

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2004.00025 vom 24. November 2004**

ZH Verwaltungsgericht, 2004-11-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_SB.2004.00025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__SB.2004.00025)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2004.00025 du 24 novembre 2004

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2004.00025 del 24 novembre 2004

## **Regeste**

Einschätzung 1999 | Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel/Verständigung Das Verwaltungsgericht ist nicht an die Anträge der Parteien gebunden, sondern hat auch im Beschwerdeverfahren gegebenenfalls zu Gunsten oder zu Ungunsten der Parteien über deren Begehren hinaus gehend zu entscheiden. Ob der Pflichtige als selbständig erwerbstätiger Wertschriftenhändler zu qualifizieren ist, oder ob es sich lediglich um schlichte Vermögensverwaltung handelt, kann vorliegend offen bleiben, da sich der Pflichtige mit dem kantonalen Steueramt umfassend über die Besteuerung dieses Sachverhalts geeinigt hat. Der Abschluss dieser Vereinbarung wurde seitens des Pflichtigen weder vor Rekurskommission noch in der Beschwerde an das Verwaltungsgericht grundlegend hinterfragt. Derartige Verständigungen binden die Steuer(justiz)behörden, sofern und soweit sie auf eine gesetzmässige Einschätzung abzielen. Nachdem die fragliche Verständigung gültig zustande gekommen ist, ist der Pflichtige dabei zu behaften und entsprechend diesem Ruling als gewerbsmässiger Wertschriftenhändler zu behandeln. Eine Reformation des vorinstanzlichen Entscheids zu Ungunsten des Pflichtigen ist zulässig, zumal lediglich der Einspracheentscheid wiederhergestellt wird und dem Pflichtigen ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme zu einer möglichen Verböserung gegeben worden ist. Abweisung der Beschwerde.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Gemäss § 18 StG sind alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit steuerbar. Zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit zählen auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen. Der Veräusserung gleichgestellt ist die Überführung von Geschäftsvermögen in das Privatvermögen oder in ausländische Betriebe oder Betriebstätten. Als Geschäftsvermögen gelten alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen (§ 18 Abs. 2 StG in der Fassung vom 8. Juni 1997). Demgegenüber sind laut § 16 Abs. 3 StG die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen – vorbehältlich der Grundstückgewinnsteuer – steuerfrei.

### **E. 2.1**

§ 18 StG entspricht materiell weitgehend dem bisherigen Recht (§ 19 lit. b aStG), mit Ausnahme der hier nicht interessierenden Präponderanzmethode, welche § 18 StG neu in das Zürcher Recht eingeführt hat. Zutreffend legt die Vorinstanz sodann dar, dass die

heutige Bestimmung auch gleich lautet wie Art. 18 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG). Ebenso richtig und unter Verweis auf die entsprechende Literatur zeigt die Vorinstanz auf, dass der harmonisierungsrechtliche Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit grundsätzlich demjenigen der bisherigen Zürcher Praxis entspricht. Hierauf ist in analoger Anwendung von § 161 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG) zu verweisen.

#### **E. 2.1.1**

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die selbständige Erwerbstätigkeit dadurch gekennzeichnet, dass ihr Träger durch Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation planmässig, anhaltend und nach aussen sichtbar zum Zweck der Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt (RB 1988 Nr. 23 = StE 1989 B 23.1 Nr. 17). Die Verwaltung eigenen Vermögens ist demgegenüber keine Erwerbstätigkeit, auch dann nicht, wenn das Vermögen gross ist und der Steuerpflichtige zu seiner fortlaufenden Orientierung eine kaufmännische Buchhaltung führt (RB 1981 Nr. 46 mit Hinweisen). Damit hat das Verwaltungsgericht in konstanter Rechtsprechung weit höhere Anforderungen an die Bejahung einer selbständigen Erwerbstätigkeit als nebenberuflicher gewerbmässiger Wertschriftenhändler gestellt, als dies etwa das Bundesgericht für die direkte Bundessteuer getan hat (BGE 125 II 113 E. 3c und 5e; BGE 122 II 446 mit Hinweisen). Die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien wie Häufung der An- und Verkäufe, die Inanspruchnahme bedeutender Fremdmittel, kurze Besitzesdauer sowie der Einsatz von Spezialkenntnissen verdeutlichen und konkretisieren die herkömmlichen Begriffsmerkmale der selbständigen Erwerbstätigkeit (RB 1988 Nr. 23). Das Vorhandensein einzelner oder sogar verschiedener dieser Indizien entbindet das Gericht indessen nicht davon, sich mit den eigentlichen Merkmalen der selbständigen Erwerbstätigkeit zu befassen, um derart ein umfassendes Gesamtbild der zu beurteilenden Aktivitäten zu erhalten (vgl. Markus Reich in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, 2. A., Basel und Frankfurt am Main 2002, Art. 8 StHG N. 12).

#### **E. 2.1.2**

Es besteht aus heutiger Sicht kein Anlass, von dieser bewährten Rechtsprechung abzuweichen. Weder haben die gesetzlichen Bestimmungen für den Kanton Zürich wesentlich geändert noch ist der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts in der Literatur Kritik entgegengebracht worden, welche eine neue Beurteilung erfordern würde. Auch unter der Herrschaft des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 ist die bisherige Rechtsprechung zur selbständigen Erwerbstätigkeit daher weiterzuführen: Angesichts der gesetzlich normierten Steuerfreiheit des privaten Kapitalgewinns bei der Besteuerung von Wertschriftengewinnen ist bei der Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach wie vor grosse Zurückhaltung angezeigt.

#### **E. 2.1.3**

Bei alledem ist nicht zu verkennen, dass die Abgrenzung zwischen selbständiger Erwerbstätigkeit und privater Vermögensverwaltung im Einzelfall nicht einfach ist. Der Übergang vom schlichten Verwalten des Vermögens, vom Ausnutzen von Gelegenheiten zur Mehrung desselben, auch unter Einsatz von Spezialwissen und Fremdkapital, in eine eigentliche (meist nebenberufliche) Erwerbstätigkeit lässt sich meist nur in einer sich auf mehrere Jahre erstreckenden Gesamtbeurteilung klar erkennen und belegen (vgl. RB 1988 Nr. 23).

## **E. 2.2**

Die Anwendung der Kriterien der bisherigen Rechtsprechung auf das Verhalten des Pflichtigen führen nicht ohne weiteres dazu, dass das fragliche Handeln als nebenberuflicher Wertschriftenhandel zu qualifizieren ist: Wohl hat er im Rahmen einer frei bestimmten "Selbstorganisation" gehandelt, indem er anfangs 1999 330'000 Aktien der "D AG" kaufte. Gerade die Finanzierung des Aktienkaufs über den Weiterverkauf an Bekannte aus seinem beruflichen Umfeld und über Darlehen ganz erheblichen Ausmasses offenbart doch eine gewisse – allerdings zeitlich und umfangmässig sehr limitierte – Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr, welche nicht mehr nur "schlichte" Vermögensverwaltung darstellt. Die Konsolidierung des Engagements im Umfeld des Börsengangs belegt sodann klar die Planmässigkeit, wobei diesem Kriterium deswegen wenig Aussagekraft zukommt, da tatsächlich auch der private Vermögensverwalter planmässig vorgeht. Indessen hat der Pflichtige hier eine einmalige Kaufgelegenheit erkannt und ausgenutzt, ist insbesondere in früheren Jahren nicht als Wertschriftenhändler aktiv aufgetreten und hat – soweit ersichtlich – keine ähnlichen Käufe von Wertpapieren getätigt, abgesehen von den aktenkundigen Investitionen nach Teilveräusserungen von Aktien der "D AG". Ob im Sinn einer Gesamtbeurteilung der Pflichtige allein aufgrund dieses Kaufs bereits als Wertschriftenhändler qualifiziert worden wäre, kann indessen aus folgenden Gründen offen bleiben:

### **E. 2.2.1**

In dieser etwas unklaren Situation hat sich der Pflichtige anfangs 2000 an das Steueramt gewandt und sich mit dem kantonalen Steueramt über die Besteuerung dieses (Lebens-)Sachverhalts umfassend geeinigt. Er hat – in Kenntnis der vorstehend dargelegten Unsicherheiten, ob eine selbständige Erwerbstätigkeit zu bejahen oder zu verneinen sei – vorbehaltlos anerkannt, sich den bis zum Datum des Börsengangs der "D AG" erzielten Veräusserungserlös und den Überführungswert der restlichen Aktien als Einkommen aus selbständiger nebenberuflicher Tätigkeit anrechnen zu lassen. Der Abschluss dieser Vereinbarung wurde weder vor Rekurskommission noch in der Beschwerde an das Verwaltungsgericht seitens des Pflichtigen grundlegend hinterfragt. Er hat einzig im Einspracheverfahren festgehalten, er habe damals – um Weiterungen zu vermeiden – im Sinn eines Kompromisses dieser Vereinbarung zugestimmt. Materiell ist zur Vereinbarung festzuhalten, dass sie in einem Zeitpunkt abgeschlossen wurde, als der Kurs der Aktie "D AG" bei € ... lag, ihren Höchstkurs erreichte die Aktie im April 2000 mit € .... Es liegt auf der Hand, dass von der Vereinbarung beide Seiten profitieren konnten: Indem in dieser Vereinbarung der Überführungswert der Aktien ins Privatvermögen auf den Emissionspreis festgesetzt worden ist, konnte der Pflichtige seine Abgabenlast klar errechnen und durfte zudem sicher sein, dass die weiteren Veräusserungen von "D AG"-Aktien nur mehr steuerfreie Kapitalgewinne zur Folge haben würden. Im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung hatte dies für den Pflichtigen einen steuerfreien "Buchgewinn" pro Aktie von rund € ... zur Folge. Umgekehrt war das Steueramt vom – vorliegend wohl schwierig zu führenden – Nachweis der selbständigen Erwerbstätigkeit des Pflichtigen befreit.

### **E. 2.2.2**

Die Verständigung ist auch im heutigen Steuergesetz nicht geregelt und entbehrt daher einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Indessen ist es durchaus möglich, sich mit der Steuerbehörde über bestimmte Elemente des steuerrechtlich relevanten Sachverhalts zu verständigen (RB 1992 Nr. 30). Derartige Verständigungen binden die

Steuer-(justiz)-behörden, sofern und soweit sie – anders als die unzulässigen Steuerabmachungen bzw. -abkommen – auf eine gesetzmässige Einschätzung abzielen (RB 1996 Nr. 39). Im Rechtsmittelverfahren sind solche Verständigungen auf ihre Gesetzmässigkeit hin überprüfbar. Verständigungen, die dem klaren Gesetzeswortlaut widersprechen, sind dagegen unzulässig (vgl. Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann, Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, Zürich 1999, § 132 N. 16 mit Hinweisen). Nach dem Gesagten ist die fragliche Verständigung ohne Zweifel gültig zustande gekommen. Sie zielte auf eine gesetzmässige Veranlagung und lag im Zeitpunkt ihres Abschlusses im wohlverstandenen Interesse des Pflichtigen, aber auch demjenigen der öffentlichen Hand. Der Pflichtige war sich zudem der Bedeutung dieses Instruments aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt bestens bewusst. Es ist daher nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Steuer-(justiz)-behörden bei der Veranlagung der Pflichtigen nicht mehr von dieser Vereinbarung auszugehen hätten. Noch im Zeitpunkt der Abgabe der Deklaration haben sich nämlich auch die Pflichtigen in diesem Sinn verhalten. Daraus folgt, dass der Pflichtige bei der mit dem Steueramt gefundenen Einigung vom 3. März 2000 zu behaften und entsprechend diesem Ruling jedenfalls bis zum Börsengang der "D AG" als (nebenberuflicher) gewerbsmässiger Wertschriftenhändler zu behandeln ist.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz wirft – nicht zu Unrecht – die Frage auf, ob die Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit per Datum des Börsengangs der "D AG" hinzunehmen sei, und verneint sie. Dieser Auffassung kann indessen wiederum nicht gefolgt werden. Im Zuge des Börsengangs (IPO) im Jahr 1999 konnte der Pflichtige die massive Fremdverschuldung beseitigen und hat hernach bis Ende 1999 nur mehr 4'750 Aktien der "D AG" veräussert. Insbesondere kann jedoch nach dem IPO nicht mehr von einem eigentlichen Marktauftritt eines Selbständigerwerbenden gesprochen werden, selbst wenn in den Folgejahren gewisse Investitionen – nun aber doch eher in "schlichter" Verwaltung eines nun auch vorhandenen Privatvermögens – erfolgten. Hinzu kommt, dass auch hinsichtlich der Beendigung der selbständigen Erwerbstätigkeit eine gültige Verständigung zwischen dem Pflichtigen und den Steuerbehörden vorliegt, welche es aufgrund des Vorstehenden (vgl. E. 2.2.2) zu beachten gilt. Für die Einschätzung 1999 muss es daher mit der Beendigung der nebenberuflichen selbständigen Erwerbstätigkeit auf den Zeitpunkt des Börsengangs der "D AG" sein Bewenden haben.

### **E. 2.4**

Damit stellt sich letztlich die Frage nach dem Überführungswert der im Zeitpunkt des IPO beim Pflichtigen verbliebenen 79'360 Aktien der "D AG" in sein Privatvermögen. In der Verständigung vom 3. März 2000 haben die Parteien diesen Wert mit € ... pro Aktie vereinbart. Dabei haben alle Beteiligten ausser Acht gelassen, dass die Aktien des Pflichtigen mit einer Veräusserungssperre von sechs Monaten ab dem Börsengang belegt waren. Aufgrund dieser Veräusserungssperre erachtet der Pflichtige im Beschwerdeverfahren einen Überführungswert von nur mehr Fr. ... pro Aktie als angebracht, entsprechend der "Wegleitung der EStV". Damit bezieht sich der Pflichtige auf die Wegleitung der eidgenössischen Steuerverwaltung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, Ausgabe 1995. Diese Wegleitung bezweckt schweizweit eine einheitliche Bewertung nicht kotierter, das heisst an der Börse nicht offiziell gehandelter Wertpapiere für die Vermögenssteuer (Ziff. 1 der Wegleitung). Demgegenüber geht es bei den Aktien der "D AG" jedoch um Wertpapiere, welche auf den

Überführungstag an die Börse eingeführt wurden und dort eine marktgerechte Bewertung über die Börse erfuhren. Der Pflichtige selbst bestreitet in der Beschwerde an das Verwaltungsgericht zu Recht nicht, dass der Überführungswert dem Verkehrswert per Datum des Börsengangs der "D AG" zu entsprechen habe. Nachdem die Börsenbewertung auf diesen Tag mit € ... vorliegt, ist grundsätzlich für die Bemessung des Verkehrswerts auch von diesem Wert auszugehen, der ja auch Grundlage der Verständigung gewesen ist. Die Anwendung der Wegleitung der eidgenössischen Steuerverwaltung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, Ausgabe 1995 auf die Bewertung der Aktien der "D AG" zur Bestimmung des Überführungswerts ist angesichts der Kotierung der Wertpapiere an der Börse nicht angezeigt. Es erscheint im weiteren durchaus sachgerecht, zur Bestimmung des Verkehrswerts der vorliegend mit einer Verfügungssperre belegten Aktien der "D AG" auf die Praxis bei den ebenfalls mit einer solchen Beschränkung versehenen Mitarbeiteraktien abzustellen. Zutreffend weist der Steuerkommissär darauf hin, dass in derartigen Fällen der Verfügungsbeschränkung durch eine angemessene Reduktion des Werts Rechnung zu tragen ist (BGr, 6. November 1995, ASA 65, 733 = StE 1996 B 52.42). Die vorgenommene Reduktion von 3 % für die Sperre von sechs Monaten ist daher grundsätzlich zu bestätigen. Der Pflichtige macht insbesondere geltend, die vorgenommene Reduktion werde der hohen Volatilität des Titels nicht gerecht. Indessen hat sich der Pflichtige auch hier zunächst die Verständigung vom 3. März 2000 entgegenhalten zu lassen, in welcher ein noch höherer Überführungswert vereinbart wurde. Die Aktien der "D AG" haben bei Auslaufen der Verfügungssperre (Ende 1999) einen Kurs von € ... aufgewiesen und damit den Überführungswert um rund das Dreifache übertroffen. Damit ist hinreichend dargelegt, dass der vom Steuerkommissär angenommene Überführungswert von € ... dem stichtagbezogenen Verkehrswert (mehr als) gerecht wird. Jedenfalls im vorliegenden Sachverhalt ist eine zusätzliche Berücksichtigung der hohen Volatilität im Zusammenhang mit der Verkehrswertbemessung nicht angezeigt.

### **E. 2.5**

Unter Berücksichtigung der weiteren – unbestrittenen – Kosten (Upfront Fee E und AHV-Sonderbeitrag) resultiert das im Einspracheentscheid festgesetzte Einkommen für die Steuerperiode 1999 von Fr. ... bei einem diesfalls ebenfalls unbestrittenen Vermögen von Fr. ... Damit wird der vorinstanzliche Entscheid bezüglich der Steuerperiode 1999 zu Ungunsten der Pflichtigen reformiert, was zulässig ist (vgl. E. 1.2.). Dabei ist zu berücksichtigen, dass lediglich der Einspracheentscheid wiederhergestellt wird und die Pflichtigen sowohl zur Frage der selbständigen Erwerbstätigkeit, zur Verständigung wie auch zum Überführungswert im Verfahren ausführlich Stellung nehmen konnten und auch Stellung nahmen. Ausserdem wurde ihnen ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme zu einer möglichen Änderung des angefochtenen Entscheids zu ihrem Nachteil eingeräumt, wobei sie auf eine solche verzichteten. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen und fällt eine Parteientschädigung ausser Betracht (§ 151 Abs. 1 StG bzw. § 152 StG und § 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, je in Verbindung mit § 153 Abs. 4 StG). Demgemäss entscheidet die Kammer :