

Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel – gut gezielt, aber schlecht getroffen

Neuster Bundesgerichtsentscheid: BGE 2A.272/2003 vom 13. Dezember 2003*

Die Sammlung der höchstrichterlichen Entscheide zum Thema des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels ist durch das Bundesgericht kurz vor Ende des letzten Jahres um ein weiteres exotisches Exemplar bereichert worden. Das Bundesgericht begründet in einem ausführlichen Entscheid, warum und dass einem gewerbsmässigen Wertschriftenhändler der Abzug von erlittenen Verlusten grundsätzlich zugestanden werden muss, um dann in der letzten Erwägung den verblüffenden Schluss zu ziehen, dass Geschäftsverluste aber nur dann steuerlich anerkannt würden, wenn sie «verbucht» seien, was voraussetze, dass der Steuerpflichtige Bücher führe. Die eingereichten Zusammenstellungen mit den dazugehörigen Kaufs- und Verkaufsbelegen vermöchten diesem Erfordernis indes nicht zu genügen, obwohl der Pflichtige anerkanntermassen handelsrechtlich nicht buchführungspflichtig war. Diese sehr fiskalistische Betrachtungsweise ist im folgenden zu hinterfragen.

1. Sachverhalt

Der Vizedirektor einer Bank tätigte nach eigenen Angaben seit dem Jahr 1998 für sich selber Investitionen in Wertpapiere. Daraus resultierten folgende Verluste: CHF 189 801 im Jahr 1998, CHF 100 545 im Jahr 1999 und CHF 662 863 im Jahr 2000. In der Steuererklärung 1999 A für den Kanton Zürich deklarierte der Steuerpflichtige den 1998 erlittenen Verlust nicht. Für die Steuerperiode 1999 reichte er keine Steuererklärung (1999 B) ein, weshalb er für die direkte Bundessteuer sowie für die Staats- und Gemeindesteuer ermessensweise mit einem steuerbaren Einkommen von CHF 180 000 veranlagt wurde.

In der Steuererklärung 2000 deklarierte der Vizedirektor neben seinen Einkünften aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bei der Bank in der Höhe von CHF 397 249 einen Verlust aus selbständiger Erwerbstätigkeit als Wertschriftenhändler in der Höhe von CHF 662 863. Diesen Verlust akzeptierte der Steuerkommissär nicht und legte mit Verfügung vom 7. Juni 2002 das steuerbare Einkommen für die direkte Bundessteuer der Steuerperiode 2000 auf CHF 373 300 fest. Eine dagegen erhobene Einsprache wurde vom Kantonalen Steueramt Zürich mit Einspracheentscheid vom 15. November 2002 abgewiesen.

Die Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich wies eine Beschwerde gegen den Einspracheentscheid am 9. April 2003 ab. Den Erwägungen des Bundesgerichts lässt sich entnehmen, dass sich die Rekursinstanz insbesondere darauf stützte, bei der Tätigkeit des Steuerpflichtigen fehle es an einer «sichtbaren Teilnahme am Wirtschaftsverkehr», welche ein

zwingend erforderliches Kriterium für die selbständige Erwerbstätigkeit sei.

2. Der Entscheid des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass nach dem Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 lit. b DBG nur die «verbuchten» [1] Geschäftsverluste steuerlich anerkannt werden. Entscheidend sei daher, ob die Wertpapiergeschäfte des Beschwerdeführers als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren, und – gegebenenfalls – ob die eingetretenen Geschäftsverluste gehörig verbucht worden seien.

In der Folge rekapituliert das Bundesgericht seine ständige Rechtsprechung zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel. Es hält einerseits fest, dass die unter dem Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer (BdBSt) geltende Praxis, wonach Gewinne aus der Veräusserung von Vermögensgegenständen – namentlich Liegenschaften, Wertpapieren, Edelmetallen und Devisen – nach Art. 21 Abs. 1 lit. a BdBSt als Erwerbseinkommen der direkten Bundessteuer unterliegen, wenn eine Tätigkeit entfaltet wird, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist, auch unter dem DBG weitergilt [2]. Steuerfrei sind nur Gewinne, die bei der privaten Verwaltung eigenen Vermögens oder bei einer sich zufällig bietenden Gelegenheit erzielt werden [3]. Andererseits wird die hinlänglich bekannte Einzelfallbetrachtung hervorgehoben mit den Indizien für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit [4]:

- systematische oder planmässige Art und Weise des Vorgehens;
- Häufigkeit der Transaktionen;
- kurze Besitzdauer;



Thomas Jörg Kaufmann, Fürsprecher,
dipl. Steuerexperte, BDO Visura, Zürich
thomas.kaufmann@bdo.ch

*Publiziert in StE 2004 B 23.9 Nr. 7

- enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person;
- Einsatz spezieller Fachkenntnisse oder erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte.

Jedes dieser Indizien kann zusammen mit andern, unter Umständen jedoch auch allein, zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinn von Art. 18 DBG ausreichen. Nicht entscheidend ist, ob die steuerpflichtige Person die Wertschriftengeschäfte selber oder durch einen bevollmächtigten Dritten abwickelt, oder dass der Steuerpflichtige nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt oder die Tätigkeit in einem eigentlichen, organisierten Unternehmen ausübt [5].

Nach diesen rechtlichen Erwägungen kommt das Bundesgericht in der Subsumption zum Schluss, die fragliche Börsenaktivität des Beschwerdeführers stehe in engem Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit. Hinzu käme, dass der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum eine bedeutende Zahl von Transaktionen tätigte, nämlich insgesamt 29 Käufe und 22 Verkäufe bei einem Kaufvolumen von CHF 1 533 080.95 und einem Verkaufsvolumen von CHF 1 065 911.70, dies angeblich bei einem sehr geringen Anfangskapital und einer Besitzdauer von jeweils nur wenigen Monaten. Ferner seien zur Finanzierung der Geschäfte erhebliche Fremdmittel eingesetzt worden. Diese Tätigkeit könne daher nicht mehr als schlichte Verwaltung des privaten Vermögens bezeichnet werden. Dies gelte auch für den getätigten Optionshandel mit wenig bekannten asiatischen und risikobehafteten Titeln. Insgesamt liessen die erwähnten Indizien den Schluss zu, dass die Börsenaktivität des Beschwerdeführers in ihrem gesamten Erscheinungsbild auf Erwerb ausgerichtet gewesen sei. Daraus resultierende Verluste würden somit als Geschäftsverluste gelten, die bei gegebenen Voraussetzungen steuerlich abzugsfähig seien (Art. 27 Abs. 2 lit. b DBG) [6].

Nach diesem grundsätzlichen Zugeständnis einer selbständigen Erwerbstätigkeit kommt das Bundesgericht

jedoch in Erwägung 4 zum Schluss, Geschäftsverluste könnten nur dann steuerlich anerkannt werden, wenn sie «verbucht» worden seien, was voraussetze, dass der Steuerpflichtige Bücher führe. Obwohl der Beschwerdeführer handelsrechtlich nicht zur Führung einer kaufmännischen Buchhaltung verpflichtet gewesen sei, würde dies an sich noch nicht ausschliessen, dass die erlittenen Verluste abgezogen werden könnten Voraussetzung sei aber, wenn eine kaufmännische Buchhaltung (wenn auch zulässigerweise) fehle, dass vom Steuerpflichtigen «Aufstellungen über Aktiven und Passiven, Einnahmen und Ausgaben sowie Privatentnahmen und Privateinlagen» beigebracht würden [7]. Die Anforderungen an diese «Aufstellungen» richteten sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art der Geschäftstätigkeit und deren Umfang. Erforderlich seien in jedem Fall geeignete Aufzeichnungen, die Gewähr für die vollständige und zuverlässige Erfassung des Geschäftseinkommens und -vermögens böten und eine zumutbare Überprüfung durch die Steuerbehörden ermöglichen [8]. Die vom Beschwerdeführer eingereichte, erst nachträglich erstellte «Übersicht der Gewinne und Verluste im Jahr 2000» mit den dazugehörigen Kaufs- und Verkaufsbelegen genüge diesen Anforderungen nicht: Weder böte sie Gewähr für die lückenlose Erfassung der Geschäftsvorfälle, noch gebe sie Auskunft über den Stand des Geschäftsvermögens am Anfang und

am Ende des Jahres, was erst eine Beurteilung der behaupteten Vermögensveränderung ermöglicht hätte. Im vorliegenden Fall wären ordnungsgemässe Aufzeichnungen umso mehr von Interesse gewesen, als sich die Frage stelle, wie der Beschwerdeführer bei einem Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit von CHF 397 249 den geltend gemachten Wertpapierverlust von CHF 662 863 finanziert habe, nachdem er bereits in den Vorjahren erhebliche Verluste erlitten hätte und sich der Bestand der Investitionen anfangs 2000 angeblich auf lediglich CHF 71 379 belaufen habe.

3. Kommentar

Als erstes setzt sich das Bundesgericht nochmals mit der zürcherischen Rechtsprechung zum Erfordernis der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr auseinander und erklärt den Argumenten der Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich mit dem lapidaren Hinweis auf BGE 125 II 13 einmal mehr eine Absage [9]. Wer nun jedoch meint, damit könne der Beschwerdeführer seine Verluste geltend machen, hat sich getäuscht. Denn damit Geschäftsverluste geltend gemacht werden können, sind sie nach dem Wortlaut von Art. 27 Abs. 2 lit. b DBG zu verbuchen. Da der Beschwerdeführer dies nicht in rechtsgenügender Weise getan hat, sind die Verluste nicht abzugsfähig.

Die grosse Neuerung an dieser Entscheidung ist, dass das Bundesgericht den Beschwerdeführer grundsätzlich als gewerbmässigen Wertschriftenhändler einstuft, obwohl er mit seiner Tätigkeit Verluste erlitten hat. Allerdings wird ihm zum Verhängnis, dass er keine geeigneten Aufzeichnungen vorgelegt hatte, die nach Ansicht des Gerichtes Gewähr für eine vollständige und zuverlässige Erfassung des Geschäftseinkommens und -vermögens geboten und eine zumutbare Überprüfung durch die Steuerbehörden ermöglicht hätten. Wenig zu kümmern scheint es das Bundesgericht, dass praktisch in allen Fällen von besteuerten gewerbmässigen Wertschriftenhändlern ebensolche Unterlagen, Bankabrechnungen und dazugehörige Aufstellungen



Orlando Rabaglio, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner, Mitglied der Geschäftsleitung, BDO Visura, Zürich orlando.rabaglio@bdo.ch

über realisierte Gewinne und Verluste, zur Bestimmung des steuerbaren Gewinnes herangezogen wurden! Oder etwas gröber formuliert: Zugunsten des Fiskus ist man weniger formalistisch.

Das Bundesgericht anerkennt zutreffend, dass der Beschwerdeführer handelsrechtlich nicht zur Führung einer kaufmännischen Buchhaltung verpflichtet gewesen sei, da er kein eigentliches Gewerbe betrieben habe. Beim Fehlen einer kaufmännischen Buchhaltung sei gestützt auf Art. 125 Abs. 2 DBG eine Aufstellung über Aktiven und Passiven, Einnahmen und Ausgaben sowie Privatentnahmen und Privateinlagen beizubringen. Diese Aussage stützt sich auf den Gesetzeswortlaut und diverse Gesetzeskommentatoren [10]. Es stellt sich jedoch die Frage nach der Konsequenz, wenn der Steuerpflichtige keine aussagekräftigen Aufstellungen beizubringen vermag. Die Nichtvorlage von geeigneten Aufstellungen als Beilage zur Steuererklärung stellt eine Verfahrenspflichtverletzung dar und führt grundsätzlich zur Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen [11]. Vor einer Ermessenseinschätzung erfolgt in der Praxis die Aufforderung an den Steuerpflichtigen zur Einreichung der «Buchhaltungsunterlagen». Ob dies in casu der Fall war, kann aufgrund des Bundesgerichtsentscheides nicht festgestellt werden. Da die kantonale Steuerbehörde und die Bundessteuer-Rekurskommission bereits die geschäftliche Natur der Börsentransaktionen ablehnten, wurde der Verbuchung der Verluste aller Wahrscheinlichkeit nach keine oder nur geringe Aufmerksamkeit zuerkannt. Überdies ist die Forderung des Bundesgerichts nach einer Verbuchung der Verluste im gewerbsmässigen Wertpapierhandel in dieser absoluten Form neu. In einem BGE aus dem Jahre 1988 [12] – der im besprochenen Entscheid übrigens zitiert wird – wird ausgeführt, Wertschriftenverluste, die in Zusammenhang mit einer auf Erwerb ausgerichteten Tätigkeit entstanden seien, könnten ungeachtet der Buchführungspflicht berücksichtigt werden, genau gleich wie auch Liegenschaftsverluste, die ein nicht buchführungspflichtiger Liegenschaftshändler aus einer Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 21 Abs. 1

Bst. a BdBSt erleide, vom Gewinn abgezogen werden könnten. In einem Fall eines Liegenschaftshändlers aus dem Jahre 1969 [13] wurde festgehalten, nicht nur der beim Verkauf erzielte Gewinn sei als Einkommen zu besteuern, sondern auch ein allfälliger Verlust sei abzuziehen. Damals machte die Eidgenössische Steuerverwaltung geltend, die beantragte Wertverminderung bzw. Abschreibung könne nur geltend gemacht werden, wenn sie verbucht sei. Auf Einwand des Beschwerdeführers, er führe keine Buchhaltung, wurde die Sache zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Allenfalls hätte gerade dies – eine Rückweisung – auch hier geschehen müssen, denn es darf doch nicht sein, dass einem Steuerpflichtigen im Verlaufe des Verfahrens neue Vorhalte zum Verhängnis werden, welche bislang als für das Prozessthema nicht relevant angeschaut wurden.

Gewiss trifft auch nicht-buchführungspflichtige Selbständigerwerbende eine steuergesetzliche Aufzeichnungspflicht [14]. Es gilt jedoch folgendes zu beachten: Werden keine aussagekräftigen Aufstellungen geführt, erfolgt eine Einschätzung des steuerpflichtigen Gewinns nach pflichtgemäßem Ermessen. Dasselbe hat auch zu gelten, wenn nachgewiesenermassen Wertpapierverluste eingetreten sind. Als diesbezügliche Belege sollten die Bankabrechnungen über Käufe und Verkäufe sowie die Darstellung der Finanzierung genügen. Die Formulierung von Art. 27 Abs. 2 lit. b DBG zielt auf den gewöhnlichen Selbständigerwerbenden ab und nicht auf den nebenberuflich tätigen gewerbsmässigen Wertschriftenhändler. Man stelle sich den Bankdirektor vor, der in einem Jahr mit 200 weitgehend fremdfinanzierten Wertschriftentransaktionen erhebliche Gewinne erzielt und daraufhin gestützt auf das mit der Steuererklärung eingereichte Wertschriftenverzeichnis als gewerbsmässiger Wertschriftenhändler qualifiziert wird. Die Steuerbehörden werden den Gewinn ermessensweise festsetzen und so den Pflichtigen zur Darstellung der Sachlage mittels Bankbelegen und Performance-Rechnungen verhalten. Im nächsten Jahr werden in derselben Art und Weise und im selben Umfang Wertpapiergeschäfte abgewickelt, al-

lerdings diesmal mit Verlust. Da der Steuerpflichtige jedoch die Verluste nicht «verbuchte», werden sie auch nicht zum Abzug zugelassen und die gleiche Art Belege, die vor einem Jahr zur Besteuerung geführt hat, wird nun zur Belegung der erlittenen Verluste nicht akzeptiert. Eine solche Argumentation lässt sich weder mit sachlichen noch mit steuersystematischen Argumenten begründen. Sie ist schlicht fiskalistisch.

Da beim klassischen nebenberuflich tätigen gewerbsmässigen Wertschriftenhändler kaum je eine handelsrechtliche Buchführungspflicht gegeben sein wird, muss die nachträgliche Erstellung einer Buchhaltung bzw. eine Aufstellung über Aktiven und Passiven, Einnahmen und Ausgaben sowie Privatentnahmen und Privateinlagen gemäss Art. 125 Abs. 2 DBG, immer möglich sein, und eine beweiskräftige Buchhaltung ist auch dann zu akzeptieren, wenn sie erst anlässlich einer Steueranfrage oder im Einspracheverfahren eingereicht wird. ▬▬

Anmerkungen

- 1 Mit Hinweis auf Peter Locher, Kommentar zum DBG, Therwil/Basel 2001, N 56 zu Art. 27.
- 2 E. 2.2, mit Verweis auf BGE 125 II 113 ff.
- 3 BGE 122 II 446 E. 3 mit Hinweisen.
- 4 E. 2.3 mit Verweis auf ASA 69 788 E. 2a.
- 5 E. 2.3 mit Verweis auf BGE 125 II 113 E. 5d und 5e S. 122 f. und E. 6a S. 124; 122 II 446 E. 3b S. 450 und E. 5a S. 452 f.; ASA 69 788 E. 2a.
- 6 E. 3.
- 7 Vgl. Art. 125 Abs. 2 DBG; Urteil 2A.328/2002 vom 17. April 2003, E. 5; Markus Reich/Marina Züger, in Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2a, N 43 zu Art. 27 DBG.
- 8 Vgl. Martin Zweifel, in Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bd. I/2b, N 30 f. zu Art. 125 DBG.
- 9 Vgl. Josef Küng, Anhaltende Rechtsunsicherheit bei der Besteuerung von Wertschriftengeschäften, in ST 1997, S. 111 f.
- 10 Reich/Züger, a.a.O., N 43 zu Art. 27 DBG; Zweifel, a.a.O., N 29 zu Art. 125 DBG; Richner/Frei/Kaufmann, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003, N 18 zu Art. 125 DBG.
- 11 Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 17 und 22 zu Art. 125 DBG; Zweifel, a.a.O., N 28 zu Art. 125 DBG.
- 12 ASA 58, S. 666 E. 2.
- 13 ASA 38, S. 396 E. 4.
- 14 Richner/Frei/Kaufmann, a.a.O., N 18 zu Art. 125 DBG.