungsbefugnis betrifft (vesting), beschlägt das zweitgenannte Merkmal die (objektive) Ausübbarkeit (Sperrfrist).

## 5.2 Vesting period

Das vesting ist ein Konzept, welches in den USA im Internal Revenue Code (IRC) verankert ist<sup>28</sup>. Optionspläne sehen beispielsweise vor, dass das Arbeitsverhältnis während einer bestimmten Zeitdauer weiterbestehen muss oder dass bestimmte Leistungsziele zu erreichen sind, ansonsten die Optionen bei Nichterfüllen dieser subjektiven Bedingungen verfallen oder entschädigungslos an den Arbeitgeber zurückgegeben werden müssen<sup>29</sup>. Der Mitarbeiter erwirbt also erst am Ende der vesting period unwiderrufliches Eigentum an den Optionen. Es wird im IRC zwischen zwei vesting-Arten unterschieden: Neben dem cliff vesting<sup>30</sup>, bei welchem der Mitarbeiter nach Ablauf von 5 Jahren über alle ihm zuge teilten Optionen unwiderruflich verfügen kann, sieht das graded vesting<sup>31</sup> ein stufenweises «Verdienen» der Optionen vor, indem z.B. nach Ablauf von 3 Jahren 20 % der Optionen unwiderruflich in die Verfügungsmacht des Mitarbeiters übergehen und während der nächsten 4 Jahre je weitere 20 %, so dass nach Ablauf von 7 Jahren alle Optionen vested sind<sup>32</sup>.

Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich hat zu Recht festgestellt, dass die in amerikanischen Mitarbeiterbeteiligungsplänen verwendete vesting period auch bei vielen Schweizer Unternehmen anzutreffen ist<sup>33</sup>. Häufig besteht die Beschränkung der Verfügbarkeit

darin, dass der Mitarbeiter nach dem Zuteilungszeitpunkt während einer bestimmten Zeitdauer noch im Unternehmen verbleiben muss. Erst nach Erfüllen dieser vom Willen des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers abhängigen (subjektiven) Bedingung (Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses) erwirbt er die Optionsrechte unwiderruflich. Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich widerspricht dem Konzept des vesting sogleich wieder, indem sie in ihrem Entscheid ausführt, dass viele Reglemente vorsähen, dass die Optionen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfielen, und zwar auch dann, wenn sie bereits gevested seien. Dies bedeute, dass der Mitarbeiter selbst unwiderruflich erworbene Optionen nicht mehr ausüben könne und sie zurückgeben müsse, wenn die verbleibende Sperrfrist erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ende<sup>34</sup>. Mit Ablauf der vesting period gehen die Optionsrechte ins Eigentum des Mitarbeiters über. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss der Mitarbeiter Optionen, die gevested sind, nicht mehr zurückgeben. Hiervon zu unterscheiden ist deren Ausübbarkeit.

## 5.3 Sperrfrist

Die Sperrfrist bezeichnet die Zeitdauer, während welcher der Mitarbeiter die Optionen nicht ausüben darf<sup>35</sup>. Der Mitarbeiter muss den Ablauf der Sperrfrist abwarten und kann die Option sodann während der (Rest-) Laufzeit ausüben. Die Sperrfrist fällt in aller Regel mit der vesting period zusammen. Sie kann für alle Optionen gleich (cliff vesting) oder tranchenweise (graded vesting) festgesetzt werden. Es kann vorkommen, dass die Sperrfrist länger dauert als die vesting period. Der Mitarbeiter hat in diesem Fall mit dem vesting unwiderrufliches Eigentum an den Optionen erworben, darf sie aber bis zum Ablauf der Sperrfrist noch nicht ausüben. Wird infolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses die (Rest-) Laufzeit einer Option verkürzt und kann infolgedessen die Sperrfrist nicht mehr ablaufen, kommt es im Ergebnis zum Verlust des Optionsrechts, obschon dieses an sich gevested ist.

## 5.4 Einkommensrealisation

### 5.4.1 Zufluss- und Bewertungszeitpunkt

Die Übertragung von Optionsrechten ist eine im Arbeitsverhältnis begründete Leistung des Arbeitgebers und stellt somit Naturaleinkommen aus unselbständiger Er-

27 E. 4 (b)(aa).

28 Sec. 411 IRC.

29 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 17; PETER WIEDENBECK/RUSSELL OSGOOD, Cases and Materials on Employee Benefits, 1996, S. 269; 543 ff.

30 Sec. 411(a)(2)(A) IRC.

31 Sec. 411(a)(2)(B) IRC.

32 Vgl. CCH, U. S. Master Tax Guide 2001, S. 516.

33 E. 3 (a), erster Absatz.

34 E. 3 (a), zweiter Absatz.

35 NATALIE PETER, US-amerikanische Mitarbeiterbeteiligungspläne im Einkommens- und Vermögenssteuerrecht der Schweiz, 2001, S. 35.

werbstätigkeit dar. Die einschlägigen Steuergesetze regeln jedoch nicht, wann Einkommen steuerlich zuzurechnen ist. Bei Naturalleistungen ist nach bisheriger Rechtsprechung der Eigentumserwerb massgebend<sup>36</sup>. Der Mitarbeiter realisiert im Zeitpunkt der Zuteilung von vergünstigten oder unentgeltlichen Optionen Einkommen. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Optionen mit einer Rückgabepflicht belastet sind.

Die bisherige Einschätzungspraxis, welche der Rechtsprechung des Zürcher Verwaltungsgerichtes<sup>37</sup> sowie dem Kreisschreiben Nr.5 vom 30. April 1997<sup>38</sup> folgt, unterscheidet für den steuerlichen Zufluss zwischen bewertbaren und nicht bewertbaren Optionen. Mitarbeiteroptionen verschaffen dem Berechtigten das über eine bloss Anwartschaft hinausgehende Gestaltungsrecht auf Erwerb oder Veräusserung von Beteiligungsrechten<sup>39</sup>. Bei einer Abgabe von Optionen zu Vorzugskonditionen fliesst dem begünstigten Mitarbeiter somit bereits bei der Zuteilung (Erwerb) der Optionen Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu. Diese führt beim begünstigten Mitarbeiter zu einer im Arbeitsverhältnis begründeten, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöhenden Bereicherung. Das Kriterium der Verkäuflichkeit hat keinen Einfluss auf die Festlegung des Zuflusszeitpunktes. Der Zufluss geldwerter Vermögensrechte erhöht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Pflichtigen unabhängig davon, ob für diese Werte ein Käufermarkt besteht. Das Kriterium der Verkäuflichkeit erweist sich somit als sachfremd, weil es nicht geeignet ist, etwas über den Zeitpunkt des Zuflusses zu sagen<sup>40</sup>. In seinem Entscheid vom 4. Juli 1995 ist das Zürcher Verwaltungsgericht nicht auf die Unterscheidung von vesting und Sperrfrist eingegangen. Wird Einkommen im Zeitpunkt der Optionszuteilung realisiert, muss der Zufluss in diesem Zeitpunkt bewertet werden. Ist dies nicht möglich, weil es sich um objektiv nicht bewertbare Optionen handelt, wird nach Massgabe des Kreisschreibens Nr. 5 vom 30. April 1997 bei der Optionszuteilung lediglich eine Anwartschaft begründet. Diese stellt kein vermögenswertes Gestaltungsrecht dar. In diesen Fällen realisiert der begünstigte Mitarbeiter erst im Zeitpunkt der Optionsausübung steuerbares Einkommen. Es erscheint jedoch fraglich, ob das Kriterium der objektiven Bewertbarkeit einer Naturalzuwendung für die Festlegung des

Zeitpunktes der Besteuerung von Optionsrechten massgeblich sein kann<sup>41</sup>.

#### 5.4.2 Bewertbarkeit

Extrem lange Laufzeiten (mehr als 10 Jahre) oder Sperrfristen (mehr als 5 Jahre) oder das Fehlen von Angaben über die Volatilität oder anderer Rechnungsparameter (Ermittlungsproblematik) führen nach Massgabe des Kreisschreibens Nr.5 vom 30. April 1997 zur Nichtbewertbarkeit einer Option. Die Vermutung der Nichtbewertbarkeit kann allerdings durch ein anerkanntes Gutachten umgestossen werden, denn eine lange Laufzeit oder Sperrfrist führt nicht zwingend zur Unmöglichkeit der Bewertung. Entgegen der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung stellt sich die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich auf den Standpunkt, dass echte Mitarbeiteroptionen angesichts der wissenschaftlichen Fundiertheit der finanzmathematischen Berechnungsmodelle stets bewertbar sind, auch wenn die Laufzeit der Option mehr als 10 Jahre dauert oder eine Kotierung der Titel fehlt. Der Optionswert ist nach Ansicht der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich stets verlässlich bestimmbar.

Tatsächlich kann aus wirtschaftlicher Sicht kein Grund angegeben werden, weshalb die Bewertbarkeitsgrenze bei 10 Jahren Laufzeit und 5 Jahren Sperrfrist anzusetzen ist. Eine Grenzziehung erscheint jedoch notwendig, wenn man berücksichtigt, dass die Aussagekraft der Bewertungsergebnisse mit zunehmender Laufzeit bzw. Dauer der Sperrfrist abnimmt<sup>42</sup>. Dazu kommt, dass die meisten an der Börse gehandelten Optionen Laufzeiten von bis zu 3 Jahren aufweisen. Längere Laufzeiten, wie sie bei Mitarbeiteroptionen üblich sind (5 bis 10 Jahre), kommen auf den Finanzmärkten nur selten vor. Die Volatilität kann über kürzere Laufzeiten besser prognostiziert werden als bei langfristigen. Mit der Verlängerung der Laufzeit verringert sich die Genauigkeit bzw. Bestimmbarkeit des Optionswertes. Bei langen Laufzeiten ist regelmässig eine grosse Differenz zwischen Geld- und Briefkursen festzustellen. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, die Bewertbarkeit von Optionen grundsätzlich zu begrenzen. Dass die Bewertbarkeitsgrenze in der Praxis bei 10 Jahren Laufzeit und 5 Jahren Sperrfrist angesetzt wurde, ist wohl darauf zurückzuführen, dass die

36 Bundesgerichtsentscheid vom 6. November 1995, StE 1996 B 22.2 Nr. 12.

37 Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 1995, StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

38 Kreisschreiben Nr.5 zur Direkten Bundessteuer, Veranlagungsperiode 1997/98, vom 30. April 1997.

39 Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 1995, StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

40 Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 4. Juli 1995, StE 1996 B 22.2 Nr. 11.

41 Vgl. CHRISTOF HELBLING, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 1998, S. 263; BEAT WALTI, Mitarbeiterbeteiligungen, Aktien- und Optionspläne, 1998, S. 153 ff.

42 Risi, FN 1249, S. 419.



ersten in der Schweiz eingeführten Mitarbeiteroptionspläne aus den USA stammten. Diese Pläne sahen regelmässig Laufzeiten und Sperrfristen in dieser Länge vor<sup>43</sup>. Längere Laufzeiten oder Sperrfristen waren nicht anzutreffen.

#### 5.4.3 Einfluss von vesting period und Sperrfrist

Einer (objektiven) Sperrfrist von höchstens 5 Jahren wird gemäss Kreisschreiben Nr. 5 vom 30. April 1997 durch Diskontierung des Basiswertes der Aktien in der Bewertungsformel Rechnung getragen. Auch der Verlust der Option bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses während der vesting period steht der objektiven Bewertbarkeit der Option nicht entgegen. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine vesting period nicht zu einer zeitlichen Verschiebung des Einkommenszuflusses führt. Die mit einer vesting period belastete zugeteilte Option ist an eine Suspensiv-Bedingung nach Art. 151 OR geknüpft, wonach der Optionsvertrag seine Wirkung entfaltet, wenn die Bedingung erfüllt ist (Art. 151 Abs. 2 OR)<sup>44</sup>. Erreicht der Mitarbeiter das ihm vorgegebene Leistungsziel oder ist das Arbeitsverhältnis nach einer bestimmten Zeitdauer noch ungekündigt, findet der Eigentumserwerb statt. In diesem Zeitpunkt gehen die Optionsrechte unwiderruflich ins Vermögen des Mitarbeiters über. Ab diesem Zeitpunkt liegt es im Ermessen des Mitarbeiters, was er aus seinem Optionsrecht macht (Ausübung, Verkauf oder Belastung). Während der vesting period, also bis zum Zeitpunkt des vesting, kann der Arbeitgeber die Zuteilung der Optionen widerrufen, wenn der Mitarbeiter das Leistungsziel nicht erreicht oder das Arbeitsverhältnis beendet wird. Da Einkommen aus bedingten Leistungsansprüchen erst mit dem Bedingungseintritt realisiert wird, drängt sich ein Aufschub des Besteuerungszeitpunktes mindestens bis zum Eintritt des vesting auf. Da durch eine Verkürzung der (Rest-) Laufzeit der Option der Einkommenszufluss als solcher (objektive Sperrfrist ist länger als subjektive vesting period) nachträglich vereitelt oder erheblich reduziert (Verlust des Zeitwertes) werden kann, stellt sich die Frage, ob der Besteuerungszeitpunkt allenfalls nicht noch weiter aufgeschoben werden sollte. Eine solches Wahlrecht schlägt der Bericht der gemischten Arbeitsgruppe vor<sup>45</sup>.

## 5.5 Würdigung

### 5.5.1 Einkommensrealisation – Zeitpunkt des Zuflusses

Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich ist der Ansicht, dass *echte* Mitarbeiteroptionen, bei welchen das vesting und die Zuteilung zusammenfallen, stets bewertbar sind. Aufgrund der bereits erwähnten abnehmenden Verlässlichkeit der Bewertung mit zunehmender Laufzeit oder Sperrfrist ist eine Besteuerung von echten Optionen mit überlanger Laufzeit oder Sperrfrist jedoch abzulehnen. Folglich ist an der bisherigen Praxis festzuhalten, wonach bewertbare echte Optionen bei Zuteilung, (infolge überlanger Laufzeit oder Sperrfrist) nicht bewertbare echte Optionen jedoch bei Ausübung zu besteuern sind.

Auch bei *unechten* Optionen, welche definitionsgemäss mit einer vesting period versehen sind, ist zwischen bewertbaren und nicht bewertbaren Optionen zu unterscheiden. Unechte, objektiv nicht bewertbare Optionen sind analog zu den echten nicht bewertbaren Optionen steuerlich erst im Zeitpunkt der Ausübung zu erfassen. Bewertbare unechte Optionen wären nach den Ausführungen der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich erst beim vesting zu besteuern. Eine solche Praxisänderung würde je nach Ausgestaltung der Optionsrechte zu drei verschiedenen Besteuerungszeitpunkten führen: (i) bei *Ausgabe* (echte und bewertbare Optionen), (ii) bei *vesting* (unechte und bewertbare Optionen) und (iii) bei *Ausübung* (echte oder unechte, nicht bewertbare Optionen). Eine solche Lösung ist nicht praktikabel und wäre administrativ äusserst aufwendig.

In der Praxis wurde das Problem des Verlustes der Optionen während der Sperrfrist erkannt. Der Unangemessenheit der Rechtsfolgen einer solchen Besteuerung wird durch die Gewährung von negativem Einkommen, eines Minuslohns, im Zeitpunkt des Verfalles der Optionen begegnet. Die Anwendung dieses Minuslohns gewährleistet, dass der Mitarbeiter keinen bzw. aufgrund des progressiven Steuersatzes allenfalls nur einen geringen Verlust aus der Zuteilung der Optionen erleidet. Obschon die Erfassung von unechten Mitarbeiteroptionen im Zeitpunkt des vesting als sinnvoll erscheint, ist an den bisherigen, vom Verwaltungsgericht entwickelten Besteuerungsgrundsätzen festzuhalten. Die von der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich vertretene Praxisänderung ist weitreichend. Sie löst zwar die unbefriedigende Situation des Verfalles der Optionen während der vesting period, wie sie sich aus der geltenden Besteue-

43 Vgl. PETER, S. 35, 37.

44 Vgl. GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 24, auch zum Folgenden.

45 Vgl. GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 32 f.

rungspraxis ergibt, lässt dafür Fragen bezüglich der Berechnung des geldwerten Vorteils beim vesting offen.

### 5.5.2 Verfall der Option während und nach vesting und Sperrfrist

Die rechtliche Unterscheidung in Eintritt des vesting (subjektive Bedingung) und Ablauf der Sperrfrist (objektive Bedingung) vermag wirtschaftlich nicht immer zu überzeugen: Ein Optionsplan kann vorsehen, dass bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Mitarbeiter Optionen, die gevested sind, nur noch innerhalb der verbleibenden Dauer des Arbeitsverhältnisses ausüben kann (Verkürzung der [Rest-] Laufzeit). Ist eine über die vesting period hinaus gehende Sperrfrist im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch nicht abgelaufen, führt dies dazu, dass der betroffene Mitarbeiter seine Optionen trotz vesting nicht mehr ausüben kann. Eine solche Option ist während der verkürzten (Rest-) Laufzeit objektiv nicht ausübbar, weshalb auch eine Veräusserung der Option ausgeschlossen ist. Die Verkürzung der Ausübungsdauer während noch laufender (objektiver) Sperrfrist führt im Ergebnis auch nach Eintritt des (subjektiven) vesting zu einem Verlust des Optionsrechts. Die bisherige Praxis hat diesem Umstand mit einem Minuslohn Rechnung getragen. In der Literatur wurde die Auffassung vertreten, bei vorzeitigem Verfall der Option sei ein Revisionsverfahren durchzuführen<sup>46</sup> oder es seien besondere Gewinnungskosten zuzulassen<sup>47</sup>. Die Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich lehnt solche Korrekture ab, da diese das Problem selber nicht zu lösen vermögen. Sie zielen lediglich auf ein Rückgängigmachen der Besteuerung bei Zuteilung ab und vermögen nicht zu befriedigen<sup>48</sup>. Die Besteuerung im Zeitpunkt des vesting vermag das eben geschilderte Problem auch nicht zu lösen.

Selbst nach Eintritt von vesting und Ablauf einer (allenfalls längeren) Sperrfrist kann die Verkürzung der (Rest-) Laufzeit im Ergebnis zum Verlust des Optionsrechts führen: Durch die Verkürzung der (Rest-) Laufzeit sinken der Zeitwert der Option und damit der bei einer Veräusserung erzielbare Gewinn. Ist die Option während der verkürzten (Rest-) Laufzeit sogar «out of the money», kann sie nicht ausgeübt und regelmässig auch nicht veräussert werden. Der betroffene Mitarbeiter geht infolge der verkürzten (Rest-) Laufzeit des Werts der Option (Zeitwert) verlustig, selbst wenn vesting (subjektive Bedingung) und Ablauf der Sperrfrist (objektive Bedingung) schon vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eingetreten sind. Von daher vermag die Unterscheidung in echte und unechte Optionen und das Abstellen auf den

vesting-Zeitpunkt nur einige, besonders stossende, aber nicht alle Probleme zu lösen. Solange bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Verkürzung der (Rest-) Laufzeit erfolgt, erleidet der Mitarbeiter auch nach Erreichen des vesting und regelmässig sogar noch nach Erreichen der Sperrfrist einen Nachteil, der in Einzelfällen zu einem Gesamtverlust seiner Rechte führen kann.

### 5.5.3 Steuerharmonisierung

Es gilt weiter zu beachten, dass der Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich in vorliegender Form nur die Zürcher Staats- und Gemeindesteuern betrifft. Aufgrund der beim Zürcher Verwaltungsgericht eingereichten Beschwerde ist der Entscheid noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Eine Ablehnung der Beschwerde würde zu einer unterschiedlichen Behandlung von unechten Mitarbeiteroptionen in den Kantonen und im Bund führen. Entsprechend könnte es durch eine geeignete Wohnsitzwahl bzw. einen Wohnsitzwechsel zu einer Nichtbesteuerung bzw. im andern Fall zu Doppelbesteuerungen kommen. Ebenso ergäben sich Unterschiede zur Behandlung bei den Sozialversicherungsbeiträgen.

### 5.5.4 Übergangsordnung

Mangels angemessener Übergangsbestimmungen würde die mit dem Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich verbundene Rückwirkung auf alle noch offenen Veranlagungen und alle noch laufenden Beteiligungspläne je nach individuellem Veranlagungsstand zu Rechtsungleichheiten führen. Bei bestehenden Beteiligungsplänen, welche bisher zu einer Besteuerung bei Zuteilung führten, würde sich die Frage stellen, ob beim vesting unechter Optionen erneut besteuert würde. Eine neue («richtige») Auslegung des geltenden Rechts stellt in der Regel keinen Revisionsgrund dar. Die bereits in Rechtskraft erwachsene Besteuerung bei Zuteilung bleibt bestehen. Erfolgt aufgrund der neuen («richtigen») Auslegung eine erneute Besteuerung im Zeitpunkt des vesting, könnte eine Überbesteuerung wohl nur unter Berufung auf das Verbot konfiskatorischer Besteuerung abgewendet werden. Bei genehmigten Beteiligungsmodellen könnte eine solche Doppelbesteuerung allenfalls unter Verweis auf Treu und Glauben vermieden werden. Da Beteiligungspläne regelmässig im Sitzkanton des Arbeitgebers, aber nicht in den Wohnsitzkantonen der Arbeitnehmer zur Genehmigung unterbreitet werden, dürfte die Berufung auf Treu und Glauben oftmals nicht möglich sein. Dies umso mehr, als häufig nur die Bewer-

46 PETER, S. 147.

47 RISI, S. 403 ff.

48 E. 4 (c)(bb).

tung, nicht aber der Besteuerungsmodus durch die Steuerbehörden am Sitz des Arbeitgebers geprüft und bestätigt wird.

Bei bestehenden Beteiligungsplänen, welche bisher zu einer Besteuerung im Ausübungszeitpunkt führten, dürfte es infolge der Unbeachtlichkeit von überlangen Laufzeiten oder Sperrfristen zu einer unbeabsichtigten zeitlichen Vorverlegung der Besteuerung unechter Optionen kommen. Die Besteuerung würde somit in einem Zeitpunkt erfolgen, wo die beteiligten Mitarbeiter die (unechten) Optionen noch halten und allenfalls infolge nicht abgelaufener (objektiver) Sperrfrist auch noch nicht ausüben können. Die Besteuerung würde somit in einem Zeitpunkt erfolgen, wo die betroffenen Mitarbeiter allenfalls liquiditätsmässig noch gar nicht über die erforderlichen Mittel verfügen. Durch die Besteuerung unechter Optionen «at vesting» müssten die betroffenen Mitarbeiter nachträglich das Risiko übernehmen, Einkommen in einem Zeitpunkt zu versteuern, wo die Realisation des damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteils (Ausübung der Option) noch ungewiss ist. Eine Wahlmöglichkeit steht ihnen aufgrund des Entscheids der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich ja nicht zu.

Bei bestehenden Beteiligungsplänen, welche ein gestaffeltes vesting vorsehen und wo einzelne Tranchen jeweils zu unterschiedlichen Zeitpunkten abgegeben worden sind, würde der Arbeitgeber vor einen schier nicht mehr zu bewältigenden Bewertungsaufwand gestellt. Bei jeder Tranche müsste nachträglich in jedem vesting-Zeitpunkt eine Bewertung vorgenommen werden. Entsprechend müssten die Lohnausweise angepasst bzw. neu ausgestellt werden. Zudem müsste der Arbeitgeber die kantonalen Unterschiede berücksichtigen. Je nach Wohnsitzkanton der am Beteiligungsplan beteiligten Mitarbeiter würden unterschiedliche Regeln gelten.

### 5.5.5 Gesetzgebung

Die aufgezeigten praktischen Schwierigkeiten zeigen, dass eine grundlegende Neuordnung der Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen nur durch den Gesetzgeber vollzogen werden kann. Nachdem Bestrebungen im Gang sind, die Besteuerung von Mitarbeiteroptionen sowohl im StHG als auch im DBG normativ zu regeln, wäre es zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit und rechtsungleicher Behandlung von Steuerpflichtigen wünschenswert, die bestehende Praxis bis zum Inkrafttreten dieser Regeln weiterzuführen. In Übergangsbestimmun-

gen wäre sodann zu regeln, welche Optionen nach alter Praxis bzw. nach neuem Recht steuerlich zu erfassen sind. Damit wäre der Grundsatz der Rechtsgleichheit gewahrt.

### 5.6 Ausblick

Wie von der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich zu Recht bemerkt, spricht sich auch die im Auftrag des Eidgenössischen Finanzdepartementes eingesetzte gemischte Arbeitsgruppe<sup>49</sup> für eine Besteuerung bei vesting aus. Ihre Aufgabe war es, Varianten für eine normative Regelung der Optionsbesteuerung auszuarbeiten und eine Lösung vorzuschlagen. Dabei waren insbesondere folgende Elemente zu beachten: (i) Der Grundsatz, dass private Kapitalgewinne in der Schweiz steuerfrei bleiben, Arbeitseinkommen aber besteuert wird; (ii) das Postulat der Förderung des Risikokapitals; (iii) die sozialversicherungsrechtlichen Aspekte; (iv) das Postulat der Einfachheit und Vollziehbarkeit.

Die gemischte Arbeitsgruppe erachtet eine Besteuerung im Zeitpunkt des definitiven Überganges des Rechtsanspruches bzw. des unwiderruflichen Eigentumserwerbes der Option (vesting) als sinnvoll. Die steuerliche Erfassung erfolgt aus Sicht des Steuerpflichtigen erst, wenn er den geldwerten Vorteil definitiv erworben hat. Für den Mitarbeiter entfällt das Risiko der Versteuerung eines allenfalls nicht zugeflossenen Vorteils (Verfall der Option während der vesting period). Für die Steuerbehörden andererseits erübrigt sich in einer solchen Situation eine Korrektur durch Berücksichtigung von Negativeinkommen, wie dies unter der geltenden Regelung mancher Kantone praktiziert wird. Im Übrigen wäre eine Besteuerung im Zeitpunkt des vesting international kompatibel.

Die gemischte Arbeitsgruppe erkannte, dass es neben der Besteuerung von Start-up-Unternehmen weitere bedeutende Probleme zu lösen gibt, insbesondere den Wegzug von Mitarbeitern aus der Schweiz, den Verfall von Optionen und den Minuslohn, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Anpassung von bereits zugeteilten Optionen<sup>50</sup>. Das System der Besteuerung im Zeitpunkt des definitiven Rechtserwerbes (at vesting) löst viele dieser Probleme, so zum Beispiel die Problematik des Verfalls der Optionen vor dem definitiven Rechtserwerb. Die Berücksichtigung eines Negativeinkommens wird damit hinfällig. Eine Wegzugsbesteuerung entfällt. Allfällige internationale Doppelbesteuerungskonflikte könnten unter Berücksichtigung der abgeschlossenen

49 Die gemischte Arbeitsgruppe setzte sich aus Vertretern der Wirtschaft, von Bundesbehörden, von kantonalen Steuerbehörden sowie der Eidgenössischen Steuerverwaltung zusammen.

50 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S.9 ff.

DBA vermieden oder gar gelöst werden. Das Problem der Bewertbarkeit der Optionsrechte ist damit aber noch nicht gelöst.

Der Wert der Option soll nach Ansicht der gemischten Arbeitsgruppe wie bisher aufgrund einer mathematischen Formel – in der Regel nach der Black-Scholes-Formel – berechnet werden. Durch die Verwendung standardisierter Parameter wird die Optionsbewertung vereinfacht und zugleich international attraktiv ausgestaltet<sup>51</sup>. Gleichzeitig stellt die Anwendung einer standardisierten Black-Scholes-Bewertungsformel eine administrative Vereinfachung dar. Mit Ausnahme des Aktienkurses und des Ausübungspreises sowie der Laufzeit und der Sperrfrist würden für alle übrigen Parameter<sup>52</sup> einheitliche Werte verwendet. Die individuellen Werte der Einzelunternehmen bleiben dabei gänzlich unberücksichtigt. Die Unterscheidung zwischen kotierten und nicht kotierten Gesellschaften würde entfallen. Der Aktienwert von letzteren könnte im Zeitpunkt des unwiderruflichen Erwerbs der Optionen (vesting) analog der Wegleitung zur Bewertung für Wertpapiere ohne Kurswert für die Vermögenssteuer ermittelt werden<sup>53</sup>. Es müsste somit nicht mehr auf das Merkmal der Bewertbarkeit abgestellt werden.

Die Vorschläge der gemischten Arbeitsgruppe sind zu begrüßen. Durch die vorgeschlagene Wahlmöglichkeit zugunsten einer Besteuerung bei vesting oder Ausübung der Option könnten einige der aufgezeigten Probleme entschärft werden. Der Wechsel im System der Besteuerung von Mitarbeiteroptionen kann aber nur durch den Gesetzgeber unter Beachtung angemessener Übergangsregeln vollzogen werden. Insoweit schießt der Entscheid der Steuerrekurskommission II des Kantons Zürich über das Ziel hinaus.

## Literatur, Materialien und Erlasse

BREALEY RICHARD A./MYERS STEWART C., Principles of Corporate Finance, 6.A., 2000

CCH (Commerce Clearing House), U.S. Master Tax Guide 2001

GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Besteuerung von Mitarbeiteroptionen, Bericht zuhanden des Eidg. Finanzdepartementes, Bern, 21. Dezember 2001 (zitiert: Bericht)

HELBLING CHRISTOF, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 1998

MÖSSNER HANS-JÖRG, Generalbericht «International Tax Aspects of Deferred Remunerations», in: Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXVb, 2000

MÜLLER HARRY, Leitfaden «Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen», 2001

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

RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 1999

RISI ANDREAS, Mitarbeiteroptionen und -aktien, Bewertung – Rechnungslegung – Besteuerung, 1999

WALTI BEAT, Mitarbeiterbeteiligungen, Aktien- und Optionspläne, 1998

WIEDENBECK PETER/OSGOOD RUSSEL, Cases and Materials on Employee Benefits, 1996

ESTV, Kreisschreiben Nr. 12 zur 17. Wehrsteuerperiode, vom 8. November 1973, aZStB II Nr. 52/17 = ASA 42 (1973/74), 246 ff.

– Kreisschreiben Nr. 5 zur Direkten Bundessteuer, Veranlagungsperiode 1991/92, vom 17. Mai 1990, aZStB II Nr. 52/18 = ASA 59 (1990/91), 172 ff.

– Kreisschreiben Nr. 5 zur Direkten Bundessteuer, Veranlagungsperiode 1997/98, vom 30. April 1997, [www.estv.admin.ch/data/dvs/index/d/index.htm](http://www.estv.admin.ch/data/dvs/index/d/index.htm)

KSTA ZÜRICH, Merkblatt zur Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen, vom 28. November 1997, aZStB I A Nr. 18/40

51 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 24.

52 Vorgeschlagen wurde Folgendes: Volatilität 20 %, risikofreier Zinssatz 4 %, Dividendenrendite 1 %; GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 38.

53 GEMISCHTE ARBEITSGRUPPE, Bericht, S. 38.