

# SO\_GERICHTE SGSTA.2022.14 vom 15. März 2022

SO Obergericht, 2022-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_SGSTA.2022.14](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_SGSTA.2022.14)

FR: SO\_GERICHTE SGSTA.2022.14 du 15 mars 2022

IT: SO\_GERICHTE SGSTA.2022.14 del 15 marzo 2022

## Regeste

Einkommen, selbständige Erwerbstätigkeit, Wertschriftenhandel, § 23 Abs. 1 StG, Art. 18 Abs. 1 DBG. In casu Wertschriftenhandel objektiv nicht gewinnstrebig betrieben, sondern Liebhaberei, keine Verletzung von Treu und Glauben, auch wenn selbständige Tätigkeit in der Vergangenheit akzeptiert wurde.

## Erwägungen

### E. 1

StG (Steuergesetz, BGS 614.11) kann ein Steuerpflichtiger gegen den Einspracheentscheid über die Veranlagung beim Kantonalen Steuergericht Rekurs erheben. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels der Beschwerde ergibt sich aus Art. 140 Abs. 1 DBG (Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer) i.V.m. § 4 der kantonalen Vollzugsverordnung zum DBG (BGS 613.31). Die Rekurrenten sind daher grundsätzlich zur Einlegung der entsprechenden Rechtsmittel legitimiert und das angerufene Gericht sachlich zuständig. Rekurs (§ 160 Abs.

### E. 2

StG) und Beschwerde (Art. 140 Abs. 1 DBG) sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, einzureichen. Der Einspracheentscheid datiert vom 15. März 2022. Am 8. April 2022 und damit fristgerecht erhoben die Rekurrenten Rekurs und Beschwerde. Auf das Rechtsmittel ist einzutreten. 2. Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die vom Rekurrenten ausgeübte Tätigkeit eine selbständige Erwerbstätigkeit oder eine Liebhaberei darstellt. Die Besteuerung der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit wird in § 23 Abs. 1 StG geregelt. Eine nahezu identische Regelung findet sich in Art. 18 Abs. 1 DBG. Die im Bundesrecht entwickelten Grundsätze können daher grundsätzlich auch auf das kantonale Recht übertragen werden. Rekurs und Beschwerde können deshalb gemeinsam behandelt werden. Soweit notwendig wird auf Differenzierungen nachfolgend eingegangen. 3.1. In den Steuergesetzen wird der Begriff der „selbständigen Erwerbstätigkeit“ nicht definiert. Lehre und Rechtsprechung sprechen von einer selbständigen Erwerbstätigkeit, wenn ein Unternehmer auf eigenes Risiko, unter Einsatz von Arbeit und Kapital, in einer frei gewählten Organisation und mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilnimmt (vgl. Locher, Kommentar zum DBG, 2. A., Art. 18 N 7 mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung; Duss/Greter/Von Ah, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, 2. A., S. 1 ff.; Richner et al., Handkommentar zum DBG, 3. A., Art. 18 N 6; Reich/Von AH, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 3. A., Art. 18 DBG N 14). Eine solche Tätigkeit kann haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder temporär ausgeübt werden. Ob eine selbständige Tätigkeit vorliegt, ist nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. 3.2. Die Verwaltung des eigenen Vermögens stellt grundsätzlich keine selbständige Erwerbstätigkeit dar, auch wenn das Vermögen gross ist und allenfalls sogar eine kaufmännische Buchhaltung geführt wird. Anhaltspunkte für eine

selbständige Erwerbstätigkeit liegen dann vor, wenn sich eine steuerpflichtige Person nicht damit begnügt, bloss zufällig sich bietende Gelegenheiten auszunützen. Wichtige Indizien beim Wertschriftenhandel für eine selbständige Tätigkeit sind die Höhe des Transaktionsvolumens (betragsmässige Summe aller Käufe und Verkäufe) und der Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte ( Richner et al., a.a.O., Art. 18 N 36). Andere Indizien, die früher wichtig waren, wie die systematische und planmässige Vorgehensweise oder das Vorhandensein von speziellen Fachkenntnissen, haben demgegenüber angesichts der dynamischen Entwicklung an den Finanzmärkten, welche in immer schnelleren Rhythmus neue und moderne Finanzprodukte anbieten, an Bedeutung verloren (Bundesgerichtsurteile BGer 2C\_758/2020 vom 29.07.2021, E. 5; 2C\_868/2008 vom 23.10.2009, E. 2.7; vgl. auch Kreisschreiben EStV Nr. 36 vom 27.07.2012, Gewerbmässiger Wertschriftenhandel, Ziff.4.3).

4. In den letzten zehn Jahren entwickelte sich der Wertschriftenhandel des Rekurrenten wie folgt:

Jahr	Anzahl Transaktionen	Transaktionsvolumen	Gewinn
2008	180	1'391'157	3'485
2009	325	2'473'379	-128'280
2010	335	5'537'922	-29'378
2011	150	2'660'274	-182'415
2012	295	5'453'468	-67'195
2013	130	2'499'164	-100'237
2014	450	4'976'673	-15'938
2015	245	1'811'725	-96'499
2016	580	12'061'368	-380'440
2017	?	7'319'209	-112'370
Total			-1'109'267

Es gilt nun, die verschiedenen Kriterien auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

4.1. Systematische Art und Weise des Vorgehens: Vorliegend kann festgehalten werden, dass der Rekurrent keine konservative Anlagestrategie verfolgte, sondern primär mit Optionen (Warrants) handelte. Optionen benötigen mit ihrer oft nur kurzen Laufzeit eine sorgfältige und regelmässige Beobachtung der Marktentwicklung (StE 1998 B 23.1 Nr. 39, E. 2b). Der Optionshandel ist risikoreich und bedingt neben Fachkenntnissen eine planmässige und systematische Vorgehensweise. Andernfalls drohen Optionsscheine wertlos zu verfallen. In formeller Hinsicht deutet wenig auf eine selbständige Erwerbstätigkeit hin. So wird durch den Rekurrenten zum Beispiel keine Jahresrechnung geführt und auch kein Geschäftsvermögen ausgewiesen. Eingereicht wurde regelmässig lediglich ein Bankauszug.

4.2. Häufigkeit der Geschäfte und Haltedauer: Durchschnittlich tätigte der Rekurrent nach Angabe der Vorinstanz in den vergangenen Jahren rund 300 Transaktionen pro Jahr. Die Haltedauer der gekauften Wertschriften betrug oft nur wenige Tag, was darauf hindeutet, dass Handelsaktivitäten stets auf Erzielung eines kurzfristigen Spekulationsgewinns ausgerichtet waren. Häufig wurden Positionen in mehreren Tranchen gekauft und dann kurze Zeit später als Ganzes wiederverkauft. Mit rund 300 Transaktionen und einem durchschnittlichen jährlichen Umsatz von ca. CHF 4.6 Mio. ist die Schwelle, bei der zwingend noch von einer privaten Vermögensverwaltung auszugehen ist, überschritten (BGer 2A.486/2002 vom 31.03.2003, E. 3), selbst wenn beim Handel mit gehebelten Produkten der Wert der underlying assets nicht ohne weiteres zur Bestimmung des massgebenden Transaktionsvolumens herangezogen werden kann (BGer 2C\_758/2020 vom 29.07.2021, E. 7.2.1). Nicht ausgewiesen wird der Kurswert des Depots. Aufgrund der Höhe der eingesetzten Mittel ist eher von einem kleineren Depot auszugehen, was kaum auf einen gewerbmässigen Wertschriftenhandel hindeutet.

4.3. Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen: Die Rekurrenten arbeiten beide bei der X. AG, welche im Bereich der Versicherungen, der Wirtschaftsberatung und der Finanzdienstleistungen tätig ist. Somit kann festgehalten werden, dass der Handel mit Optionen zumindest teilweise mit der beruflichen Tätigkeit des Rekurrenten zu tun hat.

4.4. Einsatz fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte: Vorliegend hat der Rekurrent am 16. November 2016 ein Darlehen der eigenen Gesellschaft, X. AG, von CHF 245'000

zurückbezahlt. Ansonsten ist nicht ersichtlich, dass der Rekurrent weitere fremde Mittel zur Finanzierung des Wertschriftenhandels einsetzen würde. Dementsprechend werden auch keine Geschäftsschulden ausgewiesen. Insgesamt ergibt sich kein einheitliches Bild. Während der Optionshandel und das Transaktionsvolumen eher auf eine gewerbsmässige Tätigkeit hindeuten, weisen die kaum eingesetzten fremden Mittel und auch die Höhe des Depotvermögens im Vergleich zum Gesamtvermögen eher auf eine dynamische private Vermögensverwaltung hin. Klarerweise nicht erfüllt sind die im Kreisschreiben EStV Nr. 36 vom 27. Juli 2012 entwickelten fünf Kriterien, bei denen - sofern sie kumulativ erfüllt sind - stets von einer privaten Vermögensverwaltung auszugehen ist (BGer 2C\_758/2020 vom 29.07.2021, E. 6.1). Die Kriterien sind: 1. Die Haltedauer der veräusserten Wertschriften beträgt mindestens 6 Monate. 2. Das Transaktionsvolumen pro Kalenderjahr beträgt gesamthaft nicht mehr als das Fünffache des Wertschriften- und Guthabenbestands zu Beginn der Steuerperiode. 3. Das Erzielen von Kapitalgewinnen aus Wertschriftengeschäften bildet keine Notwendigkeit, um fehlende oder wegfallende Einkünfte zur Lebenshaltung zu ersetzen. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die realisierten Kapitalgewinne weniger als 50 % des Reineinkommens in der Steuerperiode betragen. 4. Die Anlagen sind nicht fremdfinanziert oder die steuerbaren Vermögenserträge aus den Wertschriften (wie z.B. Zinsen, Dividenden, usw.) sind grösser als die anteiligen Schuldzinsen. 5. Der Kauf und Verkauf von Derivaten (insbesondere Optionen) beschränkt sich auf die Absicherung von eigenen Wertschriftenpositionen. 5.1. Von einer selbständigen Erwerbstätigkeit kann aber nur dann gesprochen werden, wenn die Tätigkeit auf die Erzielung eines Erwerbseinkommens ausgerichtet ist. Die Absicht, einen Gewinn zu erzielen, grenzt die selbständige Erwerbstätigkeit von der Liebhaberei ab. Objektiv erkennbar ist die fehlende Gewinnstrebigkeit, wenn auf die Dauer keine Überschüsse erzielt wurden bzw. in Zukunft erzielt werden können (Locher, a.a.O., Art. 18 N 22). Vorliegend wurden seit Beginn der Geschäftstätigkeit im Jahr 2008 abgesehen von einem kleinen Anfangsgewinn von CHF 3'485 im Jahr 2008 nur Verluste erwirtschaftet. Insgesamt betragen die Verluste in den Jahren 2008-2017 CHF 1'109'267. 5.2. Wie lange eine wirtschaftliche Betätigung Verlust bringend sein darf, bis eine natürliche Vermutung dafürspricht, dass der finanzielle Erfolg ausbleiben wird, kann nicht allgemein gesagt werden. Abhängig ist dies unter anderem auch von der Art und Weise des Geschäfts. Wenn zuerst ein teurer Maschinenpark amortisiert und ein gewisser Kundenstamm akquiriert werden muss, kann in den ersten Jahren oft nur ein bescheidener oder gar kein Gewinn erwartet werden. Vorliegend betreibt der Rekurrent sein Geschäft aber schon zehn Jahre. Obschon somit die Aufbauphase des Geschäfts eigentlich abgeschlossen sein müsste, markante anfängliche Investitionen nicht erkennbar waren und der Wertschriftenhandel grundsätzlich auch ohne grossen Kundenstamm erfolgreich betrieben werden kann, sind in den Geschäftsabschlüssen keine Fortschritte erkennbar. Abgesehen vom ersten Jahr schrieb der Rekurrent in jedem Jahr Verluste. 2016 wurde mit CHF 380'440 sogar der höchste Verlust sein Beginn der Geschäftstätigkeit ausgewiesen, ohne dass ein nachvollziehbarer besonderer Grund ersichtlich wäre (BGer 2C\_758/2020 vom 29.07.2021, E. 7.2.2). Wer auf einen Geschäftserfolg angewiesen ist und nicht über erhebliche private Mittel verfügt, könnte sich derart hohe Verluste nicht leisten. Von einer nachhaltigen Gewinnerzielung kann somit keine Rede sein. Vielmehr war die Tätigkeit des Rekurrenten ein dauerndes Verlustgeschäft (vgl. StE 1992 B 23.1 Nr. 26). Das Kantonale Steuergericht hat sich zu dieser Thematik wie folgt geäussert (KSG i.S. W.F. vom 8.11.1993; KSGE 1991 Nr. 5 E. 1 mit Verweis auf KSGE 1986 Nr. 11): "Ob eine Tätigkeit eine Erwerbstätigkeit darstellt oder

bloss Liebhaberei, beurteilt sich vor allem danach, ob die Tätigkeit ausschliesslich oder zumindest vorwiegend im Hinblick auf eine Einkommenserzielung ausgeübt wird oder aus blosser Freude an einer Betätigung, dies selbst unter Inkaufnahme dauernder Verluste. Wer also eine Tätigkeit ausübt, die auf die Dauer nicht nur nichts einbringt, sondern auch einen Aufwand erfordert, betreibt die Tätigkeit nicht als Erwerbstätigkeit, sondern als Liebhaberei. Wer eine Tätigkeit wirklich als Erwerbstätigkeit ausübt, wird sich in der Regel durch das andauernde Fehlen eines finanziellen Erfolgs von der wirtschaftlichen Zwecklosigkeit seines Unterfangens überzeugen und die betreffende Tätigkeit aufgeben."

5.3. Ob eine Tätigkeit inskünftig kommerziell erfolgreich sein wird, lässt sich naturgemäss nicht mit Sicherheit voraussagen. Festzuhalten ist aber, dass die Höhe der Verluste über all die Jahre der Geschäftstätigkeit nicht abgenommen haben. Offensichtlich ist die Art und Weise, wie der Rekurrent den Wertschriftenhandel betreibt, nicht geeignet, nachhaltig für Gewinne zu sorgen. Weiter wird auch im Rahmen der Rechtschriften nicht ausgeführt, wie inskünftig Verluste vermieden und Gewinne erzielt werden sollen (BGer 2C\_375/2015 vom 01.12.2015, E. 7.4.3, mit weiteren Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung).

Ausgeführt wird lediglich, dass die Verluste mit dem Pensionskassenbezug zu tun hätten und der Rekurrent nicht gewusst habe, ob er den Bezug zurückerstatten muss. Einen Zusammenhang mit dem Pensionskassenbezug (BGer 2C\_217/2021 vom 04.11.2021) und dem Wertschriftenhandel ist aber nicht ersichtlich. 5.4. Damit kann festgehalten werden, dass der Rekurrent den Wertschriftenhandel zumindest in objektiver Hinsicht nicht gewinnstrebig betrieben hat. Selbst wenn in subjektiver Hinsicht, die Absicht des Rekurrenten, Gewinne zu erzielen, stets vorgelegen haben sollte, war offenbar die Art und Weise, wie der Optionshandel betrieben wurde, nicht geeignet, nachhaltig Gewinne zu erzielen (BGer 2C\_375/2015 vom 01.12.2015, E. 7.4).

6.1. Vorliegend machen die Rekurrenten eine Verletzung von Treu und Glauben und eine absichtliche Täuschung geltend. Konkret stossen sich die Rekurrenten daran, dass in den letzten Jahren der selbständige Wertschriftenhandel akzeptiert und die Verluste jeweils steuerlich abgezogen werden konnten. Selbst in der provisorischen Veranlagung 2016 sei die selbständige Tätigkeit noch anerkannt worden. 6.2. Nach Art. 9 der Bundesverfassung hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet rechtsmissbräuchliches und widersprüchliches Verhalten. Daraus kann sich unter gewissen Umständen ein Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründetes Verhalten der Behörden ergeben ( Zweifel et al., Schweizerisches Steuerverfahrensrecht, 2. A., § 5 Rz. 23). 6.3. Provisorische Veranlagungen beinhalten keine Zusicherung, dass die definitive Veranlagung gleich ausfallen wird. Bei der provisorischen Veranlagung werden häufig Deklarationen des Steuerpflichtigen vorläufig übernommen und anschliessend vertieft geprüft.

Selbstverständlich darf in begründeten Fällen von den provisorischen Deklarationen abgewichen werden. Vorliegend hat die Veranlagungsbehörde in der Abweichungsbegründung ausgeführt, warum sie den Handel mit Wertschriften nicht mehr als selbständige Erwerbstätigkeit anerkennt. Das Vorgehen ist daher nicht zu beanstanden. Steuerbehörden sind nicht an vorjährige Veranlagungen gebunden. In jedem Steuerjahr sind sie berechtigt und verpflichtet, die sich stellenden Fragen nach bestem Wissen und Gewissen neu zu prüfen und zu beurteilen. Gerade bei der Abgrenzung zwischen Liebhaberei bzw. Hobby und einer selbständigen Erwerbstätigkeit zeigt sich oft erst nach ein paar Jahren, ob sich der vorgenommene Mitteleinsatz und die Art und Weise der

Geschäftstätigkeit zur Gewinnerzielung eignen. Selbstverständlich muss es hier zulässig sein, diese Tätigkeit nach einer gewissen Zeit neu zu beurteilen. Von einem Verstoss gegen Treu und Glauben oder gar einer absichtlichen Täuschung kann daher nicht die Rede sein.

6.4. Weiter hat der Rekurrent den Veranlagungsbehörden vorgeworfen, ihn nicht explizit aufgefordert zu haben, den Wertschriftenhandel im Rahmen seiner Aktiengesellschaft zu betreiben. Den Steuerpflichtigen steuerplanerische Ratschläge zu erteilen, kann nicht Aufgabe der Veranlagungsbehörde sein. Ob ein Steuerpflichtiger Wertschriftengeschäfte privat oder aber im Rahmen einer Gesellschaft betreiben will, ist eine komplexe Frage, die nicht schematisch beantwortet werden kann. Dazu hat sich der Steuerpflichtige bei Bedarf an entsprechende Berater zu wenden.

7. Die Tätigkeit des Rekurrenten muss daher als Liebhaberei bezeichnet werden. Eine Verrechnung der erwirtschafteten Verluste von CHF 380'440 mit dem erzielten Erwerbseinkommen kommt somit nicht in Frage.

8. Gemäss § 163 StG und Art. 144 DBG werden die Rekurrenten bei diesem Verfahrensausgang kostenpflichtig. Die Gebühren berechnen sich nach § 150 des Gebührentarifs (BGS 615.11). Die Rekurrenten haben demnach die Kosten des Rekurs- und Beschwerdeverfahrens von CHF 5'685 (Grundgebühr: CHF 1'500; Zuschlag: CHF 4'185 [1.1 % von CHF 380'440]) zu bezahlen. \*\*\*\*\*

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.