

## Vorschlag zu einer Verbesserung der Stock Option-Besteuerung in Deutschland

Von Dr. Rolf Maximilian Leuner, Nürnberg\*

Im Vergleich zur internationalen Praxis ist die deutsche Stock Option – Besteuerung sehr fiskalisch orientiert. Dieser Zustand ist trotz der aktuellen Börsen-Baisse unbefriedigend, weil insbesondere international agierende Konzerne auch und gerade heute noch ihren wichtigen Mitarbeitern in hohem Umfang Stock Options als variables Vergütungsinstrument zuteilen. Optionsgewinne hieraus versteuern deutsche Mitarbeiter im Gegensatz zu ihren internationalen Kollegen ungemildert zum Spitzensteuersatz. Gestaltungen wie Split Salaries oder gar Wegzug ins Ausland zum Zwecke der Steuerminimierung häufen sich daher. Will der deutsche Fiskus dem entgegenwirken, muss er rasch die Stock Option-Besteuerung für Arbeitnehmer (inkl. Vorstandsmitglieder) novellieren. Der nachfolgende Beitrag will hierzu einen Reformvorschlag aufzeigen.

### 1. Problemstellung

Spätestens mit dem Beschluss der Wirtschaftsministerkonferenz im März 2001<sup>1</sup> hat die deutsche Politik eingestanden, dass die gegenwärtige steuerliche Praxis der Besteuerung von Aktienoptionen in Deutschland (das ist die ungemilderte Besteuerung im Zeitpunkt der Ausübung zum Tageskurs abzüglich Bezugspreis; sog. Endbesteuerung) ein Hemmnis für die weitere Verbreitung dieses Instrumentes ist und insbesondere im internationalen Vergleich zu unangemessen hohen Steuerbelastungen führt. Dies benachteiligt Deutschland im Wettbewerb und schadet der Attraktivität deutscher Unternehmen als Arbeitgeber für Fach- und Führungskräfte im In- und Ausland. Trotz dieser Kritik ist die Gesetzeslage hinsichtlich der Besteuerung von Stock Options (im Folgenden kurz: SOP)<sup>2</sup> bislang unverändert geblieben<sup>3</sup>.

Rechtsprechung und Finanzverwaltung haben die derzeit bestehende Gesetzeslage durch ihre Urteile und Erlasse sogar noch verschärft. Durch nicht veröffentlichte Verfügungen konterkarierte die Finanzverwaltung die Besteuerung des Optionswerts der SOP zum Zeitpunkt der Optionsausgabe (Anfangsversteuerung)<sup>4</sup>. Verbunden mit den jüngsten Ent-

scheidungen des BFH, wonach jedenfalls bei nicht handelbaren SOP der Zufluss und damit die steuerliche Erfassung des geldwerten Vorteils erst im Zeitpunkt der Ausübung der Option (Endbesteuerung) erfolgt, sind damit Kurssteigerungen während der Optionsfrist in Deutschland stets zu versteuern<sup>5</sup>. Für handelbare SOP vermied der BFH bewusst Aussagen zum Zuflusszeitpunkt und zur Bemessungsgrundlage und beließ es allein bei dem obiter dictum, für diese Optionstypen wäre ein anderer Zuflusszeitpunkt denkbar<sup>6</sup>. All dies zusammen verhindert damit für die Praxis bewusst ein mögliches Wahlrecht hinsichtlich des Besteuerungszeitpunktes von SOP. Überdies stehen beim BFH noch Entscheidungen insbesondere zum Besteuerungszeitpunkt und zur Bemessungsgrundlage von Wandelschuldverschreibungen/-genussrechten aus<sup>7</sup>.

Damit verglichen privilegieren Steuergesetze anderer Staaten, insbesondere der USA und Frankreich, die Gewährung von SOP seit längerem. Sie ermöglichen eine ermäßigte Besteuerung zum Zeitpunkt des Verkaufs der aus SOP erlangten Aktien<sup>8</sup>.

Will Deutschland im internationalen Wettbewerb um exzellente Führungskräfte auch künftig noch bestehen, so muss der gegenwärtige gesetzesbedingte Missstand rasch beseitigt werden. Die derzeitige Baisse an den Börsen schafft nur einen zeitlichen Aufschub, der dazu genutzt werden sollte, ein wettbewerbsfähiges Konzept umzusetzen. Einen Lösungsansatz für eine Gesetzesregelung in Sachen SOP-Besteuerung will das nachfolgende Konzept aufzeigen.

### 2. Gestaltungsvorschlag zur Begünstigung von Stock Option-Modellen de lege ferenda

#### 2.1 Konzeptidee und Negativabgrenzung

Die neue deutsche SOP-Regelung sollte zu allererst aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen kein Anfangsversteuerungsmodell sein. Spätestens die Börsen-Baisse der Jahre 2001 und 2002 hat den gravierenden Nachteil der Anfangsversteuerungsmodelle<sup>9</sup> aufgezeigt, der schon früh in der Literatur dargestellt wurde<sup>10</sup>: Anfangsbesteuerte Optionen sind nur sinnvoll, wenn im Ausübungszeitpunkt der Aktienkurs über den

\* Dr. Rolf Maximilian Leuner, Wirtschaftsprüfer/Steuerberater, ist Partner und Geschäftsführer bei Rödl & Partner in Nürnberg.

1 Vgl. Beschl. Wirtschaftsminister der Länder am 1./2. 3. 2001 in Mainz Anl. 2 zu Pkt. 13 der Tagesordnung, Ziff. 2; BT-Drs. 14/5318: Antrag „Steuerliche Rahmenbedingungen für die Gewährung von Aktienoptionen an Mitarbeiter (Stock Options) verbessern“.

2 SOP sind Bezugsrechte (aber keine -pflichten) auf Aktien, die von einer AG insb. an Vorstände und Arbeitnehmer ausgegeben werden. Diese sind berechtigt, innerhalb der Ausübungsfrist eine bestimmte Anzahl von Aktien zu einem meist im Voraus festgelegten Preis zu erwerben. Voraussetzung für die Optionsausübung ist ferner nach deutschem Recht u. a. das Erreichen eines Erfolgsziels (§ 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG) als auch der Ablauf der gesetzlichen Wartezeit von zwei Jahren. Hinzu kommen können fakultative Regeln z. B. zum vesting.

3 Ein Antrag auf Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen wurde jedoch von diversen Abgeordneten und der Fraktion der CDU/CSU gestellt; Vgl. BT-Drs. 14/5318 v. 13. 2. 2001.

4 Vgl. Bayer. Staatsmin. der Finanzen v. 11. 9. 2000, 34-S 2347-8/37 36 295.

5 Vgl. BFH v. 24. 1. 2001, I R 110/98, DStR 2001, 931; v. 24. 1. 2001, I R 119/98, DStR 2001, 934; v. 20. 6. 2001, I R 105/99, BFH/NV 2001, 1185.

6 Vgl. BFH v. 23. 7. 1999, VI B 116/99, BStBl II 1999, 684, DStR 1999, 1524.

7 Vgl. FG München v. 24. 6. 1999, 10 K 3851/94 Rev. eingelegt BFH v. 22. 2. 2000, VI R 124/99, DStR 2000, 576; sowie rkr.: FG München v. 23. 10. 2001, 9 V 2545/01, DATEV, LexInform Nr. 0573410; FG Düsseldorf v. 11. 4. 2001, 3 V 6028/00, DATEV, LexInform Nr. 0572093.

8 Vgl. Leuner/Radschinsky, Finanz Betrieb (FB) 2001, 363 m. w. N.; zu Frankreich vgl. UNICE, SOP in the EU Tax obstacles to cross-border mobility of employees in Single Markets v. 27. 5. 2002, S. 22.

9 Vgl. z. B. Teilsatz der TELES-Initiative; Pressemitteilung: Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für Mitarbeiter-Optionen (stock options) v. 8. 8. 2000, Berlin, [http://www.teles.de/holding/ger/presse/00\\_08\\_14/c\\_news\\_d\\_01.html](http://www.teles.de/holding/ger/presse/00_08_14/c_news_d_01.html)

10 Vgl. Leuner/Dierichs, Mitarbeiterbeteiligung im Rahmen der Neuemission und SOP, in: Rödl/Zinser (Hrsg.), Going Public, 2. Aufl. 2000, S. 207 ff.

## AUFSÄTZE

Bezugspreis des Ausgabzeitpunkts gestiegen ist. Bei anfangs-versteuerten Optionen zahlt der Optionär bereits bei Optionsgewährung eine meist ermäßigte Steuer, obwohl er die Option noch nicht ausgeübt hat und daher noch nicht wissen kann, geschweige denn weiß, ob er sie jemals ausüben und damit überhaupt einen wirtschaftlichen Vorteil erzielen wird. Fallen beispielsweise die Kurse bis zum Ausübungszeitpunkt und erreicht der Aktienkurs den Bezugspreis nicht oder gerade, so wird der Optionsberechtigte seine Optionen nicht ausüben. Er hat damit keinen wirtschaftlichen Vorteil aus den SOP erzielt, hat jedoch dennoch – und damit grundlos – darauf eine Steuer bezahlt und erhält sie auch nicht mehr zurückerstattet. Es resultiert eine endgültige Einkommens- wie Liquiditätseinbuße. Beispiele hierfür am Neuen Markt haben belegt, dass dieses Szenario durchaus real sein kann<sup>11</sup>. Lediglich wenn die Kurse bis zum Ausübungszeitpunkt steigen und den Bezugspreis der Aktienoption überschreiten, ist dieses Verfahren vorteilhaft, weil der Optionsberechtigte dann den wirtschaftlichen Vorteil des Ausübungsgewinns nicht mehr mit dem Fiskus teilen muss. Die Kurssteigerungen nach der Einräumung des Optionsrechts stellen keinen steuerpflichtigen Arbeitslohn dar, da sie im Privatvermögen des Begünstigten entstehen. Als Folge würde lediglich der Wert bei Einräumung der Option lohnersteuert werden. Nur wenn der Begünstigte die Option selbst oder die aus der Option erworbenen Aktien verkauft und dadurch einen steuerpflichtigen Tatbestand i. S. der §§ 17, § 23 i. V. m. § 22 Nr. 2 EStG auslöst, würden de lege lata eingetretene Wertsteigerungen noch steuerlich erfasst<sup>12</sup>.

Nachteilig wären anfangsversteuerte handelbare SOP als steuergesetzliche Lösung de lege ferenda überdies auch im internationalen Kontext. Würde die deutsche Besteuerung de lege ferenda Begünstigungen für SOP an das Kriterium der Handelbarkeit knüpfen, so wären die steuerlichen Regelungen in Deutschland verglichen mit dem Ausland, insbesondere mit den USA und Frankreich, nicht mehr kompatibel. So greifen die US-amerikanischen Steuervergünstigungen nur, wenn nichthandelbare Optionen gewährt werden<sup>13</sup>. In den USA fordert der Internal Revenue Code (IRC) bei SOP eine Nichtübertragbarkeit innerhalb der ersten zwei Jahre seit Ausgabe der Option; andernfalls erfolgt keine steuerliche Begünstigung<sup>14</sup>.

Würde daher der Gesetzgeber die Handelbarkeit als steuerliches Tatbestandsmerkmal der deutschen SOP-Besteuerung festschreiben<sup>15</sup>, so nähme er den Unternehmen Deutschlands die Möglichkeit, auf deutscher und amerikanischer Seite gleichzeitig Steuerbegünstigungen zu erlangen. Die dadurch in Deutschland ermöglichte zeitliche Vorverlagerung des Besteuerungszeitraums, die ohnehin nur unter Umständen (siehe oben Anfangsbesteuerung) eine geringere Steuerbemessungsgrundlage zur Folge hätte, dürfte diesen Nachteil nicht wirklich aufwiegen können. Das US-amerikanische Steuerrecht und seine Vergünstigungen wären in Deutschland folglich nur mit nicht handelbaren Optionen vereinbar<sup>16</sup>.

Dem folgend sieht der nachfolgende Vorschlag zur Ergänzung des EStG – angelehnt an die Vorschriften des IRC zur Besteuerung von incentive stock options (ISO) – eine steuerfreie Freimenge beim Verkauf optionsgeborener Aktien vor. Eine Besteuerung von SOP im Zeitpunkt der Gewährung und Ausübung soll daher gänzlich unterbleiben. Dies macht bereits deshalb Sinn, da in diesen beiden Zeitpunkten der Optionär über keine Liquidität zur Steuerzahlung aus den SOP verfügt<sup>17</sup>.

Im Übrigen werden so die deutschen Steuervorschriften den derzeit international geltenden angenähert und damit weitgehend kompatibel gemacht. Dies gilt neben den USA vor allem bezogen auf die Regelungen in Frankreich, Niederlande und in Großbritannien<sup>18</sup>. Damit wird auch möglichen Problemen im Hinblick auf die Vereinbarkeit des neuen Ansatzes mit dem internationalen Steuerrecht – insbesondere dem DBA-Recht – weitestgehend vorgebeugt.

Dies gilt selbst dann, wenn der Mitarbeiter bei Veräußerung der optionsgeborenen Aktien nicht mehr in Deutschland Arbeitnehmer sein sollte. Natürlich hätte sich Deutschland auch dann mit anderen Staaten auseinanderzusetzen, die nach ihrem Steuerrecht und DBA Veräußerungsgewinne annehmen und auch besteuern. Es wäre hier unter Umständen gar über einen Entstrickungsstatbestand bei Wegzug nachzudenken. Dennoch sollte im Hinblick darauf, dass bereits einige Staaten wie die USA und Frankreich eine Veräußerungsgewinnbesteuerung für bestimmte SOP vorsehen, dieser Vorschlag zu weniger Doppel- und Keimmalbesteuerung führen, und statt das internationale Steuerrecht zu verkomplizieren zur Vereinheitlichung beitragen.

Durch die vorgeschlagene Gesetzesergänzung ist es nicht nur möglich, den Besteuerungszeitpunkt in Deutschland zu verschieben (Ziel der Anfangsversteuerungsmodelle), sondern noch effektiver und zielgenauer eine Steuerbefreiung für bestimmte (siehe unten) begünstigte Personengruppen herbeizuführen. Das wirtschaftliche Risiko der Anfangsbesteuerung – Steuerzahllast bei Gewährung der Option ohne Gewissheit auf wirtschaftlichen Nutzen bei Ausübung der Option – muss nicht mehr eingegangen werden. Auf Grund einer Steuerbefreiungsregelung ist es möglich (anders als bei den Halbein-künftvarianten<sup>19</sup>, die man nur in Gänze akzeptieren oder ablehnen kann), die Höhe des Freibetrags dem Gesetzgeber vorzubehalten und so eine konsensfähige und staatshaus-haltsakzeptable Lösung zu ermöglichen.

Voraussetzung für die Steuerbegünstigung von SOP in Deutschland sollen die nachfolgend genannten Prämissen sein. Sind diese erfüllt, sollen SOP und die Einkünfte hieraus zwar weiterhin Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit sein. Jedoch sollen sie bei Gewährung als auch bei Optionsausübung vollständig und bei Aktienverkauf der optionsgeborenen Aktien bis zu einem bestimmten Betrag steuerbefreit werden.

16 Vgl. Leuner/Radschinsky, FB 2001, 363.

17 Gl. A. AGP/Microsoft/VW, Pressemitteilung „Besteuerung v. SOP“ v. 05/2000, <http://www.agpev.de/aktuell/Besteuerung.htm>, mit dem gewichtigen Argument, dass die Optionsberechtigten ihre Steuerschuld meist nur über einen Teilverkauf ihrer Aktien begleichen können.

18 Vgl. Leuner/Radschinsky, FB 2001, 363 m. w. N. sowie UNICE, SOP in the EU Tax obstacles to cross-border mobility of employees in Single Markets v. 27. 5. 2002, S. 22.

19 Vgl. Fn. 9, 15 sowie Arbeitskreis AGP/Microsoft/VW, Fn. 17: Als Bemessungsgrundlage unterwerfen diese Modelle die Hälfte der Veräußerungsgewinne aus den optionsgeborenen Aktien als Einkünfte aus Kapitalvermögen der Steuer.

11 Vgl. Handelsblatt v. 13. 11. 2000, S. 2: „Wenn Träume platzen“.

12 Diese Meinung vertrat in den späten 90er Jahren auch z. T. die Finanzverwaltung. Vgl. z. B. Haas/Pötschan, DB 1998, 2138, 2139. Diese Ansicht hat die Finanzverwaltung mittlerweile revidiert. Vgl. Haas/Pötschan, DStR 2000, 2018; vgl. Bayer. Staatsmin. d. Finanzen v. 11. 9. 2000, 34-S 2347-8/37 36 295.

13 Vgl. Leuner/Radschinsky, FB 2001, 363.

14 IRC Sec. 422 (a) 1, (c) 2 A; Reg. § 1.421-8 (b) 1.

15 Dies schlägt u. a. der BDI vor. Vgl. BDI, Pressemitteilung v. 11. 9. 2000, 122/00.

## AUFSÄTZE

Eine Versteuerung erfolgt also erst nachgelagert bei Aktienverkauf, wenn der Optionsberechtigte tatsächlich auch einen Liquiditätszufluss erzielt hat. Steuersystematisch soll dies durch eine Qualifikation als nachträglichen Arbeitslohn gemäß § 24 EStG geschehen (siehe hierzu unten). Damit beachtet der Vorschlag die steuerliche Systematik der Einkunftsarten und fügt sich harmonisch in das EStG ein. Die Tatbestandsmerkmale der SOP-Steuerbefreiung samt der nachgelagerten SOP-Besteuerung de lege ferenda sind im Einzelnen:

- Arbeitnehmer- beziehungsweise Vorstandseigenschaft der Optionsberechtigten; Notwendigkeit der Teilnahme sämtlicher Arbeitnehmer (vgl. Punkt 3.2);
  - bestimmter Mindestbezugspreis des Plans (vgl. Punkt 3.3);
  - Einschränkungen bei der Übertragbarkeit (vgl. Punkt 3.4).
- Dagegen soll die Laufzeit kein Tatbestandsmerkmal sein. Auch soll es keinen Lohnsteuerabzug im Rahmen der SOP-Besteuerung geben. Die Begründung hierfür ergibt sich aus Punkt 3.6 bzw. 3.7.

Die vorgenannten Voraussetzungen und ihre Gründe werden nachfolgend erörtert. Zuvor sollen jedoch die Rechtsfolgen bei Einhaltung dieser Voraussetzungen dargestellt werden.

## 2.2 Rechtsfolgen

Als Rechtsfolge soll wie in den USA die Optionsgewährung sowie die Optionsausübung gänzlich steuerfrei sein. Auch der Verkauf der arbeitnehmeroptionsgeborenen Aktien soll bis zu einem noch zu bestimmenden Wert (Freimenge) (hier vorgeschlagen wird ein Aktienwert von 50 000 €<sup>20</sup> bezogen auf den gemeinen Wert der Aktien am Ausgabebetrag) steuerfrei bleiben. Nur der Veräußerungsgewinn aus dem die Freimenge übersteigenden Betrag wird versteuert. Die vorgeschlagene Freimenge hat daher die Wirkung eines „intelligenten“ Freibetrags.

Hinsichtlich der Höhe der vorgeschlagenen Freimenge sei der Gesetzgeber aufgefordert, unter Berücksichtigung der deutschen Haushaltslage eine Größenordnung festzulegen, die mit den übrigen Freibeträgen der §§ 16, 17, 34 EStG korreliert. Eine derartige Feinsteuerung lassen andere Modelle (insb. die Halbeinkünfte-Varianten)<sup>21</sup> dagegen nicht zu.

Im Endeffekt werden erst die Gewinne aus dem Verkauf der optionsgeborenen Aktien, die die Freimenge übersteigen, zum Zeitpunkt ihres Verkaufs entsprechend der tariflichen Einkommensteuer voll besteuert. Die SOP sollen also erst bei Verkauf der aus der Optionsausübung „geborenen“ Aktien besteuert werden. Das heißt, die SOP-Aktien werden de lege ferenda folglich „steuerverstrickt“. Die Situation ist vergleichbar mit an Kapitalgesellschaften beteiligten Gesellschaftern, die ihre Anteile durch Einbringung, zum Beispiel eines Einzelunternehmens, erhalten haben (§§ 20, 21 UmwStG). Anders als bei einbringungsgeborenen Aktien, die zu gewerblichen Einkünften gemäß §§ 16, 34 EStG führen, soll hier aber weiterhin eine Versteuerung als nachträgliche Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit gemäß §§ 24, 19 EStG erfolgen.

Der vorgetragene Ansatz benötigt daher keine Umqualifizierung von Arbeitnehmereinkünften in solche nach § 20 EStG. Vielmehr werden Veräußerungsgewinne und potenzielle Aktiendividenden durch den hier vorgetragenen Ansatz in Arbeitnehmereinkünfte umqualifiziert. Diese Umqualifizie-

rung ist jedoch systemkonform: Zunächst lässt § 20 Abs. 3 EStG explizit die Umwandlung von Kapitaleinkünften in andere Einkunftsarten zu. Ferner hatte der BFH früher schon Vermietungseinkünfte in nichtselbstständige Einkünfte umqualifiziert, weil Einnahmen aus der Zuwendung eines Wohnungs-Nießbrauchs allein auf Grund eines bestehenden Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer als Steuerpflichtigen zugewandt wurden<sup>22</sup>.

Auch bei den SOP verhält es sich nicht anders. Der Optionsberechtigte hätte ohne sein Arbeitsverhältnis die SOP nie erlangt. Eine Umqualifizierung der SOP-geborenen Aktienerträge in Arbeitnehmereinkünfte ist daher systematisch sogar zwingend geboten. Auch die Finanzverwaltung praktiziert eine solche Umqualifizierung bereits heute in einem ähnlich gelagerten Fall: Weil sie Arbeitnehmer-Wandelschuldverschreibungen nicht bei Ausgabe, sondern erst später besteuert, muss sie folgerichtig die vor der Besteuerung zufließenden Vergütungen daraus als Arbeitslohn ansehen<sup>23</sup>.

Durch die Anknüpfung an die §§ 24 und 19 EStG können nach dem hier dargestellten Vorschlag auch mittlerweile ausgeschiedene Arbeitnehmer relativ unkompliziert mit ihren SOP einkommensteuerlich erfasst (nachversteuert) werden.

Die vorgeschlagene Umqualifizierung und nachgelagerte Versteuerung der SOP-Einkünfte verstößt auch nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot und das Leistungsfähigkeitsprinzip. So versteuern SOP-Empfänger ihre optionsgeborenen Aktien zu anderen Zeitpunkten und zu anderen Bemessungsgrundlagen als es bei klassischen Belegschaftsaktien gemäß § 19a EStG der Fall ist. Damit wird der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit Rechnung getragen. Überdies kann der optionsberechtigten Steuerpflichtigen etwaige Nachteile aus der nachgelagerten SOP-Besteuerung bei dem hier vorgeschlagenen Modell dadurch ausgleichen, indem er Ausübung und Verkauf der Aktien verknüpft, indem er sofort ausübt und verkauft, oder aber die Ausübung und den Verkauf zeitlich verlagert. Bei zeitlicher Nachverlagerung der Besteuerung ist es daher nur konsequent, dass dann entsprechend der Leistungsfähigkeit nicht nur der Ausübungsgewinn, sondern der gesamte spätere Veräußerungsgewinn der Besteuerung unterworfen wird. Im Übrigen hatte schon der BFH im Jahre 1986<sup>24</sup> bereits bemerkt und akzeptiert, dass der Gesetzgeber vor Einführung des § 19a EStG früher offensichtlich in Kauf nahm, dass Arbeitnehmer von Aktiengesellschaften besser behandelt wurden als solche von Unternehmen anderer Rechtsformen. In Verbindung mit den Möglichkeiten des Umwandlungs- und Umwandlungssteuergesetzes ist diese Aussage auch für den Vorschlag de lege ferenda tragfähig.

Auch die hier vorgeschlagene nachgelagerte Besteuerung ist gesetzeskonform trotz des tatsächlich früheren Sachlohnzuflusses. Schließlich hat der Gesetzgeber dies auch schon bei der Rentenbesteuerung in den §§ 10a, 79 ff. EStG praktiziert.

Die Rechtsfolge auf Seite der Aktiengesellschaft regelt das hier vorgetragene Konzept bewusst nicht. Schließlich ergibt sich der Zufluss beim Optionsberechtigten aus § 11 EStG, während sich der Betriebsausgabenabzug für die AG hiervon unabhängig nach § 4 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 EStG richtet. Überdies sei betont, dass auf Grund der derzeitigen Rechtslage

<sup>20</sup> Vgl. ähnlich IRC Sec. 422 (d), dort bleiben Aktien im Wert von 100 000 \$ bezogen auf den Ausgabebetrag steuerfrei.

<sup>21</sup> Vgl. zu den Modellen die Fn. 9, 15 u. 19.

<sup>22</sup> Vgl. BFH v. 26. 5. 1993, VI R 118/92, BStBl II 1993, 686, DStR 1993, 1251.

<sup>23</sup> OFD Nürnberg v. 11. 9. 2000, S 2386 – 67/St23.

<sup>24</sup> BFH v. 21. 2. 1986, VI R 9/80, BFHE 146, 253, BStBl II 1968, 768.

## AUFsätze

im Handelsrecht und der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz der Betriebsausgabenabzug für Aktiengesellschaften bei Ausgabe von Aktienoptionen insbesondere bei bedingtem Kapital ohnehin ungeklärt ist<sup>25</sup>.

### 2.3 Formulierungsvorschlag zur Ergänzung des EStG

Im Gesetz könnte die unter § 3 EStG de lege ferenda einzuflügende Passage wie folgt formuliert werden:

„Steuerfrei sind die Gewährung und die Ausübung von Aktienoptionen, die eine Aktiengesellschaft an ihre Arbeitnehmer i. S. des § 1 Abs. 2 LStDV gewährt. Die Steuerfreiheit setzt voraus, dass zumindest sämtliche Arbeiter und Angestellte berechtigt sind, Optionen zu erhalten, die Optionen nicht handelbar sind und der Ausübungspreis den gemeinen Wert der Aktie bei Gewährung der Option zumindest erreicht. Die aus der Ausübung dieser Optionen entstandenen Aktien (optionsgeborene Aktien) gelten im Zeitpunkt ihrer Veräußerung als zugeflossen. Ein Veräußerungsüberschuss ist nur für den Teil der optionsgeborenen Aktien und allein als nachträgliche Einkünfte aus § 24 i. V. m. § 19 EStG zu erfassen, deren Aktienwert in Summe 50 000 € bezogen auf den gemeinen Wert der Aktien am Ausgabetag der Aktienoption übersteigt. Die §§ 38 EStG ff. gelten nicht.“

## 3. Erläuterung der Begriffe bzw. Tatbestandsmerkmale

### 3.1 Veräußerungsüberschuss

Unter Veräußerungsüberschuss optionsgeborener Aktien ist die Differenz aus Bezugspreis und Aktienverkaufskurs multipliziert mit der in einem Veranlagungszeitraum verkauften Aktienstückzahl aus SOP zu verstehen. Nicht darunter zu fassen ist die Differenz zwischen dem Aktienkurs bei Optionsausübung und dem Bezugspreis (beziehungsweise *strike price*). Bei dieser Definition würden sich bei einem time lag zwischen Aktienerwerb durch Optionsausübung und Aktienverkauf sowohl Steuerersparnisse als auch Steuernachteile ergeben<sup>26</sup>. Beides ist entweder aus Sicht des Optionärs oder aus Sicht des Fiskus nicht zielführend, weil Steuerzahllast und realer Optionsgewinn dann nicht mehr korrelieren.

Der Begriff „Veräußerungsüberschuss“ wurde bewusst auch deshalb gewählt, um eine trennscharfe Abgrenzung zu § 17 EStG herbeizuführen. Denn wird einem Mitarbeiter 1 % oder mehr des Grundkapitals in Aktienoptionen gewährt, könnte ein Konflikt zwischen § 19 EStG und § 17 EStG resultieren. Um dies von vornherein zu vermeiden, wurde im hier vorgetragenen Vorschlag anders als in § 23 EStG ausdrücklich die Besteuerung der SOP-Gewinne gemäß §§ 19, 24 EStG festgeschrieben. Folglich sollte der Vorrang der Besteuerung nach § 19 i. V. m. § 24 EStG vor § 17 EStG klar geregelt sein. Dass eine Umqualifizierung der SOP-Einkünfte in andere Einkünfte als unselbstständige auch betriebswirtschaftlich widersinnig ist, wurde vorstehend bereits belegt.

### 3.2 Arbeitnehmer- bzw. Vorstandseigenschaft – Notwendigkeit der Teilnahme sämtlicher Arbeitnehmer

#### (1) Regelungsvorschlag

Steuerbegünstigte Aktienoptionen (SAO) sollten nur solche sein, die im Wesentlichen allen Arbeitnehmern nach § 1

Abs. 2 LStDV im Zusammenhang mit deren Beschäftigungsverhältnis gewährt werden<sup>27</sup>. Dies sollten die Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 2 LStDV der folgenden Unternehmen sein:

- Angestellte, Geschäftsführer, Vorstände des Unternehmens, welches die Option gewährt;
- Angestellte, Geschäftsführer, Vorstände eines Mutter- oder Tochterunternehmens des Unternehmens, welches die Option gewährt;
- Angestellte, Geschäftsführer, Vorstände eines Unternehmens, welches die Optionen im Rahmen eines Unternehmenskaufs übernimmt sowie Arbeitnehmer des Mutter- oder Tochterunternehmens eines solchen Unternehmens.

Eine Option, die anderen als den oben genannten Optionsberechtigten gewährt wird, sollte steuerlich nicht als SAO behandelt werden<sup>28</sup>.

#### (2) Begründung

Die Arbeitnehmereigenschaft gemäß § 1 Abs. 2 LStDV ist deshalb ein unverzichtbares Tatbestandsmerkmal, weil so die Kapitalmarktoptionen (z. B. an der Deutschen Termin-Börse), die jedem Investor unabhängig von seiner Beziehung zum Unternehmen offen stehen, von den mitarbeiterspezifischen SOP für Dienste am Unternehmen durch Einsatz der Arbeitskraft systematisch korrekt abgegrenzt werden können.

Auch Arbeitnehmer der Muttergesellschaft sollten SOP von Tochtergesellschaften steuerbegünstigt erhalten können, weil auch ein Aktienkauf seitens der Muttergesellschaft mit anschließender Ausgabe der Aktien an ihre Belegschaft betriebswirtschaftlich sinnvoll sein kann. Insbesondere für nicht börsennotierte mittelständische Muttergesellschaften dürfte dies interessant sein. Diese können mit Aktien börsennotierter Töchter ihre eigene Belegschaft motivieren, ohne selbst an die Börse gehen zu müssen und ohne Gefahr laufen zu müssen, wertvolle Mitarbeiter durch andere börsennotierte Unternehmen nur deshalb abgeworben zu bekommen, weil diese SOP begeben können.

Eine Teilnahme sämtlicher Arbeitnehmer an den Aktienoptionen als Voraussetzung für eine steuerliche Privilegierung macht bereits aus rein ökonomischen Gründen Sinn. So wurde erst unlängst belegt, dass Betriebe mit Mitarbeiterbeteiligung in aller Regel produktiver als Betriebe ohne eine solche Beteiligung sind<sup>29</sup>.

### 3.3 Bestimmter Mindestbezugspreis des Plans

#### (1) Regelungsvorschlag

Der Bezugspreis (Ausübungspreis) der SAO darf nicht niedriger sein als der Marktwert der jeweiligen Basis-Aktie zum Zeitpunkt der Optionsgewährung<sup>30</sup>.

#### (2) Begründung

Mit diesem zwingenden Tatbestandsmerkmal wird sichergestellt, dass seitens der Optionsberechtigten jedenfalls steuerrechtlich kein Vorteil daraus gezogen werden kann, dass die

25 Vgl. Entwurf des DRSC v. 15. 7. 2001, <http://www.standardsetter.de/drsc/doc/11.html>

26 Vgl. Handelsblatt v. 13. 11. 2000, S. 2 „Wenn Träume platzen“.

27 Wie lange der Arbeitnehmerstatus bestehen muss, um die Steuerbegünstigung bei SOP zu erlangen oder zu erhalten, mag der Gesetzgeber analog zu IRC Sec. 422 (a) 2, (c) 6; Reg. § 1.421-2 (a) 3, 7 (h) 2, i. V. m. Sec. 3401 (c) – Stichwort Billigkeit, Kündigungshindernis etc. – entscheiden.

28 Zur potenziellen SOP-Besteuerung von Aufsichtsräten und Beratern durch den BFH vgl. BFH v. 1. 2. 2001, IV R 57/99, DStR 2001, 1022.

29 Vgl. IAB-Kurzbericht, Ausgabe Nr. 9 v. 30. 5. 2002.

30 Vgl. analog IRC Sec. 422 (b) 4.

optionsbegebende Gesellschaft die Bezugspreise zu günstig festsetzt und damit ihre Mitarbeiter zu Lasten der Alt-Gesellschafter bevorzugt. Im Hinblick auf die Bestimmung des Marktwertes der Basis-Aktie sollte auf die Rechtsprechung zu § 19a AktG und § 11 BewG zurückgegriffen werden.

### 3.4 Einschränkungen der Übertragbarkeit

#### (1) Regelungsvorschlag

Die SAO-Vereinbarung sollte ausdrücklich enthalten, dass die SAO nicht handelbar und nicht durch den Optionsinhaber übertragbar ist. Dies sollte in die Gesetzesfassung für die SOP-Befreiung de lege ferenda aufgenommen werden.

Eine Ausnahme sollte es jedoch für Erbfälle entsprechend dem BFH-Urteil vom 20. 6. 2001<sup>31</sup> geben. Die Ausübung der SAO durch die Erben des SAO-Inhabers sollte steuerunschädlich gestattet werden. Das heißt umgekehrt, dass die Option zu Lebzeiten des Optionsinhabers regelmäßig von keiner anderen Person als ihm selbst steuerbegünstigt ausgeübt werden kann.

Veräußert, tauscht, schenkt etc. ein Arbeitnehmer seine SAO dennoch vor Ausübung oder hat er auf Grund der Optionsvereinbarung auch nur das Recht hierzu, so sollten alle seine Optionen der regulären Besteuerung unterliegen, ohne dass eine steuerfreie Freimenge gewährt wird. Der Besteuerungszeitpunkt wäre zudem, ohne dass man dies gesetzlich fixieren müsste, auf Grund der derzeitigen BFH-Rechtsprechung die Optionsausübung<sup>32</sup>.

#### (2) Begründung

Betriebswirtschaftlich sinnvoll konstruierte SOP sind nicht übertragbar und nicht handelbar, weil so eine optimale und maximale Bindung des Mitarbeiters und Optionsberechtigten an die optionsbegebende Aktiengesellschaft erreicht wird. Dem sollte auch ein Steuergesetzgeber Rechnung tragen. Zudem wird durch diese Gesetzesformulierung de lege ferenda eine Kompatibilität im internationalen Kontext erreicht<sup>33</sup>.

#### (3) Ausnahmen von der Nicht-Handelbarkeit

Wie oben begründet, sollte, damit eine SAO vorliegt, der Optionsempfänger seine Optionen ex lege nicht veräußern dürfen. Veräußerungen sollten generell als jegliche Art von Verkauf, Tausch, Schenkung oder der Verpfändung/Übertragung von Anwartschaftsrechten auf Anteile definiert werden. Folgende Ausnahmen könnten neben dem Erbfall hierbei gewährt werden:

- Tausch von SAO im Rahmen einer Spaltung, Verschmelzung oder sonstigen Umwandlungen gemäß UmwStG;
- Tausch von SAO im Rahmen eines squeeze out/Übernahmeangebots.

### 3.5 Betragsmäßige Begrenzung der steuerfreien Veräußerungsgewinne aus den ausgeübten Optionen

#### (1) Regelungsvorschlag

Die steuerfreien Veräußerungsgewinne sollen begrenzt werden. Dies ist schon aus Gerechtigkeits- und Gleichheitsgesichtspunkten im Hinblick auf § 16 und § 34 EStG sowie § 17

EStG sinnvoll und notwendig. Des Weiteren wird hier eine steuerfreie Freimenge vorgeschlagen, so dass in jedem Fall ein steuerfreier Veräußerungsgewinn bei jeder Veräußerung von Aktien aus der Optionsausübung entstehen wird. Im Übrigen wurde ganz bewusst kein Freibetrag, wie es z. B. § 16 EStG vorsieht, im Hinblick auf den Veräußerungsgewinn aus Aktien gewählt, sondern eine Freimenge von Aktien im Wert von 50 000 € bezogen auf den gemeinen Wert der optionsgeborenen Aktien am Ausgabestichtag der Aktienoptionen (vgl. Formulierungsvorschlag oben unter 2.3 („... deren Aktienwert in Summe 50 000 € bezogen auf den gemeinen Wert der Aktien am Ausgabestag der Aktienoption übersteigt“)).

Die vorgeschlagene Freimenge sollte grundsätzlich jedes Jahr ausschöpfbar sein. Natürlich könnte auch an eine nur alle zehn Jahre geltende Steuerbefreiung gedacht werden, wie sie § 13a ErbStG oder § 16 ErbStG i. V. m. § 14 ErbStG vorsehen.

#### (2) Begründung

Durch die hier vorgeschlagene Freimenge wird gezielt der Veräußerungsgewinn von Aktienverkäufen belohnt, bei denen der Arbeitnehmer und Optionsberechtigte den Aktienwert besonders gesteigert hat. Denn wenn Aktien im Wert von 50 000 € bezogen auf den gemeinen Wert der Aktien am Ausgabestag steuerbefreit sind, heißt dies, dass der steuerfreie Teil des Veräußerungsgewinns bei stark gestiegenen Aktien natürlich deutlich höher liegen kann. Damit ist ein weiteres Incentive für eine Steigerung des Aktienkurses gegeben und nutzt insbesondere den im Aufbau befindlichen jungen Wachstumsunternehmen des Mittelstands mit großem Wertsteigerungspotenzial. Umgekehrt belohnt der Gesetzesvorschlag nicht denjenigen, der besonders viele Optionen bekommt, jedoch den Aktienwert nicht oder nur unwesentlich gesteigert hat. Dieses Argument trägt insbesondere der aktuellen Kritik an SOP-Modellen Rechnung<sup>34</sup>.

Ferner ist der Freimengen-Vorschlag auch für mittelständische Unternehmen geeignet. Auf Grund des deutschen Umwandlungs- und Umwandlungssteuergesetzes hat schließlich jedes deutsche Unternehmen die Wahl und die Berechtigung, in eine Aktiengesellschaft zu wechseln. Folglich kann auch der deutsche Mittelstand diese Rechtsformvorteile nutzen.

#### (3) Beispiel zur Wirkung der Freimenge

Der gemeine Wert einer Aktie beträgt am 1. 1. 2002 5,00 €. Der Ausgabestag der Aktienoptionen ist ebenfalls der 1. 1. 2002. Bei einer vorgesehenen Aktienfreimenge von 50 000 € wären damit 10 000 Aktien steuerfrei veräußerbar.

### 3.6 Keine Laufzeitbegrenzung des Plans

Eine Laufzeitbegrenzung sollte per Gesetz nicht erfolgen, da bereits aus praktischen Erwägungen optionsbegebende Aktiengesellschaften Höchstlaufzeiten vorsehen werden und ein Grund für eine steuerlich motivierte Höchstlaufzeit wegen der Steuerverstrickung der optionsgeborenen Aktien nicht ersichtlich ist<sup>35</sup>.

Der Verzicht auf die Laufzeitbegrenzung macht auch im internationalen Kontext Sinn: Soll ein multilateraler Plan aufgestellt werden, der z. B. den Vorgaben des US-amerikani-

31 BFH v. 20. 6. 2001, VI R 105/99, DStR 2001, 1341 m. Anm.

32 Vgl. BFH-Entsch. in Fn. 5 und 6.

33 Vgl. analog IRC Sec. 422 (a) 1, (b) 5, (c) 2; Reg. § 1.421-8 (b) 1; Reg. § 1-421-5 (a) 3a, 3b.

34 Vgl. hierzu Handelsblatt v. 27. 8. 2002, S. 29.

35 Vgl. gl. A. Begründung zum Steueränderungsgesetz, BT-Drs. 14/6877 v. 7. 9. 2001, S. 25, das die 6-Jahres-Sperrfrist in § 19a EStG abschaffte.

schen IRC genügen soll, so sollte die Erstellung des Plans der optionsgebenden Aktiengesellschaft nicht dadurch erschwert werden, dass auch der deutsche Fiskus eine Laufzeitbegrenzung grundlos vorschreibt, die unter Umständen mit Regelungen anderer Fiskal kollidiert<sup>36</sup>.

### 3.7 Ausschluss der Geltung der §§ 38 ff. EStG

#### 3.7.1 Kein Lohnsteuerabzug

Der Vorschlag zur Gesetzesänderung enthält die Passage „Die §§ 38 EStG ff. gelten nicht.“ Damit ist sichergestellt, dass SOP-Veräußerungsgewinne nach § 19 EStG nicht automatisch in das Lohnsteuerabzugsverfahren münden. Fragen nach der Sicherstellung des Lohnsteuerabzugs, wenn Arbeitnehmer bei Verkauf der optionsgeborenen Aktien nicht mehr Arbeitnehmer der ausgebenden Aktiengesellschaft, folglich gar nicht mehr lohnsteuerpflichtig sind und keinen Kontakt mehr zur Aktiengesellschaft haben, werden entbehrlich. Es stellt sich damit auch nicht mehr die Frage nach einer etwaigen Meldepflicht und Lohnsteuerhaftung des Arbeitgebers.

Dieser Gedanke wird zum Teil bereits durch die aktuelle Rechtsprechung des BFH aufgegriffen: Er hat unlängst entschieden, dass von ausländischen Muttergesellschaften an deutsche Tochtergesellschaften gewährte Aktienoptionen nicht in das Lohnsteuerabzugsverfahren fallen, weil sie nicht üblich sind<sup>37</sup>. Es gibt daher bereits de lege lata Fälle, in denen SOP-Veräußerungsgewinne nicht dem Lohnsteuerabzugsverfahren unterliegen und vom Mitarbeiter selbst versteuert werden müssen. Der fehlende Lohnsteuerabzug zieht nicht zwingend Steuerausfälle nach sich. Eine unterlassene Deklaration der steuerpflichtigen Gewinne seitens des Arbeitnehmers hat schließlich steuerstrafrechtliche Konsequenzen (§§ 369 ff. AO).

#### 3.7.2 Keine Sozialversicherungspflicht

Lohnsteuerpflichtige Arbeitnehmer-Einkünfte gemäß § 38 ff. EStG sind regelmäßig sozialversicherungspflichtig. Dies gilt de lege lata für SOP nur insoweit, als sie von deutschen Arbeitgebern an ihre Arbeitnehmer ausgegeben wurden; zudem muss der Monat der Aktienübernahme regelmäßig während des Bestehens des Beschäftigungsverhältnisses des Arbeitnehmers oder zeitnah nach dessen Beendigung liegen<sup>38</sup>. Im

Ergebnis sind somit bereits heute nur bestimmte SOP beitragspflichtig.

Durch die oben vorgeschlagene Gesetzesergänzung wird die sozialversicherungsrechtliche Behandlung der SOP weiter vereinfacht und gerechter. Durch die Passage „Die §§ 38 EStG ff. gelten nicht“ ist klargestellt, dass SOP generell nicht lohnsteuer-, sondern allein einkommensteuerpflichtig und folglich gemäß § 1 ArEV sozialversicherungsfrei sind. Diese Regelung ermöglicht damit erstmals die Gleichbehandlung der Fälle ausländischer und deutscher Emittenten von SOP.

### 4. Zusammenfassung

- (1) Die neue deutsche Stock Option-Besteuerung sollte nicht nach dem Kriterium *Handelbarkeit/Nichthandelbarkeit* hinsichtlich der Gewährung von Vergünstigungen unterscheiden. Dies wäre, wie oben gezeigt wurde, betriebswirtschaftlich kontraproduktiv. Zudem ergäben sich bei Anfangsversteuerungsmodellen Konflikte mit internationalen Steuervorschriften, insbesondere mit dem Internal Revenue Code der USA.
- (2) Eine Umqualifizierung von Einkünften aus Stock Options in Kapitaleinkünfte, die dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen sollen, ist steuersystematisch nicht begründbar und im Hinblick auf die derzeitige Haushaltslage von Bund, Ländern und Gemeinden zu unflexibel, um darauf eine Gesetzesinitiative aufzubauen.
- (3) In dem Beitrag wird deshalb vorgeschlagen – unabhängig vom Zeitpunkt der Besteuerung – für *nicht* handelbare Optionen, ähnlich wie in den USA, ein anderes Incentive zu gewähren. Empfohlen wird der Flexibilität wegen im Hinblick auf die kritische Haushaltslage der Gebietskörperschaften eine Freimenge steuerfrei veräußerbarer Aktien, verbunden mit einer nachgelagerten Besteuerung des Veräußerungsgewinns der restlichen optionsgeborenen Aktien als Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit, soweit die Freimenge überschritten wird. Ein steuerrelevanter Zufluss erfolgt damit weder bei Optionsgewährung noch bei Optionsausübung.
- (4) Die Höhe der Freimenge sollte der Gesetzgeber in Abhängigkeit der gewünschten Förderwirkung und der Haushaltslage entscheiden. Eine Orientierung könnte ihm das US-amerikanische Steuerrecht bieten.
- (5) Technisch betrachtet sollten die die Freimenge übersteigenden Aktienverkaufserlöse aus ausgeübten Mitarbeiteraktienoptionen durch Fiktion des Zuflusses bei Verkauf der optionsgeborenen Aktien als nachträgliche Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit gemäß § 24 EStG i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 4 und § 19 EStG außerhalb des Lohnsteuerabzugsverfahrens versteuert werden.

<sup>36</sup> Vgl. IRC Sec. 422 (b) 2

<sup>37</sup> Vgl. BFH v. 23. 7. 2001, IV B 63/99, DStRE 2001, 1213.

<sup>38</sup> Vgl. Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger v. 26./27. 6. 1999, NWB Eilnachrichten Heft 42/1999 sowie BFH v. 23. 7. 2001, IV B 63/99, DStRE 2001, 1213.