



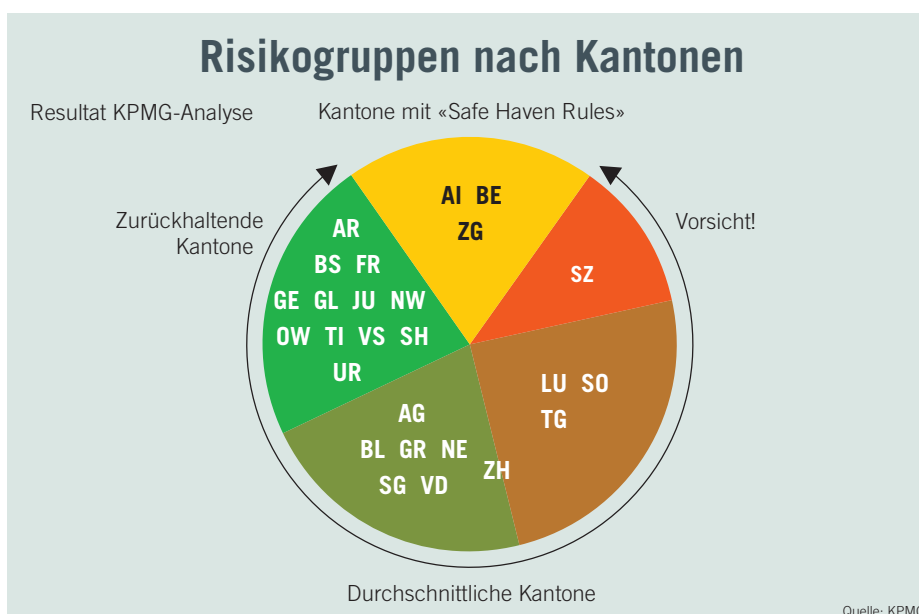
# Anhaltende Unklarheiten beim gewerbsmässigen Wertschriftenhandel

Bringen das neue Kreisschreiben Nr. 8 der ESTV und die bundesrätliche Botschaft zur Unternehmenssteuerreform II tatsächlich mehr Rechtssicherheit oder bleiben nur noch «dilettantische» Vermögensverwalter<sup>1</sup> steuerfrei?

Seit dem wegleitenden Entscheid des Bundesgerichtes vom 8. Januar 1999<sup>2</sup> ist an sich klar, dass die Schwelle vom steuerfreien privaten Kapitalgewinn zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel dann überschritten ist, wenn eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt. Somit stellen Gewinne für eine Tätigkeit, die über die schlichte Verwaltung von Privatvermögen hinausgeht, steuerbares Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit dar, selbst wenn keine in einem eigentlichen Unternehmen organisierte Tätigkeit vorliegt. Die für diese Tätigkeit verwendeten Vermögenswerte sind Geschäftsvermögen.

## Die Rechtsprechung

Bezüglich der Frage, ob schlichte Vermögensverwaltung oder selbstständige Erwerbstätigkeit



vorliegt, verweisen das Bundesgericht und die Steuerverwaltungen stets auf die unter dem alten Bundessteuerrecht begründete Praxis. Danach kommt ein Kriterienkatalog von Indizien zur Anwendung (vgl. nachfolgende Tabelle), wobei jedes dieser Indizien zusammen mit andern, im Einzelfall jedoch auch bereits für sich allein, zur Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit führen kann. Die in der Literatur als unpräzise und unberechenbar kritisierte Rechtsprechung veranlasste einige Kantone, Weisungen zur Praxisfestlegung zu erlassen. Dass diese sehr unterschiedlichen Festlegungen zu keiner Klärung der Situation beitrugen, sondern die Unsicherheit nur noch vergrösserten, kann den zahlreichen Interventionen der Parlamentarier und den geharnischten Artikeln in der Presse entnommen werden. Gemäss einer von der KPMG verfassten Analyse<sup>3</sup> von zahlreichen Gerichtsentscheiden sind die bundesgerichtlichen Kriterien eher theoretischer Natur. Das einzig relevante Kriterium sei der Kapitalgewinn, welcher für die Steuerbehörde bei einer «Schmerzgrenze» zwischen Fr. 500 000.– und Fr. 1 Mio. liege. Ein Kapitalgewinn unter Fr. 500 000.– bei geordneten Verhältnissen (durchschnittliches Einkommen und Vermögen) führe eher nicht zu einer Besteuerung, wogegen Steuerpflichtige in aussergewöhnlichen Verhältnissen (z. B. kein Erwerbseinkommen) bei Kapitalgewinnen über Fr. 1 Mio. mit einer Besteuerung rechnen müssten. Ein Antrag auf Besteuerung als gewerbmässiger Wertschriftenhändler werde dann nicht anerkannt, wenn gleichzeitig Verluste vorlägen. In der KPMG-Analyse<sup>3</sup> werden die Kantone entsprechend ihrer Praxis in verschiedene Kategorien eingeteilt:

- Objektive Kriterien vorhanden: AI, BE, ZG
- Zurückhaltende Kantone: AR, BS, FR, GE, GL, JU, NW, OW, TI, VS, SH, UR
- Durchschnittliche Kantone mit tieferem Risiko: AG, BL, GR, NE, SG, VD
- Durchschnittlicher Kanton ZH (Grenzfall zwischen tieferem und höherem Risiko)
- Durchschnittliche Kantone mit höherem Risiko: LU, SO, TG
- Hohes Risiko: SZ

### Das Kreisschreiben Nr. 8

Mit dem Kreisschreiben Nr. 8 vom 21. Juni 2005 hat die Eidgenössische Steuerverwaltung in Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Steuerkonferenz ein «Hilfsmittel» zur Abgrenzung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels von der privaten Vermögensverwaltung publiziert. Damit soll die Rechtssicherheit erhöht werden. Anhand von sechs Kriterien soll der Steuerpflichtige feststellen können, ob

Indizien für gewerbmässigen Wertschriftenhandel gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichtes	Kriterien für steuerfreien Kapitalgewinn gemäss Kreisschreiben Nr. 8 (müssen kumulativ erfüllt sein)
Systematisches und planmässiges Vorgehen, insbesondere das Bemühen der Gewinnerzielung	
Enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit sowie Einsatz spezieller Fachkenntnisse	Anlagen stehen allen Anlegern offen und kein enger Zusammenhang mit dem Beruf, bzw. sind nicht auf spezielle Kenntnisse aus besonderer beruflicher Stellung zurückzuführen
	Kapitalgewinn nicht als notwendiger Ersatz für wegfallendes Einkommen. Steuerfrei, wenn realisierter Kapitalgewinn max. 50% des übrigen Einkommens beträgt
Häufigkeit der Geschäfte bzw. Vielzahl von Transaktionen (Käufe und Verkäufe)	Summe aller Käufe und Verkäufe pro Jahr weniger als das Fünffache des Bestandes
Kurze Besitzesdauer	Haltedauer mindestens ein Jahr
Einsatz von erheblichen Fremdmitteln, welche auf ein bedeutendes Unternehmerrisiko hindeuten	Keine Fremdfinanzierung oder Wertschriftenerträge grösser als Schuldzinsen
Wiederanlage des Verkaufserlöses in gleichartigen Vermögensgegenständen	
Einsatz von Derivaten, sofern diese über die blosser Absicherung des Depots hinausgehen	Einsatz von Derivaten beschränkt sich auf die Absicherung des Depots

Gewerbmässigkeit vorliegt oder nicht. Sind nicht alle Kriterien erfüllt, muss mit einer Besteuerung gerechnet werden. Ein Vergleich mit den Kriterien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt auf, wie die Eingrenzung vorgenommen wurde (siehe Tabelle oben rechts).

Nicht entscheidend ist hingegen, ob die Abwicklung der Wertschriftengeschäfte durch den Steuerpflichtigen selbst oder durch Dritte erfolgt. Im Weiteren stellt die sichtbare Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr ebenfalls kein Kriterium dar.

Die Analyse des Kreisschreibens sowie die teilweise heftigen Reaktionen führen zu folgenden Feststellungen:

1. Das Kreisschreiben soll dem Steuerpflichtigen ermöglichen, sich selbst einzuschätzen. Die Steuerbehörde selbst sieht sich nur in eindeutigen Fällen in der Lage, im Voraus verbindliche Auskünfte zu erteilen. Der Umstand, dass sich die Steuerverwaltung vorbehält, erst nachträglich verbindlich zu entscheiden, hat zur Folge, dass in Grenzfällen wieder die Indizienliste des Bundesgerichtes in den Vordergrund rückt. Damit kann die angestrebte Rechtssicherheit nicht erreicht werden.
2. Die Vorprüfung kann vom Steuerpflichtigen schon deshalb nicht selbst vorgenommen werden, weil er zum Zeitpunkt des Abschlusses des Wertschriftengeschäftes noch

- nicht weiss, wie hoch sein steuerbares Einkommen des laufenden Jahres sein wird.
3. Da sämtliche Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen, dürfte aufgrund der strengen Anforderungen nur in einem kleinen Teil der möglichen Fälle Klarheit geschaffen werden. Gerade bei niedrigen Einkommen (z. B. bei AHV-Rentnern) dürfte der Gewinn häufig die Quote von 50% des gesamten steuerbaren Einkommens übersteigen.
4. Die verlangte Haltedauer von mindestens einem Jahr für die veräusserten Wertschriften stellt eine sehr weit gehende Einschränkung dar. Dies ist umso gravierender, als dass die Haltedauer oft mit der Investitionsart oder der Laufzeit zusammenhängt. Für Derivate beträgt sie beispielsweise in der Regel weniger als 60 Tage. Dazu kommt, dass gemäss Wortlaut alle veräusserten Wertschriften die Haltedauer einhalten müssen, was eine weitere Verschärfung darstellt. Der Kanton Bern ging bei seiner Praxisfestlegung von einer Dauer von sechs Monaten für die Mehrzahl der Titel aus.
5. Das Kriterium der Ausnutzung beruflicher Kenntnisse wird generell stark übergewichtet und ist als Kriterium für eine Vorprüfung unnötig. Es hat lediglich zur Folge, dass es für Personen mit banknahen Berufen keine Rechtssicherheit geben kann. Da die übrigen Kriterien des Kreisschreibens für sich allein schon restriktiv sind – insbesondere

hinsichtlich der Haltedauer und des Transaktionsvolumens – genügt dies allein für die Annahme der Steuerfreiheit der Gewinne. Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn ein Kapitalgewinn aufgrund von speziellen Informationen realisiert werden konnte, welche der Steuerpflichtige nur wegen seiner besonderen beruflichen Stellung erlangte.

6. Nachdem die Kant. Steuerverwaltungen bei diesem Kreisschreiben mitgearbeitet haben, ist zu erwarten, dass sie sich dieser Praxisfestlegung anschliessen. Der Kanton Zürich hat bereits reagiert und am 20.7.05 eine Weisung erlassen. Darin wird der Kriterienkatalog mehr oder weniger wörtlich übernommen (mit einer anderen Ziffernfolge). Die Weisung gilt rückwirkend für die offenen Einschätzungen ab Steuerperiode 2001.

## Botschaft zur Unternehmenssteuerreform II

Praktisch gleichzeitig mit der Veröffentlichung des Kreisschreibens Nr. 8 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zur Unternehmenssteuerreform II<sup>4</sup>. Mit dieser Reform soll die bisherige Praxis zum Quasi-Wertschriftenhändler<sup>5</sup>, «die mehr auf subjektiven als auf objektiven Kriterien beruht und damit weder Rechtssicherheit noch Gleichbehandlung gewährleistet, durch zwei quantifizierbare Alternativkriterien ersetzt und merklich vereinfacht werden». Sie sollen sowohl für das DBG wie auch für die Kantonalen Steuergesetze Geltung haben. Danach liegt gemäss Art. 18 Abs. 2<sup>bis</sup> (neu) DBG gewerbsmässiger Wertschriftenhandel vor, wenn alternativ:

- Die Wertschriften mit mindestens 20% Fremdkapital erworben wurden und die Haltedauer weniger als fünf Jahre beträgt; oder
- der jährliche Verkaufserlös mindestens Fr. 500 000.– beträgt und das zu Beginn des Steuerjahres vorhandene Wertschriftenvermögen wertmässig mindestens zweimal umgeschlagen wurde.

Gemäss Botschaft spielt die Art der Fremdfinanzierung (Lombardkredit oder Hypothek) keine Rolle. Entscheidend sind die objektiven Verhältnisse zum Zeitpunkt des Erwerbs. Ist eines dieser Alternativkriterien erfüllt und ergibt sich per Saldo ein Verlust, kann dieser mit dem übrigen Einkommen verrechnet werden. Eine erste Analyse dieser Vorschläge führt zu folgenden Feststellungen:

1. Das Kriterium des Erwerbs der Wertschriften mit *Fremdkapital* erscheint als problematisch. Gemäss Botschaft ist der Grad der Fremdfinanzierung mittels eines proportio-

nen Vergleichs von Gesamtaktiven zu Gesamtpassiven zu ermitteln. Dies führt dazu, dass alle Steuerpflichtigen, die Hypothekargläubiger sind, damit rechnen müssen, als Wertschriftenhändler eingestuft zu werden. Insbesondere bei Steuerpflichtigen mit einem kleinen Wertschriftenbestand ist die Wahrscheinlichkeit hoch<sup>6</sup>. Dies entspricht nicht der Zielsetzung der Vorlage.

2. Die *Haltedauer* von fünf Jahren ist angesichts der Volatilität der Börse extrem lang und führt dazu, dass Eigentümer mit einer Fremdfinanzierung von über 20% nicht mehr in der Lage sind, ihre Wertschriften entsprechend der Börsenentwicklung zu verwalten, ohne damit rechnen zu müssen, als Händler eingestuft zu werden.
3. Mit der Einführung des Kriteriums des *Verkaufserlöses* von mehr als Fr. 500 000.– pro Jahr werden zwar die meisten Steuerpflichtigen entlastet. Der Betrag deckt sich mit den vorerwähnten Resultaten der Analyse der KPMG, wonach mit Fr. 500 000.– die steueramtliche Schmerzgrenze erreicht ist. Ob die Limite von Fr. 500 000.– im Konnex mit einem zweimaligen Wertschriftenumschlag pro Jahr die Gleichbehandlung von kleinen wie auch von grossen Wertschriftenvermögen sicherstellt, ist fraglich.

## Fazit

Die vorstehend zitierte Botschaft des Bundesrates zur Unternehmenssteuerreform II sagt es klipp und klar: Die bisherige Praxis beruht auf subjektiven Kriterien und gewährleistet weder die Rechtssicherheit noch die Gleichbehandlung. Auch die Analyse der KPMG bestätigt diesen Befund. Mit der Veröffentlichung des Kreisschreibens wird zwar insofern etwas Klarheit erzielt, indem die sehr unterschiedlichen kantonalen Praxisfestlegungen hinfällig werden. Das Kreisschreiben sieht jedoch stark nach einem guteidgenössischen Kompromiss aus, welcher zwangsläufig zu einer Absenkung der steuerfreien Limiten führte. Dem steht die praktisch gleichzeitig veröffentlichte Botschaft des Bundesrates gegenüber, welche mit dem Kreisschreiben im Widerspruch steht und wenig Kongruenz dazu aufweist.

Während die Vorlage des Bundesrates fixe Kriterien für das Vorliegen des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels einführen will, versteht sich das Kreisschreiben lediglich als Hilfsmittel zur Abgrenzung zwischen steuerbaren und steuerfreien Kapitalgewinnen (Safe-Harbor-Regeln). Wie bereits festgestellt, erfüllt das Kreisschreiben seinen Zweck nur ungenügend, da es in den allerwenigsten Fällen Steuerfreiheit garantiert. Es schafft somit, im

Gegensatz zu seiner Zielsetzung, mehr Unsicherheit und hält der Steuerbehörde alle Türen offen. In den meisten Fällen wird deshalb nach wie vor der bundesgerichtliche Kriterienkatalog zum Tragen kommen, da nur inaktive und risikoaverse Personen (Markus Reich<sup>1</sup> spricht von Dilettanten) inskünftig Sicherheit vor einer Besteuerung haben können. Wie die Steuerbehörden damit umgehen und ob sie insgeheim wieder ihre offiziell überholten Praxisfestlegungen zur Anwendung bringen, wird sich zeigen. Zu hoffen ist immerhin, dass wenigstens die Kantone mit einer strengen Regelung (wie der Kanton Schwyz) mehr Zurückhaltung an den Tag legen. Entscheidend ist jedoch, dass die kantonalen Steuerverwaltungen dieses Hilfsmittel nicht umdeuten, indem sie es als fixes Kriterium für das Vorliegen eines gewerbsmässigen Wertschriftenhandels behandeln. Dies würde zu einer deutlichen Reduktion des Bereichs des steuerfreien Kapitalgewinnes führen und eine Missachtung des klaren Volkswillens<sup>7</sup> darstellen. Auch Banken und Vermögensverwalter dürften am Kreisschreiben wenig Freude haben, laufen sie doch unter Umständen Gefahr, für die Steuerfolgen haftbar gemacht zu werden.

## Ausblick

Auch die Botschaft des Bundesrates verspricht wenig Hoffnung. Zwar wird der Kriterienkatalog deutlich reduziert. Die gewählten Kriterien und Limiten überzeugen jedoch nicht. Bundesrat Merz hat denn auch in der Herbstsession des Ständerates zu erkennen gegeben, dass dem Bundesrat bei der vorgeschlagenen Lösung unwohl ist und er für eine bessere Lösung auf das Parlament setzt. Nur mit einer Regelung, welche die viel zu lange und zu unverbindliche bundesgerichtlichen Kriterienliste relativiert, kann Rechtssicherheit erzielt werden. Es soll nicht auf Grund einzelner Kriterien entschieden werden, sondern es ist stets auf das Gesamtbild der zu beurteilenden Aktivitäten abzustellen. Dieses Gesamtbild soll sich nicht an der Höhe des Gewinnes orientieren, sondern an den Merkmalen der selbstständigen Erwerbstätigkeit. Nur so kann verhindert werden, dass die Steuerfreiheit des privaten Kapitalgewinnes geschmälert wird. Das Bundesgericht hat denn auch selbst festgestellt, dass private Vermögensverwaltung in der Regel nicht bloss auf die reine Werterhaltung, sondern darüber hinaus auf die Erzielung einer angemessenen Rendite ausgerichtet ist. Es hat zudem betont, dass dabei ohne Belang ist, ob diese mit einer konservativen Anlagestrategie oder durch Investitionen in Wertschriften und deri-

vative Finanzinstrumente angestrebt wird, auch wenn dies mit einem höheren Verlustrisiko verbunden ist. Pikanterweise wurden diese Feststellungen in einem Fall gemacht, bei welchem sich das Bundesgericht weigerte, die angefallenen Verluste zu übernehmen<sup>8</sup>.

Am ehesten Erfolg versprechen die vom Ständerat im Vorfeld zum Stabilisierungsprogramm 1998 erarbeiteten Grundlagen<sup>9</sup>, wonach selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, wenn mindestens zwei der vier folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- Eine unverhältnismässige Anzahl von Transaktionen
- Die Inkaufnahme besonderer Risiken

- Der Einsatz erheblicher Fremdmittel im Verhältnis zum entsprechenden Vermögen
- Ein grosser Anteil kurzfristiger Anlagen.

Diese Kriterien müssten so quantifiziert werden, dass sie auf kleine wie auch auf grosse Wertschriftenvermögen angewendet werden können. Zudem müsste festgelegt werden, welche Kombination von Kriterien zu einer Gewerbmässigkeit führt<sup>10</sup>. Mehr Rechtsicherheit kann jedoch nur erzielt werden, wenn sich der Gesetzgeber und die Steuerbehörden auf gewisse messbare Kriterien einlassen, was das Risiko einschliesst, dass es Fälle von Steuerfreiheit geben wird, die nach der heutigen Rechtsprechung der Steuerpflicht unterliegen. ■

<sup>1</sup> Markus Reich, Das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, Jusletter vom 14. Januar 2002

<sup>2</sup> BGE 125 II 113

<sup>3</sup> Interner Bericht der KPMG, zitiert in Schweizer Bank 2005/9 S. 48f.

<sup>4</sup> www.efd.admin.ch unter Dok/Gesetzgebung/Unternehmenssteuerreform II; (BBI 2005 4733)

<sup>5</sup> D.h. im Rahmen einer Nebenerwerbstätigkeit im Unterschied zu einer gewerbmässigen Tätigkeit

<sup>6</sup> Hypothek von Fr. 400 000.– braucht mehr als Fr. 2 Mio. NV um unter die Grenze von 20% zu fallen

<sup>7</sup> Ablehnung der Volksinitiative zur Einführung der Kapitalgewinnsteuer mit 66% Nein im Jahre 2001

<sup>8</sup> STE 1998 B 23.1 Nr. 39; Fahrlehrer mit 59 Transaktionen in 4 Jahren, Umsatz Fr. 1,1 Mio. geringe Fremdfinanzierung

<sup>9</sup> Vgl. Markus Reich, Fussnote 1; www.estv.admin.ch unter Dokumentation / Aktuelle Vorstösse im Steuerbereich/Stabilisierungsprogramm 1998

<sup>10</sup> Vgl. Vorschläge von Marcel Rüegg in Finanz und Wirtschaft vom 7. Juni 2000 und von Urs Kapalle und Alexandra Salib in Steuer Revue 10/2005 S. 730 ff.