

STEUERN DER NATÜRLICHEN PERSONEN

Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit

Gewerbsmässiger Wertschriften-/Immobilienhandel

Viktor Bucher

Inhaltsverzeichnis

1. Rechtliche Grundlagen	3
1.1. Allgemeine gesetzliche Regelung	3
1.2. Selbständige Erwerbstätigkeit	3
2. Einkommen und Vermögen aus selbständiger Erwerbstätigkeit	3
2.1. Begriff und Arten der selbständigen Erwerbstätigkeit	3
2.2. Abgrenzung zur Liebhaberei	4
2.3. Abgrenzung zur privaten Vermögensverwaltung	5
2.4. Privatentnahme: Überführung von Vermögenswerten aus dem Geschäftsvermögen in das Privatvermögen	5
3. Gewerbmässiger Wertschriftenhandel	6
3.1. Wertschriftenbegriff nach Kreisschreiben Nr. 8 (gekürzter Wortlaut):	6
3.2. Definition des Wertschriftenhandels	6
3.2.1. „Save Haven Rules“	6
3.2.2. Bundesgerichtliche Kriterien.....	7
3.2.3. Erläuterung einzelner Kriterien.....	7
3.2.4. Kantonale Praxis.....	9
4. Praxisbeispiele der direkten Bundessteuer	10
5. Bemessungsgrundlage (Kreisschreiben Nr. 8)	11
6. Gewerbmässiger Liegenschaftenhandel	12
6.1. Allgemein	12
6.2. Kriterien für den gewerbmässigen Liegenschaftenhandel.....	12
6.3. Erläuterung der Kriterien im Einzelnen	13
6.4. Besteuerung von Liegenschaftsgewinnen	15
6.4.1. Allgemein.....	15
6.4.2. Neuerung bei der Doppelbesteuerung	16
7. Gewerbmässiger Weinhandel	16
8. Ausblick – Weitere Wertanlagen für gewerbmässigen Handel	17
8.1. Kunsthandel.....	17
8.2. Waffenhandel.....	17
9. Schlussbemerkung	18

Literaturhinweise

Werden bei den nachfolgenden Autoren keine Zitiervorschläge angefügt, werden die jeweiligen Autoren / der jeweilige Autor mit dem Nachnamen und der entsprechenden Seitenzahl bzw. Randziffer angegeben.

LOCHER Peter	Kommentar zum DBG, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil, Art. 1-48 DBG, 1. Auflage, Basel 2001.
REICH Markus/Weidmann Markus	In: Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht, Zweifel Martin / Beusch Michael (Hrsg.), Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 3. Auflage, Basel 2017 (zit.: REICH/WEIDMANN, Kommentar)
REICH Markus, DUSS Marco	Unternehmensstrukturierungen im Steuerrecht, 1. Auflage, Basel / Frankfurt am Main 1996. (zit.: REICH/DUSS, Unternehmenssteuerrecht)

Abkürzungsverzeichnis

ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Bern)
BdBSt	Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (aufgehoben)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer
E.	Erwägung(n)
StE	Der Steuerentscheid (Basel)
StG	Steuergesetz
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden
ST	Schweizer Treuhänder (Zürich)
StR	Steuer Revue (Bern)

1. Rechtliche Grundlagen

1.1. Allgemeine gesetzliche Regelung

Gemäss Art. 16 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 sind „alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte“ steuerbar. Mit dieser Generalklausel hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Gesamtreineinkommenssteuer festgehalten. Ausgenommen von der Einkommensbesteuerung sind Einkünfte nur, wenn dies eine ausdrückliche Gesetzesnorm anordnet. Als eine solche Ausnahme erweist sich die Bestimmung von Art. 16 Abs. 3 DBG, wonach Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen steuerfrei sind.

1.2. Selbständige Erwerbstätigkeit

Art. 18 Abs. 1 DBG hält fest, dass alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit steuerbar sind. Zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit gehören nach Art. 18 Abs. 2 DBG auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen. Damit wurde die Kapitalgewinnsteuernpflicht auf den gesamten Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit, d.h. auf alle Gegenstände des Geschäftsvermögens ausgedehnt; währenddem sie nach altem Recht (Art. 21 Abs. 1 Bst. d BdBSt) auf buchführungspflichtige Unternehmen beschränkt war.

2. Einkommen und Vermögen aus selbständiger Erwerbstätigkeit

2.1. Begriff und Arten der selbständigen Erwerbstätigkeit

Als selbständig erwerbend gelten jene natürlichen Personen, die durch:

- Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital,
- in frei gewählter Organisation,
- auf eigenes Risiko,
- anhaltend,
- planmässig und
- nach aussen sichtbar,

zum Zweck der Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen.¹

Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit ist weit umfassender als der Unternehmensbegriff. Dies zeigt sich bereits darin, dass Art. 18 Abs. 1 DBG nebst den Einkünften aus einem Betrieb (Handel, Industrie, Gewerbe, Land- oder Forstwirtschaft) und freien Berufen auch alle Einkünfte aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit für steuerbar erklärt. Eine Eintragung im Handelsregister oder dem Führen einer Buchhaltung bedarf es demnach zu einer steuerrechtlichen Qualifikation als Selbständigerwerbender nicht. Des Weiteren kann eine selbständige Erwerbstätigkeit haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder temporär ausgeübt werden. Als Selbständigerwerbende gelten nach der gesetzlichen Umschreibung neben den Einzelfirmeninhabern auch die

¹ LOCHER, N 13 ff. zu Art. 18 DBG;

Gesellschafter von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, die Teilhaber einfacher Gesellschaften mit gewerblichen oder geschäftlichen Betrieben und sogar die stillen Teilhaber an solchen Betrieben.²

Ausschlaggebend bei der Frage, ob im Einzelfall eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, ist stets das Gesamtbild der vollzogenen Tätigkeiten. Es sind alle Umstände des Einzelfalls in die Beurteilung einzubeziehen.³ Aus diesem Grund bedarf es einer sorgfältigen Abwägung sämtlicher Aspekte. Es ist umfassend abzuklären, ob die Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit insgesamt in solcher Zahl und Stärke vorhanden sind, dass der Sachverhalt dem Erscheinungsbild der selbständigen Erwerbstätigkeit zugeordnet werden kann.⁴

Daraus ergeben sich insbesondere Abgrenzungsfragen zur Liebhaberei und zur privaten Vermögensverwaltung:

2.2. Abgrenzung zur Liebhaberei

Gegenüber der Liebhaberei oder Hobbytätigkeit ist die selbständige Erwerbstätigkeit dadurch geprägt, dass ihr wirtschaftliches Ziel auf die Erzielung eines Gewinns ausgerichtet ist. Kann im Einzelfall eine Gewinnerzielungsabsicht nachgewiesen werden, ist auch dann eine selbständige Erwerbstätigkeit anzunehmen, obwohl das Vorgehen des Pflichtigen (nach betriebswirtschaftlichen Kriterien beurteilt) nicht zur Erzielung eines Gewinns geeignet war. Ist dagegen von vornherein klar, dass die zu beurteilenden Aktivitäten auch längerfristig betrachtet nicht zu einem Gewinn führen können, dürfte es am Erfordernis der Planmässigkeit fehlen. In diesem Fall ist trotz des Vorliegens einer Gewinnerzielungsabsicht nicht von einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen.

Ob eine Gewinnerzielungsabsicht im Einzelfall vorliegt, ist aufgrund objektiver Umstände zu beurteilen. Dabei gibt vielfach auch die Art und Weise wie der Steuerpflichtige auf das Ausbleiben eines Gewinnes reagiert Aufschluss. Wer eine Tätigkeit vorwiegend mit Gewinnerzielungsabsicht ausübt, wird sich durch das andauernde Fehlen eines finanziellen Erfolgs von der Unergiebigkeit seines Unterfangens überzeugen und von der Weiterführung der betreffenden Tätigkeit absehen. Tut er dies nicht, so ist anzunehmen, dass nicht der wirtschaftliche Erfolg, sondern die Befriedigung persönlicher Bedürfnisse im Vordergrund steht. Allerdings genügt das Vorliegen einer längeren Verlustphase alleine noch nicht zur Verneinung einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Es gibt keine feste Frist, binnen derer zwingend Gewinne erwirtschaftet werden müssen, damit noch von einer Gewinnerzielungsabsicht ausgegangen werden kann.⁵

Für die Abgrenzung der Hobbytätigkeit zur selbständigen Erwerbstätigkeit kann im Weiteren auch bereits die Art der Tätigkeit mit welcher sich der Steuerpflichtige befasst einen wichtigen Hinweis geben. Ein beliebtes Abgrenzungsbeispiel der Liebhaberei gegenüber der selbständigen Erwerbstätigkeit ist das Halten von Pferden, welches sich wie folgt darstellt:

Ein Steuerpflichtiger betreibt Pferdesport. Um die damit verbundenen Kosten steuerlich absetzen zu können, bezeichnet er seinen Reitstall als öffentlich und vermietet gelegentlich eines seiner Pferde an Freunde und Bekannte. Die Kosten sind dabei dauernd höher als die Mieteinnahmen. In einem solchen Fall ist die Erwerbstätigkeit bloss vorgeschoben. Es fehlt grundsätzlich an einer Gewinnerzielungsabsicht, womit von einer Liebhaberei auszugehen ist. Die geltend gemachten Verluste können steuerlich nicht berücksichtigt werden.⁶

² REICH/DUSS, Unternehmenssteuerrecht, S.264.

³ BGer 13.12.2003, in: StE (2004) B 23.9 Nr. 7, E. 2.3.

⁴ REICH/DUSS, Unternehmenssteuerrecht, S.265.

⁵ BGE vom 19.09.2007, 2A.126/2007, E. 2.3.

⁶ Finanzdirektion Kanton Zug, Steuerbuch - Erläuterungen zu § 17: Selbständige Erwerbstätigkeit, <<http://www.zug.ch/behoerden/finanzdirektion/steuerverwaltung/steuerbuch>>, S.4.

2.3. Abgrenzung zur privaten Vermögensverwaltung

Die grösste Schwierigkeit bereitet die Abgrenzung der selbständigen Erwerbstätigkeit von der privaten Vermögensverwaltung. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Kapitalgewinne im Privatvermögensbereich nicht besteuert werden. Die Nichtbesteuerung der privaten Kapitalgewinne wird im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit als Systemfehler betrachtet, dessen Ausnutzung im Ergebnis zu stossenden Situationen führt.

Die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne erscheint als systemwidrige Ausnahme vom Grundsatz der Gesamtreineinkommensbesteuerung.⁷ Der Gesetzgeber hat trotz der Unstimmigkeiten davon abgesehen, die Gewinne und Verluste auf beweglichem Privatvermögen in den allgemeinen gesetzlichen Einkommensbegriff einzubeziehen.⁸ Im Unterschied zur Regelung vor der Einführung des DBG und des StHG werden die Gewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen in diesen beiden Gesetzen sogar ausdrücklich für steuerfrei erklärt. Die „Expertenkommission Steuerlücken“ hat allerdings anerkannt, dass die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne angesichts des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zwar eine Lücke darstellt, *„dass es aber eine allumfassende (also auch das Sachvermögen), praktikable, die Privatsphäre respektierende, allen Gerechtigkeitsproblemen Rechnung tragende Besteuerung privater Kapitalgewinne nicht gibt“*.⁹

Kapitalgewinne aus der Veräusserung von beweglichen Vermögenswerten bleiben so lange steuerfrei, als sie im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung oder in Ausnützung einer sich zufällig bietenden Gelegenheit erzielt werden. Privatvermögen bilden diejenigen Sachen und Rechte, die aufgrund ihrer Beschaffenheit und ihrer konkreten Zweckbestimmung privaten Interessen dienen. Die privaten Interessen sind zu unterscheiden von den auf Erwerb gerichteten Aktivitäten des Steuerpflichtigen. Danach sind Wertschriften, Liegenschaften und andere Kapitalanlagen dem Privatvermögen zuzurechnen, wenn sie im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung gehalten werden.

Abschliessend kann grundsätzlich gesagt werden, dass eine steuerpflichtige Person bei der Vermögensverwaltung immer dann steuerbares Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erzielt, wenn sie An- und Verkäufe von Vermögensgegenständen in einer Art tätigt, die über die schlichte Verwaltung von Privatvermögen hinausgeht.¹⁰

2.4. Privatentnahme: Überführung von Vermögenswerten aus dem Geschäftsvermögen in das Privatvermögen

Als steuerbare Verwertung gilt unter anderem die Überführung von Geschäftsvermögen in das Privatvermögen, welches gleichzeitig der häufigste steuersystematische Gewinnausweistatbestand ist. In Art. 8 Abs. 1 StHG und Art. 125 DBG wird dieser Geschäftsvorfall „Privatentnahme“ genannt. Im Zuge von Privatentnahmen muss über die stillen Reserven auf den entnommenen Vermögenswerten abgerechnet werden.¹¹

⁷ BGer vom 12.07.1989, in: StE (1990) B 24.4 Nr. 22, E. 4.

⁸ BGE 114 Ia 221 ff., in: StR 1989, S.68 ff.

⁹ REICH/WEIDMANN, Kommentar, N 46 zu Art. 16 DBG.

¹⁰ BGer vom 2.12.1999, in: StE (2000) B 23.1 Nr. 45, E. 2a.

¹¹ REICH/WEIDMANN, Kommentar, N. 32 f. zu Art. 18 DBG.

3. Gewerbmässiger Wertschriftenhandel

3.1. Wertschriftenbegriff nach Kreisschreiben Nr. 8 (gekürzter Wortlaut):

Wertschriften sind Wertpapiere sowie nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte). Zu den Wertschriften gehören einmal jene Wertpapiere im zivilrechtlichen Sinn, die entweder volle Mitgliedschaftsrechte (z.B. Aktien, Anteile von Genossenschaften) oder bloss beteiligungsrechtliche Vermögensrechte (z.B. Partizipationsscheine, Genussscheine, Anteile von Anlagefonds) verkörpern sowie Forderungsrechte (Obligationen). Sodann umfassen die Wertschriften im steuerlichen Sinn auch bloss buchmässig registrierte Mitgliedschafts- und Forderungsrechte. Schliesslich zählen zu den Wertschriften auch die Derivate, deren Wert von einem bestimmten Basiswert (Aktien, Obligationen, Devisen, Edelmetalle, Rohwaren, Indizes, usw.) abgeleitet wird. Zu den derivativen Finanzinstrumenten zählen insbesondere Optionen, Futures und Swaps.

3.2. Definition des Wertschriftenhandels

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist immer auf Grund der Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob einfache private Vermögensverwaltung oder selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt.¹²

Zunächst wird der konkrete Einzelfall unter den Kriterien der sogenannten „Save Haven Rules“ geprüft. Liegen diese Kriterien kumulativ vor, kann der gewerbmässige Wertschriftenhandel ausgeschlossen und eine private Vermögensverwaltung angenommen werden.

Liegen diese Kriterien nicht kumulativ vor, muss anhand der allgemeinen Kriterien geprüft werden, ob Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen.

3.2.1. „Save Haven Rules“

Um der Mehrheit der Steuerpflichtigen eine angemessene Rechtssicherheit zu gewährleisten, hat die Schweizerische Steuerkonferenz Kriterien ausgearbeitet, anhand derer im Rahmen einer Vorprüfung gewerbmässiger Wertschriftenhandel ausgeschlossen werden kann. Die Steuerbehörden gehen in jedem Fall von einer privaten Vermögensverwaltung bzw. von steuerfreien privaten Kapitalgewinnen aus, wenn die nachfolgenden Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- Die Haltedauer der veräusserten Wertschriften beträgt mindestens ein Jahr;
- Das Transaktionsvolumen (betragsmässige Summe aller Käufe und Verkäufe) pro Kalenderjahr beträgt gesamthaft nicht mehr als das Fünffache des Wertschriften- und Guthabenbestandes zu Beginn der Steuerperiode;
- Das Erzielen von Kapitalgewinnen aus Wertschriftengeschäften bildet keine Notwendigkeit, um fehlende oder wegfallende Einkünfte zur Lebenshaltung zu ersetzen. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die realisierten Kapitalgewinne weniger als 50% aller steuerbaren Einkünfte in der Steuerperiode betragen;
- Die Anlagen bzw. deren Transaktionen sind grundsätzlich allen Anlegern zugänglich und stehen nicht in engem Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit bzw. sind nicht auf spezielle Kenntnisse auf Grund einer besonderen beruflichen Stellung zurückzuführen;

¹² ASA 71 (2002/2003), S.627 ff. (629).

- Die Anlagen sind nicht fremdfinanziert oder die steuerbaren Vermögenserträge aus den Wertschriften (wie z.B. Zinsen, Dividenden, usw.) sind grösser als die anteiligen Schuldzinsen;
- Der Kauf und Verkauf von Derivaten (insbesondere Optionen) beschränkt sich auf die Absicherung von eigenen Wertschriftenpositionen.

Werden die obgenannten Kriterien der „Save Haven Rules“ nicht kumulativ erfüllt, kann (noch) keine private Vermögensverwaltung bzw. kein steuerfreier privater Kapitalgewinn angenommen werden. Vielmehr ist anhand von weiteren, bundesgerichtlichen Kriterien zu überprüfen, ob eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, oder diese gleichwohl noch ausgeschlossen werden kann (siehe nachfolgend).

3.2.2. Bundesgerichtliche Kriterien

Für die Beurteilung einer selbständigen Erwerbstätigkeit sind verschiedene Indizien in Betracht zu ziehen, von denen jedes zusammen mit anderen, im Einzelfall jedoch unter Umständen auch bereits für sich allein zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit ausreichen kann. Der Umstand, dass einzelne typische Elemente der selbständigen Erwerbstätigkeit im Einzelfall fehlen (z.B. die grosse Häufigkeit der Transaktionen oder der Einsatz fremder Mittel), kann durch andere Elemente kompensiert werden, die mit besonderer Intensität vorliegen.¹³ Als Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit können folgende Kriterien in Betracht kommen:

- a. Systematische oder planmässige Art und Weise des Vorgehens in Bezug auf die Ausnutzung der Entwicklung eines Marktes zur Gewinnerzielung;
- b. Häufigkeit der Geschäfte (Anzahl Transaktionen), wobei bereits eine Transaktion gewerbmässigkeit begründen kann (Hohes Volumen, Gewinn, vollständig fremdfinanziert);
- c. Enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit;
- d. Einsatz spezieller Fachkenntnisse;
- e. Einsatz erheblicher Fremdmittel;
- f. Wiederanlage des Verkaufserlöses in gleichartige oder ähnliche Vermögensgegenstände;
- g. Eingehen eines erheblichen finanziellen Risikos;
- h. Derivateinsatz, welcher über die Depotabsicherung hinausgeht;
- i. Kurze Besitzdauer.

3.2.3. Erläuterung einzelner Kriterien

a. *Systematische oder planmässige Art und Weise des Vorgehens*

Die steuerpflichtige Person wird aktiv wertvermehrend tätig oder ist bemüht, die Entwicklung eines Marktes zur Gewinnerzielung auszunützen.¹⁴ Für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit mit Wertschriften ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts weder erforderlich, dass die steuerpflichtige Person diese Tätigkeit in einem eigentlichen, organisierten Unternehmen ausübt,¹⁵ noch dass sie nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.¹⁶

¹³ ASA 73 (2004/2005), S. 299 ff. (304).

¹⁴ ASA 69 (2000/2001), S. 788 ff. (791).

¹⁵ ASA 71 (2002/2003), S. 627 ff. (631).

¹⁶ ASA 66 (1999/2000), S. 224 ff. (226).

b. Häufigkeit der Geschäfte und kurze Besitzdauer

Eine kurze Besitzdauer deutet darauf hin, dass die steuerpflichtige Person nicht vorwiegend Anlagezwecke verfolgt, sondern vielmehr an einer raschen Erzielung eines Gewinns interessiert ist.¹⁷ Unter Umständen kann schon eine einzige Transaktion dazu führen, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt.¹⁸ Mit der Häufigkeit der Geschäfte und der Kürze der Besitzdauer der Wertschriften wächst die Annahme, dass die steuerpflichtige Person keine zumindest mittelfristige Kapitalanlage anstrebt, sondern auf eine rasche Erzielung eines Kapitalgewinns angewiesen ist und auch in Kauf nimmt, dass bedeutende Verluste zum Tragen kommen könnten.¹⁹

Zu berücksichtigen ist im Weiteren auch die Relation zwischen der Anzahl der Transaktionen und dem Ausmass des verwalteten Vermögens. Bei einem Wertschriftenvermögen von rund 16 Mio. Franken lassen 165 Transaktionen in einem Jahr für sich allein noch nicht auf Gewerbmässigkeit schliessen, wird das Vermögen dabei jedoch fast dreieinhalb mal umgeschichtet, so geht das nach Ansicht des Bundesgerichts eindeutig über die blossе Vermögensverwaltung hinaus²⁰.

Auch eine Pianistin mit einem Gesamtvermögen von rund 18 Mio. Franken, die in zwei Jahren 343 Optionsgeschäfte tätigen lässt (EUREX- bzw. SOFFEX-Transaktionen), ist selbständig erwerbstätig.²¹ Daran ändert nichts, dass sie keine Fremdmittel eingesetzt hat und selber keine Kenntnisse im Bereich der Vermögensverwaltung besitzt.

c./d. Enger Zusammenhang der Geschäfte mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person sowie Einsatz spezieller Fachkenntnisse

Der enge Zusammenhang der Geschäfte mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person kann auch ein Indiz dafür sein, dass diese nicht wie eine Privatperson handelt, sondern eben wie eine haupt- oder nebenberuflich selbständig erwerbende Person versucht, Gewinne zu erzielen.²² Dabei sollte der Ausnützung beruflicher Kenntnisse keine allzu grosse Bedeutung beigemessen werden, denn auch ein Kunstsachverständiger oder Bankangestellter kann mit Kauf und Verkauf von Kunstgegenständen oder kotierten Wertschriften Gewinne im einkommenssteuerfreien Bereich erzielen. Nur wenn die hauptberuflich zur Verfügung stehende Infrastruktur in wesentlichem Ausmass Grundlage der Geschäftsabwicklung ist oder wenn die Transaktionen unter Ausnützung der hauptberuflich gepflegten Geschäftsbeziehungen zustande kommen, kann der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung unter Umständen gesprengt werden.

Darüber hinaus ist es unerheblich, ob die steuerpflichtige Person Wertschriftengeschäfte selbst oder über einen bevollmächtigten Dritten (Bank, Treuhänder, usw.) abwickelt.²³ Das Verhalten dieser bevollmächtigten Personen, welche als Hilfspersonen gelten, wird der steuerpflichtigen Person zugerechnet. Dies wird damit begründet, dass sich der Erfolg (oder Misserfolg) der getätigten Geschäfte letztendlich in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der (auftraggebenden) steuerpflichtigen Person einstellt.²⁴

e. Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte

Der Einsatz von erheblichen Fremdmitteln in der privaten Vermögensverwaltung ist eher atypisch. Normalerweise wird bei der gewöhnlichen Anlage von privatem Vermögen darauf geachtet, dass

¹⁷ ASA 66 (1999/2000), S. 224 ff. (228).

¹⁸ BGE vom 17.09.2002, 2A.66/2002, E. 2.4.

¹⁹ ASA 71 (2002/2003), S. 627 ff.

²⁰ BGE vom 12.11.2002, in: StE 2003, B 23.1 Nr. 53, E. 3.3.

²¹ BGE vom 13.11.2002, in: StE 2003, B 23.1 Nr. 54, E. 3.1.

²² ASA 66 (1997/1998), S.224 ff. (228).

²³ ASA 71 (2002/2003), S.627 ff. (631).

²⁴ ASA 63 (1994/1995), S.43 ff. (48).

die Erträge den Aufwand übersteigen.²⁵ Ist aber eine Fremdfinanzierung vorhanden, trägt die steuerpflichtige Person ein erhöhtes Risiko, welches ein Indiz für eine selbständige Erwerbstätigkeit darstellt. Sofern die Schuldzinsen und Spesen nicht durch periodische Einkünfte gedeckt werden können, sondern mittels Veräusserungsgewinnen beglichen werden müssen, kann von einer privaten Vermögensverwaltung nicht mehr die Rede sein.²⁶ Wird der Erwerb von Wertschriften vollständig fremdfinanziert, so begründet das eingegangene finanzielle Risiko laut Rechtsprechung des Bundesgerichts schon für sich allein die Annahme einer auf Erwerb gerichteten Tätigkeit.²⁷

Der Umstand, dass die steuerpflichtige Person auf die Geltendmachung des Schuldzinsen- und Schuldenabzugs verzichtet, hat nicht automatisch zur Folge, dass die durch fremde Mittel finanzierten Wertschriften als Privatvermögen qualifiziert werden. Vielmehr ist im Einklang mit der einschlägigen Rechtsprechung auf Grund der Gesamtheit der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob die Wertschriften dem Privat- oder Geschäftsvermögen zuzuordnen sind.

f. Wiederanlage der erzielten Gewinne in gleichartige Vermögensgegenstände

Die Tatsache, dass die erzielten Gewinne in gleichartige Vermögensgegenstände investiert werden, ist auch ein Indiz dafür, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit mit Wertschriften vorliegt.²⁸

Jedes dieser Indizien kann nach Meinung des Bundesgerichts zusammen mit anderen, im Einzelfall jedoch unter Umständen auch bereits für sich allein zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinn von Art. 18 DBG ausreichen.²⁹

Zu beachten ist, dass in der Literatur die Ansicht vertreten wird, das Gewicht der einzelnen bundesgerichtlichen Indizien dürfe nicht überschätzt werden. Es handelt sich lediglich um Hilfsmittel zur Aufschlüsselung der Frage, ob die Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit in hinreichender Intensität vorhanden sind oder nicht. Sie fallen für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit nur insoweit in Betracht, als sie die herkömmlichen Begriffsmerkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit verdeutlichen und konkretisieren.

Es darf nie nur aufgrund einzelner Kriterien entschieden werden, sondern es ist stets auf das Gesamtbild der zu beurteilenden Aktivitäten abzustellen. Selbständig erwerbstätig ist nur derjenige, der in sachlicher, personeller und zeitlicher Hinsicht Mittel einsetzt, die nach allgemeiner Auffassung den Rahmen einer sorgfältigen und umsichtigen Vermögensverwaltung sprengen. Das Feld der privaten Vermögensverwaltung wird nicht schon dann verlassen, wenn der Steuerpflichtige mehr Aktivitäten entfaltet, als bloss die sich zufällig bietenden Gelegenheiten auszunützen. So hat selbst das Bundesgericht schon eingeräumt, dass die private Vermögensverwaltung in der Regel nicht bloss auf Werterhaltung, sondern auf die Erzielung einer angemessenen Rendite ausgerichtet sei.³⁰

3.2.4. Kantonale Praxis

In der kantonalen Praxis bestehen unterschiedliche Ansichten und Regelungen. Eine stattliche Anzahl von Kantonen folgt der Praxis des Bundesgerichtes nur mit äusserster Zurückhaltung oder gar nicht. Einzelne Kantone verfolgen eigene Ansätze in Sachen „Quasi-Wertschriftenhändler“. Insbesondere die Kantone Bern und Zug haben so genannte „Safe-Harbour-Regeln“ entwickelt.

In Bern wird mit diesen Regeln zum Ausdruck gebracht, dass wenn ein Steuerpflichtiger wenigstens einen Punkt aus den Kriterien erfüllt, er nie als gewerbsmässiger Wertpapierhändler betrach-

²⁵ ASA 69 (2000/2001), S.788 ff.(792).

²⁶ ASA 69 (2000/2001), S.788 ff.(792).

²⁷ ASA 69 (2000/2001), S. 652 ff. (655).

²⁸ ASA 69 (2000/2001), S. 788 ff. (791).

²⁹ BGer 13.12.2003, in: StE (2004) B 23.9 Nr. 7, E. 2.3; vgl. auch BGE 125 II 113 E. 3c, in: StE 1999, B 23.1 Nr. 41.

³⁰ BGer vom 03.07.1998, in: StE (1998) B.23.1 Nr.39, E.2b.

tet wird. Hingegen bedeutet dies aber nicht, dass der Steuerpflichtige als Quasi-Wertschriftenhändler qualifiziert wird, wenn keines der Kriterien erfüllt wird. In diesen Fällen bleibt nach wie vor im Einzelfall anhand der bundesgerichtlichen Kriterien eine Überprüfung vorzunehmen. Ein Umkehrschluss ist keinesfalls zulässig.

Im Kanton Zug wird die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die kantonalen Steuern grundsätzlich angewandt. Es folgt in jedem Fall eine Einzelfallbeurteilung des konkreten Sachverhalts. Wobei im Kanton Zug Gewerbsmässigkeit in der Regel auszuschliessen ist, wenn bestimmte kantonsspezifische Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind³¹

4. Praxisbeispiele der direkten Bundessteuer

Ausgehend von den oben genannten Kriterien sind die folgenden Aktivitäten aus bundessteuerlicher Sicht als *Erwerbstätigkeit* und die realisierten Kapitalgewinne als *einkommenssteuerpflichtig* betrachtet worden:³²

Beispiel 1: Gewinn von CHF 106'953 – in 6 Jahren

- 541 Transaktionen von Festverzinslichen;
- hauptsächlich selbstfinanziert;
- Wertschriftenvermögen CHF 1 Mio;
- Kaufmännischer Angestellter.

Beispiel 2: Nettogewinn CHF 1'733'239 – in 2 Jahren

(Gewinn CHF 2'239'272 / Verlust CHF 506'033);

- 330 Verkäufe von Aktien und Optionen;
- Umsatz über CHF 16 Mio;
- Wertschriftenvermögen CHF 4.8 Mio;
- Fremdkapital (Lombardkredite) CHF 3.5 Mio;
- Vizedirektor einer Bank.

Beispiel 3: Gewinn rund CHF 10 Mio – in 7 Jahren

- ca. 600 Devisen – und Goldtransaktionen (Termingeschäfte);
- Sicherheitsleistungen zur Absicherung möglicher Verlustrisiken;
- Keine Fremdfinanzierungen.

Beispiel 4: Gewinn CHF 160'000 – in 2 Jahren

- 128 Transaktionen von Wertschriften;
- Umsatz CHF 5.23 Mio;
- hauptsächlich fremdfinanziert;
- Anfangskapital CHF 460'000;

³¹ StR 60 (2005), S.733 f.

³² StR 53 (1998), S.22 f.

-
- bisheriges Nettoeinkommen CHF 96'000;
 - Architekt.

Beispiel 5: Gewinn rund CHF 530'000 – in 2 Jahren

- 254 Transaktionen von Festverzinslichen;
- teilweise fremdfinanziert (Lombardkredit von ca. CHF 1 Mio);
- Anfangskapital CHF 320'000;
- Architekt.

Beispiel 6: Gewinn rund CHF 11.4 Mio – in 3 Jahren

- ca. 750 Transaktionen von Wertschriften (Aktien, PS, Anleihen, Optionen u.a.m.);
- erheblich fremdfinanziert (Bankkredite zwischen CHF 2 Mio und CHF 6.5 Mio);
- Wertschriften und Guthaben total ca. CHF 15 Mio;
- Bankdirektor.

Demgegenüber wurde der Erfolg aus den folgenden Anlagen den (steuerfreien) privaten Kapitalgewinnen bzw. –verlusten zugerechnet:

Beispiel 1: Gewinn von CHF 284'650

- 1 Aktienverkauf;
- zuzüglich Gewinn von CHF 324'662 (Devisentermingeschäfte).

Beispiel 2: Verlust (im Laufe von 4 Jahren)

- 59 Transaktionen von Wertschriftenpositionen bei einem Umsatz von CHF 1'178'108;
- geringe Fremdfinanzierung;
- (Auto-)Fahrlehrer.

5. Bemessungsgrundlage (Kreisschreiben Nr. 8)

Der Gewinn aus der Veräusserung von Wertschriften wird definiert als Differenz zwischen dem Veräusserungserlös und den Gestehungskosten der Wertschriften, abzüglich Kosten der Veräusserung. Der Nachweis der Gestehungskosten obliegt dem Steuerpflichtigen. Von den steuerbaren Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit werden gemäss Art. 27 Abs. 1 DBG die geschäfts- oder berufsmässig begründeten Kosten abgezogen. Dazu gehören insbesondere die eingetretenen und verbuchten Verluste auf Geschäftsvermögen (Art. 27 Abs. 2 Bst. b DBG).

Geschäftsverluste können grundsätzlich nur dann steuerlich anerkannt werden, wenn sie verbucht worden sind. Dies setzt voraus, dass der Steuerpflichtige Bücher führt. Ist der Steuerpflichtige handelsrechtlich nicht zur Führung einer kaufmännischen Buchhaltung verpflichtet, schliesst dies nicht aus, dass die erlittenen Verluste abgezogen werden können. Wertschriftenverluste, die im Zusammenhang mit einer selbständigen Erwerbstätigkeit entstanden sind, können grundsätzlich ungeachtet der Buchführungspflicht (im handelsrechtlichen Sinn) berücksichtigt werden.³³ Wenn eine kauf-

³³ ASA 58 (1989/1990), S.666.

männische Buchhaltung fehlt, ist es eine Voraussetzung, dass vom Steuerpflichtigen Aufstellungen über Aktiven und Passiven, Einnahmen und Ausgaben sowie Privatentnahmen und Privateinlagen zur Verfügung gestellt werden (Art. 125 Abs. 2 DBG).

Die Anforderungen an diese Aufstellungen richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art der Geschäftstätigkeit und deren Umfang. Erforderlich sind in jedem Fall geeignete Aufzeichnungen, die Gewähr für die vollständige und zuverlässige Erfassung des Geschäftseinkommens und -vermögens bieten sowie eine zumutbare Überprüfung durch die Steuerbehörden ermöglichen.³⁴

6. Gewerbmässiger Liegenschaftenhandel

6.1. Allgemein

Zum Begriff des gewerbmässigen Liegenschaftenhandels besteht eine langjährige, wiederholt bestätigte Praxis des Bundesgerichts.³⁵

In der Rechtsprechung wird Gewerbmässigkeit des Liegenschaftenhandels angenommen, wenn der Handel mit Liegenschaften über den Rahmen einer ordentlichen Vermögensverwaltung hinausgeht und in der Absicht erfolgt, mit dem planmässigen An- und Verkauf von Grundstücken einen Verdienst zu erzielen. Ob beim Verkauf von Liegenschaften steuerbares Einkommen erzielt wird oder nicht, hängt dabei sowohl vom Vorliegen subjektiver als auch objektiver Tatbestandsmerkmale ab. Zu beachten gilt es zudem, dass der gewerbmässige Liegenschaftenhandel eng verbunden ist mit dem gewerbmässigen Wertschriftenhandel und dass zwischen der Qualifikation des Steuerpflichtigen als privater Vermögensverwalter oder Selbständigerwerbender ein grosses Spannungsfeld besteht. Es ist also oft recht schwierig zu beurteilen ob eine Gewerbmässigkeit vorliegt oder nicht. Wird aufgrund der gegebenen Umstände angenommen, dass gewerbmässiger Liegenschaftenhandel vorliegt, zieht dies die Qualifikation des Steuerpflichtigen als gewerbmässiger Liegenschaftshändler nach sich und es folgt die Besteuerung der entsprechenden Gewinne aus diesen Vermögenswerten.

Von einer Erwerbstätigkeit ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Steuerpflichtige den Liegenschaftenhandel hauptberuflich oder im engen Zusammenhang mit der hauptberuflichen Tätigkeit nebenberuflich ausübt. Eine Erwerbstätigkeit kann aber auch beim sog. „Quasi-Liegenschaftshändler“ erblickt werden. Als solcher wird bezeichnet, wer einerseits nur gelegentlich oder vereinzelt Grundstücke kauft oder verkauft, und andererseits wie ein nebenberuflich Selbständigerwerbender, die Entwicklung des Liegenschaftsmarktes zur Gewinnerzielung ausnützt.

6.2. Kriterien für den gewerbmässigen Liegenschaftenhandel

Als Indizien für einen gewerbmässigen Liegenschaftenhandel können folgende Kriterien in Betracht kommen:³⁶

- a. Häufigkeit der Transaktionen;
- b. Kurze Besitzdauer (1 - 5 Jahre);
- c. Inanspruchnahme von Fremdmitteln;
- d. Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit sowie spezielle Kenntnisse;

³⁴ BGer 13.12.2003, in: StE (2004) B 23.9 Nr. 7, E. 4.

³⁵ Vgl. jüngst: BGE vom 18.06.2008, 2C.101/2008, E. 3.3; BGE vom 14.04.2008, 2A.125/2007, E. 2.

³⁶ BGE vom 24.08.2005, 2A.7/2005, E. 2.

-
- e. Planmässigkeit oder Systematik des Vorgehens;
 - f. Gewinnerhöhende Tätigkeiten des Steuerpflichtigen;
 - g. Wiederverwendung des Verkaufserlöses;
 - h. Beteiligung an einer Personengesellschaft oder einfachen Gesellschaft.

6.3. Erläuterung der Kriterien im Einzelnen

a. Häufigkeit der Transaktionen

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Veräusserungsgewinne steuerbar, wenn sie sich aus irgendeiner auf Erwerb (Verdienst) gerichteten Tätigkeit der steuerpflichtigen Person ergeben; dabei ist gleichgültig, ob diese im Haupt- oder Nebenberuf, regelmässig oder einmalig ausgeübt wird. Auch Gewinne aus der Veräusserung von Liegenschaften unterliegen der Einkommenssteuer, wenn sie im Rahmen einer solchen Tätigkeit erzielt werden. Steuerfrei sind sie nur, wenn sie bei der blossen Verwaltung des eigenen Privatvermögens oder einer zufällig sich bietenden Gelegenheit (ohne eigentliche auf Verdienst gerichtete Tätigkeit) erlangt werden.

Das heisst, auch im nur gelegentlichen oder vereinzelt Kauf und Verkauf von Liegenschaften kann eine Erwerbsmässigkeit angenommen werden, sofern sich der Steuerpflichtige bemüht, in der Art und Weise eines nebenberuflich Selbständigerwerbenden die Entwicklung des Liegenschaftsmarktes zur Gewinnerzielung auszunützen.

Handänderungen in früheren Veranlagungsperioden können ebenso berücksichtigt werden wie solche, die erst nach einer umstrittenen Veräusserung stattgefunden haben.³⁷

b. Besitzdauer

Eine kurze Besitzdauer von Grundstücken (ca. 1-5 Jahre) weist häufig auf eine Handelstätigkeit des Pflichtigen hin, zumal damit meist auch eine grössere Anzahl von Geschäften verbunden ist.³⁸

Hingegen stehen für sich allein betrachtet eine lange Besitzdauer oder der Umstand, dass seit längerer Zeit keine Grundstücksgeschäfte getätigt worden sind der Annahme einer selbständigen, auf Erwerb gerichteten Tätigkeit nicht entgegen. Gerade im Liegenschaftshandel kommt es häufig vor, dass ein Steuerpflichtiger Grundstücke aus ganz verschiedenen Gründen über Jahre hinaus behält, bis er sie mit Gewinn verkauft, sei es zum Beispiel, weil er von Anfang an mit einem gewinnbringenden Verkauf erst in einer ferneren Zukunft rechnet, sei es, weil er die Grundstücke vorerst überbauen will oder weil eine geplante Überbauung auf unvorhergesehene Hindernisse stösst. Ein derart verzögerter Verkauf hängt dennoch nach wie vor mit der selbständigen Erwerbstätigkeit des Pflichtigen zusammen.³⁹

c. Inanspruchnahme von Fremdmitteln

Für den Handel mit Liegenschaften ist kennzeichnend, dass fremde Mittel aufgenommen werden. Das gilt aber nicht nur für den Liegenschaftshandel im engeren Sinn, sondern für jede gewerbmässige Tätigkeit im Zusammenhang mit Immobilien.⁴⁰

Problematisch an dieser Feststellung des Bundesgerichtes ist, dass auch Privatliegenschaften hypothekarisch belastet werden können. Insofern fehlt es an einem Abgrenzungskriterium. Es wird davon ausgegangen, dass nur ein ungewöhnlich hoher Fremdfinanzierungsanteil auf ein eigentliches Unternehmerrisiko hinweist.

³⁷ StE 1989, B 23.1 Nr. 19.

³⁸ StE 1987, B.23.1 Nr. 10.

³⁹ ASA 47 (1978/1979), S.209.

⁴⁰ StE 1988, B 23.1 Nr. 15.

Zu beachten ist, dass auch Darlehen der eigenen AG Fremdkapital darstellen. Soweit also eine darlehensweise Finanzierung vorliegt, die im Interesse der Darlehensgeberin liegt, spricht dies für geschäftsmässiges Handeln des Eigentümers der entsprechenden Aktiengesellschaft. Das Zusammengehen mit der eigenen, beispielsweise in der Baubranche tätigen Firma hinsichtlich Erwerb und Überbauung einer Liegenschaft und die dabei in Anspruch genommene fast vollständige Fremdfinanzierung stellen den geschäftlichen Nutzen klar in den Vordergrund. Die behauptete Absicht, eine private Kapitalanlage zu tätigen, kommt in den objektiven Umständen nicht zum Ausdruck (Fremdfinanzierung) und genügt in keiner Weise für die Zuordnung zum Privatvermögen.

d. Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen und spezielle Kenntnisse

Ein weiteres Kriterium für die Gewerbsmässigkeit des Liegenschaftenshandels ist der Zusammenhang mit der selbständigen Berufstätigkeit des Steuerpflichtigen wie z.B. als Architekt, Baumeister oder Inhaber eines Maler- und Gipsergeschäftes.

Als Liegenschaftshändler zu betrachten ist also einerseits derjenige, dessen eigentliche Tätigkeit auf den Erwerb und Verkauf von Liegenschaften gerichtet ist und der dies mit genügender Häufigkeit tut, in der Absicht, daraus Kapital zu schlagen (Liegenschaftshändler i. e. S.). Andererseits gilt auch derjenige als Liegenschaftshändler, der sich in einer anderen Weise gewinnstrebig mit Liegenschaften befasst, welche über die blosser Vermögensverwaltung hinausgeht (Liegenschaftshändler i. w. S.).

Insbesondere die Ausnutzung der geschäftlichen Kenntnisse und Beziehungen zu persönlichen Zwecken unter gleichzeitiger Wahrung auch der Firmeninteressen ist dabei evident.

e. Planmässigkeit des Vorgehens

Planmässig beim Liegenschaftshandel geht vor, wer Grundstücke kauft, diese allenfalls erschliesst und überbaut, um sie dann bei günstiger Gelegenheit wieder zu verkaufen.

Das heisst insbesondere, dass Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit vorliegt, wenn eine Tätigkeit entfaltet wird, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist.⁴¹ Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Steuerpflichtige nicht nur vereinzelte Vermögensdispositionen trifft, sondern damit einen planmässigen, kombinierten Einsatz von Arbeit und Kapital auf eigenes Risiko zwecks Gewinnerzielung betreibt. Dieser kann auf haupt- oder auf nebenberuflicher Basis erfolgen. Auf Grund der Generalklauseln von Art.16 Abs.1 und Art.18 Abs. 1 DBG sind auch Erwerbseinkommen aus selbständiger gelegentlicher Beschäftigung steuerbar, wo trotz Gewinnstrebigkeit die Planmässigkeit fehlt.

Keine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit übt dagegen der Pflichtige aus, der einen Grundstücksgewinn bloss in Ausnützung einer sich zufällig bietenden Gelegenheit erzielt.

f. Gewinnerhöhende Tätigkeiten des Steuerpflichtigen

Die Erschliessung und Überbauung einer Liegenschaft weist – im Gegenteil zur Parzellierung und Veräusserung ererbten oder für private Zwecke erworbenen Landes⁴² – auf eine gewerbsmässige Tätigkeit hin; auch dann, wenn der Pflichtige nicht unmittelbar selber tätig wird, sondern für die Planung und Ausführung Fachleute des Liegenschaftenshandels und Baugewerbes hinzuzieht.

Eigenleistungen die vom Steuerpflichtigen im buchführungspflichtigen Geschäftsbetrieb erbracht werden, sind zu aktivieren, wenn es sich um Wertvermehrungen handelt. Ohne Buchführungspflicht werden steuerbare Eigenleistungen grundsätzlich erst bei der Veräusserung der Liegen-

⁴¹ BGE vom 24.08.2005, 2A.7/2005, E. 2.

⁴² BGE 93 I 285 ff. (289).

schaft realisiert und als Einkommen besteuert⁴³, können aber gleichzeitig als wertvermehrnde Aufwendungen und damit als abziehbare Analogkosten geltend gemacht werden.

g. Wiederverwendung des Verkaufserlöses

Die Gewerbmässigkeit des Liegenschaftenhandels hängt grundsätzlich nicht davon ab, dass Verkäufe durch Zukäufe kompensiert werden.⁴⁴ Andererseits führt die Wiederanlage des Verkaufserlöses in anderen Liegenschaften zu einer Häufung der Geschäfte dieser Art, was alsdann auf eine Handelstätigkeit hinweist.

h. Beteiligungen an einer Personengesellschaft

Die gewinnbringende Veräusserung eines Grundstückes, das im Eigentum einer einfachen Gesellschaft gestanden hat und die planmässig darauf ausgegangen ist, diese zu erschliessen und zu überbauen, stellt ein Indiz für das Vorliegen gewerbmässigen Liegenschaftenhandels dar. Ein Zusammenhang zwischen der beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen und seiner Beteiligung an der einfachen Gesellschaft ist nicht erforderlich (wie es etwa bei einem Architekten oder Bauunternehmer der Fall wäre). Ein Steuerpflichtiger hat sich dabei auch den Umstand anrechnen zu lassen, dass bei einem anderen Mitglied der einfachen Gesellschaft direkt oder indirekt ein solcher Zusammenhang besteht.

Liegt ein solcher Zusammenhang vor, ist der Gewinn der einfachen Gesellschaft als das Ergebnis einer selbständigen Erwerbstätigkeit des Steuerpflichtigen zu betrachten. Dies selbst dann, wenn die einfache Gesellschaft ihren Zweck nicht erreicht hat, der erzielte Gewinn einzig auf die Steigerung der Bodenpreise zurückzuführen ist und die Gesellschaft lediglich ein Geschäft getätigt hat, sofern beim Eigentümer die Absicht wirtschaftlicher Zweckverfolgung bestanden hat.⁴⁵

Bezüglich der Richtung der Rechtsprechung zum Liegenschaftenhandel hat das Bundesgericht die Gewichtung der Indizien stets dem Einzelfall vorbehalten. Die Tendenz geht aber dahin, dass auch im nur gelegentlichen oder vereinzelt Kauf und Verkauf von Liegenschaften eine Erwerbstätigkeit zu erblicken ist. In der Regel ergibt sich daher aus der mehrfachen Wiederholung und der Planmässigkeit der Geschäfte deren Gewerbmässigkeit. Ein gewichtiges Indiz stellt darüber hinaus auch der enge Zusammenhang der (haupt-)beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen zum Handel mit Liegenschaften dar, wie er etwa bei Architekten und Bauunternehmern, aber auch Rechtsanwälten und Notaren besteht.

Auch ein später gefasster Entschluss genügt für die Annahme einer Absicht einer gewinnbringenden Veräusserung, wenn das Vorgehen des Steuerpflichtigen insgesamt auf eine gewerbmässige Tätigkeit schliessen lässt⁴⁶, indem er sich bemüht hat, die Entwicklung auf dem Liegenschaftsmarkt zur Gewinnerzielung auszunützen.

6.4. Besteuerung von Liegenschaftsgewinnen

6.4.1. Allgemein

Grundsätzlich wird das gesamte Einkommen mit der Einkommenssteuer im Bund und in allen Kantonen erfasst. Gewerbmässig erzielte Liegenschaftsgewinne unterliegen ebenso der allgemeinen Einkommenssteuer. Gemäss Art. 12 Abs. 1 StHG ist die Erhebung von Grundstücksgewinnsteuern nur auf die Liegenschaften des Privatvermögens vorgesehen. Art. 12 Abs. 4 StHG legt fest, dass die Kantone die Grundstücksgewinnsteuer auch auf Gewinne aus der Veräusserung von Grundstücken des Geschäftsvermögens des Steuerpflichtigen erheben können, sofern sie diese Gewin-

⁴³ StR 32 (1977), S.225.

⁴⁴ ASA 47 (1978/1979), S.211.

⁴⁵ StE 1991, B 23.1 Nr. 23.

⁴⁶ StE 1991, B 23.1 Nr. 24.

ne von der Einkommens- und Gewinnsteuer ausnehmen oder die Grundstücksgewinnsteuer auf die Einkommens- und Gewinnsteuer anrechnen.

6.4.2. Neuerung bei der Doppelbesteuerung

Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der interkantonalen Doppelbesteuerung seine Rechtsprechung zum Abzug von Schuldzinsen beim gewerbsmässigen Liegenschaftenhandel geändert.

Nach bisheriger Praxis wurden die Schuldzinsen ausschliesslich in dem Kanton zum Abzug zugelassen, in dem das beliebene Grundstück liegt. Ist ein Abzug nicht möglich, weil ein genügendes Einkommen fehlt, werden die Schuldzinsen als Anlagekosten „aktiviert“.

Damit setzt dieses System voraus, dass der Liegenschaftenhandel stets gewinnbringend ist. Bei einem sinken der Immobilienpreise über eine längere Periode kann laut Bundesgericht „nicht mehr damit gerechnet werden, dass die Schuldzinsen bei einer Veräusserung in aller Regel wieder eingebracht werden können“.⁴⁷ Vielmehr droht ein definitiver sogenannter Ausscheidungsverlust, weil der Liegenschaftshändler im Ergebnis zu einem höheren als dem tatsächlich erzielten Einkommen besteuert wird.

Laut dem einstimmig gefällten Urteil der II. Öffentlichrechtlichen Abteilung soll zwar der Kanton, in dem die Liegenschaft liegt, deren Erträge und Gewinne weiterhin allein besteuern dürfen. Er muss aber auf die Situation des Steuerpflichtigen Rücksicht nehmen und allenfalls den in anderen Kantonen aufgelaufenen Geschäftsverlust mit dem Grundstücksgewinn verrechnen. Als sachgerechte und praktikable Lösung bietet es sich für das Bundesgericht an, „das allgemeine (quotenmässige) System des Abzugs der Schuldzinsen proportional zu den Aktiven auf die Gesamtheit der Schuldzinsen auszuweiten, also einschliesslich derjenigen auf den Geschäftsaktiven der Liegenschaftshändler“.⁴⁸ Auch diese Schuldzinsen werden folglich künftig proportional nach der Lage der Aktiven verteilt: Übersteigt dabei der von einem Kanton zu übernehmende Schuldzinsanteil den anfallenden Vermögensertrag, sind die Zinsen in den Kantonen mit einem Netto – Ertrag zu Abzug zuzulassen. „Ist auch kein solcher Nettoertrag vorhanden, ist der Überschuss auf das übrige Einkommen des Steuerpflichtigen zu verlegen“, hält das Bundesgericht abschliessend fest.⁴⁹

7. Gewerbsmässiger Weinhandel

Auch ein Weinlager kann sich als Wertanlage eignen, sodass der Handel damit zu einem Nebenerwerb führen kann. Die Kriterien der zum Liegenschaften- und Wertschriftenhandel entwickelten Rechtsprechung können sinngemäss auch auf den Verkauf eines Weinlagers angewendet werden. Wie beim Wertschriften- und Liegenschaftenhandel ist es nicht erforderlich, dass der Weinhändler über eine gewerbliche Infrastruktur verfügt oder auf dem Markt auftritt.

Gleichzeitig sind aber auch die damit verbundenen Besonderheiten zu beachten, schliesslich bringt der Wein an sich keinen regelmässigen Ertrag, wie dies bei Liegenschaften und Wertschriften der Fall ist (Zinsen, Dividenden, Mietzinsen usw.). Bei einem allfälligen Verkauf der Sammlung ist nur dann von einem steuerfreien privaten Kapitalgewinn auszugehen, wenn die Sammlung nachvollziehbar ohne Gewinnstrebigkeit aufgebaut worden ist und ebenso verkauft wird. So trifft dies zu, wenn z.B. Erben fehlen, die bereit wären, diese Sammlung weiterzuführen oder wenn für die Sammlung keine geeigneten Bedingungen mehr bestehen (z.B. fehlende Räumlichkeiten).

Entscheidend ist wiederum die Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles. Aufgrund seiner Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 126 DBG) ist es auch Sache des Steuerpflichtigen, Umstände vor-

⁴⁷ BGE vom 3.11.2006, 2P.84/2006, E. 6.

⁴⁸ BGE vom 3.11.2006, 2P.84/2006, E. 6.

⁴⁹ BGE vom 3.11.2006, 2P.84/2006, E. 5.

zutragen und nachzuweisen, die gegen die Besteuerung sprechen, wenn er namhafte Einkünfte erzielt hat, aber die Steuerpflicht bestreitet.

Es ist festzuhalten, dass sich das Bundesgericht bisher auf die Besteuerung gewerbsmässiger Wertschriften- und Liegenschaftshändler beschränkte. Nach dem Weinhändlerentscheid ist eine Ausdehnung dieser Praxis jedoch auf weitere Wertanlagen und typische Sammelgüter – wie Briefmarken, Münzen, Antiquitäten und Autos – möglich.

8. Ausblick – Weitere Wertanlagen für gewerbsmässigen Handel

8.1. Kunsthandel

Mit dem Verkauf von Bildern oder anderen Kunstgegenständen werden teilweise sehr hohe Gewinne erzielt. Namentlich bei einer künstlerischen Tätigkeit muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Tätigkeit zwar mit wenig Erfolg, aber immerhin mit Anstrengungen ausgeübt wird, die auf ein Gewinnstreben schliessen lässt, oder ob die künstlerische Tätigkeit primär der Selbstverwirklichung der betreffenden Person dient bzw. im Ergebnis lediglich als Hobby gepflegt wird.

Das Bundesgericht hat in einem unlängst gefällten Urteil festgehalten, dass unter den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit allgemein jede Tätigkeit fällt, bei der ein Unternehmer auf eigenes Risiko, unter Einsatz von Arbeit und Kapital, in einer frei gewählten Organisation und mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilnimmt. An dieser Absicht fehlt es namentlich dann, wenn eine Tätigkeit aus blosser Liebhaberei betrieben wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist allerdings selbst bei einer mehrjährigen Verlusterzielung nicht zwingend auf eine Liebhaberei zu schliessen. Bei der Beurteilung können unter gewissen Umständen die Verhältnisse in den Vorjahren bzw. in den folgenden Jahren gewisse Anhaltspunkte liefern.

Die Übertragung der Kriterien die das Bundesgericht für den gewerbsmässigen Liegenschafts- bzw. Wertschriftenhandel entwickelt hat, ist dabei, unter Beachtung der auftretenden Besonderheiten, durchaus möglich. Dabei soll auch ins Bewusstsein gerufen werden, dass weder der Wein noch Kunstwerke einen laufenden steuerbaren Ertrag bringen.

8.2. Waffenhandel

Auch ein Waffensammler, der im Rahmen seiner Sammeltätigkeit gelegentlich Waffen tauscht bzw. verkauft, könnte durchaus als gewerbsmässig qualifiziert werden.

In diesem aufgetretenen Fall wurde dennoch wieder von einer Besteuerung Abstand genommen, da zu diesem Zeitpunkt die Preise für Sammelwaffen zusammenfielen.

Bisher beschränkte sich das Bundesgericht auf die Besteuerung gewerbsmässiger Wertschriften- und Liegenschaftshändler. Nach dem Weinhändlerentscheid ist eine Ausdehnung dieser Praxis jedoch auf weitere Wertanlagen und typische Sammelgüter möglich.

9. Schlussbemerkung

Die seit dem Kreisschreiben Nr. 8 geltende Praxis für die Abgrenzung zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel bringt nicht die vom Bund erhoffte Rechtssicherheit. Es existieren keine eindeutigen und quantifizierbaren Kriterien und Indizien, nach welchen ein Kapitalgewinn mit Sicherheit als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert werden kann. In der Frühlings-session 2007 wurde die Problematik im Rahmen der Unternehmenssteuerreform II diskutiert, aufgrund unterschiedlicher Ansichten des Bundesrates, National- und Ständerates wurde entschieden, den gewerbsmässigen Wertschriftenhandel in einer separaten Vorlage zu behandeln. Mehrere Kritiker der bisherigen Regelung erhoffen sich eine nicht allzu starke Einengung der Regelung zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel, denn eine faktische Einführung der Kapitalgewinnsteuer wäre nicht zulässig, da die Kapitalgewinnsteuer vom Volk im Jahr 2001 in einer entsprechenden Volksinitiative abgewiesen wurde.

Im internationalen Umfeld steht die Schweiz im Bezug auf die Besteuerung von Kapitalgewinnen in einem guten Licht. In der Schweiz besteht die Regelung, dass Kapitalgewinne für natürliche Personen grundsätzlich steuerfrei sind. Es besteht jedoch die Ausnahme, bei welcher man als gewerbsmässigen Wertschriftenhändler eingestuft werden kann. Bis auf Deutschland ist die Regelung in den anderen europäischen Ländern und den USA genau umgekehrt. Während Kapitalgewinne grundsätzlich steuerbares Einkommen darstellen existieren gewisse Ausnahmen oder Freibeträge, welche von der Steuer befreit sind. Eine Kapitalgesellschaft kann in der Schweiz unter gewissen Voraussetzungen den Beteiligungsabzug geltend machen. Im internationalen Vergleich unterliegen mit Ausnahme von Deutschland Kapitalgewinne der Gewinn- bzw. Kapitalsteuer, wobei die Steuerbelastungen auf Kapitalgewinne durch bestimmte Ausnahmen oder Mindestkapitalgewinne begrenzt sind.

Luzern, im März 2017