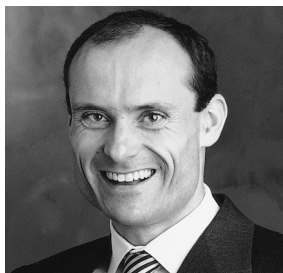


Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel – wie weiter?

Dr. iur. Thomas Meister



*Thomas Meister, Dr. iur.,
LL.M. (Tax)
dipl. Steuerexperte, Rechts-
anwalt
Mitglied Prüfungskommission
Steuerexperten
Partner, Pestalozzi Lachenal
Patry, Zürich*

Inhalt

1	Einleitung	4	Ansätze für eine Neuordnung
2	Stand der Rechtentwicklung	4.1	Spekulationsgewinne
2.1	Gesetzgebung	4.2	Beteiligungsgewinne
2.2	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	4.3	Übrige Kapitalgewinne
2.3	Bericht Behnisch	4.4	Reflexwirkungen
2.4	Volksinitiativen und Unternehmenssteuerreform	5	Schlussbetrachtung
3	Problemfelder		Literatur
3.1	Fremdfinanzierung		
3.1.1	Finanzierungsmodell		
3.1.2	Schuldenallokation		
3.1.3	Schuldzinsenabzug		
3.1.4	Sonderfälle		
3.1.4.1	IPO's		
3.1.4.2	Beteiligungspläne		
3.1.5	Fazit		
3.2	Transaktionen, Besitzesdauer, Umsatz und Reinvestition		
3.3	Kapitalgewinne – Vermögenssteuer		
3.4	Kapitalgewinne – Progression		
3.5	Kapitalgewinne – Präponderanz		
3.5.1	Geschäfts- oder Privatvermögen		
3.5.2	Gewillkürtes Geschäftsvermögen		
3.5.3	Überführungswerte		
3.5.4	Realisation		
3.6	Pauschalbesteuerung		
3.7	Steuerausscheidung		
3.7.1	Interkantonal		
3.7.2	International		
3.8	Fazit		

«One might say that this is one of those areas of the tax law where the virtues of vagueness exceed its vices; that courts must look to all facts and circumstances of each case to see what is really <intended> or what has <substantial economic reality>; and that it is salutary to tell taxpayers only that there is a danger zone which they enter at their peril.»¹

«Perhaps I could never succeed in intelligibly defining it, but I know it when I see it.»²

1 Einleitung

Vielleicht ist es nicht möglich, ein für allemal festzulegen, welche *Tatbestandsmerkmale* aus einem Privatanleger einen *gewerbmässigen Wertschriftenhändler* machen. Zwar unternahm der Bundesgesetzgeber im Rahmen des Stabilisierungsprogramms 1998 einen solchen Versuch, der aber im Nachgang zum Bundesgerichtsurteil vom 8. Januar 1999³ abgebrochen worden ist. Bei den Parlamentariern herrschte offenbar die Meinung vor, dass das Bundesgericht durch Urteilsspruch die unklare Rechtslage beseitigt habe und der Versuch des Gesetzgebers, eine Klärung der Rechtslage auf dem Wege der Gesetzgebung herbeizuführen, gegenstandslos geworden sei. So löblich die Hochachtung ist, die der Bundesgesetzgeber gegenüber dem Bundesgericht und seiner Rechtsprechung hegt, so zaghaft war der Versuch, etwas zu klären, an dessen Klärung der Fiskus das geringste Interesse hatte. Ist einmal eine scharfe Trennlinie zwischen privater Anlagetätigkeit und gewerbmässigem Wertschriftenhandel gezogen, dürfte die Spezies «gewerbmässiger Wertschriftenhändler» vom Aussterben bedroht sein, zumindest soweit es um Fälle der Gewinn- und nicht der Verlustrealisation geht. Aus diesem Grund dürfte der Bundesgesetzgeber wohl eher von der «virtue of vagueness» in seinem gesetzgeberischen Eifer gehemmt worden sein. Dies umso mehr, als sich Mon Repos in seiner Entscheidung vom 8. Januar 1999 die Fähigkeit zusprach, das Undefinierbare im Einzelfall jeweils sicher zu erkennen.⁴ Vor diesem Hintergrund dürften die

angeführten Zitate den Bundesgesetzgeber und das Bundesgericht in ihrer Zuversicht bestätigen, dass die verbleibende «danger zone» eine disziplinierende Wirkung auf die Pflichtigen hat und es am Status quo von Gesetzgebung und Rechtsprechung zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel nichts zu rütteln gibt.

2 Stand der Rechtsentwicklung

2.1 Gesetzgebung

Der bis Ende 1994 geltende Bundesratsbeschluss über die direkte Bundessteuer (BdBSt) vom 9. Dezember 1940 sah in Art. 21 Abs. 1 eine Dreiteilung vor:

- Einkommen aus einer Tätigkeit;⁵
- Kapitalgewinne aus dem Betriebe eines zur kaufmännischen Buchführung verpflichteten Unternehmens;⁶ und
- Kapitalgewinne auf dem Privatvermögen.⁷

Kapitalgewinne, die bei der privaten Verwaltung eigenen Vermögens oder in Ausnützung einer sich zufällig bietenden Gelegenheit erzielt wurden, waren unter dem BdBSt steuerfrei. Hingegen zählte die Verwaltungs- und Gerichtspraxis Gewinne aus einer die schlichte Vermögensverwaltung übersteigenden Tätigkeit zum (steuerbaren) Einkommen aus Erwerbstätigkeit.⁸

Seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 am 1. Januar 1995 gilt Folgendes: Steuerbar sind alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen *selbständigen* Erwerbstätigkeit.⁹ Zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit zählen auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen.¹⁰ Ausdrücklich vorgesehen ist, dass Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen steuerfrei sind.¹¹ Anlass zu zahlreichen Äusserungen im Schrifttum gaben die «Einkünfte aus jeder anderen

1 Zitat zur Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften («thin capitalization») aus BITTKER BORIS I./EUSTICE JAMES S., 4–19.

2 Zitat zur Umschreibung der Pornographie aus: BITTKER BORIS I./EUSTICE JAMES S., 4–17.

3 BGE vom 08.01.1999, StR 1999 327.

4 Bei der Umschreibung der Spezies «gewerbmässiger Wertschriftenhändler» kommt es einem manchmal vor, als ob Justitia – mit ihrer Augenbinde, einer Blinden gleich – in einem leeren dunklen Raum eine schwarze Katze sucht und sich immer wieder darauf beruft, sie doch deutlich gesehen zu haben.

5 Art. 21 Abs. 1 Bst. a BdBSt.

6 Art. 21 Abs. 1 Bst. d und f BdBSt.

7 Art. 21 Abs. 1 BdBSt e contrario.

8 Anstelle vieler: BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654), mit weiteren Hinweisen.

9 Art. 18 Abs. 1 DBG.

10 Art. 18 Abs. 2 Satz 1 DBG.

11 Art. 16 Abs. 3 DBG.

selbständigen Erwerbstätigkeit». Kontrovers war, ob die unter dem bisherigen Recht steuerbaren Gewinne aus einer die schlichte Vermögensverwaltung übersteigenden Tätigkeit als Gewinne aus einer *selbständigen* Erwerbstätigkeit qualifizieren. Indem das Bundesgericht dies bestätigte, erweiterte es den Begriff der *selbständigen* Erwerbstätigkeit.¹²

Im Rahmen des Sanierungsprogramms 1998 schlugen Bundesrat und Parlament eine Änderung von Art. 18 DBG (und Art. 8 StHG) vor. Der *Bundesrat* liess sich von der Sorge leiten, dass mit dem Inkrafttreten von Art. 16 Abs. 3 und 18 Abs. 1 DBG Gewinne aus Tätigkeiten, welche die schlichte Vermögensverwaltung zwar übersteigen, aber noch nicht den Schwellenwert einer *selbständigen* Erwerbstätigkeit erreichen, unter der Geltung des neuen Rechts nicht mehr besteuert werden können.¹³ Art. 18 Abs. 1 DBG hätte daher durch einen zweiten Satz ergänzt werden sollen:

«Als *selbständige* Erwerbstätigkeit gilt auch die Veräusserung von Vermögenswerten, namentlich von Wertschriften und Liegenschaften, soweit die Veräusserung nicht im Rahmen der blossen Verwaltung eigenen Vermögens erfolgt.»

Der *Nationalrat* war eher von der Sorge geleitet, dass die Besteuerung zu weit geht und die Rechtssicherheit sowie die Vorhersehbarkeit der Steuer gefährdet sind, weshalb er folgende Ergänzung zu Art. 18 Abs. 1 DBG vorschlug:

«Die Veräusserung von Wertschriften ausserhalb einer geschäftlichen Tätigkeit des Veräusserers gilt dann ausnahmsweise als *selbständige* Erwerbstätigkeit, wenn Veräusserungen, im Vergleich zur üblichen privaten Vermögensverwaltung solcher Vermögenswerte, häufig und nach kurzer Besitzesdauer erfolgen und zur Finanzierung dieser Geschäfte erhebliche fremde Mittel eingesetzt werden.»

Gemäss dieser Definition mussten drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit von einem gewerbsmässigen Wertschriftenhandel ausgegangen werden konnte:

- häufige Veräusserungen;
- Veräusserungen nach kurzer Besitzesdauer; und
- Einsatz erheblicher Fremdmittel beim Erwerb.

Die Präzisierung bezog sich allerdings nur auf den *Wertschriftenhändler*, nicht hingegen auf den gewerbsmässigen *Liegenschaftenhändler*.

Die vorberatende Kommission des Ständerats sah in ihrem Vorschlag vor, dass eine *selbständige* Erwerbstätigkeit vermutet wird, wenn zwei von vier Merkmalen vorliegen:

- häufige Veräusserungen;
- Veräusserung nach kurzer Besitzesdauer;
- Einsatz erheblicher Fremdmittel;
- Inkaufnahme besonderer Risiken.

Nachdem im Verlauf des *Differenzbereinigungsverfahrens* Bundesrat und Ständerat sich zugunsten der Beibehaltung des status quo aussprachen und zur gleichen Zeit die Publikation des Bundesgerichtsentscheids vom 8. Januar 1999 erfolgte, wurde das Gesetzgebungsvorhaben fallen gelassen. Mit der Bestätigung durch höchstrichterlichen Entscheid, dass die unter der Geltung des BdBSt entwickelte Praxis zum gewerbsmässigen Liegenschaftens- und Wertschriftenhandel unter dem DBG unverändert fortgelte,¹⁴ schwand das Interesse, die Frage gesetzlich zu regeln.¹⁵

Für die Qualifikation des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels von Bedeutung sind auch die durch das Bundesgesetz über das Stabilisierungsprogramm 1998 vom 19. März 1999 eingeführten Bestimmungen über das *gewillkürte Geschäftsvermögen* bei Beteiligungen von mindestens 20 Prozent an Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften¹⁶ sowie die *Beschränkung des Schuldzinsenabzugs*¹⁷. Entsprechende Bestimmungen wurden auch ins StHG aufgenommen.¹⁸ Die revidierten Bestimmungen des DBG und StHG traten am 1. Januar 2001 in Kraft.

2.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Ob der Kauf und Verkauf von Wertschriften eine auf Erwerb gerichtete (*selbständige*) Tätigkeit darstellt, ist un-

12 BGE vom 08.01.1999, StR 1999 327 (332 f.), mit weiteren Hinweisen auf die Lehre.

13 Dies, nachdem die Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich in ihrem Entscheid vom 13.03.1997 die Auffassung vertreten hatte, die altrechtliche Praxis zum gewerbsmässigen (Liegenschaften-)Händler könne unter dem neuen Recht nicht unbeschadet fortgeführt werden (StE 1997 B 23.2 Nr. 37). Vgl. Botschaft zum Stabilisierungsprogramm 1998 vom 28. September 1998, BBl 1999 4 (82 f.).

14 BGE vom 08.01.1999, StR 1999 327 (333), mit weiteren Hinweisen: «Somit ist die bisherige Praxis beizubehalten, wonach

Veräusserungsgewinne steuerbar sind, wenn sie in einer über die schlichte Vermögensverwaltung hinausgehenden Tätigkeit erzielt werden, auch wenn keine in einem eigentlichen Unternehmen organisierte Tätigkeit vorliegt.»

15 HIRT BEAT, Kritische Bemerkungen zur «gewerbsmässigen» privaten Vermögensverwaltung, in: StR 1999 307 (312 f.).

16 Art. 18 Abs. 2 letzter Satz DBG.

17 Art. 33 Abs. 1 Bst. a und 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

18 Art. 8 Abs. 2, 9 Abs. 2 Bst. a und 10 Abs. 1 Bst. e StHG.

ter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Dabei weisen namentlich die nachfolgend angeführten *Indizien*, die nicht kumulativ vorzuliegen brauchen, auf eine (selbständige Erwerbs-) Tätigkeit hin, welche über die blossе Vermögensverwaltung hinausreicht:¹⁹

- systematisches oder planmässiges Vorgehen;
- Bemühen, die Entwicklung des Marktes zur Gewinnerzielung auszunutzen;
- Häufigkeit der Transaktionen;
- kurze Besitzesdauer;
- enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit;
- Einsatz spezieller Fachkenntnisse;
- Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung;
- Wiederanlage des erzielten Gewinns in gleichartigen Vermögensgegenständen;
- Eingehen besonderer Risiken.

Nicht entscheidend ist nach der bundesgerichtlichen Praxis, ob der Steuerpflichtige die Wertschriftengeschäfte selber oder durch eine bevollmächtigte Drittperson abwickelt.²⁰ Nicht nötig ist ferner eine sichtbare Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr.²¹ Entscheidend ist, dass der Pflichtige eine Tätigkeit entfaltet, die – aufgrund des Gewichts eines oder mehrerer der genannten oder ähnlicher Indizien – in ihrer Gesamtheit auf Erwerb ausgerichtet erscheint.²² Von der Besteuerung ausgenommen sind nach der bundesgerichtlichen Praxis einzig jene Kapitalgewinne, die bei der Verwaltung eigenen Vermögens oder in Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit, ohne eine eigentliche, auf Verdienst gerichtete Tätigkeit, erlangt werden.²³

2.3 Bericht Behnisch

Im Bericht Behnisch über die Schliessung von Steuerlücken vom 8. Juli 1998 erkannte die Expertenkommission die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne als eine Lücke, die geschlossen oder verkleinert werden müsse.²⁴ Entsprechend schlug die *Kommissionsmehrheit* eine all-

gemeine Kapitalgewinn- und Kapitalertragssteuer mit beschränkter Verlustverrechnungsmöglichkeit vor.²⁵ Die Einführung einer solchen umfassenden Einkommenssteuer müsse jedoch mit gewissen Systemkorrekturen zur Beseitigung von Überbelastungen koordiniert werden. Namentlich müssten mit dem Nennwertprinzip zusammenhängende *Überbesteuerungen* beseitigt werden. Im Bericht wurden die zahlreichen *Reflexwirkungen* der von der Kommissionsmehrheit vorgeschlagenen umfassenden Einkommenssteuer aufgezeigt.²⁶ Im Ergebnis dürfte aufgrund dieser Reflexwirkungen eine *Lückenschliessung* durch Einführung einer allgemeinen Kapitalgewinn- und Kapitalertragssteuer ohne gleichzeitige Korrekturen am *Steuersystem* nicht möglich sein.²⁷

Eine *Kommissionsminderheit* schlug die Einführung einer *Objektsteuer* für Gewinne und Erträge auf beweglichem Privatvermögen mit separatem Tarif (Sondersteuer) vor.²⁸ Eine weitere *Kommissionsminderheit* schlug vor, dass private Kapitalgewinne aufgrund einer gesetzlichen Umschreibung des *gewerbmässigen* (Liegenschafts- und Wertschriften-) *Handels* erfasst werden.²⁹ Gemäss diesem Minderheitsvorschlag ist jede Art von in gewerbmässigem Stil betriebem Handel der *allgemeinen Einkommenssteuer* zu unterstellen. *Indizien* für die Gewerbmässigkeit sind das planmässige und systematische Vorgehen, das Vorhandensein und Ausnutzen von Fachwissen und die Anzahl der Transaktionen. Diese Indizien müssen *kumulativ* vorliegen. Damit werde zwar bloss eine geringe Zahl besonders ergiebiger Steuerpflichtiger erfasst, dies müsse jedoch zur Beseitigung als ungerecht empfundener Praktiken hingenommen werden.

2.4 Volksinitiativen und Unternehmenssteuerreform

Am 5. November 1999 wurde die Eidgenössische Volksinitiative für eine *Kapitalgewinnsteuer* eingereicht, welche die Einführung einer besonderen Steuer auf realisierten Kapitalgewinnen auf beweglichem Vermögen

19 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654), allerdings zu Art. 21 Abs. 1 Bst. a BdBSt; BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (642 f.).

20 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654); BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (644); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228): «Ob die steuerpflichtige Person Wertschriftengeschäfte selber oder über einen bevollmächtigten Dritten abwickelt, ist nicht von entscheidender Bedeutung, da das Wertschriftengeschäft in der Regel ohnehin den Beizug fachkundiger Personen (Bankfachleute, Treuhänder usw.) erfordert, deren Verhalten – als Hilfspersonen – der pflichtigen Person zugerechnet wird.»; BGE vom 02.10.1992, ASA 63 (1994/1995) 43 (48).

21 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654); BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (644); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228).

22 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228).

23 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (643).

24 BEHNISCH URS R., Bericht, 70.

25 BEHNISCH URS R., Bericht, 71 f., 165, auch zum Folgenden.

26 BEHNISCH URS R., Bericht, 162 ff.

27 BEHNISCH URS R., Bericht, passim.

28 BEHNISCH URS R., Bericht, 61, 73 f., 165.

29 BEHNISCH URS R., Bericht, 64 ff., 73, 165, auch zum Folgenden.

vorsieht. In der Botschaft über die Volksinitiative für eine Kapitalgewinnsteuer vom 25. Oktober 2000³⁰ empfahl der Bundesrat die Initiative ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung. Dabei wies er auf Korrekturen an der geltenden Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne im Rahmen der anstehenden *Unternehmenssteuerreform* hin. So habe die Expertenkommission rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung die Frage der Einführung einer *Beteiligungsgewinnsteuer* erneut zu prüfen.³¹ In der Sitzung vom 12. März 2001 schloss sich der Nationalrat der bundesrätlichen Botschaft an und empfahl die Initiative ohne Gegenvorschlag zur Ablehnung. Der Ständerat wird sich in der Sommersession 2001 zur Initiative und Botschaft zu äussern haben.

3 Problemfelder

3.1 Fremdfinanzierung

3.1.1 Finanzierungsmodell

Da der Einsatz von *Fremdmitteln* bei Wertschriftengeschäften,³² anders als im Liegenschaftenhandel, nicht alltäglich ist, deutet dies nach Ansicht des Bundesgerichts in besonderem Masse auf eine (selbständige) Erwerbstätigkeit hin.³³ Die Aufnahme von grösseren Krediten zur Finanzierung von Wertschriftengeschäften spricht angesichts der dabei zufolge der häufigen Börsenschwankungen bestehenden Verlustrisiken eher gegen die Annahme, dass der Anleger bloss sein eigenes Vermögen verwalten will und dass für ihn die auf Ertrag gerichtete Vermögensanlage im Vordergrund steht. Das Bundesgericht hat dem Einsatz von Fremdmitteln diese Bedeutung lediglich dann abgesprochen, wenn diese im Verhältnis zum Nettoeinkommen des Pflichtigen aus dessen Hauptberuf nicht erheblich waren.³⁴ Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis muss ein *bedeutender* oder *erheblicher* Einsatz von *Fremdmitteln* erfolgen, damit eine (selbständige) Erwerbstätigkeit vermutet wird.

Gemäss der durch die Kantonale Steuerverwaltung Schwyz im Mai 2000 publizierten Praxis liegt grundsätzlich in allen Fällen, in denen mittels Kredit – sei dies ein Lombardkredit oder die Aufnahme bzw. Aufstockung ei-

ner Hypothek – Wertschriften gekauft werden, gewerbmässiger Wertschriftenhandel vor. Die Höhe des Kredits ist nicht massgebend. Besteuert werden alle Wertschriftengewinne, nicht nur diejenigen, die durch die Kreditaufnahme ermöglicht werden. Indem die Schwyzer Praxis nicht auf die *Erheblichkeit* der Fremdfinanzierung abstellt, geht sie weiter als das Bundesgericht.

Unabhängig von der Erheblichkeit der Fremdfinanzierung stellt sich die Frage nach dem zugrundeliegenden *Finanzierungsmodell*. Wie soll das Vermögen finanziert sein, damit es noch als Privatvermögen betrachtet werden kann, und wann liegen Finanzierungsverhältnisse vor, die Teile des oder das gesamte Vermögen als Geschäftsvermögen erscheinen lassen? Von der bundesgerichtlichen Praxis anerkannt ist, dass bei der Finanzierung des *Grundvermögens* eine erhebliche Fremdfinanzierung üblich ist.³⁵ Demgegenüber soll bei der Finanzierung des *Wertschriftenvermögens* eine erhebliche Fremdfinanzierung unüblich sein.³⁶ Eine Finanzierungstheorie, aufgrund welcher diese Unterscheidung in einen üblichen oder unüblichen Fremdfinanzierungsteil vorgenommen werden kann, ist nicht ersichtlich.

3.1.2 Schuldenallokation

Während beim Grundvermögen eine erhebliche Fremdfinanzierung als unbedenklich erscheint, deutet beim Wertschriftenvermögen eine erhebliche Fremdfinanzierung auf das Vorliegen von Geschäftsvermögen hin.³⁷ Damit stellt sich bei Vermögensträgern, die sowohl Grund- als auch Wertschriftenvermögen besitzen, unweigerlich die Frage nach der *Schuldenallokation*. Wie verteilt sich der Fremdfinanzierungsteil auf die einzelnen Positionen des Gesamtvermögens?³⁸

Gemäss der publizierten Praxis der Schwyzer Steuerbehörden liegt in allen Fällen, in denen mittels grösserer oder kleinerer Kredite Wertschriften gekauft werden, Geschäftsvermögen vor. Dies selbst dann, wenn eine Hypothek aufgestockt wird, um zusätzliches Wertschriftenvermögen zu finanzieren. Unbeantwortet bleibt hingegen die Frage, wie es sich verhält, wenn eine Aufstockung von Hypotheken nicht stattfindet, der Vermögensträger aber seine Hypotheken einfach nicht amorti-

30 BBI 2000 5995 ff.

31 BBI 2000 5996 ff., 6018.

32 Auf den Antiquitätenhandel sowie den Handel mit anderen beweglichen Sachwerten wird an dieser Stelle nicht weiter eingetreten. Vgl. hierzu BEHNISCH Urs R., Bericht, 28 ff.

33 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 655; BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (232), auch zum Folgenden.

34 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (645).

35 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 655. HIRT BEAT, in: StR 1999 307 (316).

36 HIRT BEAT, in: StR 1997 307 (316).

37 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 655; BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (232).

38 Zur Schulden- und Schuldzinsenallokation nach deutschem Steuerrecht eindrücklich: ELSER THOMAS, in: FStR 2001, Abschnitt 3.1.4.

sirt und dadurch frei werdende Eigenmittel in Wertschriftenvermögen anlegt. Ob eine Hypothek aufgestockt wird, um zusätzliches Wertschriftenvermögen zu erwerben, oder ob eine Hypothek nicht amortisiert wird, ebenfalls um zusätzliches Wertschriftenvermögen zu erwerben, erscheint vom wirtschaftlichen Gehalt her als gleichwertiger *Finanzierungsvorgang*.

Aufgrund welcher *Finanzierungstheorie* muss der Richter Fremdmittel auf einzelne Vermögenswerte verteilen, damit er von einer üblichen oder unüblichen Fremdfinanzierung und folglich von Privat- oder Geschäftsvermögen ausgehen kann? Nach welchen Grundsätzen hat die *Schuldenallokation* zu erfolgen? Gibt es überhaupt rechtsrelevante Unterschiede bei der Finanzierung von Geschäfts- und Privatvermögen? Gibt es eine Finanzierungstheorie für das Privatvermögen und eine gesonderte Theorie für das Geschäftsvermögen? Nachdem seit dem Inkrafttreten der Gesetzesnovelle vom 19. März 1999 der Abzug von Zinsen auf Schulden des Privatvermögens beschränkt, auf Schulden des Geschäftsvermögens aber weiterhin unbeschränkt ist,³⁹ hat sich die ESTV in einem Kreisschreiben zu diesen Fragen geäußert.⁴⁰ Die Abgrenzung erfolgt in erster Linie aufgrund der vom Pflichtigen nachgewiesenen *Verwendung* der Fremdmittel. Massgebend ist der Geschäftsabschluss. Bei Beteiligungen, die zum gewillkürten Geschäftsvermögen gehören, ist auf die Kaufpreisfinanzierung abzustellen. Fehlt der Nachweis der Mittelverwendung, erfolgt (in zweiter Linie) eine *proportionale* Aufteilung nach Massgabe der Verkehrswerte.⁴¹

Auch die bisherige Praxis des Bundesgerichts scheint auf eine *objektmassige Schuldenallokation* abzustellen.⁴² So entschied es in einem Fall, wo der Mehrheitsaktionär (62,45 Prozent) die noch fehlende Minderheitsbeteiligung (37,55 Prozent) von seinen Geschwistern abkaufte und später das Gesamtpaket (100 Prozent) weiterverkaufte, dass er hinsichtlich der mit Fremdmitteln erworbenen Minderheitsbeteiligung (37,55 Prozent) Wertschriftenhändler war.⁴³ Bezüglich der gleichzeitig mitveräusserten Mehrheitsbeteiligung (62,45 Prozent) an derselben Gesellschaft wurde er jedoch als Privatanleger betrachtet. Bezogen auf die Minderheitsbeteiligung war die Fremdfinanzierung erheblich, bezogen auf die Ge-

sambeteiligung bzw. das Gesamtvermögen des Pflichtigen war sie gering. Offenbar ging das Bundesgericht von einer *objektmassigen Schuldenallokation* auf den mitveräusserten Minderheitsanteil von 37,55 Prozent aus, dies obschon eine Beteiligung von 100 Prozent gesamthaft und in einem Schritt veräussert wurde.

Das von dieser Praxis inspirierte Vorgehen gemäss dem Kreisschreiben über die Beschränkung des Schuldzinsenabzugs überzeugt in mehrfacher Hinsicht nicht. Belässt ein Unternehmer wenige Eigenmittel in seinem Unternehmen, indem er den Anteil der Fremdmittel erhöht, kann er die nicht im Geschäft investierten Eigenmittel in Wertschriftenvermögen anlegen, ohne dass aufgrund der gewählten Finanzierung das Risiko des gewerbmässigen Wertschriftenhandels erhöht wird. Belässt er jedoch reichlich Eigenmittel im Geschäft und finanziert sein privates Wertschriftenvermögen teilweise durch Fremdmittel, geht er das Risiko ein, aufgrund der getroffenen Finanzierung als gewerbmässiger Wertschriftenhändler zu qualifizieren. In beiden Fällen sind – *ceteris paribus* – der Gesamtbetrag der aufgenommenen Fremdmittel und das eingegangene Risiko identisch; die daran anknüpfenden Rechtsfolgen unterscheiden sich jedoch erheblich. Nicht nur eine *objektmassige Schuldenverlegung* aufgrund der Mittelverwendung führt zu willkürlichen Ergebnissen, sondern auch eine *proportionale Schuldenverlegung* mangels Verwendungsnachweis. Die Fremdmittel sind mangels Nachweis der Verwendung proportional auf das Privat- und Geschäftsvermögen zu verteilen.⁴⁴ Diese Schuldenverlegung kann dazu führen, dass das Wertschriftenvermögen vom Privat- zum Geschäftsvermögen wechselt. Das Kreisschreiben kann nicht darüber hinwegsehen, dass es an einer *Finanzierungstheorie* mangelt, anhand derer auf Privat- oder Geschäftsvermögen geschlossen werden könnte. Die Vermutung liegt nahe, dass es in einer rationalen und wohlinformierten Welt keine gesonderte Finanzierungstheorie für Privat- und Geschäftsvermögen geben kann. Von daher kann nur die Finanzierung des Gesamtvermögens üblich oder unüblich sein, nicht aber die Finanzierung seiner Bestandteile.

Dass die *Verwendung* der Fremdmittel kein Kriterium sein kann, an welches Steuerfolgen anknüpfen können,

39 Art. 9 Abs. 2 Bst. a i.V.m. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a i.V.m. 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

40 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002) bezüglich der Beschränkung des Schuldzinsenabzugs und die zum Geschäftsvermögen erklärten Beteiligungen nach dem Bundesgesetz vom 19. März 1999 über das Stabilisierungsprogramm 1998, auch zum Folgenden.

41 Zur Schulden- bzw. Zinsenverlegung: NEUHAUS HANS-JÜRIG, in: ASA 68 (1999/2000) 273 (278 f.). Kritisch zur proportionalen

Schulden- bzw. Zinsenverlegung: VON STRENG ETIENNE/ENDERLI LUC/BARKE CLAUDE-ANDRÉ/VUILLEUMIER FRÉDÉRIC, in: ST 1999 753 (759 ff.).

42 So offenbar auch die Schwyzer Praxis.

43 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652.

44 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3 und Beispiel Nr. 4.

ist anhand der Richtlinien über die erforderliche Eigenfinanzierung und die zulässige Höhe des Zinsenabzugs auf von Beteiligten stammenden Darlehen ersichtlich.⁴⁵ Im Kreisschreiben zum verdeckten Eigenkapital sind die von den Steuerbehörden akzeptierten Höchstansätze für die Fremdfinanzierung unterschiedlicher Aktiven (Vermögenswerte) festgelegt. Damit wird etwas über die *Belehnungskapazität* einzelner Aktiven (Vermögensobjekte) ausgesagt. Abgestellt wird schliesslich auf den Wert der Gesamtaktiven bzw. des Gesamtvermögens. Ob Fremdmittel zur Finanzierung bestimmter Aktiven (Vermögenswerte) herangezogen werden, ist belanglos. Aufgrund der Zusammensetzung der Gesamtaktiven bzw. des Gesamtvermögens wird auf das übliche bzw. zulässige Mass der gesamten Fremdfinanzierung durch Dritte und Nahestehende geschlossen. In einer rationalen und wohlinformierten Welt kann es sich bei der Finanzierung des Privatvermögens nicht anders verhalten. Beurteilt werden kann nur, ob die (Fremd-)Finanzierung des *Gesamtvermögens* üblich oder unüblich ist. Die Art der Finanzierung einzelner Vermögensobjekte ist belanglos und vermag nichts über deren Zuordnung zum Geschäfts- oder Privatvermögen auszusagen.

3.1.3 Schuldzinsenabzug

Kapitalgewinne aus der Veräusserung von beweglichem Privatvermögen sind steuerfrei.⁴⁶ Entsprechend sind Kapitalverluste nicht abzugsfähig. Insoweit besteht *Symmetrie*. Von der Finanzierungsseite her betrachtet müsste aus der Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen folgen, dass die auf sie entfallenden Finanzierungskosten nicht abgezogen werden können. Finanzierungskosten können nur soweit abgezogen werden, als sie bei der Finanzierung von privaten Vermögenswerten anfallen, die steuerbare Vermögenserträge abwerfen. Damit stellt sich die Frage nach der Allokation der Finanzierungskosten auf private Vermögenswerte, die zu steuerfreien Kapitalgewinnen, und auf private Vermögenswerte, die zu steuerbaren Vermögenserträgen führen.⁴⁷

Bis Ende 2000 galt der Grundsatz, dass sämtliche Finanzierungskosten abzugsfähig sind. Finanzierungskosten wurden einfach auf die steuerbaren Vermögenserträge

alloziert; ein allfälliger Überschuss ging zulasten des Erwerbs- und übrigen Einkommens. Eine solche Allokation von *Abzugssubstrat* hatte einkommenslose Millionäre zur Folge. Seit 1. Januar 2001 ist der Abzug von Schuldzinsen, welche auf der Fremdfinanzierung des Privatvermögens anfallen, der Höhe nach begrenzt. Private Schuldzinsen können nur noch im Umfang der steuerbaren Erträge aus beweglichem und unbeweglichem Privatvermögen und weiteren 50 000 Franken abgezogen werden.⁴⁸ Schuldzinsen auf Geschäftsschulden sind weiterhin unbegrenzt abzugsfähig.⁴⁹

Die Grenzziehung zwischen Schuldzinsen auf der Fremdfinanzierung des Privat- oder Geschäftsvermögens erfolgt in erster Linie nach der *Fremdmittelverwendung* und in zweiter Linie *proportional* nach Massgabe der Verkehrswerte der dem Privat- oder Geschäftsvermögen zugehörigen Vermögensobjekte.⁵⁰ Auf die Zweckmässigkeit des Kriteriums der *Mittelverwendung* wird hier nicht mehr eingegangen.⁵¹ Kommt es zur Aufrechnung von Schuldzinsen, qualifizieren die entsprechenden Vermögenswerte zumindest bis zur Beendigung der Aufrechnung als Privatvermögen.⁵² Wertvermehrungen, die bis dahin eintreten, stellen bei der (späteren) Realisierung steuerfreien Kapitalgewinn auf dem beweglichen Privatvermögen dar. Entsprechendes gilt für Wertminderungen, die bei der (späteren) Realisierung nicht abzugsfähige Kapitalverluste auf dem beweglichen Privatvermögen darstellen.⁵³ Die Frage der Gewährung des Schuldzinsenabzugs wird somit zum entscheidenden *Kriterium*: Kommt es zur *Schuldzinsenaufrichtung*, liegt kein Geschäftsvermögen vor,⁵⁴ selbst wenn sämtliche andern Indizien auf gewerbemässigen Wertschriftenhandel hindeuten. Damit stellt sich die Frage, ob, wer *freiwillig* auf den Abzug privater Schuldzinsen verzichtet, sich die Zuordnung fremdfinanzierter Vermögenswerte zum Privatvermögen sichern kann. Auf die Geltendmachung einer steuermindernden Tatsache kann der Pflichtige verzichten. Kommt es nicht zum Schuldzinsenabzug, wird die missbräuchliche *Kombination* von steuerfreien Kapitalgewinnen einerseits und einkommensreduzierendem Abzugssubstrat andererseits verhindert. Gemäss der Intention der Gesetzesnovelle sollte ge-

45 Kreisschreiben Nr. 6 vom 6. Juni 1997 (Steuerperiode 1997) bezüglich verdecktes Eigenkapital bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.

46 Art. 7 Abs. 4 Bst. a StHG; Art. 16 Abs. 3 DBG.

47 Zur Schulden- und Schuldzinsenallokation nach deutschem Steuerrecht eindrücklich: ELSENER THOMAS, in: FSrT 2001 110 ff., Abschnitt 3.1.4.

48 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

49 Art. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

50 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

51 Vgl. vorne, Abschnitt 3.1.2.

52 NEUHAUS HANS-JÜRIG, in: ASA 68 (1999/2000) 273 (279), auch zum Folgenden.

53 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3 und 5 sowie Beispiel Nr. 5.

54 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

rade dies verhindert werden. Von dieser Intention ist auch das Kreisschreiben beseelt, wenn es bei einer Aufrechnung von Schuldzinsen notwendigerweise auf Privatvermögen schliesst.⁵⁵ Wird von vornherein auf den *Schuldzinsenabzug verzichtet*, liegt daher ein starkes Indiz vor, dass die entsprechenden Vermögenswerte dem Privatvermögen zuzuordnen sind.

3.1.4 Sonderfälle

3.1.4.1 IPO's

Häufig muss vor dem Börsengang einer Gesellschaft eine *Kapitalerhöhung* durchgeführt werden, damit eine genügende Anzahl Aktien vorhanden ist und der Ausgabepreis je Aktie in der Bandbreite liegt, welche an der entsprechenden Börse für Neukotierungen gilt.⁵⁶ Wird die Kapitalerhöhung von den Altaktionären teilweise oder vollständig fremdfinanziert und die Schuld nach Ablauf der für Altaktionäre geltenden Lock-up-Periode mit dem Erlös aus einem teilweisen Verkauf von Aktien getilgt oder schreiten die Altaktionäre zu einer Risikodiversifikation in ihrem Wertschriftenportfolio, stellt sich die Frage, ob durch die Fremdfinanzierung und die rasche Weiterveräußerung von Beteiligungsrechten gewerbsmässiger Wertschriftenhandel gegeben ist. Dass IPO's gewisse Risiken beinhalten und der Erlös aus Wertschriftenverkäufen rasch zum Schuldenabbau und zur Risikodiversifikation wieder angelegt wird, erscheint rational und im Einklang mit modernen Konzepten der Vermögensanlage und -finanzierung. Da junge Unternehmen, die zu Eigenfinanzierungszwecken an die Börse gebracht werden, vielfach noch keine Dividenden ausschütten, dürfte in diesen Fällen die Beschränkung des Schuldzinsenabzugs⁵⁷ besonders häufig greifen. Ist dies der Fall⁵⁸ oder haben die Altaktionäre von vornherein auf den *Schuldzinsenabzug* verzichtet, dürften die veräusserten Aktien dem Privatvermögen angehören, selbst wenn andere Indizien für die Zugehörigkeit zum Geschäftsvermögen sprechen.⁵⁹

3.1.4.2 Beteiligungspläne

Mitarbeiterbeteiligungspläne, sei dies aufgrund eines Aktien- oder Optionsmodells, sind mittlerweile weit verbreitet. Gerade bei Aktienbeteiligungsplänen ausländi-

scher Konzerne werden häufig Aktien zu günstigen Konditionen an Mitarbeiter abgegeben, wobei die aus dem Erwerb dieser Mitarbeiteraktien sich ergebende Schuld bis zum Ablauf einer Restriktionsfrist und/oder der Weiterveräußerung zinsfrei gestundet wird. Auch hier stellt sich die Frage, ob die begünstigten Mitarbeiter infolge der Fremdfinanzierung des Aktienerwerbs und der nachfolgenden Veräußerung eines Teils der erworbenen Aktien zur Schuldentilgung und Anlagediversifikation als gewerbsmässige Wertschriftenhändler qualifizieren.

Immer häufiger wird ein erheblicher Teil der Gesamtschädigung von Kadermitarbeitern über Mitarbeiteroptionspläne ausgerichtet. Da die Abgabe von Mitarbeiteroptionen zumeist im Zeitpunkt der Zuteilung Steuerfolgen zeitigt, müssen die betroffenen Mitarbeiter mitunter erhebliche Fremdmittel aufnehmen, um die Steuerfolgen und ihren laufenden Lebensunterhalt finanzieren zu können. Werden solche Optionen nach Ablauf der Restriktionsfrist ausgeübt und ein Teil der erworbenen Aktien zur Tilgung der Finanzierungsschuld oder zur besseren Risikodiversifikation weiterveräussert, stellt sich die Frage, ob diese Mitarbeiter als gewerbsmässige Wertschriftenhändler qualifizieren. Handlungsfreiheit haben sie zumeist nicht, da regelmässig der Arbeitgeber die Zusammensetzung ihrer Gesamtschädigung festlegt und sie sich bei der raschen Weiterveräußerung zu Refinanzierungs- und Diversifikationszwecken ja nur rational im Sinne einer vernünftigen Anlage und Finanzierung des Privatvermögens verhalten. Mitarbeiteroptionen werfen keine laufenden Erträge ab, weshalb in diesen Fällen die Beschränkung des Schuldzinsenabzugs⁶⁰ häufig greift. Ist dies der Fall⁶¹ oder haben die Inhaber von Mitarbeiteroptionen von vornherein auf den *Schuldzinsenabzug* verzichtet, dürften diese dem Privatvermögen zugehören.

3.1.5 Fazit

Aus der *Verwendung* von Fremdmitteln kann nicht auf die Zuordnung zum Geschäfts- oder Privatvermögen geschlossen werden. Es gibt keine übliche Finanzierung des Privatvermögens einerseits und des Geschäftsvermögens andererseits. Massstab für die Üblichkeit kann höchstens die Finanzierung des *Gesamtvermögens* sein. Von jeder *objektmassigen* Zuteilung von Fremdmitteln

55 Kreisschreiben Nr.1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

56 BRAUCHLI ROHRER BARBARA/FISCHER BRIAN, in: StR 2000 709 (710 ff.), auch zum Folgenden.

57 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

58 Kreisschreiben Nr.1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

59 Hievon ausgenommen der Fall, wo gewillkürtes Geschäftsvermögen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Satz 2 StHG oder Art. 18 Abs. 2 letzter Satz DBG vorliegt, wo keine Beschränkung des Schuldzinsenabzugs eintritt (Art. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 27 Abs. 2 Bst. d DBG).

60 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

61 Kreisschreiben Nr.1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3.

muss abgesehen werden, da sie zu Verzerrungen führt und an der wirtschaftlichen Realität vorbeigeht. Auch eine *proportionale* Zuweisung von Fremdmitteln auf einzelne Objekte des Gesamtvermögens vermag nichts zu leisten, wenn es um die Beurteilung geht, ob ein Vermögensobjekt dem Privat- oder dem Geschäftsvermögen zugehört.

Ob eine Finanzierung des Vermögens insgesamt üblich oder unüblich ist, müsste anhand einer *Finanzierungstheorie* beurteilt werden, die unterschiedliche Lebensphasen und Lebensumstände der Vermögensträger und individuelle Risikopräferenzen berücksichtigt. Schon dies stünde einer schematischen Beurteilung entgegen. Letztlich kann aus der Art der Finanzierung des *Gesamtvermögens* nichts abgeleitet werden, wenn es um die Beurteilung geht, ob Privat- oder Geschäftsvermögen bzw. private Vermögensanlage oder gewerbsmässiger Wertschriftenhandel vorliegt. Da der Erwerb von Basiswerten (welcher allenfalls weitgehend fremdfinanziert werden müsste) durch den Erwerb (selbstfinanzierter) Derivate oder Optionen ersetzt werden kann (die zu einer vergleichbaren Risikostruktur und infolge der Hebelwirkung zu einem vergleichbaren Gewinn- und Verlustpotenzial führen), wird offensichtlich, dass die Art der Finanzierung nichts darüber aussagen kann, ob Privat- oder Geschäftsvermögen vorliegt.

Kommt es zur *Aufrechnung* von *Schuldzinsen* oder wird auf die *Geltendmachung* von *Schuldzinsen* von vornherein *verzichtet*, stellt dies ein starkes Indiz dar, wonach Privat- und nicht Geschäftsvermögen vorliegt. Dies selbst dann, wenn andere Indizien auf das Vorliegen von Geschäftsvermögen hinweisen. Mit dem Inkrafttreten des Stabilisierungsprogramms 1998 dürfte der Schuldzinsenabzug zum entscheidenden *Kriterium* bei der Abgrenzung des Privat- vom Geschäftsvermögen geworden sein.

3.2 Transaktionen, Besitzesdauer, Umsatz und Reinvestition

Das Bundesgericht hat in einem Fall, wo es um die Geltendmachung von Kapitalverlusten ging, entschieden,

dass bei 59 über vier Bemessungsjahre verteilten Verkäufen die Schwelle zum Wertschriftenhandel noch nicht überschritten sei.⁶² Zudem sei eine zeitlich gestaffelte und tranchenweise erfolgende Veräusserung als ein Vorgang zu betrachten, besonders wenn die tranchenweise Veräusserung der Verlustbegrenzung dient oder auf kurzfristig zu handhabende Finanzinstrumente (Call- und Put-Optionen) zurückzuführen ist. Dagegen hat es weniger als zwei Jahre zuvor in einem Fall entschieden, dass bei jährlich 180 bis 260 Transaktionen und in Tranchen erfolgenden Kaufs- und Verkaufsgeschäften auf gewerbsmässigen Wertschriftenhandel zu schliessen ist.⁶³ Einmal stützt das tranchenweise Vorgehen die Annahme der Gewerbsmässigkeit und einmal spricht es dagegen. Während die kurze Besitzesdauer von etwas mehr als einem Jahr bei der Weiterveräusserung einer Minderheitsbeteiligung von 37,55 Prozent als Indiz für gewerbsmässigen Wertschriftenhandel gewertet worden ist,⁶⁴ wurde diesem Indiz im Falle eines Kapitalverlusts keine Bedeutung zugemessen, umso mehr, als ein Teil der Transaktionen der Verlustbegrenzung oder kurzfristig zu handhabenden Finanzinstrumenten zuzuschreiben war.⁶⁵ Bei der Veräusserung einer Grossbeteiligung von 100 Prozent mit anschliessender Reinvestition des Erlöses in eine andere Grossbeteiligung wurde hingegen schon bei einer einzigen Transaktion von gewerbsmässigem Wertschriftenhandel ausgegangen.⁶⁶ Die Grösse einer Transaktion, der in Wertschriften investierte Betrag und der getätigte Umsatz spielen mitunter eine Rolle.⁶⁷ Auch spielt es gemäss der bundesgerichtlichen Praxis eine Rolle, ob der Kapitalgewinn bzw. -verlust von einem Verwaltungsratspräsidenten,⁶⁸ einem Bankdirektor,⁶⁹ einer Person unter Beizug fachkundiger Hilfspersonen⁷⁰ oder einem Fahrlehrer⁷¹ realisiert wird.⁷²

Die für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechenden Indizien der Transaktionshäufigkeit, der Besitzesdauer, des Umsatzes, der Reinvestition und des Einsatzes von Fachkenntnissen können auf einfache Weise umgangen werden. Statt einer Bank einen Vermögensverwaltungsauftrag zu erteilen und das Risiko einzugehen, bei hoher Transaktionshäufigkeit, grossen Umsätzen und Lombardierung des Depots aufgrund der Fachkenntnisse der bei-

62 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (645), auch zum Folgenden.

63 BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (226, 228 f.).

64 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (656).

65 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (645).

66 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (656).

67 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (645); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (229).

68 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (655).

69 BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228).

70 BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228), mit Hinweis.

71 BGE vom 03.07.1998, ASA 68 (1999/2000) 641 (644 f.).

72 Eine anschauliche Übersicht über die bundesgerichtliche Praxis zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel unter Geltung des BdBSt findet sich bei HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (22 f.).

gezogenen Hilfsperson (Bank) als gewerbmässiger Wertschriftenhändler zu qualifizieren,⁷³ kann dies durch den Erwerb von Anteilen an *Anlagefonds* vermieden werden. Dabei spielt es keine Rolle, dass die gewählten Fonds letztlich durch dieselbe Bank als Fonds-Managerin und Depotbank verwaltet werden. Bei der Wahl von Fondsprodukten können Anlagepräferenzen berücksichtigt und es kann eine Risikodiversifikation erzielt werden. Durch geschickte Wahl von Fondsanteilen kann ein Kundendepot weitestgehend abgebildet werden. Zudem kann durch die Wahl von «*hedge funds*» eine weitgehende Lombardierung oder der Einsatz von Derivaten und Optionen mit entsprechenden Risiken erfolgen.

Anlagefonds sind nicht steuerpflichtig.⁷⁴ Von Fonds erzielte Vermögenserträge und Kapitalgewinne werden als solche an die Anteilsinhaber ausgeschüttet.⁷⁵ Steuerpflichtig ist der *Anteilsinhaber*. Da die Tätigkeit der Fondsverwaltung und der Depotbank dem Anteilsinhaber nicht zugerechnet wird, dürfte trotz professioneller Anlage, häufiger und kurzfristiger Umschichtung des Fondsvermögens mit hohen Umsätzen kein gewerbmässiger Wertschriftenhandel gegeben sein. Es hängt somit davon ab, was dem Pflichtigen als Vermögensträger zugerechnet wird, nämlich lediglich der Erwerb und die Veräusserung von Fondsanteilen oder Vermögensumschichtungen innerhalb des Fonds. Aufgrund der bisher publizierten Praxis dürfte das Erstgenannte der Fall sein. Andernfalls dürfte die private Vermögensanlage in Anlagefondsanteilen vom Markt verschwinden.⁷⁶

3.3 Kapitalgewinne – Vermögenssteuer

Kapitalgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen sind nicht vollständig steuerfrei. Der durch Eigenmittel finanzierte Teil des Vermögens unterliegt in den Kantonen der *Reinvermögenssteuer*,⁷⁷ selbst wenn kein steuerbares Einkommen realisiert wird. Die Vermögenssteuer

ist als *Ergänzungssteuer* zur Einkommenssteuer zu verstehen.⁷⁸ Die Belastung durch die Vermögenssteuer erfolgt unabhängig davon, ob eine Vermögensanlage zu steuerfreien Kapitalgewinnen und/oder steuerbaren Vermögenserträgen führt. Steuerfreie Kapitalgewinne erhöhen das Reinvermögen gleichermaßen wie steuerbare Vermögenserträge. Die den Kantonen aus der Vermögenssteuer zufließenden Erträge sind erheblich.⁷⁹

3.4 Kapitalgewinne – Progression

Werden zum Geschäftsvermögen eines gewerbmässigen Wertschriftenhändlers nicht nur kurzfristige, sondern auch langfristige Vermögensanlagen gezogen, unterliegen die bei einer Vermögensumschichtung realisierten langfristigen Wertvermehrungen der vollen Progression der Einkommenssteuer. Es erfolgt weder eine Unterscheidung nach Kapitalgewinnen auf Beteiligungen oder Portfolio-Anlagen noch erfolgt eine Unterscheidung nach Kapitalgewinnen auf langfristigen oder kurzfristigen Anlagen. In allen diesen Fällen tritt die volle Progressionswirkung ein.⁸⁰ Die Verhältnisse liegen somit anders als bei der (monistischen) Grundstückgewinnsteuer, wo auf kurzfristig realisierten «Spekulations»-Gewinnen Zuschläge erhoben werden⁸¹ und Gewinne aus langfristigem Wertzuwachs bei der Realisation über den Tarif entlastet werden. Damit stellt sich die Frage, ob die Besteuerung solcher Kapitalgewinne auf dem Umweg einer Überdehnung des Begriffs der selbständigen Erwerbstätigkeit bzw. des gewerbmässigen Wertschriftenhandels tatsächlich sachgerecht ist.

3.5 Kapitalgewinne – Präponderanz

3.5.1 Geschäfts- oder Privatvermögen

Abgesehen von der Besteuerung des Eigenmietwerts von Wohnliegenschaften kennt das schweizerische Ein-

73 Im deutschen Steuerrecht wird der Bezug einer Bank als fachkundige Hilfsperson dagegen als Indiz für die private Vermögensverwaltung betrachtet. Vgl. ELSEER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 4.1.

74 Ausgenommen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz: Art. 20 Abs. 1 Satz 2 StHG; Art. 49 Abs. 2 DBG. Kreisschreiben Nr. 31 vom 12. Juli 1996 (Steuerperiode 1995/1996), Anlagefonds mit direktem Grundbesitz.

75 Wobei Kapitalgewinne mit separatem Coupon auszuweisen sind. Vgl. Kreisschreiben Nr. 31 (Steuerperiode 1995/1996) bezüglich Anlagefonds mit direktem Grundbesitz.

76 Bei Anlagefonds mit direktem Grundbesitz wäre auf Ausschüttungen die Kategorie «übrige Kapitalgewinne» wohl wegzulassen. Vgl. Kreisschreiben Nr. 31 (Steuerperiode 1995/1996) bezüglich Anlagefonds mit direktem Grundbesitz, Ziff. 2.2.

77 Art. 13 f. StHG.

78 HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, N 4 § 15.

79 Gemäss der bundesrätlichen Botschaft zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 beträgt das Aufkommen der Vermögenssteuer über drei Milliarden Franken pro Jahr (BBI 2000 6014).

80 Es kommt zu einem «bunching of income»- und einem «locked-in»-Effekt. Langfristige Wertzuwächse werden bei der Realisation in einer Steuerperiode mit voller Progressionswirkung besteuert («bunching»). Infolge dieser Steuerprogression können Anlagen mit hohen unrealisierten Wertsteigerungen nicht veräussert und durch Anlagen mit höheren Renditeerwartungen ersetzt werden. Eine solche suboptimale Vermögensallokation ist auf den «locked-in»-Effekt zurückzuführen. Hierzu: CHIRELSTEIN MARVIN A., 319 ff.

81 Art. 12 Abs. 5 StHG.

kommenssteuerrecht kein «imputed income». Der Nutzen, den ein Privatfahrzeug, eine Privatjacht, ein Privatjet oder eine private Kunstsammlung stiften, wird nicht als «imputed income» besteuert. Ebenso wenig wird der Nutzen der Hausarbeit oder der Kinderbetreuung und Erziehung von der Einkommenssteuer erfasst. Die Besteuerung erfolgt nur aufgrund des am Markt durch einen Austausch von Leistungen und Wirtschaftsgütern tatsächlich erzielten Einkommens. Der unselbständig erwerbstätige Innenarchitekt, der seine Wohnung einrichtet, der unselbständig erwerbstätige Kunstmaler, der seine Wohnung mit eigenen Bildern schmückt, der unselbständig erwerbstätige Anlageberater, der sein Vermögen geschickt anlegt, der unselbständig erwerbstätige Anwalt, der einen ihn betreffenden Vertrag selbst redigiert, der unselbständig erwerbstätige Steuerberater, der seinen Nachlass steuereffizient regelt: Sie alle setzen ihre besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten für ihre eigenen Zwecke nutzenstiftend ein. Allein beim unselbständig erwerbstätigen Anlageberater, der seine persönlichen finanziellen Angelegenheiten regelt, geht die bundesgerichtliche Praxis von einer selbständigen (Neben-) Erwerbstätigkeit ohne Marktauftritt und damit von Geschäftsvermögen aus, ohne dass Geschäftsbeziehungen zu Kunden bestehen.⁸²

Als Geschäftsvermögen gelten alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen.⁸³ Gemäss der nun gesetzlich verankerten *Präponderanztheorie* ist ein Vermögenswert entweder Geschäfts- oder Privatvermögen. Eine Aufteilung (*Wertzerlegungstheorie*) ist bei unteilbaren Vermögenswerten grundsätzlich nicht zulässig. Unter altem Recht wurde beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung von 37,55 Prozent mit anschliessender Veräusserung der gesamten Beteiligung (100 Prozent) nur der auf der Minderheitsbeteiligung realisierte Gewinn als Einkommen aus (selbständiger) Erwerbstätigkeit besteuert. Der Gewinn auf der mitveräusserten Mehrheitsbeteiligung von 62,45 Prozent wurde als privater Kapitalgewinn nicht besteuert. Mangels Geschäftsbüchern, aus denen die Zuteilung der beiden Beteiligungspakete ersichtlich geworden wäre, fand eine *Wertzerlegung* statt. Nach neuem Recht stellt sich die Frage, ob aufgrund der nun geltenden *Präponderanztheorie* die gesamte Beteiligung dem

Privatvermögen zugeordnet würde und der realisierte Kapitalgewinn somit steuerfrei wäre.

In den bisher zu beurteilenden Fällen wurde die Frage, welche Vermögenswerte zum Geschäftsvermögen des gewerbmässigen Wertschriftenhändlers gehören, jeweils *ex post* entschieden. Auch wurde zwischen der Frage, wer gewerbmässiger Wertschriftenhändler ist, und der Frage, was gegebenenfalls zu seinem Geschäftsvermögen gehört, nicht immer klar unterschieden. Aufgrund der grossen Zahl von *Indizien*, die einen Privatanleger zum gewerbmässigen Wertschriftenhändler werden lassen können, ist es kaum möglich, vorweg zu bestimmen, welche Vermögenswerte ganz oder vorwiegend der selbständigen Tätigkeit als Wertschriftenhändler dienen.

Hat ein Anleger, der einen Teil seines Vermögens in sichere und langfristig Ertrag bringende Anlagen und den verbleibenden Teil in kurzfristige und risikoreiche Anlagen investiert, nur Geschäfts- oder nur Privatvermögen oder hat er teilweise Geschäfts- und teilweise Privatvermögen? Ist auf *Einzelrisiken* oder ist auf das *Gesamtrisiko* einer Anlagestrategie abzustellen? Sind der Anlagehorizont und die Risikobereitschaft eines Anlegers sowie weitere *individuelle Kriterien* zu berücksichtigen, wenn es zu beurteilen gilt, ob bestimmte Vermögenswerte dem Geschäfts- oder dem Privatvermögen zuzuordnen sind? Wie steht es, wenn die Freiheit des Anlegers bezüglich seiner Anlageentscheide von vornherein beschränkt war, weil er als Mitarbeiter oder Gründungsaktionär ein Aktienpaket besass, das er infolge Restriktionen (Sperrfrist, Aktionärsbindungsvertrag, lock-up) erst in einem bestimmten Zeitpunkt veräussern und zur Schuldentilgung oder zur Anlagediversifikation verwenden konnte? Stellt das gesamte, während längerer Zeit gehaltene Aktienpaket Geschäftsvermögen dar, weil eines oder mehrere der von der bundesgerichtlichen Praxis angewandten Indizien erfüllt waren? Welche *Anlage-theorie* soll der Aufteilung in Geschäfts- und Privatvermögen zugrunde gelegt werden? Das Anlageverständnis des Pflichtigen oder dasjenige der Steuerbehörden oder des urteilenden Richters? Aufgrund der grossen Zahl von *Indizien*, die herangezogen werden können, erfolgt die Zuteilung letztlich willkürlich.⁸⁴ Von daher ist es zu begrüssen, wenn mangels *Schuldzinsenabzugs* (sei dies infolge Aufrechnung oder Verzichts auf die Geltendma-

82 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652 (654); BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228), mit Hinweisen.

83 Art. 8 Abs. 2 Satz 1 StHG; Art. 18 Abs. 2 Satz 3 DBG.

84 Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit wird nicht ausgelegt, sondern im Einzelfall durch beliebig viele Indizien soweit angereichert, bis das gewünschte Ergebnis, nämlich

«selbständige Erwerbstätigkeit», erzielt wird. Wer durch geschickte Vermögensanlage hohe Kapitalgewinne realisiert, ist gewerbmässiger Wertschriftenhändler – wer Kapitalverluste realisiert, ist mangels Sachverstand privater Anleger. Vom im Einzelfall «richtigen» Ergebnis wird auf die Rechtslage geschlossen: «Dass nicht sein kann, was nicht sein darf» (Christian Morgenstern).

chung) eine klare Zuteilung zum Privatvermögen erfolgt und die weiteren Indizien in den Hintergrund treten.⁸⁵

3.5.2 Gewillkürtes Geschäftsvermögen

Beteiligungen von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft können zu (gewillkürtem) Geschäftsvermögen werden, sofern und soweit dies der Eigentümer im Zeitpunkt des Erwerbs erklärt.⁸⁶ Es muss sich um einen entgeltlichen Erwerb handeln, und die erworbene Tranche muss mindestens 20 Prozent betragen.⁸⁷ Dies gilt auch für spätere Zukäufe.⁸⁸ Wird eine Tranche von mehr als 20 Prozent erworben, muss nicht für die gesamte Tranche optiert werden; hingegen muss der Teil, wofür optiert wird, mindestens 20 Prozent betragen. Sinkt die Beteiligungsquote später, ändert sich nichts an der Zuordnung zum Geschäftsvermögen. Im Rahmen der Option erfolgt eine *Wertzerlegung* in Privat- und Geschäftsvermögen. Wird nicht optiert, bleibt es bei der *Präponderanz*,⁸⁹ zumindest soweit bei teilbaren Vermögenswerten aus den Geschäftsbüchern keine andere Zuteilung ersichtlich wird.

3.5.3 Überführungswerte

Das Bundesgericht hat in seinen Entscheiden jeweils aufgrund von Indizien festgestellt, dass der Pflichtige durch bestimmte Transaktionen die Schwelle zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel überschritten hat. Überführt ein Pflichtiger einen Teil seines Privatvermögens ins Geschäftsvermögen und veräussert er dieses sogleich weiter, realisiert er hierauf weder einen Gewinn noch einen Verlust. Vermutungswise dürfte aufgrund des zeitlichen Zusammenhangs der *Überführungswert* mit dem *Veräusserungswert* identisch sein. Von daher ist der Zeitpunkt, in dem die Überführung vom Privat- ins Geschäftsvermögen erfolgt,⁹⁰ und der Wert der überführten Vermögensgegenstände im Überführungszeitpunkt

von entscheidender Bedeutung. Massgebend muss der *Beginn*⁹¹ der selbständigen Erwerbstätigkeit sein.⁹² Aufgrund des Überführungswerts kann festgestellt werden, ob bei einer späteren Veräusserung ein steuerbarer Kapitalgewinn oder abzugsfähiger Kapitalverlust im Geschäftsvermögen realisiert wird.⁹³ Nur Wertveränderungen im Geschäftsvermögen können im Realisierungsfall besteuert werden oder Anspruch auf Verlustanrechnung geben.⁹⁴ Das Problem des Überführungswerts vom Privat- ins Geschäftsvermögen stellt sich dann nicht, wenn eine *Sondersteuer* greift, welche nicht zwischen Geschäfts- und Privatvermögen unterscheidet.⁹⁵

In einem bereits mehrfach erwähnten Fall ging das Bundesgericht davon aus, dass der Erwerb und die anschließende Veräusserung einer Minderheitsbeteiligung von 37,55 Prozent gewerbmässigen Wertschriftenhandel darstellt.⁹⁶ Besteuert wurde die Differenz zwischen dem Erwerbspreis und dem etwas mehr als einem Jahr später realisierten Veräusserungspreis. Implizit ging das Bundesgericht davon aus, dass der Pflichtige im Zeitpunkt des Erwerbs der Minderheitsbeteiligung gewerbmässiger Wertschriftenhändler wurde und diese 37,55 Prozent von Anfang an zum Geschäftsvermögen gehörten. Die Jahre früher erstandene oder ererbte Mehrheitsbeteiligung wurde zwar zusammen mit der Minderheitsbeteiligung als 100-Prozent-Paket in einem einheitlichen Geschäft an denselben Erwerber veräussert. Das Bundesgericht ging aber implizit davon aus, dass die mitveräusserte Mehrheitsbeteiligung nie ins Geschäftsvermögen übergeführt worden ist.

3.5.4 Realisation

Geht man davon aus, dass sich ein Vermögenswert im Geschäftsvermögen befindet, stellt sich die Frage nach der Realisation einer Wertsteigerung (Gewinn) oder Wertminderung (Verlust). Massgebend ist die Behand-

85 Vgl. vorne 3.1.3.

86 Art. 8 Abs. 2 letzter Satz StHG; Art. 18 Abs. 2 letzter Satz DBG.

87 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 5 und Beispiel Nr. 6, auch zum Folgenden.

88 NEUHAUS HANS-JÜRIG, in: ASA 68 (1999/2000) 273 (281 f.), soweit es sich nicht um eine Aufstockung des bereits vorhandenen gewillkürten Geschäftsvermögens handelt; a.M. REICH MARKUS, N 62 zu Art. 18 DBG.

89 Art. 8 Abs. 2 Satz 1 StHG; Art. 18 Abs. 2 Satz 3 DBG.

90 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Beispiel Nr. 5.

91 RÜEGG MARCEL, in: StR 2000 550 (552), weist auf den Beginn der Steuerperiode hin. Massgebend muss jedoch der Beginn des ersten Geschäftsjahres als gewerbmässiger Wertschriftenhändler sein. Dies wird in aller Regel mit dem Zeitpunkt der

Überführung der Wertschriften vom Privat- ins Geschäftsvermögen übereinstimmen.

92 Mangels eines Geschäftsabschlusses dürfte das Geschäftsjahr eines durch Indizienbeweis überführten gewerbmässigen Wertschriftenhändlers in der Regel dem Kalenderjahr entsprechen (Art. 64 Abs. 2 StHG; Art. 210 DBG).

93 HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (24).

94 Kreisschreiben Nr. 1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 3 und 5 sowie Beispiel Nr. 5.

95 Art. 12 Abs. 4 Bst. b StHG. Für Wertberichtigungs- oder Abschreibungszwecke und die sogenannt wiedereingebrachten Abschreibungen bei der Veräusserung muss der Überführungswert allerdings bekannt sein.

96 BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652.

lung in der Handelsbilanz.⁹⁷ Aufgrund des Realisationsprinzips sind stille Reserven erst bei der Veräusserung offenzulegen.⁹⁸ Aufwertungen sind möglich, wobei bei Einzelfirmen und Personengesellschaften der zulässige Höchstwert sich nach dem Geschäftswert richtet.⁹⁹ Handelt es sich um Wertschriften im Umlaufvermögen, dürfen diese höchstens zum Kurswert am Bilanzstichtag bewertet werden.¹⁰⁰ Wertschriften ohne Kurswert müssen nach einer anerkannten Bewertungsmethode bewertet werden.¹⁰¹ Dies gilt auch für Beteiligungen im Anlagevermögen.¹⁰² Während Verluste infolge von Abschreibungen und Wertberichtigungen sofort realisiert werden, erfolgt die Gewinnrealisation erst bei der Veräusserung.¹⁰³ Dies würde es dem durch Indizienbeweis überführten gewerbsmässigen Wertschriftenhändler erlauben, Verluste geltend zu machen, wenn sie anfallen, während Gewinne erst bei der Veräusserung realisiert werden. Durch geschicktes Vorgehen können allfällige Veräusserungsgewinne durch entsprechenden Abschreibungs- bzw. Wertberichtigungsbedarf auf andern Anlagen aufgefangen werden. Die ehemals *einkommenslosen Millionäre* könnten somit von den *verlustreichen Millionären* abgelöst werden. Dies umso mehr, als auf dem Geschäftsvermögen keine Beschränkung des Zinsabzugs besteht.¹⁰⁴

3.6 Pauschalbesteuerung

Natürliche Personen, die erstmals oder nach mindestens zehnjähriger Landesabwesenheit steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz begründen und hier keine Erwerbstätigkeit ausüben, haben das Recht, eine *Steuer nach dem Aufwand* zu entrichten.¹⁰⁵ Ausländer können dieses Recht über beliebig viele Steuerperioden hinweg beanspruchen.¹⁰⁶ Voraussetzung für die Gewährung der Pauschalbesteuerung ist das Fehlen einer selbständigen oder unselbständigen *Erwerbstätigkeit* in der Schweiz. Werden Ausländer durch Indizienbeweis des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels überführt, verlieren sie infolge Wegfalls einer Voraussetzung

ihren Status als Pauschalierter.¹⁰⁷ Der Nachweis dürfte allerdings nur schwer zu erbringen sein, da Pauschalierter ihr Auslandsvermögen nicht zu deklarieren brauchen.¹⁰⁸

3.7 Steuerauscheidung

3.7.1 Interkantonal

Hat der Pflichtige einen Geschäftsbetrieb oder übt er in ständigen Anlagen und Einrichtungen eine selbständige Erwerbstätigkeit aus, begründet er am Ort der Geschäftsniederlassung ein Spezialsteuerdomizil des *Geschäftsortes*.¹⁰⁹ Dort sind das gesamte aus der selbständigen Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen und das hierfür eingesetzte Geschäftsvermögen steuerbar.¹¹⁰ Wird die selbständige Erwerbstätigkeit nicht in ständigen Anlagen und Einrichtungen ausserhalb des Hauptsteuerdomizils ausgeübt, sind Einkommen und Vermögen am *Hauptsteuerdomizil* steuerbar.

Ob die steuerpflichtige Person Wertschriftengeschäfte selbst oder über einen bevollmächtigten Dritten abwickelt, ist nicht von entscheidender Bedeutung, da das Wertschriftengeschäft in der Regel ohnehin den Beizug fachkundiger Personen erfordert, deren Verhalten – als Hilfspersonen – der pflichtigen Person zugerechnet wird.¹¹¹ Legt der Vermögensverwalter, im Rahmen der zwischen ihm und dem Anleger vereinbarten Anlagepolitik, das zu verwaltende Vermögen nach bestem Wissen und Gewissen an, stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit dieser Hilfsperson einen *Geschäftsort* oder eine *Betriebsstätte* des Auftraggebers begründet.

Regelmässig dürfte der mit der Vermögensverwaltung beauftragte Vermögensverwalter über ständige Anlagen und Einrichtungen verfügen, welche er zur Ausübung *seiner* Geschäftstätigkeit benötigt. Dies vor allem dann, wenn er die Wertschriftentransaktionen für seinen Kunden abwickelt und das Depot seiner Anlagekundschaft führt. In einem älteren Entscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass Wertschriften und Geschäftsbücher ei-

97 Art. 18 Abs. 3 i.V.m. 58 Abs. 1 DBG. BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, N 9 ff. zu Art. 58 DBG.

98 REICH MARKUS/DUSS MARCO, 21 ff., 29, auch zum Folgenden.

99 Art. 960 Abs. 2 OR. BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, N 10 zu Art. 58 DBG; NEUHAUS MARKUS, N 11 ff. zu Art. 960 OR.

100 Art. 960 Abs. 2 OR. NEUHAUS MARKUS, N 27 zu Art. 960 OR.

101 Art. 960 Abs. 2 OR. NEUHAUS MARKUS, N 28 zu Art. 960 OR.

102 Art. 960 Abs. 2 OR. NEUHAUS MARKUS, N 35 f. zu Art. 960 OR.

103 HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (23 f.).

104 Art. 9 Abs. 2 Bst. a i.V.m. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a i.V.m. 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

105 Art. 6 StHG; Art. 14 DBG.

106 Art. 6 Abs. 2 StHG; Art. 14 Abs. 2 DBG.

107 RÜEGG MARCEL, in: StR 2000 550 (552).

108 In der Kontrollrechnung gemäss Art. 6 Abs. 3 StHG bzw. Art. 14 Abs. 3 DBG müssen nur das Inlandsvermögen und seine Erträge aufgeführt werden. Das Auslandsvermögen und seine Erträge werden nicht einmal satzbestimmend berücksichtigt.

109 HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, N 8 § 9.

110 HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, N 9 f. § 13, auch zum Folgenden.

111 BGE vom 08.10.1996, ASA 66 (1997/1998) 224 (228), mit Hinweis.

ner Bank, welche durch eine andere Bank in einem andern Kanton verwaltet werden, nicht zu einer Betriebsstätte der erstgenannten Bank im Kanton der andern Bank führen.¹¹² Die Tätigkeit eines *unabhängigen* Vermögensverwalters begründet weder einen *Geschäftsort* noch eine *Betriebsstätte* des gewerbmässigen Wertschriftenhändlers. Unterhält der gewerbmässige Wertschriftenhändler eine eigene Infrastruktur und verfügt er über eigene Angestellte (eigenes «family office»), dürfte am Ort des family office ein Geschäftsort gegeben sein. Entsprechend stünde die Besteuerung der Erträge und des Geschäftsvermögens dem Kanton zu, wo durch den Pflichten ein solches family office betrieben wird.

Schliesst sich ein gewerbmässiger Wertschriftenhändler mit andern zu einem *Investment Club* oder *Investment Pool* zusammen (einfache oder stille Gesellschaft),¹¹³ welcher über eine *eigene* Leitung sowie *eigene* ständige Anlagen und Einrichtungen verfügt, dürfte ein Geschäftsort gegeben sein, wo die anteiligen Erträge und das anteilige Gesellschaftsvermögen zu versteuern sind.¹¹⁴ Da ein *Anlagefonds* der kollektiven Anlage von Vermögen auf vertraglicher (und nicht gesellschaftsrechtlicher) Grundlage dient, wären der Ertrag aus Anteilen am Anlagefonds sowie das im Fonds investierte Geschäftsvermögen wohl am Hauptsteuerdomizil des Anteilsinhabers zu versteuern.

3.7.2 International

Natürliche Personen ohne steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz sind aufgrund wirtschaftlicher Zugehörigkeit steuerpflichtig, wenn sie in der Schweiz eine *Erwerbstätigkeit* ausüben.¹¹⁵ Dies gilt sowohl für die unselbständige als auch die selbständige Erwerbstätigkeit.¹¹⁶ Umstritten ist, ob sich dieses Besteuerungsrecht nur auf die selbständige Erwerbstätigkeit von Künstlern, Sportlern und Referenten bezieht und bei freien Berufen oder anderer selbständiger Erwerbstätigkeit das (Zusatz-)Erfordernis ständiger Anlagen und Einrichtungen, in welchen die selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, erfüllt sein muss.¹¹⁷ Damit die

Schweiz ihre beschränkte Besteuerungsbefugnis geltend machen kann, muss eine Schweizer *Einkommensquelle* gegeben sein.¹¹⁸ Bei der Bestimmung des Ortes, wo eine Erwerbstätigkeit ausgeführt und ein Einkommen daraus geflossen ist, drängt sich die übliche Anknüpfung an ständige Anlagen oder Einrichtungen auf.¹¹⁹ Hingegen dürfte gerade bei einer beschränkten Steuerpflicht die bloss vorübergehende physische Präsenz auf Schweizer Territorium kein geeignetes Anknüpfungskriterium sein. Von daher verhält es sich im internationalen Verhältnis gleich wie im interkantonalen. Mangels ständiger Anlagen und Einrichtungen erfolgt die Besteuerung am Hauptsteuerdomizil des Pflichten.

Schliesst sich ein gewerbmässiger Wertschriftenhändler mit andern zu einem *Investment Club*, *Investment Pool* oder einer angloamerikanischen «*limited partnership*» zusammen,¹²⁰ welche über eine *eigene* Leitung sowie *eigene* ständige Anlagen und Einrichtungen verfügt, dürfte ein (ausländischer) *Geschäftsort* gegeben sein, wo die anteiligen Erträge und das anteilige Gesellschaftsvermögen zu versteuern sind.¹²¹

3.8 Fazit

Mit der Beschränkung des Zinsenabzugs auf Schulden des Privatvermögens wird die besonders stossende *Kombination* steuerfreier privater Kapitalgewinne einerseits und voller Abzugsfähigkeit der Finanzierungskosten andererseits vermieden.¹²² Die *Aufrechnung* oder der *Verzicht* auf Geltendmachung privater Schuldzinsen stellt ein starkes Indiz dar, dass Privatvermögen vorliegt. Die andern Indizien müssen in solchen Fällen in den Hintergrund treten. Damit stellt sich die Frage, ob an der bisherigen Praxis zum gewerbmässigen Wertschriftenhandel noch festgehalten werden kann. Die Anzahl Transaktionen, die jeweilige Besitzesdauer, der getätigte Umsatz, die Fremdfinanzierung und die Reinvestition von Veräusserungserlösen auf *Portfolio-Anlagen* können durch geeignete Auswahl der Anlageobjekte umgangen werden. Auch Fachwissen kann beigezogen werden, ohne dass dies zu einer Zurechnung beim Anleger führt. Damit

112 BGE vom 20.03.1920, Die Praxis der Bundessteuern, III. Teil Band 3, § 8 I D 3 Nr. 6.

113 HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (21); RÜEGG MARCEL, in: StR 2000 550 (560).

114 HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, N 18 § 13.

115 Art. 4 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 5 Abs. 1 Bst. a DBG.

116 BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, N 12 f. zu Art. 4 StHG; BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, N 4 ff. zu Art. 5 DBG.

117 Zur Kontroverse vgl. BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, N 5 f. zu Art. 5 DBG, mit weiteren Hinweisen.

118 Das persönliche Tätigwerden – wo auch immer – und der tatsächliche Wertzufluss aus Sachen oder Rechten, die mit der Schweiz wirtschaftlich verbunden sind, genügen für die Besteuerung: BGE vom 29.01.1996, StE 1997 B 11.2 Nr. 5.

119 Art. 4 Abs. 1 StHG; Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b DBG.

120 HUBER OTMAR, in: StR 1998 20 (21, 25).

121 BGE vom 02.09.1982, StR 1983 464 ff.

122 BEHNISCH URS R., Bericht, 167.

ist aufgezeigt, dass die Überdehnung des Begriffs des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels nicht zu einer sachgerechten Besteuerung von Kapitalgewinnen auf *Portfolio-Anlagen* führen kann.¹²³ Vielmehr ist der Gesetzgeber gefordert, Abhilfe zu schaffen, allfällige Besteuerungslücken zu schliessen und die damit einhergehenden Anpassungen des *Steuersystems* und der *Gesamtsteuerbelastung* vorzunehmen.¹²⁴

Mit der Möglichkeit, *Beteiligungen* zum gewillkürten Geschäftsvermögen zu erklären, kann die Beschränkung des Abzugs von Schuldzinsen auf Schulden des Privatvermögens behoben werden.¹²⁵ Dadurch soll der fremdfinanzierte Erwerb von Beteiligungen an kleinen und mittleren Unternehmen («KMU») weiterhin möglich sein. Wird nicht optiert und erfolgt eine *Aufrechnung* oder wird auf die Geltendmachung von privaten Schuldzinsen *verzichtet*, ist dies ein starkes Indiz dafür, dass eine Beteiligung des Privatvermögens vorliegt. Wird die Beteiligung verkauft und optiert der Erwerber, sind die Grundsätze über die indirekte *Teilliquidation* anwendbar.¹²⁶ Auch die *Transponierungstheorie* stellt eine Schranke bei der Realisierung steuerfreier Kapitalgewinne auf Beteiligungen (und Portfolio-Anlagen) des Privatvermögens dar.¹²⁷ Die Frage, ob die Veräusserung solcher Beteiligungen gewerbsmässigen Wertschriftenhandel darstellt, ist vom Ansatz her verfehlt.¹²⁸ Es wäre Aufgabe des Gesetzgebers, solche Gewinne im Rahmen einer *Beteiligungsgewinnsteuer* zu erfassen.¹²⁹ Dabei müsste der Gesetzgeber sich notwendigerweise mit dem Nennwertprinzip, der Steuerprogression, der wirtschaftlichen Doppelbelastung, der Kapital- und Vermögenssteuer sowie dem beschränkten Abzug von Schuldzinsen befassen.

4 Ansätze für eine Neuordnung

Die zu Anständen Anlass gebende *Kombination* steuerfreier Kapitalgewinne mit unbeschränktem Abzug der Finanzierungskosten¹³⁰ ist durch die Beschränkung des *Schuldzinsenabzugs* behoben worden.¹³¹ Nachdem der Gesetzgeber diesem unter dem Stichwort der «einkommenslosen Millionäre»¹³² bekannt gewordenen Missbrauch einen Riegel geschoben hat, geben an sich nur noch zwei Sachverhalte Anlass zu Anständen.

Anlass zu Anständen gibt die Möglichkeit, *steuerfreie Kapitalgewinne* auf zumeist *kurzfristigen Anlagen* zu realisieren, während Vermögenserträge (nach Abzug von Schuldzinsen) der vollen ordentlichen Besteuerung unterliegen. Dies ist umso stossender, als es wirtschaftlich nicht möglich ist, Kapitalertrag und Kapitalgewinn voneinander zu trennen – hingegen kann durch geeignete Wahl der Anlageobjekte eine solche Unterscheidung für die Steuerplanung nutzbar gemacht werden.¹³³ Die fehlende *Steuerneutralität* führt zu Verzerrungen bei den Anlageentscheiden.¹³⁴ Erfolgt die Anlage in Grundstücken statt in Wertschriften, werden realisierte private Kapitalgewinne durch die Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer erfasst. Dabei werden kurzfristige Gewinne sogar wesentlich stärker besteuert.¹³⁵ Wer durch planmässiges und systematisches Vorgehen, unter Ausnützung besonderer Fachkenntnisse und in häufigen, zumeist kurzfristigen Wertschriftentransaktionen bedeutende Kapitalgewinne realisiert, entgeht mithin der Besteuerung. Als vorläufige Antwort auf diesen Missstand kam es in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis zu einer Überdehnung des Begriffs des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels.¹³⁶ Dies geht zulasten der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit der Steuer.

123 Aufschlussreich das deutsche Steuerrecht, wonach in den meisten Fällen eine Teilnahme am Wirtschaftsverkehr durch das Unterhalten eigener Büros oder einer gewerbsmässigen Organisation, die Beschäftigung von Angestellten oder ein breiter öffentlicher Auftritt erforderlich ist. Nach deutschem Verständnis weist der Beizug einer Bank und deren Fachkenntnisse dagegen auf die *private* Vermögensverwaltung hin. Vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 4.1. Rechtsvergleichend kann mit Fug und Recht von einer *Überdehnung* des Begriffs des gewerbsmässigen Wertschriftenhandels durch die Schweizer Verwaltungs- und Gerichtspraxis ausgegangen werden.

124 BEHNISCH URS R., Bericht, 162 ff., 165 und passim.

125 Art. 10 Abs. 1 Bst. e StHG; Art. 27 Abs. 2 Bst. d DBG.

126 Kreisschreiben Nr.1 vom 19. Juli 2000 (Steuerperiode 2001/2002), Ziff. 5. NEUHAUS HANS-JÜRIG, in: ASA 68 (1999/2000) 273 (284).

127 DUSS MARCO, in: ST 2001 79 ff.

128 So aber das Bundesgericht: BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652.

129 So die Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBI 2000 6018 ff.).

130 BEHNISCH URS R., Bericht, 176.

131 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

132 Vgl. hierzu die Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBI 2000 6015).

133 BEHNISCH URS R., Bericht, 20, 23 f., auch zum Folgenden.

134 ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 2.2, der darauf hinweist, dass sich im deutschen Steuerrecht die Einsicht durchgesetzt hat, wonach jede steuerliche Ungleichbehandlung von Ausschüttungen (Vermögensertrag) und Veräusserungsgewinnen (Kapitalgewinn) zu Steuergestaltungsaktivitäten führt und folglich ein Gleichklang in der Behandlung von Gewinnausschüttungen und Veräusserungsgewinnen erfolgen müsse.

135 Art. 12 Abs. 5 StHG.

136 Art. 8 Abs. 1 StHG; Art. 18 Abs. 1 DBG. Vgl. auch BEHNISCH URS R., Bericht, 32 ff.

Die *wirtschaftliche Doppelbelastung* von Gesellschaften und Beteiligten kann dadurch vermieden werden, dass eine Beteiligung verkauft wird. Erfolgt der Verkauf vom Privat- ins Geschäftsvermögen, kann der Erwerber die übernommene Beteiligung bei einer Teil- oder Vollliquidation abschreiben. Die mitübertragene *latente Steuerlast* wird dadurch beseitigt. Die an sich vorgesehene *wirtschaftliche Doppelbelastung* wird nicht nur aufgeschoben, sondern vollständig vermieden.¹³⁷ Dies mag dann stossend sein, wenn es den Beteiligten aufgrund der Grösse ihrer Beteiligung möglich war, auf das *Gewinnausschüttungsverhalten* der Gesellschaft einzuwirken.¹³⁸ Als Antwort auf solche Missbräuche schritt die Verwaltungs- und Gerichtspraxis zu einer Überdehnung des Begriffs des Vermögensertrags.¹³⁹ Der *Vermögensertrag* umfasst nun Fälle der direkten und indirekten Teilliquidation, der Transponierung und des Mantelhandels. Auch knüpft die Steuerneutralität von gewissen Umstrukturierungstatbeständen an mehrjährige Sperrfristen an.¹⁴⁰ Veräusserungsgeschäfte werden in Vermögensumschichtungen und der Veräusserungserlös in Vermögensertrag umqualifiziert. Dies geht zulasten der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit der Steuer.

Kapitalgewinne aus der Veräusserung von (beweglichem) Privatvermögen sind steuerfrei.¹⁴¹ Es ist fraglich, ob für die von der Verwaltungs- und Gerichtspraxis vorgenommene Überdehnung der Begriffe des *gewerbmässigen Wertschriftenhandels* und des *Vermögensertrags* aus Beteiligungen im StHG und im DBG überhaupt eine gesetzliche Grundlage besteht.¹⁴² Durch die Beschränkung des Schuldzinsenabzugs ist eine Lücke durch den Gesetzgeber geschlossen worden. Ob es zur Schliessung von weiteren Lücken kommt oder ob das Steuersystem insgesamt reformiert wird, ist eine Frage der Steuerpolitik. Diese ist durch den Gesetzgeber festzulegen.¹⁴³

4.1 Spekulationsgewinne

Sollen kurzfristig erzielte *Spekulationsgewinne* besteuert werden, wäre es sachgerecht, eine solche Besteuerung im Gesetz vorzusehen. Damit könnte vermieden werden, dass es fallweise zu einer interpretatorischen Überdehnung des Begriffs des gewerbmässigen Wertschriftenhandels und damit zu Ungleichbehandlungen kommt.¹⁴⁴

Bei kurzfristigen Kapitalgewinnen stellen sich kaum praktische Probleme bei der Ermittlung des *Anlagewerts*. Die mit der Erfassung dieser Gewinne durch die allgemeine Einkommenssteuer verbundene Progressionswirkung ist systemgerecht. Die Realisierung laufender Vermögenserträge und kurzfristiger Kapitalgewinne sollte in der Weise steuerneutral sein, als sie unterschiedslos der gleichen Progression unterliegen.¹⁴⁵ Auch bei privaten Grundstücksgewinnen werden kurzfristige Gewinne höher belastet als langfristige.¹⁴⁶ Einer näheren Prüfung bedarf allerdings die *Verlustverrechnung*. Solange kurzfristige Verluste nur mit kurzfristigen Kapitalgewinnen derselben Steuerperiode und ein Verlustüberhang nicht mit übrigem Einkommen verrechnet werden können, ist ein Missbrauch durch Verlustakzeleration und Aufschub der Gewinnrealisation gebannt. Bei einer solchen Beschränkung der Verlustverrechnung wäre sogar ein *Verlustvortrag* denkbar. Im Übrigen könnten Bagatellgewinne von der Besteuerung und Bagatellverluste von der Beschränkung der Verlustverrechnung ausgenommen werden.¹⁴⁷

Die Abgrenzung zwischen steuerbaren kurz- und steuerbefreiten langfristigen Kapitalgewinnen muss der Gesetzgeber durch Festlegung der *Haltedauer* vornehmen.¹⁴⁸ Deren willkürliche Festsetzung führt zu Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Steuer. Dies im Ge-

137 BEHNISCH URS R., Bericht, 30 f., auch zum Folgenden.

138 BEHNISCH URS R., Bericht, 62.

139 Art. 7 StHG; Art. 20 DBG.

140 BEHNISCH URS R., Bericht, 22, 34 ff. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBl 2000 6006 ff.). Auch im deutschen Steuerrecht gelten bei Unternehmensumstrukturierungen bei der Veräusserung einbringungsgeborener Anteile besondere Bestimmungen; vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 3.3.

141 Art. 7 Abs. 4 Bst. b StHG; Art. 16 Abs. 3 DBG.

142 BEHNISCH URS R., Bericht, 35.

143 Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBl 2000 6017 ff.).

144 Aufgrund des durch die Verwaltungs- und Gerichtspraxis aufgestellten Indizienkatalogs müsste man davon ausgehen, dass die Schweiz ein Land voller gewerbmässiger Wertschriftenhändler ist. Anhand der relativ geringen Zahl von bekannt gewordenen Fällen muss man aber daraufschliessen, dass es sich um ein Phä-

nomen handelt, das bisher nur in Einzelfällen aufgetreten ist. Der grösste Teil der gewerbmässigen Wertschriftenhändler wird folglich nie überführt, was die Frage nach der rechtsgleichen Anwendung und Umsetzung des Gesetzes aufwirft.

145 Bei kurzfristigen Anlagen ergibt sich bei der Gewinnrealisierung weder ein «bunching of income»- noch ein «locked-in»-Effekt, der eine Milderung der Progressionswirkung erfordern würde; vgl. CHIRELSTEIN MARVIN A., 319 ff.

146 Art. 12 Abs. 5 StHG.

147 BEHNISCH URS R., Bericht, 55f. In den USA sieht Sec. 1211(b)(1) I.R.C. vor, dass kurzfristige Kapitalverluste bis US-\$ 3000 mit übrigem Einkommen verrechnet werden können. In Deutschland besteht eine Freigrenze von DM 1000 (§ 23 Abs. 3 Satz 6 EStG).

148 Weshalb die Abgrenzung zwischen kurzfristig und langfristig erzielten Kapitalgewinnen in der Schweiz nicht möglich sein soll, nachdem solche Abgrenzungen im nahen und fernen Ausland bestehen, leuchtet nicht ein. So aber BEHNISCH URS R., Bericht, 49.

gensatz zur Abgrenzung zwischen privater Vermögensanlage und gewerbemässigem Wertschriftenhandel, wo die Verwaltungs- und Gerichtspraxis anhand eines beliebigen Indizienkatalogs eine nicht vorhersehbare und mangels transparenter Regeln letztlich willkürliche Zuordnung im Einzelfall vornimmt.¹⁴⁹ Aufgrund der beschränkten Verlustverrechnungsmöglichkeit ginge der Fiskus ein begrenztes Risiko ein, und die Pflichtigen könnten durch eine mittel- oder langfristige Vermögensanlage diese zusätzliche Steuer vermeiden.

Kapitalgewinne auf kurzfristigen Anlagen werden auch in andern Ländern (hoch) besteuert, wobei zumeist eine scharfe zeitliche Abgrenzung zwischen kurz- und langfristigen Gewinnen erfolgt. Während in den USA die (wichtigste) Trennlinie bei 18 Monaten liegt,¹⁵⁰ wird in Deutschland die Linie bei zwölf Monaten gezogen.¹⁵¹ Mit der ordentlichen Besteuerung kurzfristiger Kapitalgewinne könnten die Nebenfolgen der Erfassung als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit vermieden werden. Eine schematische Besteuerung anhand der Haltedauer wäre wohl einfacher zu handhaben als eine Besteuerung als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit mit den damit einhergehenden Abgrenzungsproblemen zwischen Geschäfts- und Privatvermögen.

4.2 Beteiligungsgewinne

Sollen Gewinne auf (nicht optierten) *Beteiligungen* des Privatvermögens besteuert werden, um die wirtschaftliche Doppelbelastung sicherzustellen, wäre es sachgerecht, eine solche Besteuerung im Gesetz vorzusehen. Damit könnte vermieden werden, dass es fallweise zu einer interpretatorischen Überdehnung des Begriffs des *Vermögensertrags* durch die gesetzlich nicht verankerten Theorien der Transponierung und der direkten oder indirekten Teilliquidation kommt. Auch käme es nicht mehr zu einer ersatzweisen Anwendung der Theorie des gewerbemässigen Wertschriftenhandels, wenn keine der vorstehend genannten Theorien anwendbar ist.¹⁵²

Damit auf das *Gewinnausschüttungsverhalten* einer Gesellschaft Einfluss genommen werden kann, muss eine

massgebende Beteiligung vorliegen.¹⁵³ Dies wird andernorts bei einer Beteiligung von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Gesellschaft angenommen.¹⁵⁴ Abzustellen ist auf die Kapitalbeteiligung.¹⁵⁵ Von der Zielsetzung her sollte eine Besteuerung nur dann erfolgen, wenn die *Haltedauer* ausreicht, um Gewinnthesaurierungen vorzunehmen. Bei nur kurzfristiger Haltedauer greift höchstens die vorstehend dargestellte Steuer auf *Spekulationsgewinnen*.¹⁵⁶

Bei langfristig gehaltenen Beteiligungen kommt es zum «bunching of income»- und zum «locked-in»-Effekt.¹⁵⁷ Infolge der *Progressionswirkung* wäre eine Erfassung durch die allgemeine Einkommenssteuer nicht sachgerecht. Zur Wiederherstellung der *wirtschaftlichen Doppelbelastung* müsste daher eine separate *Beteiligungsgewinnsteuer* mit entsprechend tieferem Steuersatz erhoben werden. Bei der Festsetzung des Steuersatzes ist zu berücksichtigen, dass bei einer Gewinnthesaurierung die wirtschaftliche Doppelbelastung durch kantonale Kapital- und Vermögenssteuern verstärkt wird. Entsprechend müsste der Steuersatz der Beteiligungsgewinnsteuer tief sein, in jedem Fall tiefer als in den Fällen der Transponierung sowie der direkten und indirekten Teilliquidation.

Wird auf (langfristigen) Beteiligungsgewinnen eine separate *Objektsteuer* erhoben, stellt sich umso mehr die Frage der Verlustverrechnung und des Verlustvortrags. Grundsätzlich käme nur eine Verrechnung langfristiger Beteiligungsverluste mit langfristigen Beteiligungsgewinnen in Frage. Damit dies geschehen kann, muss die Möglichkeit eines *Verlustvortrags* gegeben sein. Andernfalls würde die Verlustverrechnung zumeist am Periodizitätsprinzip scheitern.

Bei der Besteuerung langfristiger Beteiligungsgewinne stellt sich die Frage nach der Feststellung des *Anlagewerts*. Ähnliche Probleme ergeben sich bei der Veräusserung von Grundstücken des Privatvermögens, wo der Anlagewert zur Berechnung des zu steuernden Grundstückgewinns festgestellt werden muss.¹⁵⁸ In beiden Fäl-

149 Die «vagueness» des Gesetzes wirkt sich nur zugunsten des Fiskus aus. Für den Pflichtigen, der sich auf eigene Gefahr in die «danger zone» begibt, stellt sie eine schwer kalkulierbare Steuerfalle dar.

150 Sec. 1(h) I.R.C., McDANIEL PAUL R./AULT HUGH J., 20.

151 § 23 EStG.

152 So geschehen im BGE vom 09.07.1999, ASA 69 (2000/2001) 652.

153 BEHNISCH URS R., Bericht, 62. Anders das deutsche Steuerrecht, wo die Beteiligung wenigstens ein Prozent betragen muss (§ 17 Abs. 1 Satz 1 EStG).

154 Art. 28 Abs. 1 und 1^{bis} StHG; Art. 69 und 70 Abs. 4 Bst. b DBG.

155 Kreisschreiben Nr. 9 (Steuerperiode 1998) vom 9. Juli 1998 bezüglich der Auswirkungen der Reform der Unternehmensbesteuerung, Ziff. 2.3.3.

156 Vgl. vorne Abschnitt 4.1. Ein Vorrang der Steuer auf Spekulationsgewinnen gegenüber der Steuer auf Beteiligungsgewinnen besteht auch im deutschen Steuerrecht (§ 23 Abs. 2 Satz 2 EStG). Vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 3.1.2.

157 Vgl. CHIRELSTEIN MARVIN A., 319 ff.

158 Art. 12 Abs. 1 StHG.

len muss bei unentgeltlichen Vermögensübertragungen ein *Steueraufschub* erfolgen.¹⁵⁹ In den Transponierungs- und Teilliquidationsfällen schlägt das *Nennwertprinzip* durch, weshalb sich die Frage nach dem Anlagewert nicht stellt.¹⁶⁰ Daraus erhellt, dass die Erhebung einer Objektsteuer auf langfristigen Beteiligungsgewinnen mit mässigem Steuersatz in jedem Fall sachgerechter ist als die Erfassung durch die allgemeine Einkommenssteuer auf dem Umweg des gewerbmässigen Wertschriftenhandels (Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit), der Transponierung und der Teilliquidation (Vermögensertrag).¹⁶¹ Mehr ins Gewicht fallen dürfte daher der Einwand nach dem zu erwartenden Steuerertrag, der Schwierigkeit der Steuererhebung auf Seiten der Steuerpflichtigen und der Steuerbehörden sowie der Erhebungswirtschaftlichkeit.¹⁶²

4.3 Übrige Kapitalgewinne

Bei der Schliessung einzelner, zu besondern Anständen Anlass gebenden *Lücken* durch den Gesetzgeber drängt sich die Besteuerung der übrigen langfristigen Kapitalgewinne auf dem privaten Wertschriftenvermögen nicht auf. Insoweit wäre eine Anlehnung an das deutsche Modell möglich.¹⁶³ Solche Gewinne wären nur im Rahmen einer *allgemeinen Kapitalgewinnsteuer* zu erfassen.¹⁶⁴

4.4 Reflexwirkungen

Sollte sich der Gesetzgeber dazu entschliessen, *Spekulationsgewinne* über die allgemeine Einkommenssteuer und *Beteiligungsgewinne* über eine gesonderte Objektsteuer zu erfassen, kann dies nicht ohne Rücksicht auf das *Steuersystem* erfolgen. Werden solche Gewinne erfasst, müsste eine Rückführung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels auf am Markt erzielte Gewinne und Verluste erfolgen,¹⁶⁵ und am *Nennwertprinzip* sowie den daraus abgeleiteten Theorien des Mantelhandels, der

Transponierung und der Teilliquidation könnte nicht mehr festgehalten werden.¹⁶⁶

Werden kurzfristige Kapitalgewinne sowie Vermögenserträge gleichermaßen durch die allgemeine Einkommenssteuer erfasst, muss dies bei der Beschränkung des *Schuldzinsenabzugs* berücksichtigt werden.¹⁶⁷ Die Obergrenze ist um den Betrag der steuerbaren kurzfristigen Kapitalgewinne zu erhöhen. Werden kurzfristige Kapitalgewinne besteuert, stellt sich die Frage, ob die bei der Ausgabe und dem Umsatz von bestimmten Wertschriften erhobenen Stempelabgaben noch gerechtfertigt sind und nicht allenfalls eine *Überbesteuerung* erfolgt.¹⁶⁸

Wird eine *Beteiligungsgewinnsteuer* eingeführt, müsste eine *Milderung* der wirtschaftlichen Doppelbelastung durch die Einkommens- und Gewinnsteuer sowie die Vermögens- und Kapitalsteuer in Betracht gezogen werden. Dabei kämen wohl in erster Linie Korrekturmassnahmen auf Stufe Gesellschaft in Frage.¹⁶⁹

5 Schlussbetrachtung

Die steuerliche Erfassung von Kapitalgewinnen auf privatem Wertschriftenvermögen durch eine Überdehnung des Begriffs des gewerbmässigen Wertschriftenhandels führt zu zahlreichen Problemen und Ungereimtheiten. Durch das Heranziehen einzelner oder mehrerer *Indizien* im Einzelfall leidet die Rechtssicherheit und vor allem die Vorhersehbarkeit der Besteuerung. Nachdem den stossendsten Missbrauchsfällen durch die Beschränkung des *Schuldzinsenabzugs* ein Riegel geschoben worden ist, stellt sich die Frage, ob der *Gesetzgeber* weitere *Lücken* füllen *soll*. Damit könnte zu Anständen Anlass gebenden Praktiken ein Riegel geschoben werden, und es könnten die überdehnten Begriffe des gewerbmässigen

159 Art. 12 Abs. 3 StHG. In den USA führt die unentgeltliche Vermögensübertragung infolge Erbgang zu einer «step-up of basis», d.h. einer Angleichung des Anlagewerts an den Verkehrswert im Zeitpunkt des Erbgangs; vgl. Sec. 1014 I.R.C.

160 Wird der Anlagewert ignoriert, gilt das Prinzip: «Den letzten beißen die Hunde.»

161 Dies umso mehr, als bei den beiden letztgenannten Theorien der Anlagewert belanglos ist und in Einzelfällen die geschuldete Steuer ein Vielfaches des tatsächlich realisierten Gewinnes sein kann.

162 BEHNISCH URS R., Bericht, 41 f., 44 ff. Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» vom 25. Oktober 2000 (BBI 2000 6009 ff.).

163 Vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitte 2.1 und 5.

164 BEHNISCH URS R., Bericht, 55 f., 71 f., 162 f., 165.

165 Dabei könnte man sich an der bisherigen Zürcher Praxis, so wie sie durch das VGer ZH in seinem Entscheid von 14.09.1993 bestätigt und von der Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich in ihrem Entscheid vom 13.03.1997 für die Zwecke des DBG übernommen worden ist, orientieren (StE 1994 B 23.1 Nr. 28 und StE 1997 B 23.2 Nr. 37). Im Bereich des allgemein bankvermittelten Wertpapierhandels kann es unter Vorbehalt von Ausnahmefällen keine nach aussen hin sichtbare Teilnahme eines Steuerpflichtigen am Wirtschaftsleben geben. Diese (alte) Zürcher Praxis entspricht in etwa der deutschen Praxis. Vgl. ELSER THOMAS, in: FStR 2001 110 ff., Abschnitt 4.1, mit zahlreichen Hinweisen.

166 BEHNISCH URS R., Bericht, 41, 150 f., 165.

167 Art. 9 Abs. 2 Bst. a StHG; Art. 33 Abs. 1 Bst. a DBG.

168 BEHNISCH URS R., Bericht, 163.

169 BEHNISCH URS R., Bericht, 25 f., 162 f.

Wertschriftenhandels und des Vermögensertrags auf ihren eigentlichen Gehalt zurückgeführt werden.

Jede *Lückenfüllung* hat *Reflexwirkungen* auf das *Steuer-system* insgesamt. Schliesst der Gesetzgeber eine Lücke, müssen andernorts entsprechende Anpassungen erfolgen, um eine *Überbesteuerung* zu vermeiden. Desgleichen muss die Verwaltungs- und Gerichtspraxis der Rechtsänderung Rechnung tragen und von vertraut gewordenem Richterrecht Abstand nehmen. Ziel dieses Beitrags war es, thesenartig auf solche Zusammenhänge hinzuweisen und im Rahmen des «IFF Forums für Steuerrecht» Gedankenanstösse für die künftige *Gesetzgebung* und *Gesetzesanwendung* zu vermitteln.

Literatur

- BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/1, StHG, Basel/Frankfurt a. M. 1997, Art. 4 StHG
- BAUER-BALMELLI MAJA/ROBINSON PHILIP, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, DBG, Basel/Genf/München 2000, Art. 5 DBG
- BEHNISCH URS R., Expertenbericht Steuerlücken (Bericht), Bern, 8. Juli 1998
- BITTKER BORIS I./EUSTICE JAMES S., Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, Student Edition, 7. A., Valhalla (N.Y.) 2000
- BRAUCHLI ROHRER BARBARA/FISCHER BRIAN, Die steuerlichen Aspekte eines IPO, in: StR 2000 709
- BRÜLISAUER PETER/KUHN STEPHAN, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, DBG, Basel/Genf/München 2000, Art. 58 DBG
- CHIRELSTEIN MARVIN A., Federal Income Taxation, 8. A., New York 1997
- DUSS MARCO, Sprüche voller Widersprüche, in: ST 2001 79 ff.
- ELSER THOMAS, Der private Wertpapierhandel im deutschen Einkommensteuerrecht nach der Unternehmensteuerreform, in: FStR 2001 110 ff.
- HIRT BEAT, Kritische Bemerkungen zur «gewerbsmässigen» privaten Vermögensverwaltung, in: StR 1999 307 ff.
- HÖHN ERNST/MÄUSLI PETER, Interkantonales Steuerrecht, 4. A., Bern/Stuttgart/Wien 2000
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. A., Bern/Stuttgart/Wien 2001
- HUBERT OTMAR, Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom Wertschriftenhandel, in: StR 1998 20 ff.
- MCDANIEL PAUL R./AULT HUGH J., Introduction to United States International Taxation, 4. A., Den Haag/London/Boston 1998
- NEUHAUS HANS-JÜRIG, Die steuerlichen Massnahmen im Bundesgesetz vom 19. März 1999 über das Stabilisierungspaket 1998, in: ASA 68 (1999/2000) 273 ff.
- NEUHAUS MARKUS, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel/Frankfurt a. M. 1994, Art. 960 OR
- REICH MARKUS, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, I/2a, DBG, Basel/Genf/München 2000, Art. 18 DBG
- REICH MARKUS/DUSS MARCO, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a. M. 1996
- RÜEGG MARCEL, Tauglichkeit der Kriterien für den gewerbsmässigen Wertpapierhändler, in: StR 2000 550 ff.
- VON STRENG ETIENNE/ENDERLI LUC/BARKE CLAUDE-ANDRÉ/VUILLEUMIER FRÉDÉRIC, Loi fédérale sur le programme de stabilisation 1998, in: ST 1999 753 ff.