

Julia von Ah¹

Gewerbsmässige Tätigkeit – Entwicklungen und Konsequenzen

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	2
2. Rechtliche Grundlage der selbständigen Erwerbstätigkeit und der «privaten» Veräußerungsgewinne	4
3. Entwicklungen in der jüngeren Rechtsprechung	6
A. Bundesgerichtliche Indizien	7
B. Im Liegenschaftshandel	8
I. Grundsätzliches	8
II. Bundesgerichtsurteil vom 3. April 2004	9
a) Sachverhalt und Erwägungen	9
b) Würdigung	10
III. Bundesgerichtsurteil vom 31. Oktober 2011	11
a) Sachverhalt und Erwägungen	11
b) Würdigung	12
IV. Bundesgerichtsurteil vom 13. April 2005	12
a) Sachverhalt und Erwägungen	12
b) Würdigung	13
V. Bundesgerichtsurteil vom 16. Mai 2011	13
a) Sachverhalt und Erwägungen	13
b) Würdigung	15
VI. Zwischenfazit	16
C. Im Wertschriftenhandel – Bundesgerichtsurteil vom 23. Oktober 2009	17
I. Sachverhalt	17
II. Würdigung	20
D. Plakathandel – Bundesgerichtsurteil vom 10. August 2009	24
I. Sachverhalt und Erwägungen	24
II. Würdigung	25
E. Kunsthandel – Bundesgerichtsurteil vom 29. Juli 2011	26
I. Sachverhalt und Erwägungen	26
II. Würdigung	28
F. Beteiligungshandel	30
I. Bundesgerichtsurteil vom 12. September 2011	30
a) Sachverhalt und Erwägungen	30
b) Würdigung	33
II. Bundesgerichtsurteil vom 25. September 2012	33

¹ Die Autorin dankt RA lic. iur. Béatrice Blum und lic. iur. Stephanie A. Hotz für wertvolle Inputs und die tatkräftige Unterstützung beim Entstehen dieses Aufsatzes.

a) Sachverhalt und Erwägungen.....	33
b) Würdigung.....	35
4. Konsequenzen	36
A. Privatvermögen eines gewerbsmässigen Händlers	36
B. Einkommens- und vermögenssteuerrechtliche Aspekte.....	37
C. Mehrwertsteuerrechtliche Aspekte	39
D. Erbschafts- und schenkungssteuerrechtliche Aspekte.....	43
5. Fazit.....	45

1. Einleitung

Die Sammlung von Kunstwerken entsteht aus Sammelleidenschaft und Freude, die eigene Fachkompetenz zu verbessern und zu den Kunst-Aficionados zu gehören. Die Sammlung ist angewachsen und soll in eine bestimmte Richtung weiterentwickelt werden. Einige früher erworbene Werke sind überzählig. Der private Kunstsammler möchte sie veräussern. Ob der erwartete Veräusserungsgewinn ein steuerfreier «privater» Kapitalgewinn oder ein steuerbarer «gewerbsmässiger» Handelsgewinn ist und Letzterer den Sozialabgaben unterliegt – allenfalls einhergehend mit einer Mehrwertsteuerpflicht qua unternehmerischer Tätigkeit – steht als Frage im Raum.

Die gleiche Frage stellt sich, wenn das private Vermögen in Wertschriften angelegt wird und Wertschriften ge- und verkauft werden oder Liegenschaften gehalten und verkauft werden sollen.

Was unter «privat» verstanden wird, ist subjektiv unterschiedlich. Wer seinen Lebensunterhalt im Rahmen einer Anstellung oder als Selbständigerwerbender verdient, betrachtet den Rest seines Tuns als «privat». Es finde in der Freizeit statt, werde aus privaten Mitteln finanziert, diene primär der Verwirklichung persönlicher Interessen und eine Administration und Buchhaltung sei nicht erforderlich. Bei anderen ist es Tagesinhalt, Kunst, Wein oder anderes zu sammeln oder sich um Anlagen in Finanzinstrumente zu kümmern.

MARKUS REICH² legte vor rund 18 Jahren den relevanten Übergang von der Auslegung der Einkünfte aus einer Tätigkeit nach Art. 21 Abs. 1 Bst. a BdBSt zur selbständigen Erwerbstätigkeit nach DBG dar. Er schälte die Zweiteilung – *steuerfreier privater Kapitalgewinn* und *steuerbares Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit* – im DBG heraus und zeigte, dass die bisherige Dreiteilung des BdBSt – *steuerbarer Gewinn* aus einer eigentlichen *gewerbsmässigen Tätigkeit*³

² Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, in: Blaise Knapp et al. (Hrsg.), *Problèmes actuels de droit fiscal, Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson*, Basel/Frankfurt a.M. 1995, 115 ff.

³ Dazu nachfolgend Ziff. 2.

oder aus einer die *schlichte Vermögensverwaltung übersteigenden Erwerbstätigkeit* und *steuerfreier Gewinn aus schlichter Vermögensverwaltung* – im harmonisierten Recht keine Grundlage mehr findet.

Das Bundesgericht übernahm seine Rechtsprechung zum BdBSt, die sich als Indizienkatalog zusammenfassen lässt⁴, führte die Dreiteilung auch unter harmonisiertem Recht weiter und liess auch fortan nur diejenigen Gewinne steuerfrei, «die im Rahmen der schlichten Verwaltung privaten Vermögens entstehen, also ohne besondere, in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtete Tätigkeit des Steuerpflichtigen, oder bei einer sich zufällig bietenden Gelegenheit»⁵

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hingegen knüpft an den Gesetzeswortlaut der selbständigen Erwerbstätigkeit an und analysierte, ob die Umstände eines «privat» erzielten Veräusserungsgewinnes insgesamt auf einen selbständigen Erwerb gerichtet sind. Das Bundesgericht verwarf diesen Ansatz und stellt weiterhin auf seinen Indizienkatalog⁶ ab.

In den letzten Jahren wuchs die Palette von zu beurteilenden Veräusserungsgewinnen: Zu den Liegenschaften- und Wertschriftengewinnen kamen Gewinne aus Wein-, Plakat-, Beteiligungs- und Kunstverkäufe hinzu. Das Bundesgericht gewichtete einige der Indizien stärker als andere und spitzte seine Rechtsprechung je nach Handelstätigkeit zu. Zugleich hat die Eidg. Steuerverwaltung ihr zunächst 2005 publiziertes Kreisschreiben Nr. 8⁷ zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel überarbeitet und im Sommer 2012 als Kreisschreiben Nr. 36⁸ erneut publiziert.

Und die Forderung nach einer gesetzlichen Ordnung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels? Eine Einigung kam auch im Rahmen der Behandlung der Unternehmenssteuerreform II nicht zustande⁹. Das Parlament löste den Wert-

⁴ Dazu nachfolgend Ziff. 3.A.

⁵ BGE 125 II 113 E. 5e, seither wiederholt bestätigt, etwa jüngst in BGer 1.3.2010, StE 2011 B 23.1. Nr. 69, E. 2.4; BGer 29.7.2011, 2C_766/2010, StE 2011 B 23.1 Nr. 71, E. 2.2 = ASA 80 (2011/2012) 412 ff.

⁶ Dazu nachfolgend Ziff. 3.A.

⁷ Vom 21. Juni 2005, ASA 74 (2005/2006), 643 ff.

⁸ Vom 27. Juli 2012, abrufbar unter: <<http://estv.admin.ch/bundessteuer/dokumentation/00242/00380/index.html?lang=de>> (besucht am 18.5.2013).

⁹ In der Botschaft zur Unternehmenssteuerreform II wurde ein erneuter Anlauf genommen (nach demjenigen im Rahmen des Stabilisierungsprogramms). Der Tatbestand hätte mit Hilfe von gesetzlich verankerten Kriterien im DBG und im StHG gefasst werden sollen (BB1 2005, 4875 ff., 4808): Veräusserungsgewinne aus Wertschriften, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit einem von der steuerpflichtigen Person geführten Geschäftsbetrieb stehen, hätten nur dann Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit dargestellt, wenn die Wertschriften mit mindestens zwanzig Prozent Fremdkapital erworben worden waren und nicht länger als fünf Jahre im Eigentum dieser Person waren oder der jährliche Verkaufserlös mindestens 500'000 Franken be-

schriftenhandel aus dem Massnahmenpaket heraus und schob dessen Behandlung auf. Anfang April 2013 teilte die WAK SR mit, dass mit dem Erlass des Kreis-schreibens EStV Nr. 36 für mehr Rechtssicherheit gesorgt worden sei und sich deshalb vorderhand eine Gesetzesänderung erübrige¹⁰. Der Wind ist aus den Segeln, das Gesetzesprojekt hat an Dringlichkeit verloren. Rechtsprechung und Praxis werden weiterhin gefordert sein bei der Abgrenzung dessen, was noch «privat» ist und was bereits «selbständig erwerbstätig» ist. Grund genug, die jüngere Rechtsprechung und Rechtsetzung zu analysieren und mögliche Konsequenzen auszuloten.

2. Rechtliche Grundlage der selbständigen Erwerbstätigkeit und der «privaten» Veräusserungsgewinne

Der im harmonisierten Recht verankerte Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit umfasst nicht nur Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetriebe, sondern auch die freien Berufe und jede andere selbständige Erwerbstätigkeit¹¹. Voraussetzung ist weder eine Handelsregistereintrag noch eine Buchführungspflicht, nicht einmal eine freiwillige Buchführung – an die Stelle der kaufmännischen Bilanz und Erfolgsrechnung können Vermögensaufstellungen und Aufzeichnungen über Einnahmen und Ausgaben treten. Eine selbständige

trug und das zu Beginn des Steuerjahres vorhandene Wertschriftenvermögen wertmässig mindestens zweimal umgeschlagen wurde. Die vorgeschlagenen Kriterien wurden in der Literatur als zu starr kritisiert (KAPALLE URS/SALIB ALEXANDRA, Der Quasi-Wertschriftenhändler in der Unternehmenssteuerreform II, StR 60 [2005] 736 ff.; ALTORFER JÜRIG/VON AH JULIA, Gewerbsmässige Wertschriftenhändlerstätigkeit, Auslegeordnung, Ausblick auf die Unternehmenssteuerreform II und ein Gegenvorschlag, ST 79 [2005] 1047 ff.; MÜLLER FRITZ, Der Quasi-Wertschriftenhandel, Umqualifikation von steuerfreiem Kapitalgewinn in steuerbares Einkommen, ST 81 [2007] 404 ff.). Der ständerätliche Vorschlag betrachtete einen maximalen Verkaufserlös von CHF 500'000 in einer Zeitspanne von mindestens zwei aufeinanderfolgenden Steuerjahren als angemessen. Zudem hätte die Summe der in einem Steuerjahr getätigten Transaktionen das Vierfache des vorhandenen Wertschriftenvermögens zu Beginn des Steuerjahres nicht übersteigen dürfen (AmtlBull SR 2006 441). Der Nationalrat vertrat eine liberalere Auffassung und wollte jede Verwaltung eigenen Privatvermögens in Form von Wertschriften und anderen Finanzanlagen von der Besteuerung als selbständiges Erwerbseinkommen ausschliessen (AmtlBull NR 2006, 1473).

¹⁰ Medienmitteilung WAK-S 9.4.2013, abrufbar unter: <<http://parlament.ch/d/mm/2013/seiten/mm-wak-s-2013-04-09.aspx>> (besucht am 18.5.2013).

¹¹ Art. 18 Abs. 1 DBG, das StHG enthält keine dementsprechende Aufzählung. Die kantonalen Steuergesetze haben weitgehend die Aufzählung aus dem DBG übernommen.

Erwerbstätigkeit kann haupt- oder nebenberuflich und dauernd oder vorübergehend ausgeübt werden. Das Einkommen aus der selbständigen Erwerbstätigkeit bestimmt sich nach dem Vermögensstandsgewinn des dieser Tätigkeit zuzuordnenden Vermögens, des Geschäftsvermögens. Das Geschäftsvermögen ist demnach vom Privatvermögen einer natürlichen Person abzugrenzen. Eine natürliche Person hat Privat- oder Geschäftsvermögen, etwas Drittes gibt es nicht.

Der Gesetzgeber definiert den *Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit* steuerrechtlich nicht und trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Erscheinungsformen einer selbständigen Erwerbstätigkeit vielfältig sind und nicht mit wenigen Worten normiert werden können¹². Gemäss Lehre und Praxis gelten jene natürlichen Personen als selbständig erwerbstätig, die durch *Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital in frei gewählter Organisation, auf eigenes Risiko, anhaltend, planmässig und nach aussen sichtbar zum Zwecke der Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen*. Es handelt sich um einen «Typusbegriff»¹³: Der Begriffsinhalt kann nur durch Beschreibung seiner Merkmale dargestellt werden, und jedes dieser Merkmale kann in seiner vollen Intensität wirksam sein. Massgeblich ist ein Gesamtbild aus allen Merkmalen unter Berücksichtigung der Umstände jedes Einzelfalles.

Das alte Bundessteuerrecht verwendete den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht¹⁴. Nach Art. 21 Abs. 1 BdBSt fiel das Einkommen «aus Erwerbstätigkeit» in die Steuerberechnung und als solches galt laut nachfolgender lit. a jedes «Einkommen aus einer Tätigkeit» (gefolgt von einer exemplarischen Aufzählung). Kapital und Aufwertungsgewinne waren nur zu besteuern, wenn sie in einem buchführungspflichtigen Unternehmen anfielen. Vor diesem Hintergrund kam es zur Unterscheidung *dreier* Arten von Veräusserungsgewinnen¹⁵, den steuerbaren Gewinnen aus einer *eigentlichen gewerbmässigen Tätigkeit*¹⁶ oder aus einer die *schlichte Vermögensverwaltung übersteigenden Erwerbstätigkeit*¹⁷ sowie den steuerfreien Gewinnen aus *schlichter Vermögensverwaltung*¹⁸.

¹² VON AH JULIA, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, 2. Aufl., Zürich 2011, 2 f. auch zum Folgenden.

¹³ REICH MARKUS, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 1-82, 2. Aufl. Basel, 2008, Art. 18 N 15; DERS., Steuerrecht, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf, 2012, § 15 N 9.

¹⁴ Auch zum Folgenden VON AH (FN 12), 3 f.

¹⁵ Statt vieler REICH (FN 13), Art. 18 DBG N 8.

¹⁶ Mit Buchführungspflicht besteuert nach Art. 21 Abs. 1 lit. d BdBSt, bei fehlender Buchführungspflicht nach lit. a.

¹⁷ Besteuert nach Art. 21 Abs. 1 lit. a BdBSt als Einkommen aus einer Tätigkeit, insbesondere einer Handelstätigkeit.

¹⁸ Steuerfrei in Auslegung von Art. 21 Abs. 1 Ingress BdBSt und lit. a bzw. lit. d.

Aus dem Konzept von Art. 18 DBG in Verbindung mit Art. 16 Abs. 3 DBG folgt klarerweise, dass es zur Anwendung der Vermögensstandsgewinnmethode nicht genügt, Gewinne zu identifizieren, die im Rahmen irgendeiner Tätigkeit entstehen, welche die schlichte Verwaltung privaten Vermögens übersteigt. Veräusserungsgewinne sind nur steuerbar, wenn sie im Rahmen einer als selbständige Erwerbstätigkeit qualifizierten Tätigkeit auf einem Gegenstand des Geschäftsvermögens anfallen. Zu begründen ist also das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit im konkreten Fall, woraus ersichtlich wird, dass die alte, unter den Bezeichnungen Liegenschaften- und Wertschriftenhändler entwickelte Praxis zu Art. 21 Abs. 1 lit. a BdBS nicht unbesehen weitergeführt werden kann¹⁹.

3. Entwicklungen in der jüngeren Rechtsprechung

Um zu prüfen, ob eine gewerbsmässige Tätigkeit vorliegt, ist die private Tätigkeit (Vermögensverwaltung oder Liebhaberei) von der selbständigen Erwerbstätigkeit abzugrenzen. Es fragt sich, ob eine Tätigkeit, die mit einem im Privatvermögen gehaltenen Vermögensgegenstand zusammenhängt, für sich eine gewerbsmässige Tätigkeit bildet und der Vermögensgegenstand deshalb zum Geschäftsvermögen wird. Häufig stellt sich diese Frage nicht (schon) beim Erwerb, sondern erst bei einer Veräusserung – allenfalls nach einer langen Haltedauer –, dann, wenn der Veräusserungsgewinn (bzw. -verlust) einkommensteuerrechtlich zu qualifizieren ist. Zugleich ist zu bestimmen, welche Handlung(en) die gewerbsmässige Qualifikation auslöst, d.h. wann die gewerbsmässige Handelstätigkeit begonnen hat und zu welchem Wert der Vermögensgegenstand ins Geschäftsvermögen eingebracht worden ist^{20 21}. Eingebracht werden darf grundsätzlich zu Verkehrswert. Häufig bedarf es professioneller Bewertungsgutachten, um einen Verkehrswert bei Einbringung im Nachhinein zu bestimmen.

¹⁹ BSt-RK ZH 13.3.1997, StE 1997 B 23.1 Nr. 37; gl.M. REICH (FN 13), Art. 18 DBG N 11; HIRT BEAT, Kritische Bemerkungen zur „gewerbsmässigen“ privaten Vermögensverwaltung, StR 54 (1999) 307 ff.; a.M. YERSIN DANIELLE, La distinction entre l'activité indépendante et la gestion de la fortune privée, dans le domaine immobilier, ASA 67 (1998/1999) 97 ff.

²⁰ Fragen ergeben sich auch bei einer Entnahme aus dem Geschäftsvermögen, bei Beendigung der gewerbsmässigen Händlertätigkeit oder bei der Einbringung des Geschäftsvermögens in eine juristische Person. Diese können vorliegend jedoch nicht weiter vertieft werden.

²¹ In Sachverhalten, in denen mehrere Steuerhoheiten involviert sind, stellt sich die Frage auch bezüglich der laufenden Erträge, wenn das Besteuerungsrecht der involvierten Staaten oder Kantone zu klären ist. Zu Ersterem etwa StRK ZH 20.4.2012, StE 2012 A 31.4 Nr. 15, wo es um die Zuordnung des Besteuerungsrechts von Einkünften aus US Limited Partnerships und einer US Limited Liability Company geht.

A. Bundesgerichtliche Indizien

Gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts «sind steuerfreie private Kapitalgewinne im Sinne von Art. 16 Abs. 3 DBG nur diejenigen Gewinne, die im Rahmen *der schlichten Verwaltung privaten Vermögens* entstehen, also ohne *besondere, in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtete Tätigkeit des Steuerpflichtigen*, oder bei einer sich *zufällig bietenden Gelegenheit*»²². Steuerbarer Liegenschaftshandel liege vor, «wenn die steuerpflichtige Person An- und Verkäufe von Liegenschaften nicht nur im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung bei sich zufällig bietender Gelegenheit tätig, sondern wenn sie dies systematisch und mit der Absicht der Gewinnerzielung tut; erforderlich ist mithin eine Tätigkeit, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist. Die Gewinnabsicht bildet ein subjektives Kriterium, das nur aufgrund äusserer Umstände festgestellt werden kann (...). Als Indizien hierfür kommen in Betracht: die systematische bzw. planmässige Art und Weise des Vorgehens, die Häufigkeit der Liegenschaftengeschäfte, der enge Zusammenhang eines Geschäfts mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person, der Einsatz spezieller Fachkenntnisse, die Besitzdauer, der Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte oder die Realisierung derselben im Rahmen einer Personengesellschaft»²³. Zuweilen wird auch die Reinvestition des Gewinns in gleichartige Vermögensgegenstände als Indiz angeführt²⁴. Eine nach aussen sichtbare Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bzw. ein selbständiger Marktauftritt verlangt das Bundesgericht nicht²⁵.

In seiner älteren Rechtsprechung hielt das Bundesgericht jeweils fest, dass jedes dieser Indizien im Einzelfall auch allein zur Annahme einer Erwerbstätigkeit ausreicht²⁶. In jüngeren Urteilen findet sich dieser Satz nur noch selten²⁷. Wohl

²² Statt vieler BGer 29.7.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 71 E. 2.2 (eigene Hervorhebungen).

²³ Statt vieler BGer 7.4.2009, 2C_869/2009, StE 2009 B 23.1 Nr. 66, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>> (besucht am 18.5.2013), E. 2.4.

²⁴ Dazu u.a. betreffend Wertschriftenhandel: BGer 9.7.1999, ASA 69 (2000/2001) 652, E. 2b; Kreisschreiben EStV Nr. 36 (FN 8), Ziff. 4.3.2. Betreffend Liegenschaftshandel: BGer 22.4.2005, 2A.547/2004, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>> (besucht am 18.5.2013), E. 2.2 m.w.Hw.; VGer ZH 3.11.2010, abrufbar unter: <<http://vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/home.html>> (besucht am 7.6.2013), E. 2.2.2. Betreffend Kunsthandel: BGer 29.7.2011, StE 2011 B 23.1. Nr. 71, E. 2.3. Betreffend Plakathandel: BGer 10.8.2009, 2C_893/2008, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>> (besucht am 18.5.2013), E. 2.2.

²⁵ Statt vieler BGer 31.10.2011, StE 2012 B 23.2 Nr. 40, E. 2.2 in fine.

²⁶ Statt vieler BGE 125 II 113, E. 3c.

²⁷ So etwa noch in: BGer 31.10.2011, StE 2012 B 23.2 Nr. 40, E. 2.4; BGer 29.7.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 71, E. 2.3.

mag eine systematische bzw. planmässige Art und Weise des Vorgehens oder die Häufigkeit der Transaktionen in bestimmten Konstellationen für sich allein eine selbständige Erwerbstätigkeit begründen²⁸, nicht aber der enge Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit, der Einsatz spezieller Fachkenntnisse, die kurze Besitzesdauer, der Einsatz erheblicher Fremdmittel, die Realisierung im Rahmen einer Personengesellschaft oder die Reinvestition in gleichartige Vermögensgegenstände²⁹. Das Bundesgericht verzichtet deshalb zu Recht auf die eingangs erwähnte Feststellung. Gewürdigt werden stets die Gesamtumstände des Einzelfalls. In der Vergangenheit entstand zuweilen der Eindruck, die Höhe der erzielten Kapitalgewinne oder -verluste hätte die Beurteilung zu beeinflussen vermocht³⁰.

B. Im Liegenschaftenhandel

I. Grundsätzliches

Selbständig erwerbstätig kann nur sein, wer mit Gewinnabsicht am Markt teilnimmt. Wer Liegenschaften *familienintern* auf Rechnung künftiger Erbschaft überträgt, nimmt nicht am Wirtschaftsverkehr teil, weshalb von vornherein keine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen kann. Diese vom Bundesgericht in seinem Urteil vom 7. April 2009³¹ gemachte Feststellung ist sachrichtig.

Kein Indiz für eine selbständige Erwerbstätigkeit ist zu Recht die *Anlagestrategie* eines Steuerpflichtigen, d.h. das Verhältnis zwischen seinen Anlagen in bewegliches und unbewegliches Vermögen und somit auch ein allfälliges «Klumpenrisiko» aus einer überwiegenden Anlage in Immobilien³².

Gewerbsmässiger Liegenschaftenhandel liegt nach Auffassung des Bundesgerichts auch vor, wenn nicht ein eigentlicher Kauf und Verkauf (Handel) betrieben wird, sondern wenn Liegenschaften als *Arbeitsbeschaffung* für ein Architektur- oder Bauunternehmen oder einen Handwerksbetrieb erworben und eingesetzt werden. Ein Architekt, der zusammen mit Partnern aus der Baubranche grössere

²⁸ REICH MARKUS/WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahr 2005, IFF Forum für Steuerrecht (Teil 2), FSr 2006, 304 ff.

²⁹ So auch REICH/WALDBURGER (FN 28), FSr 2006, 306, wobei sie sich zum Einsatz erheblicher Fremdmittel und zur Realisierung im Rahmen einer Personengesellschaft nicht äussern.

³⁰ Dazu auch MÜLLER (FN 9), ST 81 (2007), 404.

³¹ BGer 7.4.2009, StE 2009 B 23.1 Nr. 66, E. 4.2.

³² BGer 7.4.2009, StE 2009 B 23.1 Nr. 66, E. 4.3. In casu hatte der Steuerpflichtige 85% seiner finanziellen Mittel für den Erwerb von Grundstücken verwendet, die alle in derselben Gemeinde lagen (E. 3.2 auch zum Folgenden). Das Kantonale Steueramt Zürich erblickte darin eine erhöhte Risikobereitschaft, die gegen eine private Vermögensanlage spreche.

Baulandparzellen erworben hatte und diese überbauen liess, wobei die Architekturarbeiten von seiner Architekten AG ausgeführt wurden, galt als nebenberuflicher Liegenschaftenhändler³³. Denn der Zweck der nebenberuflichen Händlertätigkeit ist die Vermittlung von Aufträgen an die Architekten AG³⁴. In verschiedenen Urteilen gewichtet das Bundesgericht den Umstand, dass Liegenschaften zu Arbeitsbeschaffungszwecken für ein Architekturbüro, erworben wurden, stärker als die Anzahl Liegenschaftentransaktionen innert einer bestimmten Zeit³⁵.

Der Begriff der privaten Anlage in Liegenschaften fassen das Bundesgericht und verschiedene Kantone (wie etwa der Kanton Zürich) nach wie vor eng. Oft reicht – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen – bereits ein bestimmter «schädlicher» Schritt, um als nebenberuflicher Händler qualifiziert zu werden.

II. Bundesgerichtsurteil vom 3. April 2004

a) Sachverhalt und Erwägungen

X., von Beruf Exportkaufmann, erwarb 1972 zusammen mit einem Partner zwecks Altersvorsorge im Rahmen einer einfachen Gesellschaft eine Baulandparzelle³⁶. Darauf realisierten sie eine Terrassensiedlung mit 27 Einheiten. Finanzieller Probleme wegen kam Ende 1974 ein weiterer Partner als stiller Gesellschafter hinzu; ihm wurden 8 Einheiten abgetreten. 1976 übernahm X. 11 Terrassenwohnungen im Alleineigentum, 10 vermietete er und eine bewohnte er fortan selber. 1993 beauftragte X. die M. AG zunächst mit der Begründung von Stockwerkeigentum und dem Verkauf. Stattdessen wurden Einzelparzellen je Terrassenhaus geschaffen. 1993 wurden 8 Häuser verkauft, eines schenkte X. seiner Tochter. 1994 wurde ein weiteres Haus verkauft. Das Bundesgericht erwog, dass eine gewerbmässige Händlertätigkeit nicht ausgeschlossen sei, auch wenn die Parzelle zwecks Altersvorsorge erworben worden war. Alleine schon der Kauf der umfangreichen unüberbauten Parzelle und die Konzeption und Realisation der ausgedehnten Terrassensiedlung sprengte den Rahmen der schlichten Verwaltung des privaten Vermögens. Zudem hätten namhafte fremde Mittel vorübergehend auf-

³³ BGer 22.4.2005, 2A.547/2004 (FN 24), E. 3.2.

³⁴ REICH/WALDBURGER (FN 28), FStR 2006, 306.

³⁵ BGer 8.5.2006, 2A.698/2004 und 2A.439/2005, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index-jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>> (besucht am 18.5.2013), E. 3.1; dazu auch BGer 7.4.2009, StE 2009 B 23.1 Nr. 66, E. 4.5 m.w.Hw.

³⁶ BGer 3.4.2004, 2A.512/2003, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index-jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>> (besucht am 18.5.2013), auch zum Folgenden.

genommen werden müssen und auch der Beizug der M. AG zwecks Parzellierung und professioneller Vermittlung deute auf kommerzielle Methoden hin.

Das Bundesgericht erblickte bereits im Kauf des Grundstücks die Aufnahme der Handelstätigkeit. Die «Bauphase» und die fast fünfzehn Jahre später einsetzende «Verwertungsphase» seien zusammen zu würdigen, andernfalls – wäre nur die «Verwertungsphase» massgebend –, wäre auf den Wert zu Beginn der Verwertungsphase abzustellen und fiele die Wertsteigerung zwischen Bau und Verwertung für die Besteuerung ausser Betracht³⁷. Der direkten Bundessteuer unterlagen somit alle Gewinne inkl. derjenigen aus der Privatentnahme des an die Tochter verschenkten Hauses sowie des selbst benützten Hauses.

b) Würdigung

Angaben zur Höhe der Fremdfinanzierung macht das Bundesgericht nicht. Damit lässt sich nicht abschliessend beantworten, ob X. mit der Beteiligung an der Terrassensiedlung Altersvorsorge betrieb, zumindest bis zu jenem Zeitpunkt, als sich der Zweck änderte und X. beschloss, Stockwerkeigentum resp. Einzelparzellen zu begründen und diese zu veräussern. Auch im Privatvermögen wird ein Grundstückserwerb regelmässig fremdfinanziert, je nach Art der Liegenschaft und Sicherheiten häufig bis zu ca. 80% des Liegenschaftsverkehrswerts. Eine Fremdfinanzierung in diesem Rahmen begründet für sich allein noch kein unternehmerisches Risiko. Für die Realisation einer Überbauung müssen Fachleute beigezogen werden, ob das Grundstück klein oder gross ist. Dies ist nichts Aussergewöhnliches und vermag für sich keine gewerbsmässige Tätigkeit zu begründen, wenn das Grundstück danach – wie vorliegend – während mehr als zwanzig Jahren gehalten wird, ohne dass Teile davon veräussert werden. Für die Beurteilung einer gewerbsmässigen Handelstätigkeit ist die gesamte Investitionsdauer zu berücksichtigen. Die laufenden Liegenschaftenerträge (aus Vermietung) unterliegen ohnehin der Einkommenssteuer. Und auf kantonaler resp. kommunaler Ebene wird auch der «privat» erzielte Wertzuwachsge Gewinn bei Veräusserung besteuert. Bei der Frage, ob eine gewerbsmässige Händlertätigkeit vorliegt, geht es einzig um die Frage, ob der Wertzuwachsge Gewinn zusätzlich der direkten Bundessteuer unterliegt (und auf kantonaler resp. kommunaler Ebene allenfalls nicht von der Grundstückgewinnsteuer, sondern von der Einkommenssteuer erfasst wird). Zu beurteilen ist, ob bereits im Zeitpunkt der Überbauung die Absicht bestand, diese zu veräussern. Wird die Überbauung zwecks Altersvorsorge erstellt und während mehr als zwanzig Jahren gehalten, ist dies zu bezweifeln. Sachrichtig wäre gewe-

³⁷ BGer 3.4.2004, 2A.512/2003 (FN 36), E. 2.3.2.

sen, den Beginn der Händlertätigkeit an den Zeitpunkt des Veräusserungsent-
scheids bzw. an die ersten vorbereitenden Handlungen zu knüpfen.

III. Bundesgerichtsurteil vom 31. Oktober 2011

a) Sachverhalt und Erwägungen

Kritisch zu würdigen ist auch das folgende Urteil des Bundesgerichts: Eine Steuerpflichtige erwarb 1977 von einer Aktiengesellschaft ihres Vaters eine Beteiligung von 27.31% an einer Baugesellschaft und stockte sie später auf 41.76% auf. Die Baugesellschaft war 1970 von sieben Gesellschaftern gegründet worden mit dem Zweck, eine Bauparzelle zu erwerben und darauf Alterswohnungen zu erstellen und zu vermieten, allenfalls zu verkaufen. Es entstanden 24 Wohnungen, die fortan zu bescheidenen Mietzinsen vermietet wurden. Das Bundesgericht erblickte in der Anfangsphase – namentlich wegen der Gründung der einfachen Gesellschaft und dem Umstand, dass sich einige im Rahmen ihres Berufes daran beteiligten und die Geschäftsführung für gemeinsame Rechnung im Einvernehmen mit anderen besorgten, – eine selbständige Erwerbstätigkeit und qualifizierte die erstellte Baute als Geschäftsvermögen. Nicht notwendig sei, so das Bundesgericht, «dass jeder Gesellschafter persönlich eine eigentliche auf Verdienst gerichtete Tätigkeit für gemeinsame Rechnung ausübt. Es genügt, dass eine solche Betätigung auf der Stufe der Gesamtheit vorliegt. Sogar derjenige Teilhaber, der nur Geld in die Gesellschaft investiert, ohne selber bei deren Geschäften mitzuwirken, muss sich dann die vom geschäftsführenden Fachmann für Rechnung aller Teilhaber unternommenen Bemühungen wie eine eigene Erwerbstätigkeit anrechnen lassen»³⁸. Bis zum gewinnbringenden Verkauf der Liegenschaft im Jahr 2008 (Gewinn von rund CHF 460'000, 38 Jahre nach Errichtung der Baugesellschaft), wurden die darin untergebrachten Alterswohnungen zu bescheidenen Zinsen vermietet; weitere Dienstleistungen wurden nicht angeboten. Das Bundesgericht befand, die Vermietung stelle eine schlichte Verwaltung von Privatvermögen dar, der blosser Zeitablauf vermöge jedoch an der Qualifikation der Liegenschaft zu Beginn als Geschäftsvermögen nichts zu ändern. Die Anteile der Steuerpflichtigen an der Gesellschaft wurden bis zur Veräusserung als Privatvermögen und die darauf fliessenden Erträge (ins. Mieterträge) als Vermögenserträge besteuert und nicht etwa als Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Da einer Veranlagung von periodischen Steuern nur für die betreffende Periode Rechtskraft zukomme, könnten die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse in einem späteren

³⁸ BGer 31.10.2011, StE 2012 B 23.2 Nr. 40, E. 3.1.1 in fine m.w.Hw.

Veranlagungszeitraum durchaus anders gewürdigt werden, und dies selbst dann, wenn in gewissen steuerbehördlichen Dokumenten betreffend den Beteiligungsübergang an die Tochter von Privatvermögen die Rede gewesen sei, so das Bundesgericht abschliessend³⁹.

b) Würdigung

Quintessenz dieses Urteils ist: Was während mehr als 30 Jahren als Privatvermögen behandelt worden ist, bildete bei Veräusserung dennoch Geschäftsvermögen. Der Schutz von Treu und Glauben wäre hier höher zu gewichten gewesen, zumal die Steuerpflichtige auch aufgrund der steuerbehördlichen Behandlung davon ausgehen konnte, dass sie ihren Anteil 1977 ins Privatvermögen erworben hatte.

Die Gründung eines Baukonsortiums durch mehrere Personen und der Umstand, dass einige sich aus beruflichen Gründen daran beteiligten und die Geschäftsführung für gemeinsame Rechnung im Einvernehmen mit den anderen besorgten, gaben nach Auffassung des Bundesgerichts den Ausschlag, die Liegenschaft als Geschäftsvermögen zu qualifizieren. Wer nicht persönlich eine auf Verdienst gerichtete Tätigkeit ausübt, muss sich die Tätigkeit anderer anrechnen lassen, so der dahintersteckende Grundsatz. Er führt bei Personen, die sich bloss als Kapitalgeber beteiligen, zum widersinnigen Ergebnis, dass sie sowohl aus der laufenden Vermietung als auch bei einer allfälligen Veräusserung Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erzielen und dies nicht nur für Steuerzwecke, sondern auch für die Belange der Sozialversicherungen (AHV/IV etc.), obgleich sie selber nicht in die operative Tätigkeit involviert sind, sondern bloss ihr Geld darin investieren.

IV. Bundesgerichtsurteil vom 13. April 2005

a) Sachverhalt und Erwägungen

Im Urteil vom 13. April 2005⁴⁰ war der Verkauf eines einzigen, eigenfinanzierten Grundstücks, zu beurteilen. Das Grundstück, welches sich in einem Gebiet mit Planungspflicht befindet, wurde von einer Erbengemeinschaft (bestehend aus vier Erben) an eine von den Erben neu gegründete Aktiengesellschaft veräussert. Das Grundstück war der Erbengemeinschaft nach einer partiellen Erbteilung als einziger Vermögensgegenstand verblieben. Das Bundesgericht bejahte eine selbstän-

³⁹ BGer 31.10.2011, StE 2012 B 23.2 Nr. 40, E. 5.3.

⁴⁰ BGer 13.4.2005, NStP 2005, 15 = StR 60 (2005) 489.

dige Erwerbstätigkeit der Erben, da diese darauf verzichteten, das Grundstück mit Blick auf die Erbteilung zu veräussern und stattdessen eine einfache Gesellschaft gründeten, um die baulichen Möglichkeiten des Grundstücks abzuklären.

b) Würdigung

Dass die Erben dabei auf die Fachkompetenz eines Ehemanns einer Erbin als Bauleiter zählen konnten und in Zusammenarbeit mit der Belegenheitsgemeinde und Fachleuten eine Überbauungsordnung erstellen liessen, erachtete das Bundesgericht als systematisches und planmässiges Vorgehen (gewichtiges Indiz für eine selbständige Erwerbstätigkeit). Und dies, obwohl die Ausarbeitung einer Überbauungsordnung nahe lag, weil die Veräusserung eines Grundstücks, das einer Planungspflicht unterliegt, schwieriger ist als der Verkauf einer frei überbaubaren Parzelle. Das Indiz des planmässigen und systematischen Vorgehens wurde hier über Gebühr strapaziert, umso mehr, als es offenbar einziges Merkmal einer selbständigen Erwerbstätigkeit war⁴¹.

V. Bundesgerichtsurteil vom 16. Mai 2011

a) Sachverhalt und Erwägungen

Die Geschwister A.X. und B.Y. erhielten im Jahr 1996 von ihrer Mutter (teils ererbt, teils durch Vorempfang) je hälftig einen Anteil von 3/5 an einer unüberbauten Parzelle im Kanton Wallis (1'760 m²). Die restlichen 2/5 erwarben sie mit Vertrag vom März 2004 für CHF 1.55 Mio. Davon trennten sie einen Teil (300m²) ab und liessen ihn als neue Parzelle eintragen (im Miteigentum der beiden Geschwister). Anschliessend parzellierten sie das verbleibende Grundstück, begründeten Stockwerkeigentum und liessen darauf ein Appartementhaus mit 15 Stockwerkeinheiten errichten. Im Jahr 2004 verkauften sie 6 Einheiten bzw. 341/1000 und erzielten einen Erlös von CHF 4'210'952. Die übrigen 9 Einheiten wurden vermietet und dienten der langfristigen Kapitalanlage. Das Bundesgericht erachtete das Vorgehen als «den Rahmen der schlichten Verwaltung des privaten Vermögens» sprengend, «selbst wenn keine besonders hohe Fremdfinanzierung vorlag»⁴². Es stellte dabei offenbar auf die Anzahl veräusserter Stockwerkeinhei-

⁴¹ Kritisch dazu auch: SIMONEK MADELEINE, ASA 76 (2007/2008) 1 f.

⁴² BGer 16.5.2011, 2C_907/2010, E. 3.2. Zur Höhe der Fremdfinanzierung lässt sich dem Sachverhalt nichts entnehmen, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit>>

ten und den Zeitraum zwischen dem Kauf der restlichen 2/5 und dem Verkauf der 6 Stockwerkeinheiten ab und berief sich dabei auf zwei ältere bundesgerichtliche Urteile aus den Jahren 2001 und 2002. In jenem dem Urteil vom 2. April 2001⁴³ zugrunde liegenden Fall wurden 7 von insgesamt 11 Stockwerkeinheiten in weniger als 2 Jahren verkauft. Das in Stockwerkeinheiten aufgeteilte Wohnhaus war rund sechs Jahre zuvor von einem Notar und seiner Ehefrau sowie einer AG, die zusammen eine einfache Gesellschaft bildeten, erworben worden. Der Notar und seine Ehefrau wollten damit eine langfristige Altersvorsorge tätigen, mussten jedoch aufgrund eines finanziellen Engpasses einen Teil der Einheiten veräussern. Dies qualifizierte das Bundesgericht als gewerbsmässiges Vorgehen, obwohl ursprünglich keine Verkaufsabsicht bestanden hatte. Der zweite Fall (Urteil vom 12. September 2002⁴⁴) betraf den Bau eines Mehrfamilienhauses mit 7 Stockwerkeinheiten, wovon 5 rund 2 Jahre nach Ersuchen um Baubewilligung veräussert und die übrigen 2 Einheiten weitere 2 Jahre später auf Rechnung künftiger Erbschaft an Nachkommen abgetreten wurden⁴⁵.

Im Umstand, «dass sich die beiden Geschwister im Hinblick auf die Planung und Realisierung des Bauvorhabens im Ergebnis zu einer einfachen Gesellschaft zusammenschlossen, was für sich allein ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit ist», erblickt das Bundesgericht⁴⁶ eine weitere Begründung für die selbständige Erwerbstätigkeit. «Zudem ermöglichten sie sich mit dem Gewinn aus den verkauften Stockwerkeinheiten das Zurückbehalten der verbleibenden Appartements zum Zwecke der Dauervermietung»⁴⁷. Das Bundesgericht anerkennt zwar, dass die Vermietung grundsätzlich zur Verwaltung des eigenen Vermögens gehört. Das im vorliegenden Fall gewählte Vorgehen gehe allerdings darüber hinaus und sei als selbstständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren.

template/jurisdiction-recht.htm> (besucht am 18.5.2013); siehe auch SIMONEK MADELEINE/VON AH JULIA, Unternehmenssteuerrecht, Entwicklungen 2011, njus.ch 2011, Bern, 2012, 92 f.

⁴³ 2A.538/2000, NStP 2001, 21 ff.

⁴⁴ 2A.512/2001, NStP 2002, 109 ff.

⁴⁵ Allerdings hatte das Bundesgericht zur Frage der Qualifikation des Vorgehens an sich im Urteil vom 12. September 2002 nicht Stellung zu nehmen, denn die Beschwerdeführer hatten die Qualifikation der bernischen Steuerverwaltung als gewerbsmässige Tätigkeit im Veranlagungsverfahren akzeptiert und lediglich die Höhe des Verkehrswerts des Grundstücks zu Beginn der Handelstätigkeit (bei Einreichung des Baugesuchs) angefochten. Aus dem zweiten Urteil lässt sich nichts zur bundesgerichtlichen Qualifikation gewinnen, denn das Bundesgericht musste sich dazu nicht äussern, sondern konnte, da die Frage nicht streitbetroffen war, ohne weitere Prüfung auf die Qualifikation der Berner Steuerverwaltung abstellen.

⁴⁶ 2C_907/2010 (FN 42), E. 3.2.

⁴⁷ 2C_907/2010 (FN 42), E. 3.2.

b) Würdigung

Aus dem Zusammenschluss der beiden Geschwister zu einer *einfachen Gesellschaft* lässt sich m.E. kein Argument für eine selbständige Erwerbstätigkeit gewinnen. Eine einfache Gesellschaft ist eine für vielfältige Zwecke verwendbare gesellschaftsrechtliche Grundform und entsteht rasch und stillschweigend, sobald zwei oder mehrere Personen einen gemeinsamen Zweck anvisieren: «Zur Entstehung einer einfachen Gesellschaft genügt die Einigung mehrerer Personen, die Erreichung eines bestimmten Zwecks gemeinsam fördern zu wollen»⁴⁸. Der Zweck kann wirtschaftlich oder nicht wirtschaftlich sein. Die einfache Gesellschaft darf jedoch gesellschaftsrechtlich kein nach kaufmännischer Art geführtes Unternehmen betreiben⁴⁹. Und genau dies wäre Voraussetzung für eine selbständige Erwerbstätigkeit.

Das Bundesgericht selbst hat in einem anderen Urteil – jenem zum Beteiligungshandel vom 12. September 2011 – aus dem Vorliegen einer einfachen Gesellschaft kein Indiz für einen gewerbmässigen Handel abgeleitet, sondern den Zweck der einfachen Gesellschaft, bestehend aus zwei Personen, die eine Beteiligung gemeinsam veräusserten, als «Verkauf von Aktien im Rahmen der *privaten Vermögensverwaltung*»⁵⁰ gewürdigt.

Beurteilt man das von den beiden Geschwistern in casu gewählte Vorgehen anhand der bereits erwähnten *Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit*⁵¹, lässt sich darin keine Handelstätigkeit erblicken, mit der die beiden planmässig und vor allem anhaltend am Wirtschaftsverkehr teilnehmen. Sie veräusserten einmalig 6 der 15 Stockwerkeinheiten, um mit dem Gewinn das Halten und Vermieten der übrigen 9 Einheiten mit Eigenkapital finanzieren zu können. Alternativ wäre denkbar, dass sich jemand zunächst stark fremdverschuldet und einige der Einheiten sukzessive über eine längere Zeitspanne veräussert. Mit dem Verkauf zwecks möglichst hoher Eigenfinanzierung verhalten sich Eigentümer ihren persönlichen Vermögensverhältnissen entsprechend vorsichtig und im volkswirtschaftlichen Interesse einer möglichst niedrigen Prokopfverschuldung, dies darf sich einkommensteuerlich nicht zu ihrem Nachteil auswirken.

⁴⁸ MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, 326 (Hervorhebungen nicht übernommen).

⁴⁹ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 48), 123, 310.

⁵⁰ BGer 12.9.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 72 = StR 2011, 950 ff., E. 3.2.1 (eigene Hervorhebung), dazu weiterführend unten Ziff. 3.F.I.

⁵¹ Dazu vorne Abschnitt 2.

VI. Zwischenfazit

Der Blick auf die Rechtsprechung und Praxis zum gewerbsmässigen Liegenschaftshandel zeigt, dass das Indiz der *systematischen bzw. planmässigen Art und Weise des Vorgehens* eng ausgelegt wird: eine blosser Parzellierung eines Grundstücks oder das Begründen von Stockwerkeinheiten, sogar die Begründung einer einfachen Gesellschaft unter Erben zwecks Abklärung der baulichen Möglichkeiten genügt. Ist dieses eine Indiz erfüllt, reicht dies nach Auffassung des Bundesgerichts aus, um eine gewerbsmässige Händlertätigkeit und somit eine selbständige Erwerbstätigkeit zu begründen, unabhängig davon, ob das fragliche Grundstück später veräussert wird. Eine Veräusserung ist zwar oft erst der Anlass resp. Zeitpunkt, an dem die Qualifikationsfrage *ex post* geklärt wird. Der Grund für die Qualifikation liegt jedoch oft weit zurück und steht in keinem unmittelbaren zeitlichen, zuweilen auch nicht kausalen Zusammenhang mit der späteren Veräusserung.

Weitere Aspekte, wie eine anschliessende lange Besitzesdauer⁵² einer Liegenschaft oder eine dauerhafte Vermietung, die eher Privatvermögenscharakter hat, bezieht das Bundesgericht auch bei einer *ex-post* Betrachtung nicht mit ein, sondern stellt lediglich auf die ursprüngliche Parzellierung oder das Begründen von Stockwerkeinheiten oder andere «schädliche» Handlungen ab. Eine Beurteilung anhand der gesamten Umstände des Einzelfalls findet, obwohl in den Urteilen stets angeführt, gerade nicht statt und die bundesgerichtliche Voraussetzung «erforderlich ist die Entwicklung einer Tätigkeit, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist»⁵³, bleibt unerfüllt. Oft genug reicht eine Handlung (z.B. Parzellierung), um das gewerbsmässige Schicksal nach bundesgerichtlicher Auffassung zu besiegeln. In seinem Urteil vom 31. Oktober 2011 verlangte das Bundesgericht für einen steuerbaren Immobilienhandel, dass eine steuerpflichtige Person *systematisch und mit Gewinnerzielungsabsicht An- und Verkäufe* von Liegenschaften tätige⁵⁴. Ein systematisches An- und Verkaufen von Liegenschaften liegt den oben erwähnten Sachverhalten gerade nicht zugrunde⁵⁵. Und die *Gewinnerzielungsabsicht* ist kein taugliches Kriterium, um die selbständige Erwerbstätigkeit von der privaten Vermögensverwaltung (oder der Liebhaberei) abzugrenzen, denn «jedes Streben im wirtschaftlichen Bereich zielt auf die Erzielung eines Gewinns

⁵² Dazu BGer 31.10.2011, StE 2012 B 23.2 Nr. 40, E. 4.2.1.

⁵³ BGer 31.10.2011, StE 2012 B 23.2 Nr. 40, E. 2.3.

⁵⁴ BGer 31.10.2011, StE 2012 B 23.2 Nr. 40, E. 2.3.

⁵⁵ So gesehen ist der Begriff Liegenschaftenhändler irreführend, denn ein eigentlicher Handel im Sinne von regelmässigem Kaufen und Verkaufen ist nach heutiger Rechtsprechung nicht erforderlich. Da der Begriff jedoch als Oberbegriff für die nebenberufliche Erwerbstätigkeit im Liegenschaftsbereich gebräuchlich ist, wird er vorliegend dennoch verwendet.

und auf die Vermeidung eines Verlusts ab»⁵⁶. Die Gewinnerzielungsabsicht ist nicht nur bei der selbständigen Erwerbstätigkeit, sondern auch bei der privaten Vermögensverwaltung oder der Liebhaberei von vornherein gegeben und vermag für sich allein keine selbständige Erwerbstätigkeit zu begründen. Ein blosses Verwerten einer sich zufällig bietenden Gelegenheit im Sinne fast eines «Zufallstreffers» ist auch in der privaten Vermögensverwaltung nicht Realität. Dieser Umstand ist bei der Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung von der selbständigen Erwerbstätigkeit zu berücksichtigen. Eine gesetzliche Grundlage für die Behandlung als selbständige Erwerbstätigkeit besteht jedoch nur dann, wenn die gesamten Umstände die kumulativen Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit (Einsatz von Arbeit und Kapital, frei gewählte Organisation, Planmässigkeit, Nachhaltigkeit und der nach aussen sichtbaren Teilnahme am Wirtschaftsverkehr seien) zu erfüllen vermögen.

Wird rückwirkend festgestellt, dass die Händlertätigkeit bereits bei Kauf oder bei Parzellierung begann, hat dies Auswirkungen auf die Höhe des Wertzuwachs-gewinnes und dessen Besteuerung statt Nichtbesteuerung im Rahmen des DBG. An der Behandlung der laufenden Erträge als private Liegenschaftenerträge ändert sich nachträglich nichts mehr. Es resultiert eine «zwitterartige» Behandlung: Der laufende Ertrag bildet privaten Liegenschaftenertrag (d.h. Abschreibungen werden nicht zugelassen), der Wertzuwachs-gewinn hingegen bildet Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Eine gesetzliche Grundlage für diese «zwitterartige» Behandlung lässt sich nicht finden. Würden laufende Liegenschaftenerträge umqualifiziert, wäre sozialversicherungsrechtlich zu differenzieren und laufende Liegenschaftenerträge nicht als Erwerbseinkommen zu betrachten.

C. Im Wertschriftenhandel – Bundesgerichtsurteil vom 23. Oktober 2009

I. Sachverhalt

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel nahm mit dem Urteil vom 23. Oktober 2009 eine Wende. Zuvor stellte das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung auf seinen aus dem gewerbmässigen Liegenschaftenshandel heraus entwickelten Indizienkatalog ab. Das Urteil vom 23. Oktober 2009 betraf die Zürcher Staats- und Gemeindesteuern 2004. Zu klären war, ob ein im Kanton Zürich ansässiges Ehepaar, dessen Vermögensverwalter im

⁵⁶ VGer ZH 3.11.2010, SB.2010.00025, abrufbar unter: <<http://vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/home.html>> (besucht am 18.5.2013), E. 2.3.4.

Steuerjahr 2004 insgesamt 184 Wertschriftentransaktionen durchgeführt und dabei – bei einem steuerbaren Vermögen von rund CHF 3'465'000 (CHF 2'825'000 zu Beginn des Steuerjahres) einen Kapitalgewinn von rund CHF 940'000 erzielt hatte, Letzteren steuerfrei im Privatvermögen vereinnahmen kann oder nicht. Die 184 Transaktionen bestanden aus dem Verkauf einer Obligation und aus 15 Käufen und 17 Verkäufen von SMI-Aktien, wobei die Haltedauer im Durchschnitt höchstens einen Monat betrug, in einem Fall nur einen Tag. Aus dem umgesetzten Volumen von CHF 2'800'000 resultierte ein Kapitalgewinn von rund CHF 140'000. Aus insgesamt 69 Käufen und Verkäufen von Call- und Put-Optionen auf Aktien und Futures auf den SMI resultierte ein Gewinn von rund CHF 410'000. 82 Devisenkäufe und -verkäufe brachten bei einem Umsatz von CHF 30'000'000 einen Gewinn von rund CHF 360'000. Mitte 2004 erhöhte das Ehepaar die Hypothek auf dem Eigenheim um CHF 300'000, um die verflüssigten Mittel teilweise für die Transaktionen zu verwenden.

Das Zürcher Verwaltungsgericht⁵⁷ erblickte darin – im Gegensatz zum Steueramt des Kantons Zürich und zur Steuerrekurskommission I – keine gewerbsmässige Händlertätigkeit, da das Ehepaar weder eigene Arbeitsleistung eingesetzt habe noch nach aussen aufgetreten sei, womit es an zentralen Elementen einer selbständigen Erwerbstätigkeit fehle. Im Licht der vertikalen Harmonisierung seien trotz Kritik in der Lehre und in der bundesrätlichen Botschaft zur Unternehmenssteuerreform (leider) auch die bundesgerichtlichen Indizien heranzuziehen. Daraus ergäbe sich jedoch kein anderer Schluss: Investitionen in Derivate und strukturierte Produkte sowie in Anteile an Hedge Funds seien auch bei Privatanlegern mittlerweile weit verbreitet und gehörten zu einem «normalen» Portefeuille. Da es sich dabei um kurzfristig zu handhabende Finanzinstrumente handle, müssten sie regelmässig beobachtet und laufend ersetzt werden, was zwangsläufig zu zahlreichen Transaktionen führe⁵⁸. Die Fremdkapitalquote sei nicht erheblich⁵⁹ (die Steuerrekurskommission I errechnete eine 11 prozentige Fremdkapitalunterlegung). Das Verwaltungsgericht bezieht sich dabei auf die Botschaft Unternehmenssteuerreformgesetz II, wonach eine steuerlich relevanten Fremdfinanzierung vorliegt, wenn mindestens 20% des Kaufpreises fremdfinanziert sind. Im Weiteren sei auch «das Investieren in unterschiedliche Währungen keineswegs derart exotisch, dass allein daraus etwas zu Ungunsten der Pflichtigen abgeleitet werden könnte»⁶⁰.

⁵⁷ VGer ZH 22.10.2008, SB.2007.00127, abrufbar unter: <<http://vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/home.html>> (besucht am 18.5.2013), E. 3.4.1 f. auch zum Folgenden.

⁵⁸ VGer ZH 22.10.2008, SB.2007.00127 (FN 57), E. 3.4.2.

⁵⁹ VGer ZH 22.10.2008, SB.2007.00127 (FN 57), E. 3.4.2.

⁶⁰ VGer ZH 22.10.2008, SB.2007.00127 (FN 57), E. 3.4.2 in fine.

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im DBG (Art. 18 Abs. 1 und 2) und im StHG (Art. 7 und 8 StHG) den gleichen Inhalt hätte und auch die Zürcher Bestimmung (§ 18 Abs. 1 und 2) gleich laute, mithin im kantonalen Recht nicht anders ausgelegt werden könne als im Recht der direkten Bundessteuer, ansonsten man dem Ziel der vertikalen Steuerharmonisierung nicht Rechnung tragen würde⁶¹. Es knüpfte wiederum an seiner Rechtsprechung zum BdBSt an, die grundsätzlich auch für das DBG gelte und prüft seinen wohlbekannten Indizienkatalog, jedoch ohne auf die diesbezüglichen Erwägungen des Zürcher Verwaltungsgericht im Detail einzutreten⁶². Die bundesrätliche Kritik in der Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz II, wonach die bundesgerichtliche Rechtsprechung «mehr auf subjektiven als auf objektiven Kriterien beruht und damit weder Rechtssicherheit noch Gleichbehandlung gewährleistet»⁶³, nahm das Bundesgericht auf und konterte: Der in der Botschaft vorgeschlagene Gesetzesentwurf sei politisch zu umstritten gewesen und deshalb fallengelassen worden⁶⁴. Quantifizierbare Kriterien, wie sie darin vorgesehen waren, lehnt das Bundesgericht als problematisch ab. Es nimmt die Kritik zum Anlass, seine eigenen Indizien angesichts der dynamischen Entwicklung an den Finanzmärkten zu überprüfen. Das Kriterium «systematische und planmässige Vorgehensweise» sei nicht mehr zeitgemäss, da heute fast jede Person dieses Kriterium erfülle. Ebenso sei das Kriterium «spezielle Fachkenntnisse» nicht mehr zweckmässig. Beiden Kriterien komme nur noch untergeordnete Bedeutung im Sinne von Ausschlusskriterien zu. Stärker zu gewichten seien die beiden auf «objektiven und quantifizierbaren Gegebenheiten beruhenden» Kriterien «Höhe des Transaktionsvolumens» und «Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte»⁶⁵. Das Bundesgericht erblickte in den total 184 Transaktionen – durchschnittlich jeden zweiten Tag eine Transaktion – und dem Umsatz von total CHF 35 Millionen, dem Zehnfachen des steuerbaren Vermögens, ein «sehr hohes Transaktionsvolumen». Dieses und die «in verhältnismässig bescheidenem Um-

⁶¹ BGer 23.10.2009, StE 2010 B 23.1 Nr. 68 = StR 75 (2010) 205 ff. = ZStP 2010, 29 ff., E. 2.1.

⁶² Zur diesbezüglichen Kritik WALDBURGER ROBERT, Rechtsprechung im Jahr 2009 (1. Teil), FStR 2010, 234 f.

⁶³ Botschaft Unternehmenssteuerreform II, BBl 2005, 4809.

⁶⁴ BGer 23.10.2009, StE 2010 B 23.1 Nr. 68 = StR 75 (2010) 205 ff. = ZStP 2010, 29 ff., E. 2.5.

⁶⁵ BGer 23.10.2009, StE 2010 B 23.1 Nr. 68 = StR 75 (2010) 205 ff. = ZStP 2010, 29 ff., E. 2.7. Das Bundesgericht erwähnt darin, dass diese beiden Voraussetzungen auch «von der Praxis – wenn auch mit Vorbehalten – als die tauglichsten erachtet werden» und stellt dabei auf MÜLLER (FN 9), ST 81 (2007) 406, ab, obwohl dessen Ausführungen, wie WALDBURGER ([FN 62], FStR 2010, 237) darlegt, nicht geeignet sind, die Tauglichkeit dieser beiden Voraussetzungen zu belegen.

fang» eingesetzten Fremdmittel spräche in casu für eine selbständige Erwerbstätigkeit⁶⁶.

Derivate und ähnliche modernere Anlagen seien mittlerweile, so das Bundesgericht, weit verbreitet und gehören üblicherweise in ein normales Portefeuille. Allerdings könne ein Optionshandel «auf ein gewerbsmässiges Vorgehen hindeuten, wenn die Optionen nicht in erster Linie zur Absicherung von Risiken verwendet wurden». Das Bundesgericht bezieht sich dabei auf sein «Chirurgen»-Urteil von 2003⁶⁷. Im vorliegenden Sachverhalt sei jedoch nicht der Optionshandel ausschlaggebend, sondern das hohe Transaktionsvolumen und der Einsatz fremder Mittel. Der Handel mit Optionen stelle eine gängige «private» Anlageform dar wie andere Derivate oder strukturierte Produkte auch. Der alte Zopf, dass Optionen im Privatvermögensbereich bloss zu Hedging-Zwecken eingesetzt werden können, gehöre längst abgeschnitten. Die Eidg. Steuerverwaltung relativiert in ihrem Kreisschreiben Nr. 36, der Handel mit Derivaten sei als «spekulativ zu qualifizieren, was auf gewerbsmässiges Vorgehen hindeute[t]»⁶⁸, wenn der Einsatz von Derivaten über die Risikoabsicherung hinausgehe und wenn «im Verhältnis zum Gesamtvermögen ein grosses Volumen umgesetzt»⁶⁹ werde. Wann ein Derivatevolumen im Verhältnis zum Gesamtvermögen so gross ist, um eine selbständige Erwerbstätigkeit zu begründen, wird anhand der Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit und der Gesamtumstände eines Einzelfalls zu beurteilen sein.

II. Würdigung

Grundsätzlich zuzustimmen ist, dass die beiden Kriterien «Höhe des Transaktionsvolumens» und «Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte» geeigneter sind als die bisherigen übrigen Kriterien. Das Kriterium «spezielle Fachkenntnisse» hat laut Bundesgericht zwar an Bedeutung verloren, ist jedoch gänzlich zu streichen⁷⁰. Wie MARKUS REICH schon 1995 darlegte, ist es auch «Kunstsachverständigen und Bankangestellten [...] unbenommen, mit Kunstgegenständen oder mit Wertschriften, Edelmetallen und Devisen im ein-

⁶⁶ BGer 23.10.2009, StE 2010 B 23.1 Nr. 68, E. 3.2 f.

⁶⁷ BGer 31.3.2003, StE 2003 B 23.1 Nr. 55.

⁶⁸ Kreisschreiben EStV Nr. 36 v. 27. Juli 2012 (FN 8), Ziff. 4.3.2.

⁶⁹ Kreisschreiben EStV Nr. 36 v. 27. Juli 2012 (FN 8), Ziff. 4.3.2.

⁷⁰ Gl.M. WALDBURGER (FN 62), FStR 2010, 236, der zudem moniert, der Begriff «Ausschlusskriterium» werde unklar, wenn nicht gar falsch, verwendet. Kritisch auch RICHNER FELIX, die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009 für natürliche Personen, ASA 79 (2010/2011) 736 f.

kommenssteuerfreien Bereich zu spekulieren»⁷¹. Eine «systematische und planmässige Vorgehensweise» bei der Verwaltung und auch Vermehrung des eigenen Vermögens darf einem Steuerpflichtigen nicht nachteilig ausgelegt werden. Im Gegenteil, eine sorgfältige Verwaltung des Vermögens setzt eine planmässige und systematische Vorgehensweise voraus. Fachwissen auch betreffend Derivate oder strukturierte Produkte oder andere moderne Anlageinstrumente sind im Internet, in Zeitschriften oder Fachbeiträgen für jedermann zugänglich. Die Qualifikation der selbständigen Erwerbstätigkeit kann nicht alleine von der Sachkenntnis, der Geschicklichkeit und dem sorgfältigen Umgang mit seinem Vermögen abhängen. Wird zudem ein externer Vermögensverwalter mit der Verwaltung eines Privatvermögens beauftragt, muss dieser professionell handeln und sein Fachwissen anwenden, andernfalls würde er seinen Auftrag nicht erfüllen⁷². Wenn im Privatvermögensbereich ebenso wie im Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit anerkanntermassen systematisch und planmässig vorgegangen wird, kann dieses Element nicht als Unterscheidungsmerkmal zwischen der privaten Vermögensanlage und der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen: es ist aus dem Indizienkatalog gänzlich zu streichen⁷³.

Trotz der stärkeren Gewichtung der beiden Indizien «Höhe des Transaktionsvolumens» und «Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte» bleiben etliche Fragen offen und wird eine weitere Differenzierung erforderlich sein.

Offen bleibt etwa die Frage, wann eine Fremdfinanzierung «erheblich» und somit schädlich ist. Das Bundesgericht ordnet die aufgenommene Hypothek implizit der Finanzierung der Wertschriftentransaktionen zu, was eine quasi «objekt-mässige» Zuordnung⁷⁴ darstellt. Die Gesamtfinanzierung der Aktiven und deren Fremdfinanzierung und somit eine anteilige oder proportionale Fremdfinanzierung, wie sie jeder Investor, der Fremdmittel aufnehmen muss und jede Bank, die Fremdmittel leihen soll, anstellen muss, bleibt ausser Acht. Die Steuerrekurskommission I berechnete in casu wohl bei objektmässiger Zurechnung, dass der Wertschriftenhandel mit 11% Fremdkapital unterlegt worden sei. Eine derartige Fremdfinanzierungsquote selbst bei objektmässiger Zurechnung ist m.E. noch nicht erheblich. Zu berücksichtigen ist jedoch, wie oben erwähnt, eine anteilige Verschuldung unter Berücksichtigung aller Aktiven und nicht nur jener Fremdmittel, die in kausalem Zusammenhang mit oder in zeitlicher Nähe zu den Wert-

⁷¹ FS Oberson, 134 f.

⁷² Vgl. dazu auch WALDBURGER (FN 62), FSr 2010, 236. Zur Frage der Zurechnung der Tätigkeit des Vermögensverwalters zum Anleger s. 3.D.II in fine.

⁷³ Gl. M. WALDBURGER (FN 62), FSr 2010, 236. Weiterführend zu dessen Kritik am Begriff «Ausschlusskriterium» s. oben FN 70.

⁷⁴ WALDBURGER (FN 62), FSr 2010, 235.

schriftentransaktionen aufgenommen werden⁷⁵. Denn es käme einer Ungleichbehandlung gleich, wenn ein Steuerpflichtiger, der über freie Mittel verfügte und mit diesen seine Hypothek amortisiert, und danach im gleichen Umfang Fremdmittel beschafft und in Wertschriften investiert, aufgrund der Fremdmittelbeschaffung als gewerbsmässiger Händler qualifiziert würde, obgleich er seine Hypothek auch in unveränderter Höhe hätte stehen lassen und die Mittel in Wertschriften investieren können.

Entscheidend ist bei der Fremdfinanzierung der Aspekt, wann aus Sicht des Anlegers nicht mehr die Anlage des Privatvermögens im Vordergrund steht, sondern das spekulative Erzielen von Gewinnen aus Leverageeffekten. Letzteres geht über die private Vermögensverwaltung hinaus. Im Privatvermögen gehaltene Liegenschaften werden in aller Regel zu einem grossen Teil fremdfinanziert. Eine Belehnung bis zu 80% des Verkehrswerts der Liegenschaft ist gängig und marktüblich (je nach Art der Liegenschaft). Eine marktübliche Fremdfinanzierung muss auch der in andere, bewegliche Vermögensgegenstände investierende Privatanleger beanspruchen dürfen, ohne eines schädlichen Leverageeffekts bezichtigt zu werden. Nimmt der Anleger jedoch weit mehr Fremdmittel auf, um diese in bewegliche Anlagen zu investieren, so legt er nicht eigenes privates Vermögen an, sondern spekuliert mindestens teilweise mit Fremdkapital darauf, zusätzliche Gewinne zu erzielen. Das Risiko, das er dabei eingeht, ist mit dem eines professionellen Traders vergleichbar.

Das Transaktionsvolumen von CHF 35'000'000 besteht zu 6/7 (CHF 30'000'000) aus den Umsätzen der 82 Devisenkäufe und -verkäufe. Aus den veröffentlichten Urteilen ist leider nichts Näheres zu den Devisentransaktionen bekannt. Trifft man die Annahme, es wäre gleichmässig in vier verschiedene Währungen investiert worden und es wären alle gebildeten Devisenpositionen im 2004 auch wieder veräussert worden, ergäbe dies 20 Transaktionen (je 10 Käufe und Verkäufe) pro Währung und Jahr, d.h. im Durchschnitt alle 18 Tage eine Transaktion je Währung. Im Durchschnitt würde pro Transaktion rund CHF 360'000 eingesetzt. Devisentransaktionen sind in Natur nach eher kurzfristig angelegt und erfordern eine laufende Überwachung und allenfalls Umschichtung, womit eine hohe Anzahl Transaktionen und ein höheres Umsatzvolumen logische Konsequenz der Investitionsart ist und lassen darüber, ob jemand anhaltend und planmässig und somit «professionell» vorgeht, noch nichts abschliessendes aussagen. Alleine das Umsatzvolumen und die Anzahl Transaktionen als abstrakte Grössen sind *(zu)wenig aussagekräftig*. Sozialwissenschaftliche Untersuchungen im Bereich Behavioural Finance, wie sie etwa THORSTEN HENS⁷⁶ an der Universi-

⁷⁵ Dazu und zum Folgenden auch ALTORFER/VON AH (FN 9), ST 79 (2005) 1046. WALDBURGER (FN 62), FSStR 2010, 237 lässt die Frage der proportionalen oder objektmässigen Fremdfinanzierung offen.

⁷⁶ Finanz und Wirtschaft Nr. 51 vom 27.6.2012, 16 auch zum Folgenden.

tät Zürich durchführt, zeigen, dass *private Anleger* zu einem gewissen *Aktivismus* neigen und ihr Portfolio immer wieder – *ohne konsequente Strategie – umschichten*. Da private Anleger sich nicht ständig mit der Entwicklung der Finanzmärkte beschäftigen, sind sie dem sog. *Attention Grabbing* (Erheischen erhöhter Aufmerksamkeit für bestimmte Anlagen, z.B. durch Medienmitteilungen) stärker ausgesetzt. Private Anleger tendieren stärker dazu, Titel zu erwerben, die in den Medien gerade besprochen werden. Damit tätigen sie weitere Transaktionen. *Aufmerksamkeitsgetriebenes Anlegen* führt, so HENS, nicht zu einer Überrendite. Häufiges Umschichten könne im Gegenteil sogar schädlich für das Vermögen sein. Diese sozialwissenschaftlichen Ergebnisse zeigen, dass ein erhöhtes Transaktionsvolumen auch ein Indiz für unprofessionelles Anlegerverhalten sein kann.

Anhand der konkret getätigten Investitionen ist zu untersuchen, ob jemand durch seinen Arbeitseinsatz professionell vorgeht, d.h., ob er durch Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital anhaltend, planmässig und nach aussen sichtbar zum Zweck der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilnimmt⁷⁷. Denn wie MARKUS REICH treffend festhält: «Das Vorhandensein einzelner oder sogar verschiedener dieser Indizien entbindet den Rechtsanwender nicht davon, sich mit den eigentlichen Merkmalen der selbständigen Erwerbstätigkeit zu befassen, um derart ein umfassendes Gesamtbild der zu beurteilenden Aktivitäten zu vermitteln»⁷⁸. Der Einsatz von Kapital ist unbestritten. Ob die Ehegatten – er ein todkranker Pensionär und sie Hausfrau – vorliegend eigene Arbeitsleistung erbrachten und damit am Wirtschaftsverkehr selber teilnahmen, ist zumindest fraglich. Das Zürcher Verwaltungsgericht weist in seinem Urteil⁷⁹ darauf hin, das Ehepaar habe bloss einen Dritten mit der Vermögensverwaltung beauftragt und somit weder selber Leistungen erbracht noch sei es am Markt aufgetreten. Zu untersuchen wäre, ob das Ehepaar in die laufenden Anlageentscheide involviert war oder ob mit dem Verwaltungsauftrag die Anlagestrategie definiert wurde und der Vermögensverwalter die Anlageentscheide anschliessend in deren Rahmen selbständig, ohne laufende Weisungen der Anleger entgegenzunehmen, sondern als Beauftragter professionell und sachkundig vorbereitete und traf (musste er auch als Vermögensverwalter, da er andernfalls seinen Auftrag nicht vertragsgemäss erfüllt hätte!). Letzterenfalls ist seine Stellung vergleichbar mit derjenigen der Fondsleitung einer kollektiven Kapitalanlage, deren Handlungen steuerrechtlich nicht den Investoren zugerechnet werden, da diese kein Weisungsrecht gegenüber der Fonds-

⁷⁷ So auch SIMONEK MADELEINE, Unternehmenssteuerrecht, Entwicklungen 2009, njus.ch 2009, Bern, 2010, 96 f.

⁷⁸ REICH MARKUS, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2. Aufl. Basel, 2002, Art. 8 N 12.

⁷⁹ VGer ZH 22.10.2008, SB.2007.00127, abrufbar unter: <<http://vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/home.html>> (besucht am 18.5.2013), E. 3.4.1.

leitung haben⁸⁰. Sofern ein Vermögensverwalter im Rahmen der Anlagestrategie selbständig Entscheidungen trifft, sind diese nicht den Anlegern zuzurechnen⁸¹, denn nur so kann dem Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) Rechnung getragen werden, und werden Anleger mit Vermögensverwaltungsauftrag gleich behandelt wie Anleger in kollektiven Kapitalanlagen⁸². Hätte das Ehepaar vorliegend mit dem Vermögensverwalter die Anlagestrategie definiert und ihm die Umsetzung überlassen, die dieser notabene professionell vorzubereiten und zu treffen hatte, könnte nicht von einer Arbeitsleistung des Ehepaars gesprochen werden, womit ein kumulativ zu erfüllendes Merkmal nicht gegeben wäre und keine selbständige Erwerbstätigkeit vorläge.

D. Plakathandel – Bundesgerichtsurteil vom 10. August 2009

I. Sachverhalt und Erwägungen

Im Jahr 2009 hatte das Bundesgericht, ausgehend von folgendem Sachverhalt, den regelmässigen Verkauf von alten Plakaten zu beurteilen: X. (geb. 1946) sammelte seit seinem Architekturstudium alte Plakate. 1982 erwarb er eine Sammlung für CHF 250'000. Ende der 80er Jahre gab er seine Tätigkeit als Architekt/Raumplaner auf und widmete sich der Plakatsammlung. Fortan bestritt er den geschätzten jährlichen Lebensaufwand für sich und seine Familie von CHF 200'000-300'000 aus den Gewinnen regelmässiger Plakatverkäufe. Weitere Erlöse reinvestierte er in seine Sammlung. Das steuerbare Einkommen von ihm und seiner Ehefrau für 2003 war mit CHF 0, das steuerbare Vermögen mit knapp CHF 3 Mio. deklariert worden. Auf Nachfrage der Steuerbehörde des Kanton Waadt gab er an, im Jahr 2003 einen Erlös von ca. USD 300'000 aus solchen Verkäufen erzielt zu haben. Seinen Bestand an Plakaten schätzte er per Ende 2003 auf 15'500 Stück, deren Wert auf über CHF 3 Mio. Fremdkapital setzte er nur geringfügig ein. Er machte auch Leihgaben und Vergabungen an Museen und nahm an zahlreichen Ausstellungen und Veranstaltungen weltweit teil. X. führte weder eine Buchhaltung noch verfügte er über eine kaufmännische Organisation, wohl

⁸⁰ HESS TONI, Das neue Kollektivanlagegesetz aus steuerrechtlicher Sicht, FStR 2005, 280.

⁸¹ Statt vieler a.M. BGer 13.12.2003, 2A.272/2003, E. 2.3, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index/-jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>> (besucht am 13.6.2013).

⁸² Dazu auch WALDBURGER (FN 62), FStR 2010, 237 f. WALDBURGER skizziert zudem, welche Auswirkungen eine Gleichbehandlung (i) der Zurechnung der Handlungen von Vermögensverwaltern bei Vermögensverwaltungsaufträgen und (ii) der Anlageentscheide bei kollektiven Kapitalanlagen bei den Investoren bezüglich der Besteuerung von kollektiven Kapitalanlageinvestitionen haben könnte.

aber über Bankkonti. Mangels Erben, die seine Sammlung weiterführen wollten, entschied X., sich von seiner Sammlung zu trennen. Trotz einer eigens dafür eingerichteten Website fand sich kein Käufer, der bereit war, die gesamte Sammlung zu erwerben. X. begann darauf, gegen Ende des Jahres 2000, die Sammlung stückweise zu veräussern.

Wenn ein Amateur eine Sammlung anlege, handle es sich in der Regel um ein Hobby, das nicht mit der Absicht ausgeübt werde, Gewinne zu erzielen⁸³. Werde eine solche Sammlung etwa von den Erben, welche diese nicht weiterführen wollen, veräussert, oder verkaufe der Sammler bei Aufgabe seiner Sammlertätigkeit aus persönlichen Gründen (etwa wenn keine geeigneten Bedingungen mehr bestehen) die Sammlung ganz oder teilweise⁸⁴, stelle der allenfalls erzielte Gewinn einen steuerfreien Kapitalgewinn dar. X. verhalte sich wie ein professioneller Kunsthändler. Die regelmässig erzielten Gewinne sicherten während vielen Jahren als einzige Einnahmenquelle seinen Lebensunterhalt und wurden teilweise reinvestiert. X. übe eine selbständige Erwerbstätigkeit mit Gewinnabsicht aus. X. habe nicht erst, wie von ihm vorgebracht, gegen Ende des Jahres 2000 mit einer «décapitalisation progressive» begonnen, sondern schon seit den 80er Jahren regelmässig ge- und verkauft⁸⁵. Auch im Jahr 2003 habe er zwei bis drei Plakate für CHF 50'000-100'000 erworben. Er selber mache geltend, auf diesem Gebiet ein weltbekannter Spezialist zu sein. Dank seinen Leihgaben und Vergabungen sei der Markt auf ihn aufmerksam geworden. Anders als im «Weinhändler»-Urteil, das in der Doktrin kritisiert worden sei, habe X. während vielen Jahren regelmässig Plakate veräussert (und neue erworben), dieser Handel sei die einzige Einnahmequelle gewesen und ein Teil der Veräusserungsgewinne sei wiederum in die Plakatsammlung reinvestiert worden.

II. Würdigung

Zu Recht erblickt das Bundesgericht im Vorgehen von X. eine selbständige Erwerbstätigkeit⁸⁶: Denn trotz fehlender Buchhaltung und sonstiger kaufmännischer Organisation hat X. mit Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital in frei gewählter Organisation, auf eigenes Risiko, anhaltend, planmässig und nach aussen sichtbar zum Zwecke der Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen. Sein Vorgehen, auch wenn nicht in allen Belangen demjenigen eines sorgfältigen

⁸³ StR 64 (2009) 892 ff., E. 2.3 auch zum Folgenden.

⁸⁴ BGer 17.9.2002, StE 2003 B 23.1 Nr. 51 = StR 58 (2003) 122 ff., E. 2.3.

⁸⁵ StR 64 (2009) 892 ff., E. 2.6 auch zum Folgenden.

⁸⁶ Zustimmend auch BEHNISCH URS/OPEL ANDREA, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2009, ZBJV 2010 (146), 449 f.; SIMONEK (FN 77), njus.ch 2009, 91 ff.

Kaufmanns entsprechend, war auf Gewinnerzielung ausgerichtet, lebten davon doch er und seine Familie.

E. Kunsthandel – Bundesgerichtsurteil vom 29. Juli 2011

I. Sachverhalt und Erwägungen

Die private Vermögensverwaltung ist auch im Zusammenhang mit Kunstgegenständen von einer selbständigen Erwerbstätigkeit (Kunsthandel) abzugrenzen. Das Bundesgericht beschäftigte sich in seinem Urteil vom 29. Juli 2011⁸⁷ mit dem Gewinn aus dem Verkauf eines 40%-Anteils an einer Giacometti-Skulptur durch einen im Kunsthandel tätigen Steuerpflichtigen:

X. ist Gesellschafter und Geschäftsführer zweier im Kunsthandel tätigen Gesellschaften. An einer der beiden Gesellschaften ist auch Z. mit 40% beteiligt; sie ist zugleich auch deren Verwaltungsratspräsidentin⁸⁸. Aus seiner privaten Kunstsammlung veräusserte X. seit 1991 sechs von insgesamt 80 Objekte. Im Jahr 2004 verkaufte er zum Preis von CHF 1.2 Mio. einen Anteil von 40% an einer Skulptur von Alberto Giacometti an seine Geschäftspartnerin Z. Das kantonale Steueramt Zürich qualifizierte die Differenz von CHF 1.08 Mio. zwischen dem Verkaufserlös und dem deklarierten anteiligen Steuerwert von CHF 120'000.- für die Belange der direkten Bundessteuer und der Zürcher Staatssteuern als steuerbares Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich qualifizierte den Veräusserungsgewinn als privaten Kapitalgewinn, da X. weder planmässig noch nachhaltig und nach aussen sichtbar am Wirtschaftsverkehr teilgenommen habe⁸⁹.

Das Bundesgericht kommt mit folgenden Überlegungen zum gleichen Ergebnis: Es stellt zunächst die Indizien dar, die gemäss seiner ständigen Rechtsprechung für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechen, wobei es fälschlicherweise noch immer festhält, dass auch ein Indiz alleine ausreichen könne. Sodann bezieht es sich auf seine präziserte Rechtsprechung zum Wertschriftenhandel im Urteil vom 23. Oktober 2009 und auf seine jüngere Rechtsprechung zum Verkauf von Kunstgegenständen und Sammlungen. Im «Weinhändler»-Urteil⁹⁰ hatte das Bundesgericht im Jahr 2002 festgehalten, dass bei einer Sammlung, anders als bei Anlagen in Wertpa-

⁸⁷ StE 2011 B 23.1 Nr. 71.

⁸⁸ SIMONEK/VON AH (FN 42), njus.ch 2011, 90 ff., auch zum Folgenden.

⁸⁹ VGer ZH 20.1.2010, SB.2009.00056, abrufbar unter: <<http://vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/home.html>> (besucht am 18.5.2013), E. 2.2, betreffend die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr E. 3.6.1 ff., 3.6.4.

⁹⁰ BGer 17.9.2002, StE 2003 B 23.1 Nr. 51, E. 2.3 auch zum Folgenden.

piere oder Liegenschaften, in der Regel keine Annuitätsgewinne (Dividenden, Zinsen, Mieterträge) anfallen, die zu versteuern seien, sondern einzig ein Gewinn bei Veräusserung. Sofern die Sammlung auf Gewinn angelegt worden sei, rechtfertige sich eine Besteuerung des Veräusserungsgewinns mangels Besteuerung jährlicher Erträge umso mehr. Nur wenn die Sammlung ohne Gewinnstrebigkeit aufgebaut und veräussert werde, etwa weil Erben fehlen, die sie weiterführen können, oder weil es an geeigneten Bedingungen zur Weiterführung (wie z.B. Räumlichkeiten) mangle, könne ein steuerfreier privater Kapitalgewinn vorliegen. Diese Auffassung bestätigte das Bundesgericht im «Plakathandels»-Urteil im August 2009⁹¹.

Die Bedeutung der Gewinn(erzielungs)absicht wurde auch im «Antiquitäten»-Urteil im Jahr 2008 bestätigt⁹², wo das Bundesgericht allerdings nicht auf seinen zum gewerbmässigen Handel entwickelten Indizienkatalog abstellte, sondern zu Recht auf die Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit (Einsatz von Arbeit und Kapital, in einer frei gewählten Organisation und mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilnehmen) und die Gewinnabsicht als eines der Merkmale prüfte und bejahte.

Das Bundesgericht lehnt vorliegend – anders als das Zürcher Verwaltungsgericht als Vorinstanz, welches auf die oben erwähnten Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit abstellte und diese einlässlich untersuchte⁹³ – die sichtbare Teilnahme am Wirtschaftsverkehr als konstituierendes Element der selbständigen Erwerbstätigkeit ab⁹⁴: Der Gesetzeswortlaut verlange nicht Marktauftritt, sondern Erwerbstätigkeit. Zwar würden die meisten selbständig Erwerbstätigen sichtbar gegen aussen auftreten, unabdingbar oder wesensgemäss mit dem Begriff der Erwerbstätigkeit verbunden sei dies jedoch nicht. So gebe es durchaus Geschäftsbereiche, in denen eine grösstmögliche Diskretion angestrebt und deshalb ein Auftreten gegen aussen bewusst vermieden werde. Als Beispiele werden die Vermögensverwaltung, der Sicherheitsbereich und gewisse Beratungstätigkeiten angeführt.

Das Bundesgericht verneint eine selbständige Erwerbstätigkeit: Das Kriterium des engen Zusammenhangs mit der beruflichen Tätigkeit sei vorliegend erfüllt, und es sei auch nicht auszuschliessen, dass X. seine speziellen Fachkenntnisse beim Verkauf der Skulptur hilfreich gewesen seien. Zudem falle auf, dass der veräusserte Miteigentumsanteil prozentual genau der Beteiligungsquote der Geschäftspartnerin Z. an einer von X. beherrschten Gesellschaft entsprach, was einen geschäftlichen Bezug des Verkaufs vermuten lasse. X. habe in den letzten Jahren nur Verkäufe und keine Käufe getätigt, was ein systematisches und planmässiges Vorgehen in Frage stellt. Die An-

⁹¹ BGer 10.8.2009, 2C_893/2008 (FN 24), E. 2.3.

⁹² BGer 19.5.2008, 2C_708/2007, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>> (besucht am 18.5.2013), E. 3.1 f. auch zum Folgenden.

⁹³ VGer ZH 20.1.2010, SB.2009.00056 (FN 89), E. 2.2, betreffend die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr E. 2.5.6.4.

⁹⁴ StE 2011 B 23.1 Nr. 71, E. 2.4.

zahl der Verkäufe, sieben in dreizehn Jahren, gemessen am Umfang der Kunstsammlung von 80 Objekten, sei vergleichsweise gering – verglichen mit dem Verkauf von 5'000 Weinflaschen in einem Jahr⁹⁵, dem Verkauf von 51 Antiquitäten für rund CHF 57'000 in einem Jahr⁹⁶ sowie dem Verkauf von Plakaten im Wert von USD 300'000 in einem Jahr^{97 98}. Die Giacometti-Skulptur sei gemäss den Ausführungen der Vorinstanz seit Ende der 70er Jahre im Eigentum von X. gewesen; eine kurze Besitzdauer liege deshalb nicht vor. Zudem sei weder ersichtlich noch werde geltend gemacht, dass erhebliche fremde Mittel zur Finanzierung der Geschäfte verwendet worden seien.

II. Würdigung

Die bundesgerichtliche Überlegung, wonach sich die Besteuerung eines Kapitalgewinns umso mehr rechtfertige, wenn keine jährliche Erträge anfallen, die der Besteuerung unterliegen – quasi «wenn schon kein steuerbarer Ertrag, dann wenigstens steuerbarer Kapitalgewinn»⁹⁹, findet im Steuerrecht keine gesetzliche Grundlage: Weder macht Art. 16 Abs. 3 DBG noch Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG eine diesbezügliche Einschränkung noch kennt das Steuerrecht solche Überlegungen im Bereich der Besteuerung von beweglichen Vermögensanlagen etwa im Rahmen von Art. 20 DBG resp. Art. 7 StHG. Diese Einschränkung ist abzulehnen¹⁰⁰.

Der Grad der Diskretion, mit der eine Person ihre Geschäfte betreibt, kann kein Kriterium für die Bestimmung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sein¹⁰¹. Auch bei sehr diskretem Auftreten – wie etwa in der Kunst- oder Beratungsbranche – liegt eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr vor, wenn auf geschäftlicher Basis entgeltliche Leistungen an Dritte erbracht werden.

Insgesamt überwiegen laut Bundesgericht diejenigen Elemente, welche für einen Kapitalgewinn im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung sprechen. Berücksichtigt hat es dabei nicht nur seinen Indizienkatalog, sondern auch sein «Sammler»- bzw. Liebhaberei-Kriterium, nämlich dass die Sammlung nachvollziehbar ohne Gewinn-

⁹⁵ BGer 17.9.2002, StE 2003 B 23.1 Nr. 51.

⁹⁶ BGer 19.5.2008, 2C_708/2007 (FN 92).

⁹⁷ BGer 10.8.2009, 2C_893/2008 (FN 24).

⁹⁸ Dazu auch VGer ZH 6.6.2012, StE 2013 B 23.1 Nr. 76, E. 2.3.2, worin das Verwaltungsgericht zwei Verkäufe aus einer Sammlung, die 160 Kunstwerke umfasst, nicht als genügend für die Qualifikation des Steuerpflichtigen als selbständig Erwerbstätigen betrachtet.

⁹⁹ OEHRLI MARKUS/NEIDHARDT STEPHAN, Gewerbsmässiger Weinhandel, Das Bundesgericht erweitert die Rechtsprechung zum gewerbsmässigen Wertschriften- und Liegenschaftenhandel, ST 77 (2003) 188.

¹⁰⁰ Ablehnend auch OEHRLI/NEIDHARDT (FN 99), ST 77 (2003) 188.

¹⁰¹ SIMONEK/VON AH (FN 42), njus.ch 2011, 92 auch zum Folgenden.

strebigkeit aufgebaut worden war. Zutreffend ist, dass die Merkmale der selbstständigen Erwerbstätigkeit vorliegend nicht gegeben waren¹⁰². Angesichts der fehlenden Häufigkeit und Planmässigkeit fehlte in Bezug auf die private Kunstsammlung des Steuerpflichtigen ein gewinnstrebiges Verhalten. Zieht man bloss ausschnittsweise ein Jahr heran und berücksichtigt die in diesem Jahr veräusserte Anzahl Weinflaschen oder Antiquitäten, ergibt sich ein unvollständiges Bild. Zu würdigen ist das Verhalten des Sammlers über die ganze Zeitdauer des Sammelns. In dieser Zeitdauer sind die Verkäufe in Relation zur Grösse und Ausrichtung der Sammlung zu stellen. Es muss einem Sammler möglich sein, seine während Jahren aufgebaute und langfristig angelegte Sammlung weiterzuentwickeln, d.h. zu diversifizieren oder auf bestimmte Schwerpunkte zu fokussieren, und sich deshalb von einzelnen nicht mehr passenden Stücken trennen zu können, ohne dass diese Verkäufe per se als gewerbmässiges Verhalten ausgelegt werden. Solche sammlungstechnische Veräusserungsgründe sind darzulegen und aufgrund der bisherigen Entwicklung der Sammlung und der geplanten Ausrichtung zu würdigen. Als selbstständige Erwerbstätigkeit liegt demgegenüber vor, wenn eine Sammlung nachvollziehbar mit der Absicht, Gewinne zu erzielen aufgebaut wurde, mithin die Gewinnstrebigkeit im Zentrum stand. Das Bundesgericht hat dazu sogar in seiner früheren Rechtsprechung (betreffend «Weinhändler») festgehalten¹⁰³, bei Verkauf einer Sammlung könne ein steuerfreier Kapitalgewinn erzielt werden, wenn die Sammlung nachvollziehbar ohne Gewinnstrebigkeit aufgebaut worden war.

Interessant sind in diesem Zusammenhang Forschungsergebnisse des Nobelpreisträgers DANIEL KAHNEMANN¹⁰⁴ und einiger seiner Kollegen: Ein professioneller Händler ist gemäss ökonomischer Theorie bereit, sein Gut zu verkaufen, wenn er mehr dafür erhält, als er dem Gut an Wert beimisst. Bei Gütern, die nicht zum Tausch, sondern zur Nutzung oder zum Verbrauch gehalten werden (z.B. Weinflasche oder Super-Bowl-Tickets), stellten Ökonomen fest, dass die Besitzer solcher Güter auch dann nicht zum Verkauf der Güter bereit waren, wenn sie einen sehr hohen Preis hätten lösen können¹⁰⁵. KAHNEMANN und seine Kollegen untersuchten dieses Phänomen und zeigten, dass bei solchen Gütern das Unlustgefühl, das mit dem Weggeben des Guts (z.B. der Weinflasche) verbunden ist, weit grösser ist als die Lust, die der Erwerb dieses Guts erzeugt. Wer also ein Gut hat, dessen Besitz für ihn einen Nutzen hat, zeigt sich verlustavers. In Studien wurde nachgewiesen, dass der Verkauf solcher Güter Hirnregionen aktiviert, die mit Ekel und Schmerz assoziiert sind. Um den Verlust des Guts zu kompensieren, setzt der Besitzer deshalb einen deutlichen höheren

¹⁰² SIMONEK/VON AH (FN 42), njus.ch 2011, 92 auch zum Folgenden.

¹⁰³ BGer 17.9.2002, StE 2003 B 23.1 Nr. 51, E. 2.3.

¹⁰⁴ Schnelles Denken, Langsames Denken, München 2011, 360 ff. auch zum Folgenden.

¹⁰⁵ Z.B. eine Person, die Weinflaschen für höchsten USD 35 je Flasche erwarb, war nicht bereit, diese für einen Preis unter USD 100 zu verkaufen, KAHNEMANN (FN 104), 360.

Preis an als der ursprüngliche Erwerbspreis und als ein Preis, den ein potenzieller Käufer grundsätzlich zu bezahlen bereit wäre. Dieser Effekt wird als sog. «Endowment-Effekt» («Besitztums-Effekt») bezeichnet.

«Endowment»-Vermögensgegenstände, die nicht zum Tausch, sondern zur Nutzung oder aus Freude am Sammeln, Bewundern oder Ausstellen gehalten werden, werden ungern, daher tendenziell seltener und zu höheren Preisen veräussert. Höhere Preise und seltene Verkäufe wären also ein Indiz dafür, dass ein Gut veräussert wird, das nicht zum Tausch bzw. mit Versilberungsabsicht erworben worden war. Ein gewinnstrebigere Händler hätte demgegenüber das Gut schon früher bei sich bietender Gelegenheit veräussert. Dies mögen theoretische Überlegungen sein; zwei Aspekte lassen sich daraus ableiten: (i) Eine lange Haltedauer trotz gleichzeitigem Anstieg der Preise (z.B. ähnlicher Objekte) am Markt deutet auf eine Sammlertätigkeit. (ii) Die Höhe des Veräusserungspreises sagt nichts aus über ein professionelles Händlerverhalten, im Gegenteil, nach den Erkenntnissen von KAHNEMANN und seinen Kollegen deutet ein hoher Veräusserungspreis eher auf ein privates Sammlergut.

F. Beteiligungshandel

Das Bundesgericht hat in seiner jüngsten Rechtsprechung in zwei Urteilen seine Praxis zum nebenberuflichen Beteiligungshandel von seiner geänderten Praxis zum Wertschriftenhändler abgegrenzt und weiterentwickelt:

I. Bundesgerichtsurteil vom 12. September 2011

a) Sachverhalt und Erwägungen

Im ersten Urteil vom 12. September 2011¹⁰⁶ ging es um einen geschäftsleitenden Aktionär (X.), der im Rahmen eines Unternehmensverkaufs die von den übrigen Aktionären gehaltenen Beteiligungsrechte erwarb und sie anschliessend gesamthaft einer anderen Gesellschaft verkaufte: X. gründete im Jahr 2000 zusammen mit drei Partnern die auf Tourismus- und Finanzdienstleistungen ausgerichtete A. AG mit Sitz in Zug. X. war Geschäftsführer und hielt 20% der Aktien; B war Verwaltungsratspräsident und besass 40% der Aktien; C. und D. waren mit je 20% an der A. AG beteiligt. Um das langfristige Fortbestehen des Unternehmens zu sichern, suchte die A. AG einen «starken» Partner, den sie in der E. AG fand. Die E. AG war an einem Investment nur dann interessiert, wenn sie sämtliche Aktien erwerben konnte und wenn die bisherige Führung für eine bestimmte Zeit

noch bestehen blieb in der A. AG. X. und B. erwarben am 20. September 2005 je hälftig die Aktien von C. und D. zu einem Preis von CHF 33'950.- pro Aktie, unter der Bedingung, dass die Aktien an die E. AG veräussert werden können¹⁰⁷. Die Veräusserung an die E. AG kam zustande zum Preis von CHF 50'000.- pro Aktie. Anschliessend erwarb X. wiederum 30 Aktien und B. 10 Aktien zum Preis von je CHF 50'000, verbunden mit der Verpflichtung, die Aktien während mind. 4 Jahren zu halten und sie anschliessend zum inneren Wert der A. AG, mindestens jedoch zu CHF 50'000, zu verkaufen. Bis dahin waren die Aktien unter einem Escrowvertrag zu hinterlegen. Das Steueramt qualifizierte den Kapitalgewinn von rund CHF 700'000 (Stand Einspracheverfahren) für die Belange der direkten Bundessteuer und der Zürcher Staats- und Gemeindesteuern als steuerbar. Das Zürcher Verwaltungsgericht (wie auch die Vorinstanz) qualifizierten ihn als steuerfreien Kapitalgewinn, da X. weder auf eigenes Risiko tätig gewesen sei, noch einen eigentlichen Arbeitseinsatz geleistet habe und keine planmässige und anhaltende Teilnahme am Wirtschaftsverkehr vorliege¹⁰⁸.

Das Bundesgericht knüpfte für die Belange der direkten Bundessteuer zunächst am Begriff und den Merkmalen der selbständigen Erwerbstätigkeit an und verwies in Bezug auf die Abgrenzung zur blossen Vermögensverwaltung auf sein Urteil vom 23. Oktober 2009¹⁰⁹, wonach den Indizien «Höhe des Transaktionsvolumens» sowie «Einsatz erheblicher Fremdmittel» bei der Frage, ob gewerbmässiger Wertschriftenhandel vorliege, besonderes Gewicht zukomme¹¹⁰. Diese Indizien seien jedoch Quasi-Wertschriftenhändler entwickelt worden, im vorliegenden Fall sei jedoch zu prüfen, ob man es mit einem «*Beteiligungshändler*» zu tun habe. In seiner früheren Rechtsprechung zum Quasi-Wertschriftenhändler (vor der Präzisierung im Urteil vom 23. Oktober 2009) ist der Handel mit Beteiligungen einer *hauptberuflich unselbständig erwerbstätigen* Person nur vereinzelt und in besonders gelagerten Sachverhalten als gewerbmässig angenommen worden¹¹¹. Dabei habe einerseits die *Berufsnähe* und die *eingesetzten Spezialkenntnisse* eine Rolle gespielt und andererseits und hauptsächlich die *massive Fremdfi-*

¹⁰⁶ StE 2011 B 23.1 Nr. 72 = StR 66 (2011) 950 ff.

¹⁰⁷ VGer ZH 16.03.2011, SB.2010.00139, <<http://vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/home.html>> (besucht am 22.5.2013), E. 2.2.2.

¹⁰⁸ VGer ZH 16.03.2011, SB.2010.00139, <<http://vgr.zh.ch/internet/verwaltungsgericht/de/home.html>> (besucht am 22.5.2013), E. 2.2.1 ff.

¹⁰⁹ Vgl. dazu SIMONEK (FN 77), njus.ch 2009, 94 ff.

¹¹⁰ BGer 12.9.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 72 = StR 66 (2011) 950 ff., E. 2.1 auch zum Folgenden.

¹¹¹ Beim *hauptberuflich Selbständigerwerbenden* wäre vorab zu prüfen, ob die Beteiligung Bestandteil des Geschäftsvermögens der bestehenden unternehmerischen Tätigkeit bildet (dazu auch Ausführungen in BGer 25.9.2012, StE 2012 B 23.1 Nr. 75 = StR 68 (2013) 56 ff., E. 2.2, 2.4). Falls nicht, wäre zu prüfen, ob der Beteiligungshandel eine zusätzliche nebenberufliche selbständige Erwerbstätigkeit bildet, gleich wie beim *hauptberuflich Unselbständigerwerbenden*.

finanzierung und das damit verbundene (*Unternehmer-*)*Risiko*¹¹² oder das *besondere systematische und planmässige Vorgehen*¹¹³. Das Bundesgericht stellt in casu klar, dass die vor der Präzisierung zum «normalen» Wertschriftenhändler gemachten Ausführungen «nur noch bedingt relevant sind»; neu stünden die beiden Kriterien «*Transaktionsvolumen*» und «*Einsatz fremder Mittel*» im Vordergrund¹¹⁴. Keines der beiden Kriterien sei hier in relevantem Masse erfüllt, «insbesondere fehlte das für eine selbständige Erwerbstätigkeit typische beträchtliche Unternehmerrisiko»¹¹⁵. Die Rückübernahme der 30% für CHF 1.5 Mio. und die entsprechende Verschuldung diene dazu, den «erfolgreichen Geschäftsmann weiter an das von diesem aufgebaute Geschäft zu binden und so auch in Zukunft eine erfolgreiche Geschäftsentwicklung sicherzustellen.» Zudem bestehe eine Rückkaufsverpflichtung der E. AG innert vier Jahren mit einem garantierten Mindestpreis in Höhe des Erwerbspreises. Der Kauf der Aktien von den beiden Minderheitsaktionären und der Gewinn bringende umgehende Weiterverkauf spreche isoliert betrachtet für Gewinnstrebigkeit, sei jedoch im Zusammenhang mit der Forderung der E. AG zu sehen, sich nicht mit «geschäftsexternen» Minderheitsaktionären herumschlagen zu müssen, und vermöge die Gesamtbeurteilung nicht zu ändern. «Die Sicherung des langfristigen Überlebens des selbst aufgebauten Unternehmens»¹¹⁶ stand bei dieser Transaktion im Vordergrund und nicht die kurzfristige Gewinnmaximierung. Unter Würdigung der Gesamtumstände liege ein Beteiligungsverkauf im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung vor. Abstützend auf sein Urteil vom 23. Oktober 2009¹¹⁷, wo es festgehalten hatte, dass der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit unter dem Geltungsbereich des StHG und im kantonalen Recht nicht anders auszulegen sei als im DBG, gelte das zum DBG Ausgeführte auch für die Belange der Zürcher Staats- und Gemeindesteuern¹¹⁸.

¹¹² BGer 12.9.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 72, E. 2.2 m.Hw. auf BGer 9.7.1999, ASA 69 (2000/2001) 652, E. 3a; BGer 18.9.1997, ASA 67 (1998/1999) 483 ff., E. 2b sowie dessen vorinstanzliches Urteil der BStRK ZH 25.11.1994, StE 1995 B 23.1 Nr. 32, E. 4a f.

¹¹³ BGer 12.9.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 72, E. 2.2 m.Hw. auf BGer 1.9.2004, 2A.23/2004, StR 60 (2005) 493 ff., E. 3.3.

¹¹⁴ BGer 12.9.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 72, E. 3.2.2 auch zum Folgenden.

¹¹⁵ BGer 12.9.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 72, E. 3.2.2.

¹¹⁶ BGer 12.9.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 72, E. 3.1.2 auch zum Folgenden.

¹¹⁷ Zu diesem Urteil auch vorne Abschnitt 3.C.

¹¹⁸ BGer 12.9.2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 72, E. 4.

b) Würdigung

Das Bundesgericht deutet an, dass zwischen einem Quasi-Wertschriftenhändler, der mit Portfolio-Anlagen handelt, und einem Beteiligungsverkäufer, der eine massgebliche Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft verkauft, zu unterscheiden ist. Ohne diese Unterscheidung klar zu treffen, prüft es dann dennoch die beiden Hauptkriterien des Portfolio-Wertschriftenhändlers gemäss präziser Rechtsprechung, verneint sie und stellt dann primär auf das Kriterium «Unternehmerisiko» ab, dessen Vorliegen ebenfalls verneint werden kann. Da es sich um eines der kumulativ zu erfüllenden Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit handelt, muss das Bundesgericht die übrigen Merkmale nicht weiter prüfen. Ob bewusst oder nicht, erfreulich und sachrichtig ist, dass das Bundesgericht hier ein Merkmal der selbständigen Erwerbstätigkeit (und nicht eines seiner Indizien des gewerbmässigen Wertschriftenhandels) direkt für die Beurteilung herangezogen hat. Denn – wie eingangs erwähnt und in der Rechtsprechung etwa des Zürcher Verwaltungsgerichts langjährig berücksichtigt –, müssen die *Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit* auch bei einer *nebenberuflichen Händler Tätigkeit kumulativ* erfüllt sein. Es bleibt zu hoffen, dass das Bundesgericht die ange deutete Differenzierung zwischen Portfolio- und Beteiligungshandel umsetzen wird und dass für die Beurteilung beider Tätigkeiten direkt auf die Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit abgestellt wird. Die Indizien zum Portfoliohandel vermögen zur Konkretisierung zu dienen. Die Indizien «Berufsnähe», «Spezialkenntnisse» und «planmässiges und systematisches Vorgehen», die das Bundesgericht seiner älteren, oben erwähnten Rechtsprechung entlehnte, sind beim Quasi-Wertschriftenhändler nicht mehr von Belang resp. nur noch von nicht näher definierter unterschwelliger Bedeutung. Eben so wenig können sie beim Beteiligungshandel noch von Bedeutung sein.

Das Bundesgericht hat diese Indizien in seinem zweiten und jüngsten Urteil zum Beteiligungshandel vom 25. September 2012¹¹⁹ dennoch wieder als entscheidungsrelevante Grundlage herangezogen und geprüft.

II. Bundesgerichtsurteil vom 25. September 2012

a) Sachverhalt und Erwägungen

Der selbstständige Unternehmensberater X. erwarb am 25. August 2000 die Hälfte der Aktien der S. Holding SA. Deren Tochtergesellschaften S.V. SA und U. SA, die beide in der Verpackungsindustrie tätig sind, mussten Ende 2000 re-

strukturiert und saniert werden, wobei die S. Holding SA von der Tochtergesellschaft S.V. SA absorbiert wurde. Die beiden Aktionäre X. und Z. leisteten Kapitaleinlagen und verschiedene Schuldner, darunter auch die Steuerbehörden, verzichteten auf Forderungen. X. trat daraufhin dem Verwaltungsrat der S.V. SA bei und präsidierte ihn ab 2003. Im Jahr 2002 gab X. seine Unternehmensberater Tätigkeit auf. Im Jahre 2003 deklarierte er seine Beteiligung an der S.V. SA erstmals in der Steuererklärung. Im November 2005 verkaufte X. die Beteiligung gewinnbringend und trat aus dem Verwaltungsrat zurück. Der erzielte Gewinn wurde von der kommunalen und auch von der kantonalen Steuerkommission sowohl für die direkte Bundessteuer wie für die Staats- und Gemeindesteuern des Kantons Wallis als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert. Anders entschied die Steuerrekurskommission des Kantons Wallis, worauf die kantonale Steuerverwaltung ans Bundesgericht gelangte.

Das Bundesgericht legte wiederum, wie schon im Urteil von 12. September 2011, den Begriff und die Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit und verwies in Bezug auf die Abgrenzung zur blossen Vermögensverwaltung auf seine präziserte Wertschriftenhändlerrechtsprechung mit den beiden Hauptindizien («Höhe des Transaktionsvolumens», «Einsatz erheblicher Fremdmittel»). Da in casu nur eine Beteiligung veräussert worden sei, sei nicht, wie dies die kommunale und kantonale Steuerkommission getan habe, auf die Quasi-Wertschriftenhändlerpraxis abzustellen, sondern die Frage zu prüfen, ob ein nebenberuflicher Beteiligungshändler vorliege, der bisher jedoch «nur vereinzelt und in besonders gelagerten Sachverhalten angenommen»¹²⁰ worden sei.

Eine Zuordnung der Beteiligung zum Geschäftsvermögen der Unternehmensberatung lehnte das Bundesgericht ab¹²¹. Ebenso verneint es die Hauptindizien aus seiner älteren Rechtsprechung zum nebenberuflichen Beteiligungshandel¹²²: X. habe weder für den Kauf der Beteiligung noch für die Kapitalerhöhung Fremdmittel eingesetzt. Mit seinem finanziellen Engagement sei er zwar ein «erhebliches Wagnis» eingegangen, das jedoch «praktisch jeder Investor auf sich nehmen muss» und deshalb ein Anlegerrisiko und kein Unternehmerrisiko sei.

X. weise auch kein Fachwissen im Bereich der Verpackungsindustrie auf¹²³. Zwar sei er im Finanzbereich tätig gewesen, habe einen hohen Bekanntheitsgrad und ein grosses Beziehungsnetz gehabt und seine Aufgabe bestand darin, weitere Investoren zu suchen und das langfristige Überleben des Unternehmens mit einem starken Partner sicherzustellen. Diese Zielsetzungen könne aber auch ein privater

¹¹⁹ StE 2012 B 23.1 Nr. 75 = StR 68 (2013) 56 ff.

¹²⁰ BGer 25.9.2012, StE 2012 B 23.1 Nr. 75, E. 2.2.1.

¹²¹ BGer 25.9.2012, StE 2012 B 23.1 Nr. 75, E. 2.4.

¹²² BGer 25.9.2012, StE 2012 B 23.1 Nr. 75, E. 2.2.2 zum Folgenden.

¹²³ BGer 25.9.2012, StE 2012 B 23.1 Nr. 75, E. 2.2.2 zum Folgenden.

Investor verfolgen und sprächen, auch unter Berücksichtigung dessen, dass nur ein einziger Beteiligungsverkauf vorliege, nicht für ein gewerbmässiges Vorgehen.

Das Bundesgericht weist auch das Vorbringen der kantonalen Steuerverwaltung zurück, X. habe deshalb eine gewerbmässige Tätigkeit ausgeübt, weil er durch seine in die S.V. SA gesteckte intensive Arbeit den Wert der Gesellschaft wesentlich erhöhen konnte. Es sei zwar richtig, dass ein Teil der Wertsteigerung der Aktien wirtschaftlich betrachtet ein (nachträgliches) Entgelt für die intensiven Bemühungen von X. zugunsten der S.V. SA darstelle, X. habe diese Leistungen aber nicht unmittelbar zugunsten des Veräusserungsobjekts (Aktien) erbracht, sondern zu Gunsten des Unternehmens als einer selbstständigen juristischen Person. Diese Selbstständigkeit müsse berücksichtigt werden und eine Art «Durchgriff» wäre nur bei einem missbräuchlichen Vorgehen zulässig. Auch stehe einem Anteilsinhaber offen, zu versuchen, den Wert seiner Aktien, sei es als Aktionär durch Mitwirkung in der Generalversammlung oder als Gesellschaftsorgan durch die Tätigkeit im Verwaltungsrat, zu erhöhen. Schliesslich könne die veräusserte Beteiligung auch nicht der selbstständiger Unternehmensberatung zugerechnet werden.

b) Würdigung

Das Bundesgericht bestätigt seine Präzisierung gemäss Urteil vom 12. September 2011, dass die für den Wertschriftenhändler entwickelten Indizien nicht auf einen Beteiligungshändler übertragen werden können. In Bezug auf den Beteiligungshändler stellt es leider dennoch nach wie vor auf die in seiner älteren Rechtsprechung entwickelten Indizien ab, statt direkt auf die Merkmale der selbstständigen Erwerbstätigkeit. Insbesondere die Indizien der Berufsnähe und der Spezialkenntnisse sind überholt. Das Unternehmerrisiko, das einer massiven Fremdfinanzierung erwächst, ist freilich ein Merkmal der selbstständigen Erwerbstätigkeit. Implizit hat das Bundesgericht demnach auf ein Merkmal der selbstständigen Erwerbstätigkeit abgestellt und dessen Vorliegen zu Recht verneint. Die Erwägungen des Bundesgerichts zur nicht oder nur teilweise entgoltene Tätigkeit von X. zugunsten der veräusserten S.V. SA beschlagen die Frage der Abgrenzung des Einkommens aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zum privaten Kapitalgewinn, was nicht Gegenstand der vorliegenden Ausführungen ist und vorliegend deshalb nicht weiter vertieft wird¹²⁴.

¹²⁴ Weiterführend dazu SIMONEK MADELEINE/VON AH JULIA, Unternehmenssteuerrecht, Entwicklungen 2012, njus.ch 2012, Bern, 2013, 72 ff. m.Hw. auf GIGER ERNST, Die Behandlung verdeckter Nutzungseinlagen in eine Aktiengesellschaft – ein Diskussionsbeitrag, ASA 76 (2007/2008) 265 ff.

4. Konsequenzen

A. Privatvermögen eines gewerbmässigen Händlers

Wer zu Erwerbszwecken im Rahmen seines Geschäftsvermögens Immobilien kauft und verkauft, dem – oder dessen Ehegatten oder eingetragenen Partner – muss es freistehen, auch zur Anlage des privaten Vermögens in Anlageimmobilien zu investieren und diese – klar getrennt vom Geschäftsvermögen – als *Privatvermögen* zu halten¹²⁵. Bei Aufnahme einer gewerbmässigen Liegenschaftenhändlertätigkeit werden die dieser Tätigkeit dienenden Vermögensgegenstände in das Geschäftsvermögen eingebracht, die übrigen vom Steuerpflichtigen bisher privat gehaltenen Vermögensgegenstände aber behalten ihren Charakter als Privatvermögen, gleich wie bei der Aufnahme jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit. Eine andere Behandlung – etwa eine «Infizierung» aller übrigen Liegenschaften als Geschäftsvermögen – wäre eine rechtsungleiche Behandlung der gewerbmässigen Liegenschaftenhändler und nicht gerechtfertigt.

Gleiches gilt sinngemäss auch für andere Bereiche der gewerbmässigen Händlertätigkeit wie den Wertschriften-, Beteiligungs-, Plakat- oder Kunsthandel.

Ob ein gewerbmässiger Liegenschaftenhändler neben seinem selbstbewohnten Wohneigentum (Erst- und Zweitwohnsitz) weitere Liegenschaften im Privatvermögen halten darf, hat das Bundesgericht bisher, soweit ersichtlich, noch nicht zu entscheiden. Allerdings hielt es in seinem Urteil vom 16. Februar 2007 in Bezug auf die Qualifikation eines von einem nebenberuflichen Liegenschaftenhändler gehaltenen Mehrfamilienhauses fest, das Haus würde – wäre es eine Kapitalanlageliegenschaft – trotz Aufnahme der Liegenschaft zum Verkehrswert in die Bilanz der Einzelfirma – grundsätzlich weiterhin zum Privatvermögen ... gehören, falls es dem Liegenschaftenshandelsbetrieb nicht als Vorratsimmobilie diene^{126 127}.

So wie es einem «privaten» Anleger freisteht, sein Privatvermögen in Liegenschaften anzulegen, so muss es aus Rechtsgleichheitsgründen auch gewerbmässigen Liegenschaftenhändlern erlaubt sein, privat zu Kapitalanlagezwecken in Liegenschaften zu investieren. Die aktuellen Entwicklungen an den Finanzmärk-

¹²⁵ Dazu und zum Folgenden auch VON AH (FN 12), 57 f.

¹²⁶ BGer 16.2.2007, 2A.667/2006, abrufbar unter: <<http://bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht.htm>> (besucht am 7.6.2013), E. 3.2.

¹²⁷ Die St. Galler Verwaltungsrekurskommission unterschied in ihrem Entscheid vom 26. März 2009 (SGE 2009 Nr. 3) beim gewerbmässigen Liegenschaftenhändler drei Arten von Immobilien, die für den Verkauf bestimmten und damit Handelsware (Umlaufvermögen) bildenden, die Betriebsliegenschaften (unmittelbar dem Betrieb dienendes Anlagevermögen) und Kapitalanlageliegenschaften, welche grundsätzlich weiterhin zum Privatvermögen gehören.

ten zeigen, so das Bundesgericht in einem Urteil vom 7. April 2009, dass es «trotz einem diesbezüglichen ‚Klumpenrisiko‘ – nicht nur für professionelle Immobilienhändler von Vorteil sein kann, Anlagestrategien zu wählen, welche schwerge-
wichtig Investitionen in Immobilien beinhalten»¹²⁸. Gestützt auf diese Überlegungen befand auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 4. Juli 2012¹²⁹, es müsse einem gewerbmässigen Liegenschaftenhändler erlaubt sein, nebst selbstbewohntem Wohneigentum noch weitere Liegenschaften im Privatvermögen zu halten, allerdings seien an die Zuordnung zum Privatvermögen hohe Anforderungen zu stellen.

Auch das Aargauer Verwaltungsgericht hat in seiner Rechtsprechung wiederholt festgehalten, ein Liegenschaftenhändler könne neben der privat bewohnten Liegenschaft weitere Liegenschaften im Privatvermögen halten, wenn diese nachweisbar für andere private Zwecke gehalten würden, z.B. für die Übertragung an Nachkommen¹³⁰. Die blossе Bezeichnung durch den Steuerpflichtigen selber genüge nicht als Nachweis, vielmehr bedürfe es dazu «äusserlich sichtbarer Handlungen und objektiver Umstände»¹³¹.

Beim gewerbmässigen Wertschriftenhändler hat das Bundesgericht schon früher eine Aufteilung der Vermögensgegenstände in einen privaten und einen geschäftlichen Teil als gerechtfertigt betrachtet¹³².

B. Einkommens- und vermögenssteuerrechtliche Aspekte

Die steuerrechtlichen Konsequenzen der Qualifikation einer Händlertätigkeit als selbständige Erwerbstätigkeit sind wesentlich weitreichender als bloss die Besteuerung eines Veräusserungsgewinns nach Art. 18 Abs. 1 und 2 DBG resp. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 StHG. Zu berücksichtigen sind zudem auch sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen, auf die vorliegend nicht näher eingegangen wird.

Denn für einen gewerbmässigen Händler sind auch die *übrigen einkommens- und vermögenssteuerrechtlichen Normen* anwendbar, welche die selbständige Erwerbstätigkeit und das Geschäftsvermögen zum Gegenstand haben. Erwähnt

¹²⁸ 2C_869/2009, StE 2009 B 23.1 Nr. 66, E. 4.3.

¹²⁹ StE 2012 B 23.1 Nr. 74, E. 4.2.3 in fine.

¹³⁰ VGer AG 16.7.1999; AGVE 1999, 166 E. 2b bb; VGer AG 24.7.2008, AGVE 2008, 341.

¹³¹ VGer AG 24.7.2008, AGVE 2008, 341: In casu aktivierte ein selbständigerwerbender Elektroinstallateur ein Grundstück in der Buchhaltung, konnte aber glaubhaft machen, dass er dieses zwecks späterer Übertragung an seinen Sohn erworben hatte; VGer AG 3.2.2000, AGVE 2000, 404 E. 2b (Hervorhebungen nicht im Original); VGer AG 16.7.1999, AGVE 1999, 166 E. 2b bb.

¹³² BGer 12.11.2002, StE 2003 B 23.1 Nr. 53; vgl. aber auch BGer 13.11.2002, StE 2003 B 23.1 Nr. 54 = ASA 73 (2004/2005) 473.

seien beispielsweise die im Zug der Unternehmenssteuerreform II eingeführten Änderungen: der *Steueraufschub bei Privatentnahme von Liegenschaften* nach Art. 18a Abs. 1 DBG, was primär bei gewerbsmässigen Liegenschaftenhändlern denkbar ist¹³³, die *Liquidationsgewinnbesteuerung bei Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit* nach Art. 37b DBG und Art. 11 Abs. 5 StHG oder die *Bewertung von beweglichem Geschäftsvermögen zum Einkommenssteuerwert* und nicht zum Verkehrswert¹³⁴, was bei einem tiefen Einbringungswert – verglichen mit dem heutigen Verkehrswert – vermögenssteuerlich substanzielle Minderbelastungen bewirken kann.

Im Weiteren stellt sich die Frage, ob stille Reserven eines gewerbsmässigen Händlers durch *Übertragung eines Betriebs oder Teilbetriebs steuerneutral* auf eine *Kapitalgesellschaft* übertragen werden können.

Unterschiedliche Auffassungen bestehen namentlich zur Frage, ob ein gewerbsmässiger Händler einen *Betrieb* (oder *Teilbetrieb*) hat und diesen somit mitsamt den stillen Reserven steuerneutral auf eine juristische Person übertragen kann¹³⁵. Die Umschreibung eines Betriebs, welche die EStV im Kreisschreiben Nr. 5, Ziff. 4.3.2.8, definiert, erfüllt ein gewerbsmässiger Händler häufig nicht. Diese Umschreibung eines Betriebs vermag als «safe haven rule» zu dienen, erscheint aber insgesamt als zu schematisch, als dass sie den jeweiligen Einzelfällen gerecht werden könnte¹³⁶.

In Bezug auf eine gewerbsmässige Händlertätigkeit ist festzustellen: Wer gewerbsmässig tätig und somit selbständig erwerbstätig ist, hat auch einen Betrieb. MARKUS REICH führt dazu treffend aus: «Zur Auslegung des Betriebserfordernisses darf nicht auf das alte Bundessteuerrecht zurückgegriffen werden, wo Art. 21 Abs. 1 lit. a BdBSt zwar jedes Einkommen aus einer Tätigkeit (namentlich aus Handel, ...) erfasst hat, Kapital- und Aufwertungsgewinne jedoch nach Art. 21 Abs. 1 lit. d und f BdBSt nur besteuert wurden, sofern sie im Betrieb eines zur Führung kaufmännischer Bücher verpflichteten Unternehmens erzielt wurden. Diese gesetzliche Vorgabe bewirkte eine Dreiteilung der Gewinnbesteuerung, die dazu geführt hat, dass insb. die Quasiliegenschafts- und -wertschriftenhändler keinen geschäftlichen Betrieb im steuerrechtlichen Sinn geführt haben. Im heuti-

¹³³ Dies setzt voraus, dass ein gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler neben der selbstbewohnten Liegenschaft auch weitere Liegenschaften privat halten darf, was, wie vorgängig in Abschnitt 4.A dargelegt wurde, zu bejahen ist.

¹³⁴ Art. 14 StHG.

¹³⁵ Art. 19 Abs. 1 lit. b DBG, Art. 8 Abs. 3 lit. a StHG; auch zum Folgenden VON AH JULIA/HESS TONI, Besteuerung des Liegenschaftenshandels und Ermittlung des Grundstückgewinns bei Geschäftsgrundstücken (inkl. Verrechnung von Geschäfts- und Grundstückverlusten sowie Unternehmensbesteuerung II), ISIS-Seminar Bad Ragaz 2012, Lösungsansatz zu Fall 1.

¹³⁶ Kritisch auch REICH (FN 13), Art. 19 DBG N 62; RIEDWEG PETER/GRÜNBLATT DIETER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Rudolf Tschäni/Daniel Daeniker (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel 2005, vor Art. 29 N 52.

gen Recht wird jedoch nicht mehr zwischen selbständiger und betrieblicher Tätigkeit unterschieden (...), so dass die wesentlichen objektiven Grundlagen jeder selbständigen Erwerbstätigkeit auch das Betriebserfordernis erfüllen. Betriebe im steuerrechtlichen Sinn sind nicht nur Fabrikations-, Handels- und Dienstleistungsbetriebe, sondern jede organisatorisch-technische Einheit, in welcher eine selbständige Erwerbstätigkeit abgewickelt wird. Ein Betrieb muss weder Personal angestellt haben noch Maschinen oder Büroeinrichtungen aufweisen ...»¹³⁷.

Es steht einem gewerbmässigen Händler offen, sein Geschäftsvermögen steuerneutral in eine Kapitalgesellschaft einzubringen, so dass der Handel Bestandteil der Gesellschaftstätigkeit bildet und der Gewinn der Gewinnsteuer unterliegt.

Ein gewerbmässiger Liegenschaftenhändler, der auch einen Immobilienverwaltungsbetrieb führt (und nicht bloss einen Immobilienhandel betreibt), kann bei Ersatz von betriebsnotwendigem Anlagevermögen auch den Ersatzbeschaffungstatbestand geltend machen. Die gegenteiligen bundesgerichtlichen Ausführungen im Urteil vom 2. April 2012 lösen Stirnrundeln aus¹³⁸.

Zieht man die Bestimmungen zur selbständigen Erwerbstätigkeit in Betracht, zeigt sich umfassend, was es heisst, selbständig erwerbender Händler zu sein. Aspekte, die bei der Qualifikation einer Tätigkeit als gewerbmässige ebenfalls in Betracht zu ziehen sind.

C. Mehrwertsteuerrechtliche Aspekte

Naheliegend ist die Frage, ob ein gewerbmässiger Händler im direktsteuerrechtlichen Sinn automatisch auch mehrwertsteuerpflichtig wird und vice versa.

Die selbständig ausgeübte berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ist im Mehrwertsteuerrecht eine der Voraussetzungen für die subjektive Mehrwertsteuerpflicht und somit nach neuem Recht für eine unternehmerische Tätigkeit. So bestimmt Art. 10 Abs. 1 MWSTG: «Ein Unternehmen betreibt, wer eine auf die nachhaltige Erzielung von Einnahmen aus Leistungen ausgerichtete berufliche oder gewerbliche Tätigkeit selbständig ausübt und unter eigenem Namen nach aussen auftritt». Laut Lehre und Rechtsprechung sind die Begriffe beruflich und gewerblich untereinander Synonyme und auch Synonym für unternehmerisch¹³⁹.

¹³⁷ REICH (FN 13), Art. 18 DBG N 65 (Hervorhebungen im Original).

¹³⁸ StE 2012 B 12.5 Nr. 6 = StR 67 (2012) 443 ff., weiterführend dazu SIMONEK/VON AH (FN 124), njus.ch 2012, 85 ff.

¹³⁹ BVGer 4.1.2013, A-3149/2012, abrufbar unter: <<http://www.bvger.ch/>> (besucht am 7.6.2013), E. 2.4.2 m.Hw. auf CAMENZIND ALOIS/HONAUER NIKLAUS/VALLENDER KLAUS A./JUNG MARCEL R./PROBST SIMEON L., Handbuch zum Mehrwertsteuergesetz (MWSTG), 3. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien, 2012, Rz. 434, sowie MOLLARD PASCAL/OBERSON XAVIER/TISSOT BENEDETTO ANNE, Traité TVA, Basel 2009, 419.

Im früheren Recht (Art. 17 Abs. 1 aMWSTV) hiess es demgegenüber noch, steuerpflichtig ist, «wer eine mit der Erzielung von Einnahmen verbundene gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt, selbst wenn die Gewinnabsicht fehlt, sofern seine Lieferungen, seine Dienstleistungen und sein Eigenverbrauch im Inland gesamthaft 75'000 Franken übersteigen».

Das Bundesgericht scheint mit den Ausführungen in seinem Urteil vom 13. April 2012 zu einem Art. 17 Abs. 1 a MWSTV betreffenden «altrechtlichen» Fall diesen Weg einzuschlagen: Die Praxis zur selbständigen Erwerbstätigkeit nach Art. 18 Abs. 1 DBG und Art. 8 Abs. 1 StHG könne mit den nötigen konzeptionellen Einschränkungen als Richtschnur für den Mehrwertsteuerrechtlichen Begriff der selbständigen Tätigkeit herangezogen werden, heisst es in E. 2.4.2 sinngemäss. Die direktsteuerlichen Indizien gelten laut Bundesgericht¹⁴⁰ auch für das Mehrwertsteuerrecht. Die Indizien sind «insbesondere das Tragen des unternehmerischen Risikos, das Handeln und Auftreten in eigenem Namen gegenüber Dritten, die Wahlfreiheit, eine Aufgabe anzunehmen oder nicht und diese selbständig organisieren zu können»¹⁴¹ sowie gegebenenfalls auch «die Beschäftigung von Personal, die Vornahme erheblicher Investitionen, eigene Geschäftsräumlichkeiten, verschiedene und wechselnde Auftraggeber sowie die betriebswirtschaftliche und arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit»¹⁴². Das Bundesgericht begrüsst es, dass der Begriff der selbständigen Tätigkeit in «ähnlicher Weise aufzufassen» ist, weist jedoch einschränkend auf die unterschiedlichen Konzepte der beiden Steuerarten hin¹⁴³. Die Einkommenssteuer erfasst den Reinvermögenszugang des Leistungserbringers, die Mehrwertsteuer den Konsum des Leistungsempfängers. Ob der Leistungserbringer einen Reinvermögenszugang erwirtschaftet oder nicht, ist mehrwertsteuerrechtlich irrelevant.

In casu¹⁴⁴ hatte eine natürliche Person ihrer Privatsammlung in den Jahren 2000 Kunstgegenständen entnommen und sie der Galerie, an der sie als Komplementär beteiligt war, eingeliefert. Alleine von den 42 im Jahr 2000 eingelieferten Kunstgegenständen wurden 38 für rund CHF 0.7 Mio. veräussert. Insgesamt erzielte sie in den Jahren 2000-2003 einen Umsatz von rund CHF 1.35 Mio. Das Bundesgericht erblickte in der Entnahme aus dem Privatvermögen und der Einlieferung in die Galerie, ebenso wie die Vorinstanz, eine selbständige, nachhaltige Tätigkeit und somit eine unternehmerische Tätigkeit, welche die Mehrwertsteuerpflicht auslöst. Direktsteuerlich bestand gemäss den Ausführungen im Sachver-

¹⁴⁰ BGE 138 II 251 E. 2.4.2.

¹⁴¹ BGE 138 II 251 E. 2.4.2.

¹⁴² BGE 138 II 251 E. 2.4.2.

¹⁴³ BGE 138 II 251 E. 2.4.2.

¹⁴⁴ BGE 138 II 251.

halt¹⁴⁵ ein Tax Ruling, das den erzielten Gewinn als privaten Veräusserungsgewinn qualifizierte¹⁴⁶.

Vereinzelte wurde die Harmonisierung des Begriffs der selbständigen Tätigkeit im Einkommens- und Mehrwertsteuerrecht begrüsst¹⁴⁷. Die Praktikabilität eines harmonisierten Begriffs mag in der täglichen Praxis auf den ersten Blick bestechend wirken. Das Mehrwertsteuerrecht verfolgt jedoch einen völlig anderen Zweck als das Einkommenssteuerrecht: Erfasst werden soll die nachhaltige Erzielung von Einnahmen aus Leistungen (=Umsätzen) mittels einer beruflichen/gewerblichen Tätigkeit. Zur Einnahmenerzielung gehört nicht nur der Verkauf, sondern auch die Vermietung, d.h., jede nachhaltig selbständig ausgeübte Tätigkeit, die zu Umsätzen führt. Der mehrwertsteuerrechtliche Begriff der «selbständigen Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» ist vor dem Hintergrund des Zwecks der Mehrwertsteuer auszulegen. Deren Zweck ist es, Umsätze an Endverbraucher zu besteuern und nicht Umsätze an jemanden, der gegen Entgelt Leistungen erbringt (Unternehmer)¹⁴⁸. Letzteres ergäbe eine *taxe occulte*. Wesentlich ist, ob eine Person objektiv betrachtet eine unternehmerische Tätigkeit selbständig ausübt, die auf die Erzielung von Leistungen ausgerichtet ist¹⁴⁹. Welche subjektiven Motive ihn dazu bewegen, ist unmassgeblich, ebenso wie der Aspekt, ob mit dieser Tätigkeit Gewinne erzielt werden.

Der Begriff der Selbständigkeit im Mehrwertsteuerrecht ist deshalb weit auszulegen¹⁵⁰. Andernfalls käme es zu Wettbewerbsverzerrungen, wenn diejenige Person, welche Gegenstände ihres privaten Vermögens für die Leistungserstellung einsetzt, die Leistungen zwar günstiger anbieten könnte (nämlich ohne Mehrwertsteuer), jedoch gleichzeitig die mit dieser Leistungserstellung zusammenhängenden Vorsteuern nicht zurückfordern könnte, währenddessen eine andere Person im Rahmen ihrer unternehmerischen Tätigkeit die Leistung mit Mehrwertsteuer anbieten müsste und demgegenüber die Vorsteuer zurückfordern könn-

¹⁴⁵ BGE 138 II 251 E. 2.4.2.

¹⁴⁶ Laut der Sachverhaltsdarstellung im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts waren die Kunstwerke stets als Privatvermögen versteuert und privat versichert worden (BVGer 24.3.2011, A-4695/2008, abrufbar unter: <<http://www.bvger.ch/>> [besucht am 4.6.2013]).

¹⁴⁷ GUT IVO/RÖTHLISBERGER MARTIN, Selbständige Erwerbstätigkeit bei der MWST und der Einkommenssteuer, ST 86 (2012) 781.

¹⁴⁸ BVGer 4.1.2013, A-3149/2012, abrufbar unter: <<http://www.bvger.ch/>> (besucht am 7.6.2013), E. 2.5.2 f.

¹⁴⁹ BVGer 4.1.2013, A-3149/2012, abrufbar unter: <<http://www.bvger.ch/>> (besucht am 7.6.2013), E. 2.5.5 auch zum Folgenden.

¹⁵⁰ Eine weite Auslegung bejaht auch das BVGer, dazu u.a. BVGer 18.1.2011, A-4011/2010, abrufbar unter: <<http://www.bvger.ch/>> (besucht am 7.6.2013), E.2.2.3, und BVGer 12.5.2010, A-5460/2008, abrufbar unter: <<http://www.bvger.ch/>> (besucht am 7.6.2013), E. 2.2, je m.V. auf RIEDO DANIEL, Vom Wesen der Mehrwertsteuer als allgemeine Verbrauchsteuer und von den entsprechenden Wirkungen auf das schweizerische Recht, Bern 1999, 115, 174 f.

te. Dies lässt sich an folgendem Beispiel zeigen: Ein Einzelunternehmer entnimmt im Rahmen einer Nachfolgelösung eine bisher für steuerbare Zwecke genutzte Betriebsliegenschaft aus seinem Geschäftsvermögen und überführt sie ins Privatvermögen. Er wird die Liegenschaft fortan seinem Nachfolger vermieten. Da sein Nachfolger die Betriebsliegenschaft weiterhin für unternehmerische Zwecke nutzt, möchte der Liegenschaftseigentümer für die Versteuerung der Mieteinnahmen optieren¹⁵¹. Dies ist jedoch nur möglich, wenn er selber mehrwertsteuerpflichtig ist. Und mehrwertsteuerpflichtig ist, wer ein Unternehmen betreibt¹⁵². Ein Unternehmen betreibt, wer eine auf nachhaltige Erzielung von Einnahmen aus Leistungen ausgerichtete berufliche (oder gewerbliche) Tätigkeit selbständig ausübt und unter eigenem Namen nach aussen auftritt. Der Liegenschaftseigentümer muss also bezogen auf die Vermietung der Betriebsliegenschaft für die Belange der Mehrwertsteuer eine berufliche (oder gewerbliche) Tätigkeit selbständig ausüben. Einkommenssteuerrechtlich gilt die Vermietung einer privat gehaltenen Liegenschaft jedoch als typische «private» Vermögensverwaltung¹⁵³ und nicht als selbständige Erwerbstätigkeit. Da der Vermieter eine Leistung an den Konsumenten erbringt, sollte dem Zweck der Mehrwertsteuer folgend, bei ihm keine Mehrwertsteuerbelastung resultieren. Die Vermietungstätigkeit gilt für die Belange der Mehrwertsteuer deshalb sachrichtig als selbständige resp. unternehmerische Tätigkeit; im Einkommenssteuerrecht jedoch nicht. Der Begriff der Selbständigkeit ist im Mehrwertsteuerrecht weiter auszulegen als jener im Einkommenssteuerrecht¹⁵⁴. Andernfalls, wenn die Begriffe gleich ausgelegt würden, wäre eine mehrwertsteuerpflichtige Person für die Belange der Einkommenssteuer tel quel selbständig erwerbstätig. Wie der Fall der Vermietung einer privat gehaltenen Liegenschaft zeigt, würde das Mehrwertsteuerrecht, ausgehend von seinem spezifischen Charakter, sachwidrig ins Einkommenssteuerrecht eingreifen und eine einkommenssteuerrechtliche Privatentnahme verunmöglichen. Tangiert wäre wohl auch das Sozialversicherungsrecht, denn dieses schliesst sich im Ergebnis häufig der einkommenssteuerrechtlichen Qualifikation an. Obgleich der Begriff der Selbständigkeit unter den sozialversicherungsrechtlichen Grundlagen zu prüfen ist.

Der einkommens- und mehrwertsteuerrechtliche Unterschied zeigt sich auch bei Holdinggesellschaften. Sie erwerben, halten und verwalten qualifizierte¹⁵⁵

¹⁵¹ Art. 22 Abs. 1 MWSTG.

¹⁵² Vorausgesetzt wird dabei ein Jahresumsatz von mind. CHF 100'000.

¹⁵³ Dazu auch vorne in Abschnitt 3.B.III.a.

¹⁵⁴ Auch das BVGer bejaht in seiner Rechtsprechung eine eher weite Auslegung des Begriffs der Selbständigkeit im Mehrwertsteuerrecht aufgrund deren Charakter als allgemeine Verbrauchssteuer, dazu u.a. BVGer 18.1.2011, A-4011/2010 (FN 149), E.2.2.3, und BVGer 12.5.2010, A 5460/2008 (FN 149), E. 2.2, je m.V. auf RIEDO (FN 149), 115, 174 f.

¹⁵⁵ Art. 29 Abs. 3 MWSTG.

Beteiligungen. Mehrwertsteuerrechtlich üben sie eine unternehmerische bzw. berufliche oder gewerbliche Tätigkeit¹⁵⁶ aus, obwohl Dividenden (und andere Gewinnanteile) keine Entgelte und somit keine Einnahmen aus Leistungen¹⁵⁷ im Sinne des Mehrwertsteuerrechts darstellen und somit die Voraussetzung der Ausrichtung auf die Einnahmenerzielung von vornherein fehlt¹⁵⁸. Im direktsteuerrechtlichen Sinn wird die Tätigkeit einer Holdinggesellschaft als blosser Vermögensverwaltung und gerade nicht als Geschäftstätigkeit qualifiziert, ist es doch einer Holdinggesellschaft verwehrt, im Inland eine Geschäftstätigkeit auszuüben. Das Beispiel der Holdinggesellschaft betrifft das Gewinnsteuerrecht und nicht das Einkommenssteuerrecht. Würde man das Halten und Verwalten jedoch als natürliche Person ausüben, dürfte diese Tätigkeit ebenfalls nicht als Geschäftstätigkeit, sondern müsste als Vermögensverwaltungstätigkeit qualifiziert werden. Das blosser Erwerben, Halten und Verwalten einer qualifizierten Beteiligung im Privatvermögen würde eine «private» Tätigkeit darstellen und nicht eine selbständige Erwerbstätigkeit. Demgegenüber würde die gleiche Tätigkeit im Mehrwertsteuerrecht, das die Leistungserstellung rechtsformunabhängig würdigt, ebenfalls als eine berufliche/gewerbliche Tätigkeit, die selbständig ausgeübt wird, qualifiziert.

Festzustellen ist: Der mehrwertsteuerrechtliche Begriff «der selbständigen Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» und der einkommenssteuerrechtliche Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit sind vor dem Hintergrund der jeweiligen Gesetzeskonzepte und -zwecke eigenständig auszulegen. Einzelne Merkmale mögen ähnlich sein und als Auslegungshilfen im jeweils anderen Rechtsgebiet dienen. Rahmen der Auslegung bildet jedoch Konzept und Zweck des jeweiligen Gesetzes.

D. Erbschafts- und schenkungssteuerrechtliche Aspekte

Die Eidgenössische Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV (Erbschaftssteuerreform)», die per 14. März 2013 gültig zustande kam, verlangt, dass der Übergang von Unternehmen (oder Landwirtschaftsbetriebe), die zum Nachlass oder zur Schenkung gehören und von den Erben oder Beschenkten während mindestens zehn Jahren weitergeführt werden, ermässigt besteuert wird, damit ihr Weiterbestand nicht gefährdet wird und die Arbeitsplätze erhalten bleiben¹⁵⁹. Die Ermässigung soll laut Initianten in den bundesrätlichen

¹⁵⁶ Art. 29 Abs. 2 MWSTG.

¹⁵⁷ Dividenden und andere Gewinnanteile aus dem Halten und Verwalten von Beteiligungen stellen gemäss Art. nicht Entgelte aus Leistungen dar (Art. 18 Abs. 2 Bst. f MWSTG).

¹⁵⁸ Dazu auch BAUMGARTNER IVO P./CLAVADETSCHER DIEGO/KOCHER MARTIN, Vom alten zum neuen Mehrwertsteuergesetz, Langenthal 2010, Rz. 13947-23.

¹⁵⁹ Art. 129a Abs. 5 E-BV.

Ausführungsbestimmungen umgesetzt werden, «indem auf dem Gesamtwert der Unternehmen ein Freibetrag gewährt und der Steuersatz auf dem steuerbaren Restwert reduziert wird. Ausserdem kann für höchstens zehn Jahre eine Ratenzahlung bewilligt werden»¹⁶⁰. Die Initiative sieht vor, dass jede Schenkung oder Erbschaft (ausser an den Ehegatten oder registrierten Partner) einer Steuer von 20% unterliegen soll. Der Initiativtext konkretisiert den Begriff des Unternehmens nicht. Mit Blick auf die selbständige Erwerbstätigkeit eines gewerbsmässigen Händlers fragt sich, ob sein Betrieb ein Unternehmen im vorliegenden Sinn darstellen könnte.

Das bestehende Zürcher Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz kennt in § 25a f. bereits eine Ermässigung bei Unternehmensnachfolge. Für die Beurteilung, ob Geschäftsvermögen von Unternehmungen in der Schweiz vorliegt, verweist es in § 25a Abs. 2 ESchG ZH auf das Einkommenssteuerrecht. Unterstellt man, dass für die Auslegung des Unternehmensbegriffs betreffend die selbständige Erwerbstätigkeit¹⁶¹ im Initiativtext ebenfalls auf das Einkommenssteuerrecht abzustellen ist, was naheliegend wäre, hiesse das, dass ein gewerbsmässiger Händler ein Unternehmen führt, dessen unentgeltlicher Übergang (erb- oder schenkungsweise) privilegiert werden kann, sofern die Erben oder Beschenkten die selbständige Erwerbstätigkeit während mindestens zehn Jahren weiterführen. Der bisherige Arbeitsplatz des Händlers bliebe erhalten. Eine solche Privilegierung muss auch für den unentgeltlichen Übergang von Einzelunternehmen gelten, andernfalls wäre das Rechtsgleichheitsgebot verletzt. Der Hinweis, dass Arbeitsplätze erhalten bleiben sollen, kann deshalb kein zusätzliches Erfordernis darstellen, dass nur Unternehmen, die zusätzliche Arbeitnehmende beschäftigen, privilegiert verschenkt oder vererbt werden könnten. Eine solche Voraussetzung liesse sich durch Beschäftigung des Ehepartners oder anderer Personen zudem mühelos erfüllen. Damit erscheint die selbständige Erwerbstätigkeit qua Gewerbsmässigkeit in einem neuen Licht. Ein Kunstsammler könnte rechtzeitig ein paar Stücke seiner Sammlung veräussern, um als selbständig erwerblich qualifiziert zu werden. Verschenkt oder vererbt er seine Sammlung seinen Kindern, bleibt sie Geschäftsvermögen und die Kinder werden zu selbständig Erwerbenden, ohne selber weitere Stücke gehandelt zu haben. Sie bräuchten die Sammlung während zehn Jahren als Geschäftsvermögen – notabene zum Einstandswert und nicht zum Verkehrswert – der Vermögenssteuer zu unterstellen und die vorgeschlagene Erbschafts- resp. Schenkungssteuer liesse sich ermässigen. Noch ist nicht bekannt, ob eine solche Erbschafts- und Schenkungssteuer je eingeführt, und falls ja, in skizzierter Weise umgesetzt wird und wie sie betreffend unentgeltlicher Übergänge von Unternehmen ermässigt würde. Miteinzuziehen ist bei all diesen Schritten, welche

¹⁶⁰ Art. 197 Ziff. 9 E-BV.

¹⁶¹ Zu klären wäre auch die Anwendung auf Beteiligungen an juristischen Personen.

weitreichenden Konsequenzen die Qualifikation als selbständige Erwerbstätigkeit haben kann.

5. Fazit

Aufgrund der heutigen gesetzlichen Grundlage ist beim gewerbmässigen Händler von Wertschriften, Liegenschaften, Kunst- und anderen Vermögensgegenständen, einzig entscheidend, ob er die allgemeinen kumulativen Merkmale einer selbständigen Erwerbstätigkeit im konkreten Einzelfall erfüllt. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollt ist und gesetzlich verankert wurde¹⁶².

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung, basierend auf dem herkömmlichen Indizienkatalogen weiterentwickelt, lehnt jedoch eine Orientierung am Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit nach wie vor weitgehend ab. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum gewerbmässigen Liegenschaftenshandel orientiert sich häufig alleine an einem Indiz, nämlich am planmässigen und systematischen Vorgehen, das zudem restriktiv ausgelegt wird und entsprechend rasch erfüllt ist.

Für den Bereich des gewerbmässigen Wertschriftenhandels wurden das planmässige und systematische Vorgehen ebenso wie u.a. die speziellen Fachkenntnisse als wenig taugliche Kriterien erkannt und als untergeordnet «zurückgestuft» (statt sie gänzlich zu streichen). Vorrang wird dem Einsatz erheblicher Fremdmittel und der Höhe des Transaktionsvolumens eingeräumt. Was erheblich ist und wann das Transaktionsvolumen qualifizierend hoch ist, ist noch zu konkretisieren. Immerhin hielt das Bundesgericht fest, dass es einem Steuerpflichtigen möglich sein sollte, «in seiner Freizeit neben der Ausübung der (im vollen Pensum verrichteten) Haupterwerbstätigkeit sein Vermögen nach modernen Anlagestrategien und mit Hilfe moderner Anlageformen zu verwalten, ohne als selbständig Erwerbender qualifiziert zu werden»¹⁶³.

In zwei Urteilen zum nebenberuflichen Beteiligungshandel hat das Bundesgericht seine Praxis zum Beteiligungshandel in Abgrenzung zum Portfoliohandel des Wertschriftenhändlers zu konkretisieren begonnen. Wesentliches Kriterium dabei ist das unternehmerische Risiko, ein Merkmal der selbständigen Erwerbstätigkeit. Wünschenswert wäre, dass diese Praxis anhand der kumulativen Merkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit weiterentwickelt wird.

Wer seinen Lebensunterhalt während vielen Jahren aus dem Verkauf von Kunstgegenständen (Plakaten) als einziger Einnahmenquelle finanziert, ist selbst-

¹⁶² REICH (FN 13), Art. 18 DBG N 11; VGer ZH 22.10.2008, ZStP 2009 40 E. 4.3.1.

¹⁶³ BGer 23.10.2009, StE 2010 B 23.1 Nr. 68 = StR 65 (2010) 205 ff. = ZStP 2010, 29 ff., E. 3.3.

ständig erwerbstätig, auch wenn die Kunstgegenstände «privat» aus Leidenschaft gesammelt worden waren. In weniger klaren Fällen der Abgrenzung von privater Sammlertätigkeit (Liebhaberei) zu selbständiger Erwerbstätigkeit steht zunächst die Frage im Zentrum, ob die Sammlung mit Gewinnabsicht aufgebaut wurde. Dieses subjektive Kriterium ist zuweilen schwierig nachweisbar. Weitere Kriterien bilden die Häufigkeit der Transaktionen und die beruflichen Kenntnisse. Ein aktiver Kunst-Aficionado, der seine Sammlung diversifizieren oder fokussieren möchte und zu diesem Zweck mehrmals Stücke verkauft, findet sich nach derzeitiger Rechtsprechung steuerrechtlich relativ bald im Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit wieder, ungeachtet dessen, dass er sich hauptberuflich anderen Themen widmet und der Kunst nur «privat» frönt.

Die Initianten der Erbschafts- und Schenkungssteuerinitiative sehen bei Übertragungen von Unternehmen eine Erleichterung vor. Denkbar ist, dass auch gewerbsmässige Händler davon profitieren könnten. Obwohl noch offen ist, ob eine solche Erbschafts- und Schenkungssteuer je eingeführt wird, und falls dies der Fall wäre, in welcher Weise sie umgesetzt würde, ist die Qualifikation einer Tätigkeit als gewerbsmässig und somit als selbständig erwerbend bei einer Umsetzung resp. Einführung auch miteinzubeziehen.

Gewerbsmässig Tätige können auch mit der Frage der Mehrwertsteuerpflicht konfrontiert werden. Wie dargelegt wurde, ist der Begriff der selbständig ausgeübten beruflichen/gewerblichen Tätigkeit (unternehmerische Tätigkeit) anhand des Zwecks der Mehrwertsteuer eigenständig auszulegen. Eine direktsteuerliche Qualifikation kann der unterschiedlichen Gesetzeszwecke wegen nicht *tel quel* ins Mehrwertsteuerrecht übernommen werden. Ebenso wenig kann aus der mehrwertsteuerrechtlichen Qualifikation als unternehmerische Tätigkeit *tel quel* eine selbständige Erwerbstätigkeit abgeleitet werden.

Die steuerrechtliche Qualifikation einer Händlertätigkeit als gewerbsmässig hat weitreichendere Konsequenzen als «bloss» die Besteuerung des Wertzuwachsgegewinns. Anwendbar werden auch die übrigen einkommens- und vermögenssteuerrechtlichen Normen, welche die selbständige Erwerbstätigkeit betreffen¹⁶⁴. Wer nebenberuflich selbständig erwerbstätig wird, trägt nicht nur die Pflichten, sondern ihm müssen auch alle Instrumente und Möglichkeiten eines selbständig Erwerbenden zur Verfügung stehen. Denn einen «dritten Weg» – neben privater Vermögensverwaltung und selbständiger Erwerbstätigkeit – gibt es nicht.

¹⁶⁴ Zu berücksichtigen sind auch die vorliegend nicht näher untersuchten sozialversicherungsrechtlichen Aspekte.