

Eigenkapitalbasierte Vergütung de lege ferenda

Rechtliche und betriebswirtschaftliche Aspekte



LUKAS MÜLLER
Dr. oec. HSG et lic. oec.
publ., wissenschaftlicher
Mitarbeiter am Rechtswis-
senschaftlichen Institut der
Universität Zürich

Inhaltsübersicht

- I. Problemstellung
- II. Eigenkapitalbasierte Vergütungsformen
 1. Begriffsbestimmungen
 2. Funktionsweise der Derivate
 3. Bedeutung als Vergütungsform
- III. Rechnungslegung und rechtliche Aspekte der eigenkapitalbasierten Vergütungsformen
 1. International Financial Reporting Standards
 2. Entwurf Aktien- und Rechnungslegungsrecht
 - 2.1 Definition der «Beteiligungsrechte oder Optionen auf solche Rechte»
 - 2.2 Sachlicher Anwendungsbereich
 - 2.3 Persönlicher Anwendungsbereich
 - 2.4 Bewertung, buchhalterische Behandlung und Offenlegung
- IV. Fazit

I. Problemstellung

Eigenkapitalbasierte Vergütungsformen sind seit den grosszügigen Vergütungen der Manager börsenkotierter Unternehmen in allen Medien ein Thema, dennoch bleibt die Materie eine Unbekannte. Auch die bilanzielle Behandlung von Mitarbeiteroptionen im schweizerischen Recht ist bisher kaum erforscht.¹ Nichtsdestotrotz wurde die Entschädigung und

¹ Vgl. DANIEL HUG, Spitzenlohn dank Optionen – Manager mit Aktienoptionen zu entschädigen, setzt falsche Anreize. In der Schweiz werden Optionen noch reichlich ausgeschüttet, aber kaum als Aufwand verbucht, NZZ am Sonntag, 22.2.2004, 41. Zur Problematik der Aktienoptionsbehandlung im Rech-

Motivation von Managern durch eigenkapitalbasierte Vergütungsformen Mitte der 1990er Jahre auch in der Schweiz (inkl. einiger Auswüchse, die aus den USA «mitimportiert» wurden) zum Trend, der seither – trotz akuter Rezessionsangst – nicht abzubrechen scheint.² Mit Art. 959b Abs. 5 E-OR steht ein Vorschlag im Raum, der diese Regelungunsicherheit klären will.

II. Eigenkapitalbasierte Vergütungsformen

1. Begriffsbestimmungen

Eigenkapitalbasierte Vergütungsformen treten gemäss HOFFMANN in drei Grundformen auf: Als (1) Aktienoptionen (*stock* bzw. *share options*), als (2) börsenkursbezogene Wertsteigerungsrechte (*stock* bzw. *share appreciation rights*) oder als (3) direkte Gewährung von Eigenkapitalanteilen (z. B. Aktien, Partizipationsscheine) gegen eine nach Gesellschaftsrecht zugelassene Liberierungsform.³ Aktienoptionen verschaffen den Inhabern das Recht, innerhalb eines definierten Zeitraumes zu einem vorab bestimmten Preis (Ausübungspreis, *strike price*) den der Option unterliegenden Basiswert (*underlying*) zu beziehen. Die börsenkursbezogenen Wertsteigerungsrechte funktionieren im Prinzip genau gleich, obwohl die rechtliche Konstruktion von herkömmlichen Aktienoptionen differiert. Aus Sicht des Vergütungsberechtigten besteht nur ein Unterschied zu den Aktienoptionen: Wertsteigerungsrechte werden lediglich virtuell berechnet. Zu keinem Zeitpunkt besteht die Möglichkeit, tatsächlich einen Basiswert zu beziehen. Während eines festgelegten Zeitraumes existiert für den Mitarbeiter die Chance, einen Barausgleich entsprechend der positiven Differenz zwischen dem aktuellen Kurs des (virtuellen) Basiswerts und der Wertsteigerung zu beziehen (*cash settlement*).⁴ Wertsteigerungs-

nungswesen siehe BERNHARD PELLENS/ROLF UWE FÜLBIER/JOACHIM GASSEN, Internationale Rechnungslegung, 6. Aufl., Stuttgart 2006, 477 ff. Eine rechtliche Analyse findet sich in CHRISTOF HELBLING, Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen in der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003.

² Vgl. ERMES GALLAROTI, Weniger prall gefüllte Lohntüten der UBS-Spitzenmanager, NZZ, 19.3.2008, 21; LARISSA BIELER, Auch Chefs und Banker kritisieren übertriebene Manager-Gehälter, NZZ am Sonntag, 1.4.2007, 33.

³ Vgl. WOLF-DIETER HOFFMANN, Haufe IFRS-Kommentar, 5. Aufl., Freiburg i.Br. 2007, § 23 N 1 ff.

⁴ Vgl. PELLENS/FÜLBIER/GASSEN (FN 1), 494 f.

rechte werden ausgegeben, um die Aktionärsstruktur einer Gesellschaft nicht zu beeinflussen. Ausserdem muss keine Generalversammlung durchgeführt werden, um die Rechte den Mitarbeitern zuzuteilen. *Cash settlements* werden in diesem Beitrag nicht weiter ausgeführt.⁵

Die direkte Eigenkapitalgewährungsform ist unproblematisch. Sie kann aus bereits bestehenden, eigenen Aktien oder auch aus einer Kapitalerhöhung (mit welcher neue Aktien entstehen) bedient werden.⁶

2. Funktionsweise der Derivate

Aktioptionsen sind so genannte «Derivate», da sich ihr Preis von einem Basiswert ableitet (lat. *derivare*).⁷ Die Funktionsweise von Derivaten lässt sich anhand eines allgemeinen Alltagsbeispiels illustrieren, das mit jedem Vermögenswert nach dem gleichen Prinzip funktioniert: Angenommen, ein Hauseigentümer möchte für den nächsten Winter Heizöl kaufen, weiss jedoch nicht genau, wie sich die Preise für Heizöl entwickeln werden. Im besten Fall, der z. B. mit einer Wahrscheinlichkeit von 50 % eintritt, kann der Hauseigentümer das Heizöl für CHF 10 000 einkaufen und im schlechtesten Fall muss er CHF 20 000 bezahlen.⁸ Heute wäre der Marktpreis für diese Menge CHF 15 000. Was kann der Hauseigentümer tun? Eine Lösung für dieses Problem bestünde darin, mit einem Heizöllieferanten einen Vertrag abzuschliessen. In diesem Vertrag regeln die beiden Parteien, dass der Hauseigentümer beispielsweise am 1. Dezember des gleichen Jahres das Recht (jedoch nicht die Pflicht) hat, das Heizöl zu einem Preis von CHF 15 000 zu kaufen. Der andere Vertragspartner ist der so genannte Stillhalter. Er verpflichtet sich, für den Fall, dass der Hauseigentümer die Option ausübt, das Heizöl zu einem Preis von CHF 15 000 zu verkaufen. Das Heizöl stellt den der Option unterliegenden Basiswert (*underlying*) dar, von dem sich der Kontraktwert ableitet (innerer Wert bzw. *intrinsic value*).⁹ Um den Vertrag

abzuschliessen, zahlt der Hauseigentümer dem Stillhalter eine so genannte Optionsprämie. Falls nun im Dezember die Menge Heizöl auf dem Markt einen tieferen Wert aufweist als der Ausübungspreis der Option, dann lässt er die Option verfallen und kauft das Heizöl am Markt. Für den umgekehrten Fall, also wenn das Heizöl teurer ist als der Marktpreis, übt der Hauseigentümer die Option aus und lässt sich das Heizöl zum vereinbarten Preis liefern. Als Verlust für den Stillhalter fällt die Differenz zwischen Marktwert und Ausübungspreis der Option an (plus die Optionsprämie, welche seinen Verlust vermindert).

Das vorne beschriebene Geschäft wird als Call-Option bezeichnet. Es funktioniert mit jeder Art Basiswert (also auch mit Aktien) nach dem gleichen Prinzip. Der Inhaber der Call-Option, der das Recht (aber nicht die Pflicht) hat, die Option auszuüben, befindet sich in der «Long»-Position; im Gegensatz dazu ist der Stillhalter, welcher die Pflicht hat, den Basiswert zu liefern, in der «Short»-Position. Für eine Put-Option wäre die Systematik sehr ähnlich, wobei der «Long»-Teilnehmer das Recht (jedoch nicht die Pflicht) hätte, den Basiswert mittels Option zu verkaufen.¹⁰

Mit Aktioptionsprogrammen werden den Mitarbeitern meist mittels einer bedingten Kapitalerhöhung Optionen auf die Aktien zugeteilt, welche zu einem späteren Zeitpunkt dazu berechtigen, Aktien der Unternehmung zu beziehen.¹¹ Der Ablauf lässt sich i.d.R. in folgende Etappen unterteilen:¹²

- (1) Vom obersten Leitungsorgan der Unternehmung wird der Beschluss gefasst (*adoption date*), ein Mitarbeiteraktioptionsprogramm umzusetzen.
- (2) Im Zeitpunkt der Gewährung werden die Mitarbeiteraktioptionen dem Arbeitnehmer verbindlich zugesprochen (*grant date*).

(siehe APB Nr. 25). Eine präzisere Bewertung der Optionen, mit welcher der innere Wert und der Zeitwert berücksichtigt sind, ist beispielsweise mittels der Black/Scholes- bzw. Black/Scholes/Merton-Formel möglich (siehe hierzu nachstehend Abschnitt III.2.4). Diese stammt ursprünglich aus folgendem Aufsatz: FISCHER BLACK/MYRON SCHOLES, *The Pricing of Options and Corporate Liabilities*, *Journal of Political Economy* 81 (1973) 637 ff. Siehe auch ROBERT C. MERTON, *Theory of Rational Option Pricing*, *Bell Journal of Economics and Management Science* 4 (1973) 141 ff. Der Black-Scholes/Merton-Ansatz wird auch im neuen IFRS 2 und in SFAS 123 verwendet. Eine vereinfachte Darstellung findet sich in RUDOLF VOLKART, *Kapitalkosten und Risiko – Cost of Capital als zentrales Element der betrieblichen Finanzpolitik*, Zürich 2001, 253 ff.

¹⁰ Vgl. RICHARD A. BREALEY/STEWART C. MYERS/FRANKLIN ALLEN, *Principles of Corporate Finance*, 8. Aufl., Boston 2006, 565 ff.; RUDOLF VOLKART, *Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition*, 3. Aufl., Zürich 2007, 944 ff.

¹¹ Zur bedingten Kapitalerhöhung vgl. BÖCKLI (FN 6), § 2 N 191 ff.

¹² Vgl. ANDREAS KRAMER, *Stock Based Compensation – Rechnungslegung von aktienkursorientierten Vergütungssystemen*, Diss. oec. St.Gallen, Bremen 2002, 49 ff.

⁵ Vgl. WOLF-DIETER HOFFMANN, *Haufe IFRS-Kommentar (FN 3)*, § 23 N 42 ff., PELLENS/FÜLBIER/GASSEN (FN 1), 494 ff. mit weiterführenden Hinweisen.

⁶ Vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 14 f., PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3. Aufl., Zürich 2005 § 2.

⁷ Vgl. FRANCA CONTRATTO, *Konzeptionelle Ansätze zur Regulierung von Derivaten im schweizerischen Recht*, Analyse de lege lata und Vorschläge de lege ferenda unter besonderer Berücksichtigung der Anlegerinformation bei Warrants und strukturierten Produkten, Diss. Freiburg, AISUF, Band 251, Zürich/Basel/Genf 2006, 8 ff. Umfassend zu Derivaten: JOHN C. HULL, *Options, Futures and Other Derivatives*, 6. Aufl., New Jersey 2006, passim.

⁸ Der schlechte Fall tritt mit der Gegenwahrscheinlichkeit von 50 % ein.

⁹ Der Einfachheit halber wird in diesem Beispiel der Zeitwert (*time value*) von Optionen weggelassen. Dies war auch die Praxis nach alter US GAAP Regel, die bis Ende 2004 gültig war

- (3) Üblicherweise läuft bis zum sog. *vesting date* eine Sperrfrist. Erst mit Erreichen des *vesting date* kann die Option uneingeschränkt ausgeübt werden.¹³
- (4) Mit dem Ausübungstag (*exercise date*) wird die Option vom Mitarbeiter ausgeübt und gegen Aktien getauscht.
- (5) Übt der Mitarbeiter die Aktienoption in der Restlaufzeit nicht aus, so verfällt sie am Verfalltag (*lapse date*) ohne Gegenleistung.
- (6) Der Mitarbeiter kann die Aktie am Markt verkaufen, sobald er das Bargeld benötigt (*abortion date*).

Es ist anzumerken, dass es verschiedene Varianten gibt, zu welchem Zeitpunkt Optionen ausgeübt werden können.¹⁴ Bei der europäischen Option kann der Basiswert nur am vereinbarten Ausübungstag bezogen werden. Anders verhält es sich beispielsweise mit amerikanischen Optionen. Dort kann der Basiswert jederzeit während der Optionsfrist, also bis und mit dem Ausübungstag, bezogen werden. Eine Mischung aus amerikanischen und europäischen Optionen stellen wiederum die Bermuda-Optionen dar, welche nur in definierten Zeitfenstern ausgeübt werden können.¹⁵

Mitarbeiteraktienoptionspläne sind meistens derart ausgestaltet, dass mit Austritt aus der Unternehmung die nicht ausgeübten Optionen entschädigungslos verfallen.¹⁶ Es gibt viele Möglichkeiten, wie ein Mitarbeiteraktienoptionsprogramm konstruiert werden kann. Hierfür wird aber auf die einschlägige Fachliteratur verwiesen.¹⁷

3. Bedeutung als Vergütungsform

Eigenkapitalbasierte Vergütungen werden Mitarbeitern zugeteilt, damit diese an der Wertsteigerung der Unternehmung partizipieren können. Die Idee des *shareholder value* liegt diesem langfristigen Wertsteigerungsgedanken zugrunde.¹⁸ Aus der Trennung von Eigentum und Kontrolle resultiert ein

¹³ Während dieser Zeitspanne bestünde bloss eine Anwartschaft auf die Optionen, wobei der definitive Rechtserwerb an bestimmte Bedingungen geknüpft werden kann; dadurch müsste sich das Top-Management die variable Entschädigungskomponente zunächst «verdienen»; vgl. HELBLING (FN 1), 17 und 162.

¹⁴ Vgl. HULL (FN 7), 6 ff.

¹⁵ Vgl. HULL (FN 7), 742; die Namensgebungen haben übrigens keine geografische Bedeutung.

¹⁶ Siehe z. B. KRAMER (FN 12), 285.

¹⁷ Vgl. z. B. KRAMER (FN 12), 51; RETO SUTER, Corporate Governance & Management Compensation – Wertsteigerung, Diss. oec., Zürich 2000, 88; DIETER FEDDERSEN, Aktienoptionsprogramme für Führungskräfte aus kapitalmarktrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, ZHR 161 (1997) 283 ff. Zu den allgemeinen rechtlichen Problemen s. ERIC HAYMANN/THOMAS U. REUTTER, Bedingtes Kapital für Mitarbeiteroptionen – Anmerkungen zu einigen praktischen Problemen, ST 74 (2000) 781 ff.

¹⁸ Vgl. ALFRED RAPPAPORT, Creating Shareholder Value: A Guide for Managers and Investors, 2. Aufl., New York 1998, 32 ff.

principal-agent-Konflikt. Dieser Konflikt entsteht gemäss ökonomischer Theorie immer bei kumulativer Erfüllung dreier Voraussetzungen:¹⁹

- (1) Der Eigentümer einer Unternehmung (*principal*) überträgt per Vertrag die Verfügungsmacht über die Unternehmung an den Manager (*agent*).
- (2) Zwischen dem *principal* und dem *agent* besteht eine Informationsasymmetrie.
- (3) Da der *agent* keine Residualansprüche hält, hat er andere Interessen als der *principal*. Der Eigentümer ist lediglich an der Rendite orientiert, während der Manager in erster Linie möglichst viel Lohn, Spass an der Arbeit und erst in zweiter Linie eine möglichst hohe Rendite für die Eigenkapitalgeber erwirtschaften will, damit er seinen Job auch in Zukunft ausüben kann. Des Weiteren ist der *agent* weniger risikofreudig als ein *principal*, der seinen Kapitaleinsatz – im Gegensatz zum Arbeitseinsatz des *agent* – problemlos diversifizieren kann. Der *agent* wird demzufolge eine geringere, dafür sicherere Rendite anstreben als ein *principal*.

Die eigenkapitalbasierten Vergütungsformen finden in der Praxis Anwendung, um die Anreizstrukturen des *agent* derart zu verändern, dass sich die Interessen des *agent* denen des *principal* angleichen.²⁰ Im Zusammenhang mit der Subprime-Krise werden eigenkapitalbasierte Vergütungsformen zum Teil stark kritisiert, da sie die Risikofreude der Manager zu stark oder mit allzu kurzfristiger Optik schüren.²¹

III. Rechnungslegung und rechtliche Aspekte der eigenkapitalbasierten Vergütungsformen

Alle eigenkapitalbasierten Vergütungen haben, sofern die zugeteilten Eigenkapitaltitel aus einer Kapitalerhöhung stammen, keinen Abfluss liquider Mittel zur Folge. Bei der eigenkapitalbasierten Vergütung richtet – ökonomisch betrachtet – nicht die Unternehmung die Bezahlung für die Leistung des Arbeitnehmers aus, sondern der Eigenkapitalgeber. Normalerweise würde die Arbeitsleistung direkt mit liquiden Mitteln auf das Salärkonto des Mitarbeiters überwiesen. Bei der eigenkapitalbasierten Vergütung erhält der Mitarbeiter statt einer Barauszahlung ein Eigenkapitalin-

¹⁹ Vgl. MICHAEL M. C. JENSEN, M. C./WILLIAM H. MECKLING, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, <http://papers.ssrn.com/abstract=94043>, 4 ff., abgerufen am 6.4.2008, (diese Fassung entspricht einem Update des gleichen Artikels aus Journal of Financial Economics, 4 [1976] 305 ff.).

²⁰ Vgl. JENSEN/MECKLING (FN 19), 10 ff.

²¹ Vgl. GIORGIO V. MÜLLER, Gute und schlechte «goldene Fallschirme», NZZ, 4.12.2007, 30.

strument. Üblicherweise wird hierfür eine bedingte Kapitalerhöhung mit Entzug des Bezugsrechts durchgeführt.²² Dabei werden die vermögenswerten und mitgliedschaftlichen Rechte der bisherigen Aktionäre meistens verwässert.²³ Die aus steuerlichen Gründen nicht mehr gebräuchlichen, aus dem Bilanzgewinn finanzierten Tantiemen,²⁴ stellen – ökonomisch betrachtet – die gleiche Vergütungsart dar, obschon sich der Wert der Tantieme anhand des Gewinnes, derjenige von Aktienoptionen an der Unternehmenswertentwicklung bemisst.²⁵ Bei der Entrichtung von Tantiemen ist hingegen unstrittig, dass diese als Aufwand dem Bilanzgewinn zu belasten sind.

Die bilanzielle Behandlung der eigenkapitalbasierten Vergütung ist seit Jahren kontrovers. Nach den amerikanischen Rechnungslegungsvorschriften (*United States Generally Accepted Accounting Principles*) war es bis Ende Dezember 2004 möglich, eigenkapitalbasierte Vergütungsprogramme mit dem Ausgabepreis, der zum inneren Wert festgelegt wurde, als Personalaufwand zu verbuchen. Der innere Wert (*intrinsic value*) entspricht definitionsgemäss der Differenz aus aktuellem Wert und Ausübungspreis.²⁶ Falls der Ausübungspreis bei der Zuteilung des eigenkapitalbasierten Instruments zum Wert am Zuteilungszeitpunkt angesetzt wurde, entsprach der innere Wert null, was zugleich dem zu verbuchenden Personalaufwand darstellte.²⁷ Nach heute geltenden Rechnungslegungsvorschriften müssen die zugewiesenen Eigenkapitalinstrumente jeweils am Bilanzstichtag zum aktuellen Wert angesetzt werden.²⁸ Hierbei ist nicht nur der innere Wert, sondern auch der Zeitwert (*time value*) zu berücksichtigen. Der aktuelle Wert wird meist mit aufwendigen Optionspreisbewertungsmethoden geschätzt.²⁹

Bei der Bilanzierung ergeben sich Bilanzierungsfragen bezüglich der Verbuchung, der Erst- und der Folgebewertung der eigenkapitalbasierten Vergütungsprogramme, sofern keine einheitlichen Rechnungslegungsstandards festgelegt werden. Des Weiteren ist es notwendig, zu bestimmen, welche Art von Vergütungen (sachlicher Anwendungsbereich) und welche Vergütungsberechtigten (persönlicher Anwendungs-

bereich) von der Bilanzierungsnorm erfasst werden müssen. Diese Frage gilt es zu klären, da im schweizerischen Recht der Einzelabschluss, der sich aus der handelsrechtlichen Rechnungslegung ergibt, für den Überschuldungstest nach Art. 725 OR, die Gewinnausschüttung (Art. 675 ff. OR), Reservenbildung (Art. 671 ff. OR) und die Bemessung der Steuerschuld zu verwenden ist.³⁰

1. International Financial Reporting Standards

Da der am 21. Dezember 2007 veröffentlichte Entwurf zum Aktien- und Rechnungslegungsrecht stark von der internationalen Rechnungslegung geprägt ist, lohnt sich eine Betrachtung der «Vorbildnorm» IFRS 2 «Share-based Payment».³¹ Die Mitarbeitervergütung ist im Prinzip ein Vorgang, bei dem eine ökonomische Leistung (Güter oder Dienstleistungen) mit einem eigenkapitalbasierenden Instrument abgegolten wird. Dadurch kann es vorkommen, dass Personalaufwand direkt dem Eigenkapital zu belasten ist. Ob die Kosten für die erhaltenen Leistungen als (Personal-)Aufwendungen zu erfassen sind, hängt davon ab, ob ein aktivierungspflichtiger Vermögenswert erworben wird. Ein Aktivum i.S. der IFRS liegt vor, sofern aufgrund vergangener Ereignisse darüber verfügt werden kann und der Mittelzufluss genügend wahrscheinlich ist. Der Mittelzufluss muss zudem genügend verlässlich schätzbar sein.³² Diese Aktivendefinition deckt sich im Übrigen mit derjenigen des Art. 959 Abs. 2 E-OR.³³ Sofern ein Mitarbeiter im Rahmen seiner Tätigkeit das Eigenkapitalinstrument zum Marktwert erwirbt und eine Bar- oder Sacheinlage leistet, ist der eingebrachte Wert zu aktivieren.³⁴ Falls nun aber die Aktivierungsfähigkeit der zugewiesenen Aktien fehlt, muss Aufwand angesetzt werden.³⁵ Genau dies ist bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen üblicherweise der Fall.³⁶

²² Vgl. Art. 652b Abs. 2 i.V.m. Art. 653 Abs. 1 OR.

²³ Vgl. BÖCKLI (FN 6), § 2 N 273 ff.

²⁴ Vgl. Art. 677 OR; vgl. dazu FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 28 N 121 ff.

²⁵ Immerhin korrelieren Gewinn und Unternehmenswertentwicklung eng miteinander, s. GERALD A. FELTHAM/JAMES A. OHLSON, Valuation and Clean Surplus Accounting for Operating and Financial Activities, *Contemporary Accounting Research*, 11 (1995) 701 ff. und BENNET G. STEWART III, *The Quest for Value, The EVA Management Guide*, New York 1991, 179 ff.

²⁶ Vgl. Accounting Principles Board (APB), Opinion No. 25.7(d).

²⁷ Vgl. KRAMER (FN 12), 88.

²⁸ Vgl. IFRS 2.10.

²⁹ Die Schätzung erfolgt meist mit dem «Black/Scholes-Modell», das aus einigen komplexen mathematischen Formeln besteht; s. hierzu die in FN 9 zitierte Literatur.

³⁰ Vgl. Art. 57 ff. DBG. Der steuerrechtliche Abschluss darf jedoch zwecks Steuerplanung um einige im Gesetz definierte Korrekturmöglichkeiten angepasst werden, namentlich beim Ansatz von Abschreibungen.

³¹ Vgl. THOMAS BERNDT, Rechnungslegungsstandards zwischen staatlichem Recht und internationalen Standards, in: FS 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen (HSG), Zürich/St. Gallen 2007, 396 und LUKAS MÜLLER, Zur Einführung des Aktivenbegriffs durch das neue Aktien- und Rechnungslegungsrecht in das Schweizer Gesetz, SZW 79 (2007) 298 ff.

³² Vgl. das Rahmenkonzept des IASB Rz. 49(a) i.V.m. Rz. 85 f.

³³ Im Vorentwurf war dies freilich noch ein wenig anders: siehe hierzu LUKAS MÜLLER, Sanierungsfusion und Rechnungslegung – Unter besonderer Berücksichtigung von Forschungs- & Entwicklungskosten, Diss. oec. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 2008, §§ 3 und 5 passim sowie MÜLLER (FN 31), passim.

³⁴ Ein Praxisbeispiel zeigt BGE 130 III 495 ff.

³⁵ Vgl. IFRS 2.8.

³⁶ Vgl. PELLEN/FÜLBIER/GASSEN (FN 1), 483 f.

Angenommen, 20 Manager erhalten aufgrund ihrer guten Arbeitsleistungen die Möglichkeit, jeweils 50 Aktien zu beziehen. Der Börsenkurs jeder Aktie beträgt CHF 100, der Nennwert jeder Aktie CHF 1. Jeder Manager hat das Recht, die Aktien zu einem Vorzugspreis von CHF 60 zu beziehen. Buchungstechnisch zieht dies folgende Konsequenzen nach sich: Es ist ein Personalaufwand von CHF 40 000 und eine Zunahme der liquiden Mittel in Höhe von CHF 60 000 zu erfassen. Auf der Passivseite muss ein Bestandeszugang beim Aktienkapital (CHF 1000)³⁷ und bei den gesetzlichen Reserven bzw. Agio³⁸ (CHF 99 000) verbucht werden.³⁹

Falls Call-Optionen zugeteilt werden, wird das Beispiel komplexer.⁴⁰ Angenommen, 20 Manager bekommen dank ihrer guten Arbeitsleistung jeweils 300 Aktienoptionen im Wert von CHF 8. Der Ausübungspreis (*strike price*) der Option liegt bei CHF 100 pro Aktie. Der Nennwert jeder Aktie beträgt CHF 1. Zum Zeitpunkt der Gewährung (*grant date*) muss nach IFRS 2.8 «Personalaufwand / Freie Reserven CHF 48 000» erfasst werden.⁴¹ Diese Buchung zeigt, dass 6000 Optionen à CHF 8 als Mitarbeiter-Boni ausgegeben wurden. Nach drei Jahren üben die Manager ihre Optionen aus. Der Börsenkurs beträgt zum Ausübungszeitpunkt CHF 120 pro Aktie, d. h. pro Option erzielt jeder Mitarbeiter einen Gewinn von CHF 20.⁴² Jeder Mitarbeiter liberiert nun jede bezogene Aktien für je CHF 100. Somit ergeben sich folgende Buchungen: «Kasse / Aktienkapital CHF 6000» und «Kasse / Agio CHF 594 000». Das soeben skizzierte Beispiel gilt unter der Annahme, dass bereits erbrachte Arbeitsleistungen vergütet werden. In Übereinstimmung mit IFRS 2.14 können die Optionen dieses Beispiels sofort ausgeübt oder frei übertragen werden. Da diese Annahmen selten erfüllt sind, finden in der Praxis in den folgenden Perioden jeweils Anpassungen der Personalaufwendungen statt, die mit dem Eigenkapital zu verbuchen sind. Das ist der Fall, wenn z. B. ein Mitarbeiter eine Mindestverweildauer im Betrieb hat, die an die Ausübbarkeit der Aktienoptionen geknüpft ist. Üblicherweise muss der Mitarbeiter mindestens bis zum

Erreichen des *vesting date* in der Unternehmung verbleiben, andernfalls droht ihm, je nach konkretem Mitarbeiterbeteiligungsplan, der Verfall der Optionen.

2. Entwurf Aktien- und Rechnungslegungsrecht

In Art. 959b E-OR ist die Mindestgliederung für die Erfolgsrechnung skizziert. Absatz 5 dieser Vorschrift definiert folgendes:

«Werden dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan, dem Geschäftsführungsorgan oder den Mitarbeitenden Beteiligungsrechte oder Optionen auf solche Rechte zugeteilt, so ist dies erfolgswirksam zu verbuchen.»

Die Botschaft erläutert hierzu:⁴³

«Im geltenden Recht ist umstritten, ob und wie die Zuteilung von Optionen auf Beteiligungsrechten an das oberste Führungs- oder Verwaltungsorgan, an das Geschäftsführungsorgan und an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Erfolgsrechnung auszuweisen ist. Der Entwurf legt in Absatz 5 fest, dass die Zuteilung von Optionen erfolgswirksam zu verbuchen ist. Dasselbe gilt auch für die Zuteilung von Beteiligungsrechten.»

Im künftigen Recht sollen also nach Willen des Bundesrates Eigenkapitalinstrumente, die dem «obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan, dem Geschäftsführungsorgan oder den Mitarbeitenden»⁴⁴ zugeteilt werden, als Aufwand erfasst werden. Den Anwendungsbereich dieser Norm gilt es im Folgenden zu erläutern, da weder Botschaft noch Entwurf die rechnungslegungstechnische Behandlung dieser Geschäftsvorfälle näher thematisieren.

2.1 Definition der «Beteiligungsrechte oder Optionen auf solche Rechte»

Der Gesetzesentwurf nennt «Beteiligungsrechte oder Optionen auf solche Rechte». Darunter kann jede Bezahlung durch Eigenkapitalinstrumente – also Beteiligungsrechte oder Optionen auf ebensolche – von Unternehmen jeder Rechtsform für Güter und Dienstleistungen verstanden werden. Unter die Beteiligungsrechte sind nicht nur Aktien, sondern auch GmbH-Anteile oder Geldzahlungen zu subsumieren, deren Höhe vom Preis eines Eigenkapitalanteils bzw. des berechneten Unternehmenswertes (auch z. B. derjenige einer Kollektivgesellschaft) abhängt.⁴⁵ Die bisherige Erfahrung im Bereich des Übernahmerechts im Zusammenhang mit überraschenden Unternehmensübernahmen zeigt, dass eine

³⁷ Das Beispiel ist – mit kleinen schweizerischen Anpassungen des Verfassers – aus PELLENS/FÜLBIER/GASSEN (FN 1), 484 entnommen.

³⁸ Vgl. Art. 671 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

³⁹ Das Aktienkapital inkl. Agio ergibt sich aus $20 \times 50 \times 100 = 100\,000$. Der Mittelzufluss in Höhe von CHF 60 000 ergibt sich aus der Bareinlage. Die Differenz zwischen der Eigenkapitalerhöhung und der Bareinlage wird als Personalaufwand verbucht.

⁴⁰ Dieses Beispiel wurde – wiederum mit Anpassungen an die schweizerische Rechtslage – von PELLENS/FÜLBIER/GASSEN (FN 1), 485 inspiriert.

⁴¹ Mit Ausübung der Option sei die freie in die gesetzliche Reserve umzubuchen, da dies nun ein Agio darstelle; vgl. ANDREAS RISI, Mitarbeiteroptionen und -aktien – Bewertung, Rechnungslegung, Besteuerung, Schriftenreihe der Treuhänder-Kammer, Band 164, Zürich 2001, 365 f.

⁴² Marktpreis \cdot Ausübungspreis = Gewinn für den Mitarbeiter.

⁴³ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1707 f.

⁴⁴ Vgl. Art. 959b Abs. 5 E-OR.

⁴⁵ Analog die Bezeichnung in IFRS 2.1.

formaljuristische Betrachtung Gesetzesumgehungspotential birgt.⁴⁶ Trotz des per definitionem grossen Anwendungsbereiches wird es ausser den Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen kaum relevante Anwendungsfälle geben, da die Gestaltung von Eigenkapitalinstrumenten doch eher komplex ist.

Ein Ausweichen auf die Bewertung zum inneren Wert, wie dies in der Vergangenheit nach amerikanischer Regelung möglich war und auch unter IFRS ausnahmsweise «[i]n seltenen Fällen» gestattet wird, sofern der Zeitwert nicht ermittelbar ist, sollte nicht zugelassen werden, da ansonsten die Vorschrift, die Zuteilung der Eigenkapitalinstrumente erfolgswirksam zu erfassen, unterlaufen werden könne.⁴⁷ Wann ein seltener Ausnahmefall vorliegt, ist selbst nach IFRS 2.24 unklar. Diese Ausweichbestimmung wird deshalb äusserst restriktiv – wenn überhaupt – angewandt.⁴⁸

2.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Bezüglich des sachlichen Anwendungsbereiches ist zu fragen, ob in jedem Fall die Zuteilung der Beteiligungsrechte oder Optionen als erfolgswirksam (d. h. als Aufwand) zu erfassen ist. Die wörtliche Interpretation des Art. 959b Abs. 5 E-OR legt diesen Schluss nahe. Diese Norm steht jedoch in gewissen Fällen im Widerspruch zur Aktivdefinition von Art. 959 Abs. 2 E-OR, welche festlegt, dass Vermögenswerte als Aktiven bilanziert werden müssen.⁴⁹ Es fragt sich nun, welche Vorschrift vorrangig anzuwenden ist, sofern z. B. Aktien dem obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgan, dem Geschäftsführungsorgan oder den Mitarbeitenden zugewiesen werden und die Gegenleistung mit einem Vermögenswert erfolgt. Falls der Wortlaut des Art. 959b Abs. 5 E-OR für bare Münze zu nehmen ist, muss bei jeder Kapitalerhöhung, mit welcher Aktien an einen Mitarbeiter zugeteilt werden, die Aktienaussage als Aufwand erfasst werden («Aufwand / Aktienkapital»). Diese Verbuchungsmethode führt zu einem sinnwidrigen Ergebnis, da somit Aktienkapital – z. B. bei einer Einmann-AG, in welcher der einzige Aktionär auch Verwaltungsrat ist – immer aufwandwirksam erfasst werden müsste; die Gesellschaft wäre somit schon bei der Gründung stark verschuldet.

Sinnvoller ist eine Auslegung analog IFRS 2: Sofern die Gegenleistung, die für die Zuteilung eines Beteiligungs-

rechts oder einer Option erbracht wird, die Eigenschaften eines aktivierbaren Vermögenswertes erfüllt, sollte die Aktivdefinition von Art. 959 Abs. 2 E-OR eingreifen. Demzufolge müsste in diesen Fällen der eingebrachte Vermögenswert aktiviert, statt erfolgswirksam erfasst werden. Zu den nicht erfolgswirksam zu erfassenden Fällen gehören somit alle Sachverhalte, bei denen primär die «Eigenkapitalausstattung» bezweckt ist. Andererseits müssen Kapitalerhöhungen die vorrangig zwecks «Vergütung» vorgenommen werden, erfolgswirksam erfasst werden. Eine «Vergütung» liegt vor, wenn die Gegenleistung für die Aktien nicht die Definition des Aktivums gemäss Art. 959 Abs. 2 E-OR erfüllt. Die Differenz zwischen dem zugeteilten Beteiligungsrecht und dem Wert des eingebrachten Aktivums ist demnach erfolgswirksam zu erfassen. Charakteristisch für das Vorliegen einer «Eigenkapitalausstattung» ist die Abwicklung zu Marktkonditionen. Grundsätzlich wird der eingebrachte Vermögenswert, welcher das zu beziehende Eigenkapitalinstrument abgibt, zum wirklichen Wert geleistet, den jeder unabhängige Marktteilnehmer bezahlen würde. Der wirkliche Wert lässt sich umso einfacher nachweisen, wenn jedem Investor die Zeichnung des Eigenkapitalinstruments offen steht und Transparenz hinsichtlich der Herleitung des Unternehmenswertes gewährt wird. Dies geschieht unter anderem mit einer aussagekräftigen Rechnungslegung und Unternehmenskommunikation. Dadurch kann die objektive «Zahlungsbereitschaft» der Investoren hergeleitet werden. Alternativ kann der eingebrachte Vermögenswert mit geeigneten Bewertungsmethoden objektiviert eingeschätzt werden, sofern eine genügend verlässliche Schätzung überhaupt möglich ist.

2.3 Persönlicher Anwendungsbereich

Auch der persönliche Anwendungsbereich bleibt auslegungsbedürftig. Da Mitarbeiteroptionen meist von Konzerngesellschaften ausgegeben werden, ist die Frage zu klären, mit wem der Angestellte seinen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Diese Frage ist relevant, da der Konzern im Schweizer Recht lediglich bezüglich der Rechnungslegung normiert ist; ein positives Konzernrecht fehlt.⁵⁰ Vertragspartner des Mitarbeiters kann z. B. jede einzelne Konzerngesellschaft sein. Alternativ kann der Mitarbeiter auch von einer einzelnen Konzerngesellschaft angestellt werden, die alle Mitarbeiter auf Personalverleihbasis einsetzt.⁵¹ Die beispielhafte Aufzählung zeigt, dass unzählige vertragliche Ausgestaltungsmöglichkeiten existieren. Damit nun aber Art. 959b Abs. 5 E-OR greifen kann, darf der von dieser Vorschrift erfasste Personenkreis nicht formaljuristisch interpretiert werden, andernfalls kann durch das Dazwischenschalten einer Ge-

⁴⁶ Vgl. HANS CASPAR VON DER CRONE/EVA BILEK/MATTHIAS HIRSCHLE, Neuerungen im Offenlegungsrecht, SZW 80 (2008) 1 f.; CHARLOTTE JACQUEMART, EBK zieht die Schraube an, NZZ, 16.3.2008, 35.

⁴⁷ Vgl. IFRS 2.24.

⁴⁸ Vgl. CHRISTIAN KIMBERGER, Beck'sches IFRS-Handbuch, 2. Aufl., München/Wien/Bern 2006, § 24 N 30.

⁴⁹ Ein zu aktivierender Vermögenswert liegt vor, sofern er aus einem vergangenen Ereignis stammt, die Unternehmung über den Vermögenswert verfügt, in Zukunft mit genügender Wahrscheinlichkeit Mittel zufließen und der Mittelzufluss verlässlich schätzbar ist; vgl. Art. 959 Abs. 2 E-OR.

⁵⁰ Vgl. BÖCKLI (FN 6), § 11 N 1 ff.

⁵¹ Vgl. ROMAN HEIZ, Das Arbeitsverhältnis im Konzern, Diss. St. Gallen, ASR, Heft 696, Bern 2004, 38 ff.

sellschaft der Normgehalt ausgehebelt werden. Es muss deshalb die ökonomische Betrachtungsweise («*substance over form*») gelten. Demzufolge sind aus Sicht der Holding auch Mitarbeiter, Geschäftsleitungsmitglieder oder Verwaltungsräte einer Konzerntochter als von dieser Vorschrift erfasste Subjekte zu betrachten.

Art. 959b Abs. 5 E-OR legt fest, dass die formellen Organe einer Gesellschaft in den persönlichen Anwendungsbereich dieser Norm fallen. Faktische Organe werden nicht explizit erwähnt. Wer effektiv für eine Gesellschaft Entscheide trifft, die von grundlegender unternehmerischer Tragweite sind oder daran massgebend mitwirkt, ist faktisches Organ.⁵² Faktische Organe sollten, einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise folgend, auch von Art. 959b Abs. 5 E-OR erfasst werden. Ökonomisch macht es keinen Unterschied, ob ein formell gewähltes oder ein materielles Organ im Alltag für eine Gesellschaft Entscheide grundlegender Tragweite trifft. Es darf – gerade in der Rechnungslegung – nicht darauf ankommen, wie ein Sachverhalt juristisch zu qualifizieren ist, da andernfalls Raum für Bilanzmanipulationen geöffnet wird. Die wirtschaftliche Betrachtung ist bedeutend, da Art. 958 Abs. 1 E-OR sie als Grundsatz der ordnungsmässigen Rechnungslegung sieht. Folgerichtig ist deshalb der persönliche Anwendungsbereich auf die materiellen Organe auszuweiten, soweit diese die in Art. 959b Abs. 5 E-OR erwähnten Vergütungsbestandteile zugewiesen bekommen. Damit sollen sich Dritte ein verlässliches Bild von der wirtschaftlichen Lage der Unternehmung machen können.⁵³

2.4 Bewertung, buchhalterische Behandlung und Offenlegung

Die zugeteilten Beteiligungsrechte und Derivate sind mit anerkannten Methoden zum beizulegenden Zeitwert bzw. Marktwert («*fair value*») des jeweiligen Bilanzstichtages zu bewerten.⁵⁴ In der Praxis wird hierfür das Black/Scholes/Merton-Modell oder die Binomialmethode verwendet.⁵⁵ Die Binomialmethode wird zur Preisbestimmung von amerikanischen Optionen verwendet und ist im Prinzip nichts anderes als eine Darstellung möglicher Szenarien, wie sich der Wert der Option über die Zeit verändern könnte. Das simpelste Beispiel eines solchen Modelles wurde voranstehend mit dem Heizölbeispiel in Abschnitt II.2 skizziert. Hierfür wird die Annahme getroffen, dass sich der Basiswert einem *random walk* folgt, d.h., zu jedem Zeitpunkt besteht eine Wahrscheinlichkeit, dass der Wert steigt oder sinkt.⁵⁶

Das bekannteste und am weitesten verbreitete Optionspreis-Modell ist dasjenige von BLACK/SCHOLES/MERTON.⁵⁷ Es handelt sich hierbei um ein komplexes Differentialgleichungssystem für die Preisbestimmung europäischer Optionen, das unter anderem folgende Annahmen unterstellt: Der Preis des Basiswerts folgt einem *random walk*, es bestehen keine Transaktionskosten und Steuern, es werden – solange die Option existiert – keine Dividenden ausgeschüttet, der Börsenhandel findet stetig statt und der risikolose Zinssatz (meist von risikofreien Anleihen hergeleitet) sei konstant. Trotz dieser eher unrealistischen Annahmen ist BLACK/SCHOLES/MERTON ein anerkanntes Modell, um den Preis der Optionen zu approximieren.⁵⁸ Das eigentliche Problem stellt die Datenerhebung dar, um den Optionspreis herzuleiten.⁵⁹ In den hohen Anforderungen, die mit der Optionspreisbestimmung verbunden werden, liegt auch das Anwendungsdefizit. Es fragt sich, ob eine Bewertung zum inneren Wert in einfachen Verhältnissen angebracht ist.⁶⁰ Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die bekannten Manipulationsprobleme – «Gratis-Zuteilung» von Optionen (vgl. voranstehend Abschnitt III) – dem Regelungsgehalt von Art. 959b Abs. 5 E-OR zuwiderlaufen.

Zur buchhalterischen Behandlung siehe analog die voranstehenden Beispiele in Abschnitt III.1 a.E.

Damit die Verbuchung der eigenkapitalbasierten Vergütung im Abschluss aussagekräftig ausgewiesen werden kann, müssen im Anhang zusätzliche Informationen hinsichtlich der eigenkapitalbasierten Vergütung aufgeführt werden, «sofern dies für die Beurteilung der Vermögens- oder Finanzierungslage durch Dritte wesentlich oder aufgrund der Tätigkeit des Unternehmens üblich ist».⁶¹ Wesentlich ist eine Information für Dritte, sobald sie den Anlage- oder Kreditvergabeentscheid des Investors beeinflusst. Der Schweizer Prüfungsstandard der TREUHAND-KAMMER definiert in seinem Glossar: «Die Wesentlichkeit ist von der Grösse des Postens oder des Fehlers abhängig, die sich nach den besonderen Umständen des Weglassens oder der fehlerhaften Darstellung ergibt. Somit ist die Wesentlichkeit eher eine Schwelle oder ein Grenzwert und weniger eine primäre qualitative Anforderung, die eine Information haben muss, um nützlich zu sein.»⁶² Der gleiche Wesentlichkeitsmassstab ist sinnvollerweise auch für die Rechnungslegung nach OR anzuwenden. Als für den Abschlussadressaten wesentliche Informationen kommen namentlich folgende in Betracht:⁶³

⁵² Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (FN 6), § 19 N 18; BÖCKLI (FN 6), § 11 N 465 f.

⁵³ Vgl. Art. 958 Abs. 1 E-OR.

⁵⁴ Vgl. IFRS 2.10 analog.

⁵⁵ Vgl. HULL (FN 7), 241 ff. und 291 ff.

⁵⁶ Zur mathematischen Umsetzung dieses Modelles siehe HULL (FN 7), 241 ff.

⁵⁷ Siehe voranstehend die in FN 9 zitierte Literatur.

⁵⁸ Vgl. HULL (FN 7), 292 f.

⁵⁹ Vgl. KIMBERGER, Beck'sches IFRS-Handbuch (FN 48), § 24 N 33.

⁶⁰ Vgl. IFRS 2.12, 24.

⁶¹ Art. 959a Abs. 3 E-OR.

⁶² Vgl. Schweizer Prüfungsstandard, Zürich 2004, XXI.

⁶³ Vgl. IFRS 2.44 ff. und KIMBERGER, Beck'sches IFRS-Handbuch (FN 48), § 24 N 44.

- Die Beschreibung der Vertragskonditionen (Empfänger, Zuteilungszeitpunkt, Laufzeit, Ausübungsmodalitäten u. dgl.);
- eine Auflistung der zugeteilten eigenkapitalbasierten Vergütungsinstrumente;
- eine übersichtliche – evtl. tabellarische – Darstellung der offenen, der gewährten und allenfalls während der Laufzeit modifizierten Vergütungskontrakte, bei denen z.B. die Konditionen der Eigenkapitalinstrumentzuteilung geändert wurde;⁶⁴
- der bei der Ausübung der Beteiligungsrecht-Derivate zugrunde liegende Marktpreis des Basiswerts und schliesslich
- der Wert aller ausstehenden Optionen inkl. der Angabe über die Differenz zwischen Ausübungspreis und Marktpreis und über den Ausübungs- sowie Verfallszeitpunkt der ausstehenden Derivate.

Bei den vorne aufgeführten Angaben sollte für den Abschlussadressaten deutlich und verständlich darauf hingewiesen werden, wie und mit welchem Optionspreismodell die zugeteilten eigenkapitalbasierten Vergütungen bewertet, dass alle Werte zum jeweiligen Bilanzstichtag hin bestimmt wurden.⁶⁵ Zusätzlich zur Angabe des verwendeten Optionspreismodells müssen die ermittelten Modellparameter (v.a. Volatilität des Basiswertes und verwendeter risikofreier Zinssatz) angegeben und erläutert werden.

IV. Fazit

Die Klärung des Gesetzgebers, dass eigenkapitalbasierte Vergütungsformen erfolgswirksam verbucht werden sollen, ist im Grundsatz zu begrüssen. Anlass zur Kritik gibt die stillschweigende Unterstellung dieser Norm, dass eigenkapitalbasierte Beteiligungsprogramme immer «Vergütungen» für Arbeitsleistung darstellen. Die klare Abgrenzung ebendieser Programme zur reinen Eigenkapitalbeschaffung mag im Detail Schwierigkeiten bereiten.⁶⁶ Wenn die Beteiligungsrechte oder sich davon ableitende Rechte an das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan, dem Geschäftsführungsorgan oder den Mitarbeitenden zugeteilt werden, kann damit auch die Absicht verbunden sein, das Eigenkapital des Unternehmens zu stärken. Deshalb sollte i.S. der voranstehenden Ausführungen, sofern eine «Vergütung» zu Gunsten des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans, dem Geschäftsführ-

ungsorgan oder den Mitarbeitenden die Ausgabe der Beteiligungsrechte und Optionen geleistet wird, nur insofern ein Aufwand i.S.v. Art. 959b Abs. 5 E-OR erfasst werden, als die Zuteilung eine (zumindest teilweise) Gegenleistung für die geleistete Arbeit darstellt. Der zu Marktkonditionen (*at arm's length*) durch Bar- oder Sacheinlage entschädigte Eigenkapitalinstrumentanteil soll nach der hier vertretenen Ansicht aktiviert, statt als Aufwand erfasst werden. Das entspricht auch der Meinung, dass das zugeteilte Eigenkapitalinstrument nicht als Aufwand erfasst werden soll, sofern die Kapitalausstattung beabsichtigt ist und allen anderen Gesellschaftern die gleichen Beteiligungsrechts- und Optionsbezugsmöglichkeiten «*at arm's length*» offen stehen.⁶⁷

⁶⁷ Analog IFRS 2.4.

Le projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable, publié à fin décembre 2007, veut régler la manière de porter au bilan l'indemnité fondée sur le capital propre. Selon le projet, les droits de participation (ou les options sur ceux-ci) attribués aux membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, aux membres de la direction ou aux travailleurs doivent être comptabilisés dans le compte de résultat.

Afin d'interpréter cette prescription comptable, il convient de s'inspirer – de manière quelque peu simplifiée – des Normes Internationales d'Information Financière (normes IFRS). En vertu de celles-ci – et en fonction du champ d'application matériel de ces normes – seuls doivent être enregistrés dans le compte de résultat les situations qui ont une «indemnité» pour objectif. L'attribution de droits de participation et les options sur ceux-ci, qui poursuivent le but d'une «dotation en capital», doivent continuer d'avoir lieu sans influencer sur le résultat. Dans le cas contraire, si l'on veut suivre à la lettre l'art. 959b al. 5 P-CO, chaque SA à un seul actionnaire devrait, lors de sa création, comptabiliser déjà en tant que dépenses les actions, dans la mesure où elles sont attribuées aux travailleurs ainsi qu'aux organes de direction ou d'administration. Ainsi, au moment même de sa création (ou lors de l'augmentation de son capital), la SA aurait déjà à justifier d'une dépense très élevée sur la souscription au capital.

S'agissant du champ d'application personnel, il convient de s'en tenir à une appréciation de nature économique. Il convient donc d'inclure, en plus des cadres et des collaborateurs des personnes morales qui ont l'obligation de tenir une comptabilité, les groupes de sociétés qui sont en connexion avec celles-ci voire des organes matériels resp. virtuels. Les règles figurant dans les normes IFRS 2 s'appliquent, par analogie, à la comptabilisation en tant que telle, à l'évaluation et à la divulgation des options.

(trad. LT LAWANK, Fribourg)

⁶⁴ Vgl. GERHARD SCHWARZ, Wider die Selbstbedienung von Wellenreitern, NZZ, 28.2.2004, 21.

⁶⁵ Vgl. IFRS 2.46 analog.

⁶⁶ In BGE 130 III 495 ff. scheint eine Mischung aus Vergütung und Kapitalbeschaffung (da für den Arbeitnehmer eher unvorteilhafte Konditionen vorliegen) gewählt zu sein.