

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2005.00069 vom 28. Juni 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_SB.2005.00069](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__SB.2005.00069)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2005.00069 du 28 juin 2006

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT SB.2005.00069 del 28 giugno 2006

## Regeste

Einschätzung 1999 | Abgrenzung Privat-/Geschäftsvermögen bei Verkauf von Beteiligung an Immobiliengesellschaft Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit als Liegenschaftenhändler? Der Steuerpflichtige ist Architekt und nebenberuflicher selbständiger Liegenschaftenhändler. Zudem ist er u.a. Angestellter der D-AG, bei welcher er auch VR ist. Der Gewinn aus dem Verkauf einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft stellt dann Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit dar, wenn es sich bei ihr um Geschäftsvermögen handelt. Ob solches vorliegt, bestimmt sich unter Würdigung der gesamten Umstände und der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall anhand der technisch-wirtschaftlichen Funktion des betreffenden Aktivums, also anhand seiner Zweckbestimmung. Geschäftsvermögen liegt dabei vor, wenn eine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft und dem Geschäft des Steuerpflichtigen besteht und dieses durch die Beteiligung gefördert wird. Unter dem durch die Beteiligung zu fördernden Geschäft versteht man dabei die Betätigungen des Einzel- bzw. Personenunternehmers, und nicht die Tätigkeit einer juristischen Person, an welcher die natürliche Person nur beteiligt ist. (Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung für die direkte Bundessteuer mittlerweile dahingehend ausgeweitet, dass das Geschäft des Steuerpflichtigen, dem die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft dienen muss, auch in der Rechtsform einer juristischen Person betrieben werden kann, dies zumindest dann, wenn Letztere durch einen einzigen Anteilseigner gehalten wird.) Auch angesichts der branchennahen (Neben-)Tätigkeiten des Pflichtigen ist im vorliegenden Fall - auch unter Anwendung der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung - nicht zu erkennen, wie die fragliche Beteiligung an der Immobiliengesellschaft Geschäftsvermögen und deren Veräusserung damit Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit sein könnte. Die Immobiliengesellschaft verhalf nämlich nur der D-AG zu Aufträgen, und an dieser ist der Pflichtige nicht beteiligt. Gutheissung.

## 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. Die heutige Bestimmung lautet auch gleich wie Art. 18 Abs. 1 und 2 DBG. Der harmonisierungsrechtliche Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit entspricht denn auch grundsätzlich demjenigen der bisherigen Zürcher Praxis (RB 2004 Nr. 89).

#### **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; RB 1993 Nr. 16 = StE 1994 B 23.1 Nr. 28). Nach der zur Frage des gewerbmässigen Wertschriftenhandels entwickelten Praxis ist die Verwaltung eigenen Vermögens auch dann keine Erwerbstätigkeit, 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 für Liegenschaften- und Wertschriftenhändler getan hat (BGE 125 II 113 E. 3c und 5e; BGE 122 II 446 mit Hinweisen; vgl. etwa schon die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu Liegenschaften- und Wertschriftenhandel in RB 1988 Nr. 23 = StE 1989 B 23.1 Nr. 17). 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: Martin Zweifel/Peter Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, 2. A., Basel und Frankfurt am Main 2002, Art. 8 StHG N. 12).

#### **E. 2.1.2**

Als Geschäftsvermögen gelten alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen (§ 18 Abs. 2 StG in der Fassung vom 8. Juni 1997). Ist diese Zuordnung zu Privat- oder Geschäftsvermögen nicht von vornherein klar, so ist bei den vorzunehmenden Abgrenzungen dieser so genannten alternativen Wirtschaftsgüter unter Würdigung der gesamten Umstände und der tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall vorab auf die technisch-wirtschaftliche Funktion des betreffenden Aktivums, also auf seine Zweckbestimmung, abzustellen (vgl. RB 2003 Nr. 83; RB 1999 Nr. 137). Bei Beteiligungsrechten liegt nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann Geschäftsvermögen vor, wenn eine enge wirtschaftliche Beziehung zwischen der

Beteiligung an der Kapitalgesellschaft und dem Geschäft des Steuerpflichtigen besteht. Eine solche ist insbesondere anzunehmen, wenn die Beteiligung für Geschäftszwecke erworben wurde oder sie dem Inhaber einen massgeblichen Einfluss auf eine Gesellschaft verschafft, deren geschäftliche Tätigkeit seiner eigenen entspricht oder diese sinnvoll ergänzt, was ihm erlaubt, seine ursprüngliche Geschäftstätigkeit auszudehnen. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn der Steuerpflichtige die Beteiligungsrechte konkret dazu einsetzt, um das Geschäftsergebnis seines eigenen Unternehmens bzw. dessen Gewinnchancen zu verbessern bzw. einen entsprechenden Willen aufweist, seine Beteiligungsrechte für die Verbesserung des wirtschaftlichen Gewinns seines Unternehmens auszunutzen (BGr, 9. April 2001, StE 2001 B 23.2 Nr. 23; RB 1999 Nr. 137; vgl. auch Marco Duss/Marco Greter/Julia von Ah, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, Zürich etc. 2004, 39 f.). Nicht erforderlich für die Zurechnung zum Geschäftsvermögen ist laut Bundesgericht eine Mehrheitsbeteiligung (BGr, 22. April 2005, 2A.547/2004, E. 2.3). Bei alledem hat das Bundesgericht allerdings festgehalten, beim Fehlen einer selbständigen Erwerbstätigkeit bildeten Beteiligungsrechte zwingend Privatvermögen (BGr, 29. Mai 2000, NStP 54 [2000] 95 f.).

### **E. 2.1.3**

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 (vgl. RB 2004 Nr. 89).

### **E. 2.2**

Grundstückgewinnsteuern werden nach § 216 Abs. 1 StG erhoben von den Gewinnen, die sich bei Handänderungen an Grundstücken oder Anteilen von solchen ergeben. Handänderungen an Grundstücken sind nach § 216 Abs. 2 lit. a StG gleichgestellte Rechtsgeschäfte, die bezüglich der Verfügungsgewalt über Grundstücke tatsächlich und wirtschaftlich wie Handänderungen wirken. Ein solches Rechtsgeschäft liegt nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre unter anderem vor, wenn die Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft veräussert und damit die Beherrschung der Gesellschaft einem Dritten übertragen wird (vgl. schon RB ORK 1955 Nr. 107, letztmals bestätigt in VGr, 13. März 2002, SB.2001.00068; Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann/Hans Ulrich Meuter, Kommentar zum harmonisierten Steuergesetz, 2.A. Zürich 2006, § 216 N. 100 ff., unter Hinweis in N. 102 auf die abweichende Meinung von Rudolf Iseli, Die Übertragung einer Immobiliengesellschafts-Beteiligung im zürcherischen Grundsteuerrecht, ASA 51 [1982/83] 321 ff., 343). Eine Immobiliengesellschaft liegt dann vor, wenn sie ausschliesslich oder zumindest überwiegend die Nutzbarmachung der Wertsteigerung ihres Grundbesitzes oder dessen Verwendung als sichere und nutzbringende Kapitalanlage bezweckt, ohne Rücksicht darauf, ob die Nutzbarmachung oder Verwendung durch Veräusserung, Vermietung, Verpachtung oder Überbauung geschehen soll (RB 1998 Nr. 154).

### **E. 2.3**

Der Umstand, dass das Gesetz in einigen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Zürich 2002, Rz. 518). Das gilt allerdings nur, wenn lediglich in einem oder in einigen wenigen Fällen eine vom Gesetz abweichende Behandlung dargetan ist. Wenn es dagegen die Behörden ablehnen, die in andern Fällen geübte Praxis aufzugeben, kann der Bürger verlangen, dass die gesetzwidrige Begünstigung, die dem Dritten zuteil wird, auch ihm gewährt werde. Andererseits können dem ausnahmsweise einzuräumenden Anspruch auf Behandlung in Abweichung vom Gesetz gewichtige öffentliche Interessen oder das berechtigte Interesse eines privaten Dritten an gesetzmässiger Rechtsanwendung entgegenstehen; hierüber ist im Einzelfall im Rahmen einer Interessenabwägung zu entscheiden (BGE 123 II 248 E. 3c mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Bei der J AG handelt es sich zweifelsfrei um eine Immobiliengesellschaft im Sinne der massgebenden Rechtsprechung (vgl. vorne Erwägung 2.2). Da es vorliegend um den Verkauf einer Minderheitsbeteiligung an dieser AG geht, entfallen Grundsteuerfolgen von vornherein und ist die Frage zu beantworten, ob es sich beim Erlös aus dem Verkauf der Beteiligung an der J AG durch den Pflichtigen um einen steuerfreien Kapitalgewinn handle. Dies ist – nur, aber immerhin – dann der Fall, wenn die erwähnte Beteiligung nicht als Geschäftsvermögen des Pflichtigen zu qualifizieren ist und auch sonst keine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt (vgl. vorne Erwägung 2.1).

### **E. 3.2**

Das kantonale Steueramt stützte sich in seinem Einspracheentscheid vom 10. November 2004 auf die zur direkten Bundessteuer ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts zur selbständigen Erwerbstätigkeit und zum gewerbsmässigen Liegenschaftenhandel (insbesondere auf BGE 125 II 113, in welchem die bisherige zum Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten Bundessteuer ergangene Praxis auch für das DBG als einschlägig erklärt wird). Es gelangte dabei nach Hinweis auf frühere Tätigkeiten des Pflichtigen in der Immobilienbranche und nach Auseinandersetzung mit den gemäss Bundesgericht für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechenden einzelnen Indizien zum Schluss, die Voraussetzungen für die Qualifikation als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler seien erfüllt. Demzufolge handle es sich bei der vom Pflichtigen veräusserten Beteiligung an der J AG um Geschäftsvermögen, woran auch nichts ändere, dass die massgebende Bauparzelle in Y nicht durch den Pflichtigen selbst, sondern eben durch die J AG erworben worden sei. Dieses Ergebnis stehe auch im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend der Zuordnung von Beteiligungsrechten zum Privat- und Geschäftsvermögen, wobei insbesondere nicht von Bedeutung sei, dass der Pflichtige über keine Mehrheitsbeteiligung an der J AG verfüge. Die Rekurskommission bestätigte dieses Ergebnis und stützte sich in ihrem Entscheid insbesondere auch auf das den Geschäftspartner des Pflichtigen, E, betreffende Urteil des Bundesgerichts vom 22. April 2005 (2A.547/2004), in dem die entsprechende Beteiligung von 25% an der J AG als Geschäftsvermögen qualifiziert wurde, weshalb der Gewinn aus deren Veräusserung als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit gewürdigt und der direkten Bundessteuer unterworfen wurde. Angesichts der vom angestrebten vertikalen Harmonisierung bleibe für eine abweichende Behandlung bei den Staats- und

Gemeindesteuern kein Raum (vgl. vorne II).

### **E. 3.3**

Die Pflichtigen halten den Entscheiden entgegen, angesichts der unterschiedlichen Konzeption der Besteuerung von Grundstücksgewinnen auf Bundesebene und auf derjenigen der Kantone bestünde auch bei vertikaler Harmonisierung nach wie vor Raum für eine differenzierte kantonale Regelung. Eine solche sei gar harmonisierungsrechtlich geboten, da die vorinstanzlichen Erwägungen die Existenz der J AG als faktisch irrelevant betrachteten und einen eigentlichen Durchgriff vornähmen. Ein direkter Verkauf eines Liegenschaftenteils werde aber von Gesetzes wegen bei den Staats- und Gemeindesteuern anders behandelt, als bei der direkten Bundessteuer. Zudem hätten die Beteiligungsrechte beim Pflichtigen eben – anders als bei E – gerade keinen Bezug zum eigenen Unternehmen, der D AG, sondern höchstens zur Tätigkeit als selbständiger Liegenschaftenhändler. Allerdings gebreche es dann an der nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung geforderten eigenen Führung der J AG durch den Pflichtigen. Zudem sei nicht ersichtlich, wie die Beteiligung an der J AG die Tätigkeit der G AG, an der der Pflichtige zu 50% beteiligt war, oder den selbständigen Liegenschaftenshandel des Pflichtigen positiv beeinflusst habe. Gefördert worden sei einzig die Tätigkeit der D AG, an welcher der Pflichtige aber eben gerade nicht beteiligt gewesen sei. Schliesslich sei zu beachten, dass der Pflichtige auch deshalb Anspruch auf einen für ihn positiven Entscheid habe, weil die Steuerrekurskommission I bezüglich der Staats- und Gemeindesteuern 1999 von E für die nämliche Konstellation am 31. Januar 2003 erkannt habe, es liege keine selbständige Erwerbstätigkeit vor. Werde dieser Entscheid nunmehr als rechtswidrig erachtet, so bestehe für den Pflichtigen ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht.

### **E. 4.1**

Der Pflichtige betreibt seit Jahren zumindest im Nebenberuf gewerbsmässigen Liegenschaftenshandel. Da in der Beschwerdeschrift nun zu Recht auch nicht mehr geltend gemacht wird, die entsprechende Tätigkeit sei in der Steuerperiode 1999 aufgegeben worden, kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen in Rekurs- und Einspracheentscheid verwiesen werden (vgl. § 161 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976). Indessen ist in der Tat nicht zu erkennen, wie die Beteiligung des Pflichtigen an der J AG den selbständigen Liegenschaftenshandel des Pflichtigen positiv beeinflusst haben und so die für die Qualifikation der Beteiligung als Geschäftsvermögen notwendige dienende Funktion bzw. die entsprechende wirtschaftlich-technische Verknüpfung aufweisen soll (vgl. vorne Erwägung 2.1.2). Dies gilt um so mehr, als anhand der deklarierten Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit als Architekt sowie den Akten auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die J AG dem Pflichtigen auch direkt Architekturaufträge vermittelt hätte. Was die G AG betrifft, an der der Pflichtige zu 50% beteiligt war und welche Liegenschaftenshandel und Immobiliengeschäfte betreibt, so ist eine derartige Verknüpfung ebenfalls nicht ersichtlich. Die Annahme, der Verkauf der Beteiligung könnte selbständiges Erwerbseinkommen aus Wertschriftenhandel darstellen, verbietet sich angesichts der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung von selbst (vgl. vorne 2.1.1 und 2.1.3) und wurde von den Vorinstanzen zu Recht auch nicht weiter geprüft.

### **E. 4.2**

Unbestritten und aktenkundig ist dagegen, dass die J AG unter anderem bezweckte, der D AG, welche ihrerseits weder Liegenschaftenshandel betreibt noch eine

Immobilien-gesellschaft darstellt, Arbeit zu beschaffen und Aufträge zuzuführen, was angesichts eines aktenkundigen Honorars von Fr. 1'200'000.- auch durchaus gelang. Deren Tätigkeit wurde denn auch durch die Beteiligung des Pflichtigen an der J AG durchaus positiv beeinflusst. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall aber wesentlich von den bisher in der Rechtsprechung entschiedenen, ging es bei jenen Fällen doch um die Frage der engen wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft und dem Geschäft des Steuerpflichtigen als Selbständigerwerbender oder als Mitglied einer Personengesellschaft (BGr, 9. April 2001, StE 2001 B 23.2 Nr. 23; RB 1999 Nr. 137) . Gefördert werden musste durch die Beteiligung mit anderen Worten diese letzterwähnten Betätigungen des Einzel- bzw. Personenunternehmers, und nicht die Tätigkeit einer juristischen Person, an welcher die natürliche Person nur beteiligt war. Das Bundesgericht hat in seinem bereits mehrfach erwähnten, E betreffenden Entscheid vom 22. April 2005 (2A.547/2004) diese Rechtsprechung für die direkte Bundessteuer dahingehend ausgeweitet, dass das Geschäft des Steuerpflichtigen, dem die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft dienen muss, auch in der Rechtsform einer juristischen Person betrieben werden kann, dies zumindest dann, wenn Letztere durch einen einzigen Anteilseigner gehalten wird. Das Bundesgericht hat damit den Begriff des Geschäftes wirtschaftlich betrachtet und rechtlich, ohne dies konkret zu benennen, einen Durchgriff durch die Aktiengesellschaft der D AG auf den hinter dieser stehenden Alleinaktionär, E, vorgenommen. Ob dieser Auffassung auch für die Staats- und Gemeindesteuern zu folgen wäre, braucht indessen vorliegend aus nachfolgend dargelegten Gründen nicht entschieden zu werden.

#### **E. 4.3**

Der Pflichtige war zum fraglichen Zeitpunkt unbestritten nur Arbeitnehmer der D AG und an dieser nicht beteiligt; deren Alleinaktionär war E. Die Rekurskommission führt allerdings aus, weshalb sich ihrer Auffassung nach eine Gleichstellung des Pflichtigen mit E als notwendig erweise. Der Pflichtige sei als Verwaltungsrat und E gleichgestelltes Geschäftsleitungsmitglied mit der D AG weit enger liiert, als ein gewöhnlicher Arbeitnehmer. Zudem habe er früher die Hälfte aller Aktien gehalten und führe in den Steuererklärungen wenigstens ab Ende 1997 eine wie auch immer ausgestaltete Option auf Aktien der D AG auf. Der Pflichtige sei dergestalt in erhöhtem Mass am Gedeihen der D AG gelegen und hänge seine Entschädigung direkt oder indirekt in erheblichem Ausmass von deren Erfolg ab. Auf die Abklärung der genauen Ausgestaltung der Option könne so verzichtet werden.

#### **E. 4.4**

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zwar scheint es nicht unwahrscheinlich, dass der Pflichtige als früherer Aktionär und Inhaber einer Führungsposition innerhalb des Unternehmens ein starkes Interesse am Wohlergehen der D AG hatte. Dies trifft aber regelmässig auch auf andere in leitender Position tätige Angestellte zu, bei welchen es im Übrigen notorischerweise in der heutigen Zeit auch durchaus üblich ist, dass "die Entschädigung direkt oder indirekt in erheblichem Ausmass vom Erfolg" der Gesellschaft abhängt. Abgesehen davon war der Lohn des Pflichtigen in den Jahren 1995 bis und mit 1999 immer gleich hoch. Einziges Kriterium für eine von der Rekurskommission angenommene engere Bindung wäre dergestalt die erwähnte Option, deren Inhalt jedoch nicht aktenkundig ist. Eine Rückweisung zur Abklärung des Inhalts dieser Option kann indessen unterbleiben. Selbst bei kleineren Gesellschaften sind nämlich Optionen für

leitende Angestellte zur Beteiligung an der Unternehmung nicht (mehr) selten (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen, BBl 2005 587: "Aktien und Optionspläne sind heute weit verbreitet."), so dass allein deswegen noch nicht Vergleichbarkeit mit Allein- beziehungsweise Mehrheitsaktionär und auf eine entsprechende Gleichbehandlung geschlossen werden kann. Aber selbst wenn eine jederzeit frei ausübbar Option auf die Hälfte der Aktien der D AG bestünde, so bliebe auch dann noch festzuhalten, dass im fraglichen Zeitpunkt ausschliesslich E Aktionär war und der Pflichtige nicht. Ob im Übrigen das Bundesgericht einen Durchgriff auch vorgenommen hätte, wenn E nicht Alleinaktionär gewesen wäre, erscheint im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach auch ein Unternehmer-Aktionär durch den Verkauf seiner Beteiligungsrechte einen steuerfreien Kapitalgewinn erzielen kann (vgl. Peter Locher, Kommentar zum DBG, I. Teil, Therwil/Basel 2001, Art. 18 DBG N. 141), als fraglich. Von einem eigenen Geschäft des Steuerpflichtigen kann damit auch im Lichte der vorerwähnten erweiterten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. vorne Erwägung 4.2) nicht gesprochen werden und entfällt schon aus diesem Grund die zur Annahme von Geschäftsvermögen vorausgesetzte enge wirtschaftliche Beziehung zwischen der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft und dem Geschäft des Steuerpflichtigen. Damit erweist sich der Verkauf der Beteiligung des Pflichtigen von 25% an der J AG bereits deshalb nicht als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit.

#### **E. 4.5**

Bei diesem Ergebnis braucht nicht weiter darauf eingegangen zu werden, ob für die Staats- und Gemeindesteuern eine Beteiligung nur dann Geschäftsvermögensqualität haben kann, wenn es sich um ein Mehrheitspaket handelt (was das Verwaltungsgericht zumindest in den beiden allenthalben zitierten Entscheiden ohnehin so nicht gesagt hat) und erübrigen sich auch Ausführungen zu dem von den Pflichtigen behaupteten Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht. Angesichts der massgebenden Unterschiede zwischen Pflichtigem und E und dem damit in entscheidwesentlichen Punkten unterschiedlichen Sachverhalt erweist sich schliesslich auch ein weiteres Eingehen auf Fragen der so genannten vertikalen Steuerharmonisierung schon aus diesem Grund als nicht notwendig.

#### **E. 4.6**

Demzufolge ist von der in quantitativer Hinsicht unbestrittenen Aufrechnung im Umfang von (Fr. 362'500.- ./ Fr. 25'000.- Aktienkapital ./ Fr. 32'864.- AHV-Sonderbeitrag =) Fr. 304'636.- abzusehen. Die Einschätzung hat deshalb mit einem steuerbaren Einkommen von (gerundet) Fr. .... zu erfolgen. Wie die Pflichtigen in ihrem Antrag auf ein steuerbares Einkommen von Fr. ... gelangen, ist nicht ersichtlich und wird in der Beschwerde auch nicht weiter ausgeführt. Demzufolge ist die Beschwerde formell lediglich teilweise gutzuheissen.

#### **E. 5**

Da die Beschwerdeführenden weitestgehend obsiegen, sind die gesamten Kosten des Verfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen und hat dieser den Beschwerdeführenden für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (§ 151 Abs. 1 StG beziehungsweise § 17 Abs. 2 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 und § 152 StG, je in Verbindung mit § 153 Abs. 4 StG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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