

ZH_VERWALTUNGSGERICHT SB.2012.00165 vom 22. Mai 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-05-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__SB.2012.00165

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT SB.2012.00165 du 22 mai 2013

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT SB.2012.00165 del 22 maggio 2013

Regeste

Direkte Bundessteuer 2009 | Siehe SB.2012.00164.

Erwägungen

E. 2

Abteilung SB.2012.00165 Urteil der 2. Kammer vom 22. Mai 2013 Mitwirkend: Abteilungspräsident Martin Zweifel (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Andreas Frei, Verwaltungsrichterin Leana Isler, Gerichtsschreiberin Jsabelle Mayer. In Sachen 1. A, 2. B, beide vertreten durch RA C, Beschwerdeführende, gegen Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das kantonale Steueramt, Beschwerdegegnerin, betreffend Direkte Bundessteuer 2009, hat sich ergeben: I. A ist unselbständig Erwerbender bei der D GmbH, deren Gesellschafter und Geschäftsführer er zugleich ist. In der Steuererklärung 2009 deklarierten A und B neben ihrem unselbständigen Haupterwerb in der Höhe von Fr. ... (Ehemann) und Fr. ... (Ehefrau) einen Verlust von Fr. ... aus selbständiger Nebenerwerbstätigkeit des Ehemanns als Wertschriftenhändler. Der Verlust war im Umfang von rund Fr. ... auf Transaktionen mit Aktienindex-Futures (SMI-Futures [FSMI]) zurückzuführen, die der Ehemann im Jahr 2009 während vier Monaten über sein Kontokorrent bei der Bank E abwickelte. Nach Durchführung eines Auflageverfahrens im Zusammenhang mit den Wertschriftentransaktionen veranlagte das kantonale Steueramt die Eheleute mit Entscheid vom 6. Dezember 2011 für die direkte Bundessteuer 2009 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. ..., wobei es den geltend gemachten Verlust im Einkommen aufrechnete, da der Ehemann nicht als gewerbsmässiger Wertschriftenhändler qualifiziert werden könne. Die dagegen erhobene Einsprache wies das kantonale Steueramt mit Entscheid vom 28. Mai 2012 ab. II. Der Einzelrichter des Steuerrekursgerichts wies eine hiergegen gerichtete Beschwerde mit Entscheid vom 15. Oktober 2012 ebenfalls ab. III. Mit Beschwerde vom 21. November 2012 liessen A und B dem Verwaltungsgericht beantragen, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben und sie seien für die direkte Bundessteuer 2009 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. ... zu veranlagern. Ausserdem verlangten sie die Zusprechung einer Parteientschädigung. Während das Steuerrekursgericht auf Vernehmlassung verzichtete, schloss das kantonale Steueramt auf Abweisung der Beschwerde. Die Eidgenössische Steuerverwaltung liess sich nicht vernehmen. Die Einzelrichterin hat den Fall an die 2. Kammer überwiesen. Die Kammer erwägt: 1. 1.1 Für die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als weitere verwaltungsunabhängige kantonale Instanz im Bereich der direkten Bundessteuer gelten laut Art. 145 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG) die Vorschriften von Art. 140 bis 144 DBG über das Beschwerdeverfahren vor der kantonalen Rekurskommission "sinngemäss". Die nur sinngemässe Anwendung der

Bestimmungen über das Verfahren vor dem Steuerrekursgericht gestattet unterschiedliche Regelungen, die sich aus der Natur eines zweistufigen gerichtlichen Instanzenzugs ergeben. Bei einem solchen System liegt eine Verengung der Kognition mit Beschränkung des Novenrechts für die zweite Instanz aber nahe. Sie liegt im Interesse der Verfahrensökonomie und ist geeignet, einer missbräuchlichen Prozessführung entgegenzuwirken (BGE 131 II 548 E. 2.2.2). Soll die erstinstanzliche Beschwerde die allseitige, hinsichtlich Rechts- und Ermessenskontrolle unbeschränkte gerichtliche Überprüfung der Einspracheentscheide der Veranlagungsbehörde auf alle Mängel des Entscheids und des vorangegangenen Verfahrens hin (Art. 140 Abs. 3 DBG) ermöglichen, muss sich die Aufgabe der zweitinstanzlichen Beschwerde, welche die Überprüfung der Entscheidung eines Gerichts und nicht diejenige einer Verwaltungsbehörde zum Gegenstand hat, sinnvollerweise auf die Rechtskontrolle beschränken (BGE 131 II 548 E. 2.5). Das Verwaltungsgericht hat sich infolgedessen auf die reine Rechtskontrolle zu beschränken; dazu gehört auch die Prüfung, ob die Vorinstanzen den rechtserheblichen Sachverhalt gesetzmässig festgestellt haben. Dem Gericht ist es daher verwehrt, das vom Steuerrekursgericht in Übereinstimmung mit dem Gesetz ausgeübte Ermessen auf Angemessenheit hin zu überprüfen und so sein Ermessen anstelle desjenigen des Steuerrekursgerichts zu setzen (vgl. RB 1999 Nr. 147).

1.2 Die vom Gesetzgeber offenkundig gewollte Aufgabenteilung von erster und zweiter Beschwerdeinstanz lässt es ebenfalls als sachgerecht erscheinen, neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel bei der Anfechtung des gerichtlichen Entscheids des Steuerrekursgerichts nur zuzulassen, wenn es sich um echte Noven handelt, namentlich um neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel, die auf einem Revisions- oder Nachsteuergrund beruhen oder der Stützung von geltend gemachten Rechtsverletzungen dienen, die ihrer Natur nach neuer tatsächlicher Vorbringen oder Beweismittel bedürfen (BGE 131 II 548). Neue, erstmals vor Verwaltungsgericht gestellte Rechtsbegehren müssen schliesslich allgemein zulässig sein, sofern sie sich nicht auf Tatsachen und Beweismittel stützen, welche unter das Novenverbot fallen (vgl. RB 1999 Nr. 149).

E. 2.1

Gemäss Art. 18 Abs. 1 DBG steuerbar sind alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit. Zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit zählen auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen. Dementsprechend werden laut Art. 27 Abs. 1 und 2 lit. b DBG die geschäfts- oder berufsmässig begründeten Kosten dieser Erwerbstätigkeit abgezogen, wozu insbesondere die eingetretenen und verbuchten Verluste auf dem Geschäftsvermögen gehören.

E. 2.2

Die Rechtsprechung versteht unter selbständiger Erwerbstätigkeit jede Tätigkeit, bei der eine natürliche Person durch Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation planmässig, anhaltend und nach aussen sichtbar zum Zweck der Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt (BGE 125 II 113 E. 5b; vgl. auch BGE 121 I 259 E. 3c; VGr, 22. Oktober 2008, SB.2007.00127, E. 2.2.1; RB 1993 Nr. 16 = StE 1994 B 23.1 Nr. 28; RB 1988 Nr. 23 = StE 1989 B 23.1 Nr. 17; RB 1984 Nr. 31 = ZBl 86, 169 ff.; RB 1981 Nr. 46; RB 1977 Nr. 66; RB 1976 Nr. 39; RB 1971 Nr. 31 = ZR 71 Nr. 58). Anders als das Verwaltungsgericht verlangt das Bundesgericht indessen nicht, dass

die Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr nach aussen hin sichtbar zu sein hat (BGE 122 II 446 E. 3b und 5a; BGr, 12. November 2001, StE 2002 B 23.1 Nr. 50 E. 2a; ASA 56, 366 ff. E. 2c). Diese im Wesentlichen übereinstimmende Auslegung des Begriffs der selbständigen Erwerbstätigkeit durch die Gerichte wird von der Lehre geteilt (vgl. Markus Reich in: Martin Zweifel/Peter Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, 2. A., Basel 2002, Art. 8 StHG N. 13; Markus Reich in: Martin Zweifel/Peter Athanas [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/2a, 2. A., Basel 2008, Art. 18 DBG N. 14 m.H.; Julia von Ah, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011, S. 2).

E. 2.3

Wohl legt Art. 18 Abs. 1 DBG, wonach Einkünfte aus "jeder (...) selbständigen Erwerbstätigkeit" steuerbar sind, nahe, diesen Begriff ausschliesslich aufgrund von Typusmerkmalen zu umschreiben. Weil aber der Wortlaut der Bestimmung zunächst beispielhaft "Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb" und "aus einem freien Beruf" auflistet, lässt sich daraus zwanglos der Schluss ziehen, die Umschreibung der selbständigen Erwerbstätigkeit als allgemeinen bzw. "Auffangtatbestand" habe sich an den gesetzlichen Beispielen zu orientieren. Diese sind aber seit jeher vom Bundesgericht wie von den kantonalen Gerichten im Einklang mit der Lehre aufgrund des herkömmlichen klassifizierenden Rechtsbegriffs definiert worden, d. h. aufgrund der kumulativ erforderlichen Merkmale (1.) des Tätigwerdens auf eigenes Risiko, (2.) des Einsatzes von Arbeit und Kapital, (3.) der frei bestimmten (Selbst-)Organisation, (4.) der Gewinnerzielungsabsicht sowie (5.) der (planmässigen und anhaltenden) Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr (vgl. E. 2.2). Allerdings können auch diese konkretisierenden Begriffsmerkmale nicht losgelöst vom gesetzlichen (Ideal-)Typus der selbständigen Erwerbstätigkeit betrachtet werden. Wie das Verwaltungsgericht in seinem eingehend begründeten Präjudiz vom 25. August 2010 (SB.2010.00056) erkannt hat, rechtfertigt es sich aus diesen Überlegungen heraus und im Licht der verfassungsrechtlichen Grundsätze der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit für die Beurteilung, ob im Einzelfall eine selbständige Erwerbstätigkeit gegeben ist, auf den herkömmlichen Rechtsbegriff abzustellen mit der Folge, dass beim Fehlen auch nur eines der Merkmale keine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt. Die vom Bundesgericht entwickelten Indizien sind dabei als Konkretisierungshilfen dieser Begriffsmerkmale heranzuziehen (RB 1988 Nr. 23 = StE 1989 B 23.1 Nr. 17 E. 3c; Reich, Art. 8 StHG N. 12).

E. 3.1

Die Tätigkeit des Steuerpflichtigen hat auf eigenes Risiko zu erfolgen. Das Begriffsmerkmal des Tätigwerdens auf eigene Rechnung mit den damit verbundenen Gewinnchancen und Verlustrisiken gehört zum Kerngehalt der selbständigen Erwerbstätigkeit, das sie von der unselbständigen Erwerbstätigkeit abgrenzt, die auf "fremde" Rechnung ausgeübt wird (vgl. Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann/Hans Ulrich Meuter, Handkommentar zum DBG, 2. A., Zürich 2009, Art. 18 DBG N. 7; von Ah, S. 4; Peter Stocker, Die steuerliche Abgrenzung der selbständigen Erwerbstätigkeit von der privaten Vermögensverwaltung, Basel/Frankfurt a. M. 1992, S. 6). So kann etwa der Einsatz erheblicher Fremdmittel Indiz für das Eingehen eines Unternehmerrisikos sein, sofern er über das hinausgeht, was auch in der privaten Vermögensverwaltung üblich ist, wie z. B. bei der Finanzierung einer Liegenschaft durch eine Hypothek.

E. 3.2

Der Pflichtige handelte mit Futures. Diese sind als derivative Finanzinstrumente vom stetig schwankenden Wert ihres zugrundeliegenden Basiswerts (Rohstoffe oder Finanzgüter, z. B. Aktienindizes oder Währungen) abhängig. Die Teilnahme am Futures-Markt kann durch Leistung eines geringen Kapitaleinsatzes in Form einer "Initial-Margin", welche in der Regel zwischen 0,1 % und 6 % des zugrundeliegenden Titels beträgt, erfolgen, womit ein höherer Kontraktwert realisiert werden kann (Hebelwirkung). Verluste während der Laufzeit des Kontrakts müssen in vollem Umfang durch Nachschüsse ("Variation Margin") ausgeglichen werden. Weist die Position Gewinne auf, erfolgt auf dem Margin-Konto eine Gutschrift (ebenfalls "Variation Margin" genannt). Mit Futures-Geschäften eröffnet sich der Investor bei vergleichsweise geringem Anfangseinsatz die Möglichkeit der Teilnahme an beträchtlichen und sich schnell einstellenden Gewinn- und Verlustentwicklungen, weshalb Futures gemeinhin zu den hochspekulativen Finanzinstrumenten gezählt werden (vgl. Igor Uszczapowski, Optionen und Futures verstehen, 7. A., München 2012, S. 213 ff.). Gemäss Ziff. 4.3.2 des Kreisschreibens Nr. 36 der ESTV zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel vom 27. Juli 2012 ist der Handel mit Derivaten, der über die Absicherung von eigenen Wertschriftenpositionen hinausgeht und in dem im Verhältnis zum Gesamtvermögen ein grosses Volumen umgesetzt wird, als spekulativ zu qualifizieren, was auf gewerbsmässiges Vorgehen hindeutet. Diese Ansicht greift jedoch zu kurz: Mittlerweile sind Derivate und strukturierte Produkte auch bei Privatanlegern weit verbreitet (VGr, 22. Oktober 2008, SB.2007.00127, E. 3.4.2; von Ah, S. 272 f.). Entscheidend muss sein, ob ein eigentliches Unternehmerrisiko eingegangen wird.

E. 3.3

Der Pflichtige führte während vier Monaten 174 Transaktionen mit 482 FSMI-Kontrakten durch, welche insgesamt einen Kontraktwert von rund Fr. 25 Mio. aufwiesen. Die Futures-Geschäfte wurden mit Privateinlagen von rund Fr. ... finanziert; den Verlust von rund Fr. ... hatten die Pflichtigen selbst zu tragen. Da sich aufgrund der enormen Hebelwirkung der Futures jederzeit noch höhere Verluste hätten einstellen können, ist der Pflichtige auch ein eigentliches Unternehmerrisiko eingegangen.

E. 4.1

Der Steuerpflichtige hat in seiner Tätigkeit Arbeitskraft und Kapital einzusetzen. Unter dem einzusetzenden Kapital ist in einem engeren Sinn das für die infrage stehende Tätigkeit bestimmte Eigen- und Fremdkapital zu verstehen, in einem weiteren Sinn auch das (gesamte) Vermögen des Steuerpflichtigen, das als Haftungssubstrat das wirtschaftliche Risiko der Tätigkeit zu tragen hat. Indiz für den Kapitaleinsatz ist unter anderem die Aufnahme von Fremdmitteln für die Ausübung der fraglichen Tätigkeit.

E. 4.2

Die Pflichtigen stellen sich auf den Standpunkt, die Futures-Geschäfte seien erheblich fremdfinanziert gewesen. Um ein Futures-Geschäft zu tätigen, habe der Ehemann lediglich 10 % des Kontraktwerts als Marge einschiessen müssen. Der von der Marge ungedeckte Kontraktpreis entspreche daher einem Fremdkapitaleinschuss von 90 %, der wirtschaftlich betrachtet einem Darlehen gleichzusetzen sei. Entgegen der Ansicht der Pflichtigen können die vorliegend getätigten Futures-Geschäfte nicht unter die Kreditgeschäfte subsumiert werden. Letztere sind dadurch gekennzeichnet, dass der Kreditgeber dem Kreditnehmer einen bestimmten Geldbetrag zeitweise zur Verfügung stellt, gegen dessen Verpflichtung,

diesen Geldbetrag zu einem bestimmten oder bestimmbaren Zeitpunkt wieder zurückzuzahlen (Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus [Hrsg.], Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. A., Zürich 2011, N. 857). Wer Geschäfte mit Aktienindex-Futures tätigt, muss die Differenz von "Initial Margin" und dem vollen Kontraktwert selbst dann nicht zurückerstatten, wenn er das Geschäft nicht vor Verfalltag glattstellt. Die Erfüllung von Futures auf Aktienindizes erfolgt stets durch Barausgleich. Beim Barausgleich ist – anders als bei der effektiven Lieferung, bei der die Basiswerte bei Verfall zum vollen Vertragswert zu liefern sind – lediglich die Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und dem Kurs bei Erfüllung geschuldet (vgl. Swissbanking, Besondere Risiken im Effektenhandel, 2008, N. 97; John Hull, Optionen, Futures und andere Derivate, 8. A., München 2012, S. 66 und S. 96). Dies gilt auch für die an der Eurex gehandelten Futures auf den SMI (siehe www.eurexchange.com, Kontraktspezifikationen für Futures-Kontrakte und Optionskontrakte an der Eurex Deutschland und der Eurex Zürich, Ziff. 1.3.1 und 1.3.2, zuletzt besucht im Mai 2013). Eine Fremdfinanzierung liegt damit nicht vor. Vielmehr waren die Futures-Geschäfte von den Pflichtigen mit Privateinlagen von Fr. ... ausschliesslich eigenfinanziert. Die Einlagen entsprachen rund 40 % des Nettoeinkommens der Pflichtigen im Steuerjahr 2009. Damit erfolgte ein nicht unerheblicher Kapitaleinsatz in Form von Eigenkapital.

E. 4.3

Im Hinblick auf das eingesetzte Arbeitsvolumen kann offen bleiben, ob der Aufwand des Ehemanns – wie geltend gemacht – auf ein Arbeitspensum von 30 % zu quantifizieren war, verursachte der Handel mit Futures in einer Häufung von 174 Transaktionen unzweifelhaft einen gewissen Arbeitsaufwand. Da sich der Pflichtige beim Handeln mit Futures völlig autonom organisiert hatte und nicht in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden war, erfüllte er auch das Merkmal der frei bestimmten Selbstorganisation (vgl. Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Art. 17 DBG N. 7).

E. 5

Die Handelstätigkeit des Pflichtigen endete im ... 2009 mit einem Verlust von Fr. Dass der Pflichtige in Gewinnerzielungsabsicht handelte, wird durch dieses Ergebnis nicht in Frage gestellt: Zum einen ist der Handel mit Futures an sich auf das Erzielen von Spekulationsgewinnen ausgerichtet; zum andern erzielte der Pflichtige mit seiner Tätigkeit auch Gewinne. Insgesamt wurden dem Bank E-Konto im Verlauf der vier Monate "Variation Margin's" im Betrag von Fr. ... gutgeschrieben. Ferner spricht für das Vorliegen der Gewinnstrebigkeit auch das Verhalten des Pflichtigen, der den Handel aufgab, sobald er erkannt hatte, dass sich der angestrebte wirtschaftliche Erfolg auf Dauer nicht realisieren lässt. Denn wer wirklich eine Erwerbstätigkeit ausübt, wird sich in der Regel nach längeren Misserfolgen von der Zwecklosigkeit seines Unterfangens überzeugen lassen und die betreffende Tätigkeit aufgeben (vgl. BGr, 4. Juni 2004, 2A.68/2004, E. 1.3; von Ah, S. 7 ff.).

E. 6.1

Eine selbständige Erwerbstätigkeit liegt schliesslich nur vor, wenn der Steuerpflichtige in einer qualifizierten, d. h. planmässigen und anhaltenden (nachhaltigen), Weise am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Dieses Begriffsmerkmal umfasst seinerseits die Untermerkmale der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr, der Planmässigkeit sowie der Nachhaltigkeit der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr. Ob die Teilnahme am

wirtschaftlichen Verkehr planmässig, d. h. in systematischer Art und Weise erfolgt und in einem weiteren Sinn "professionell" ist, muss anhand von Indizien beurteilt werden. Dabei fallen insbesondere in Betracht der Einsatz erheblicher Fremdmittel, die Wiederanlage des erzielten Gewinns in gleichartige Vermögensgegenstände, der Einsatz spezieller Fachkenntnisse, der enge Zusammenhang mit der sonstigen beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen, die kurze Besitzdauer der veräusserten Sache (vgl. StE 2008 B 23.1 Nr. 62 E. 3.2.2; BGr, 2. Dezember 1999, StE 2000 B 23.1 Nr. 45 E. 2c; BGr, 29. Juli 2011, StE 2011 B 23.1 Nr. 71 E. 2.3 ; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Art. 18 DBG N. 23 ff. und 39; Peter Locher, Kommentar zum DBG, I. Teil, Therwil/Basel 2001, Art. 18 DBG N. 34 f.) oder die Ausübung der Tätigkeit im Rahmen einer Personengesellschaft (vgl. dazu BGE 125 II 113 E. 6a; BGr, 7. April 2009, 2C_869/2008, E. 2.4). Das Merkmal der Planmässigkeit grenzt die selbständige Erwerbstätigkeit von der schlichten Vermögensverwaltung und (in vielen Fällen) von der Liebhaberei (Hobby) ab. Da die Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr planmässig zu erfolgen hat und nicht bloss bei sich zufällig bietender Gelegenheit, muss sie innerhalb der massgebenden Zeitspanne anhaltend, d. h. nachhaltig, sein. Erforderlich ist eine Tätigkeit, die auf eine gewisse Dauer und auf Wiederholung ausgerichtet ist (Stocker, S. 4). Indizien für Nachhaltigkeit sind insbesondere die Häufigkeit der Geschäfte, die kurze Besitzdauer und die Wiederanlage des erzielten Gewinns in gleichartige Vermögensgegenstände (BGr, 31. März 2003, StE 2003 B 23.1 Nr. 55, insbesondere E. 3; VGr GR, 22. September 1998, StE 1999 B 23.1 Nr. 40 E. 4a [betreffend Wertschriftenhandel]; Ernst Höhn/Robert Waldburger, Steuerrecht – Band II, 9. A., Bern etc. 2002, § 43 N. 29). Ob die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr nachhaltig ist, beurteilt sich in erster Linie nach der Art der Tätigkeit und dem Marktbereich, in welchem sie ausgeübt wird. So setzt Nachhaltigkeit auf dem Gebiet des Wertschriftenhandels eine im Verhältnis zur Grösse und Diversifikation des Wertschriftenportfolios angemessene Bewirtschaftung voraus, was in der Zahl (Häufigkeit) von Käufen und Verkäufen sowie der Besitzdauer der Wertschriften zum Ausdruck gelangt.

E. 6.2.1

In dem Zeitraum von vier Monaten tätigte der Pflichtige fast täglich Futures-Geschäfte über sein Konto bei der Bank E, wobei er insgesamt mit einer grossen Anzahl Futures (482 FSMI) handelte. Bei ... Kontrakten bezog er eine Baisse-Position, bei ... Kontrakten eine Hausse-Position. Erfolgt auf dem Bank E-Konto Gutschriften ("Variation Margin") aus erfolgreich ausgeführten Futures-Geschäften, wurden sie vom Pflichtigen sogleich wieder in Futures investiert. Bevor es zur Erfüllung der Kontrakte in Form eines Barausgleichs kam, wurden die Geschäfte glattgestellt. Es ist den Pflichtigen Glauben zu schenken, wenn sie ausführen, hierfür sei eine genaue Beobachtung des Markts unerlässlich gewesen, wobei der Pflichtige nicht nur die Kursentwicklung des Indexes im Auge haben muss, sondern auch die dem Index zugrundeliegenden Werte, d. h. die an der Schweizer Börse kotierten Aktien. All dies deutet auf Planmässigkeit hin. Sodann ist vom Einsatz spezieller Fachkenntnisse auszugehen: Der Pflichtige ist heute hauptberuflich als ... tätig. Ein gewisses Know-how im Finanzbereich kann ihm jedoch nicht abgesprochen werden. Zwar liegt seine Karriere als Banker schon einige Zeit zurück, dies schliesst aber nicht aus, dass sich der Pflichtige sein einmal erworbenes Wissen als selbständiger Händler zu Nutzen machen konnte. Hinzu kommt, dass der Pflichtige bereits in den Jahren 2000 und 2001 als selbständiger Wertschriftenhändler tätig war.

E. 6.2.2

Es fragt sich allerdings, ob der Pflichtige, der seine Nebenbeschäftigung bereits nach einer viermonatigen Phase wieder aufgegeben hat, auch nachhaltig am wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen hat. Der Entscheid, die Händlertätigkeit einzustellen, gründete letztlich im fehlenden Geschäftserfolg bzw. der anhaltenden Pechsträhne des Pflichtigen. Dies, obwohl der Pflichtige ursprünglich beabsichtigte, sich mit dem Handel von Futures ein zweites Standbein neben seiner Firma aufzubauen und sich mit der Händlertätigkeit eine längerfristige Erwerbsmöglichkeit zu eröffnen. Der Pflichtige, der seine Tätigkeit nach kurzer Zeit wieder eingestellt hat, getreu seiner Einsicht, dass der angestrebte wirtschaftliche Erfolg wohl ausbleiben würde, darf jedoch nicht schlechter gestellt werden, als ein Selbständiger, der trotz einer anfänglichen Verlustphase die Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr fortsetzt. Die Nachhaltigkeit der Tätigkeit des Pflichtigen ist daher in Anbetracht der Umstände zu bejahen.

E. 7

Liegt eine planmässige und nachhaltige Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr vor, ist diese in aller Regel auch von einem Marktauftritt nach aussen begleitet. Damit spricht in diesen Fällen jeweils eine natürliche, aber grundsätzlich widerlegbare Vermutung für das Vorliegen des Kriteriums des Marktauftritts (VGr, 25. August 2010, SB.2010.00055, E. 2.5.6.2). Vorliegend nahm der Pflichtige über die Bank E, die Direct Clearing-Mitglied der Eurex Clearing AG ist, online am Future-Handel der Eurex teil (siehe www.eurexchange.com, Börsenmitglieder, zuletzt besucht im Mai 2013). Da die Teilnahme an einer Börse nur Effekthändlern offensteht, müssen Anleger Derivatgeschäfte mittels eines an der Börse zugelassenen Effekthändlers (sog. Broker) abschliessen (Roland Truffer in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. A., Basel 2011, Art. 7 BEHG N. 11; Emch/Renz/Arpagaus, N. 2265). Ein eigener Marktauftritt eines Anlegers, der Derivatgeschäfte mittels Effekthändler tätigt, erscheint damit ausgeschlossen. Das Verwaltungsgericht vertrat daher im Entscheid vom 14. September 1993 (StE 1994 B 23.1 Nr. 28) die Ansicht, im Bereich des staatlich reglementierten, allgemein bankvermittelten (börslichen oder ausserbörslichen) Wertpapierhandels könne es unter Vorbehalt weniger denkbarer Ausnahmen schon aus öffentlich-rechtlichen Gründen nie eine nach aussen hin sichtbare Teilnahme eines Pflichtigen am Wirtschaftsleben geben, mithin insoweit auch kein steuerbares Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit. An dieser Rechtsprechung kann nicht festgehalten werden: Der lizenzierte Börsenteilnehmer ist nichts Weiteres als der verlängerte Arm des Anlegers. Gerade beim Online-Trading – wie hier – ist die Tätigkeit des Effekthändlers nur noch formeller Natur (siehe Stephan Neidhardt/Markus Oehrli, Gewerbmässiger Weinhandel, Schweizer Treuhänder 3/03, S. 187 ff., S. 191). Für die Annahme eines Marktauftritts muss es daher genügen, wenn sich der Pflichtige via Effekthändler Zutritt zu einem ihm sonst verschlossenen Markt verschafft.

E. 8.1

Sind somit nach den vorstehenden Erwägungen die fünf kumulativ erforderlichen Merkmale des Tätigwerdens auf eigenes Risiko, des Einsatzes von Arbeit und Kapital, der frei bestimmten (Selbst-)Organisation, der Gewinnerzielungsabsicht sowie der (planmässigen und anhaltenden) Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr gegeben, ist die im Steuerjahr 2009 erfolgte Nebenerwerbstätigkeit des Pflichtigen als gewerbmässiger Wertschriftenhandel zu qualifizieren.

E. 8.2

Der Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit ist auf den ... 2009 festzulegen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, kann in Bezug auf die Zeitspanne vom ... bis ... 2009 noch nicht von gewerbsmässigem Handel gesprochen werden. In dieser Zeit reaktivierte der Pflichtige sein Bank E-Konto, wobei er in zehn verschiedene Aktientitel investiert war, die er Ende ... 2009 allesamt wieder veräussert hatte. Aus diesen Transaktionen resultierte ein Verlust von Fr. ..., welcher der privaten Vermögensverwaltung zuzuordnen ist. Demzufolge sind einzig die Verluste, die vom ... 2009 bis zum Zeitpunkt der Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit am ... 2009 anfielen, zum Abzug zuzulassen. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Der im Steuerjahr 2009 aus selbständigem Wertschriftenhandel des Ehemanns entstandene Verlust kann im Umfang von rund Fr. ... vom steuerbaren Einkommen abgesetzt werden.

E. 9

Da die Beschwerdeführenden grösstenteils obsiegen, rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 144 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 145 Abs. 2 DBG) und steht ihnen eine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1–3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 [VwVG] in Verbindung mit Art. 144 Abs. 4 und Art. 145 Abs. 2 DBG). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind auch die Kosten des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens neu zu verlegen.

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