

ZH_VERWALTUNGSGERICHT SB.2020.00050 vom 16. September 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-09-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__SB.2020.00050

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT SB.2020.00050 du 16 septembre 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT SB.2020.00050 del 16 settembre 2020

Regeste

Staats- und Gemeindesteuern 2011 | Qualifikation von Beteiligungen an Immobiliengesellschaften eines gewerbsmässigen Immobilienhändlers als Geschäftsvermögen Bejahung der Einsprachelegitimation (E. 2). Allgemein gilt, dass an die Zuordnung zum Privatvermögen beim gewerbsmässigen Liegenschaftenhändler hohe Anforderungen zu stellen sind. Dies hat sowohl für den Direktbesitz von Liegenschaften als auch für den indirekten Besitz über eine Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft zu gelten. Liegt gewerbsmässiger Immobilienhandel bei einem Steuerpflichtigen vor, greift die Vermutung, dass es sich bei einer Liegenschaft oder einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft dieses Steuerpflichtigen - abgesehen von selbstbewohnten Liegenschaften - um Geschäftsvermögen handelt. Den Pflichtigen gelingt es nicht, diese Vermutung zu entkräften (E. 3.7). Bestätigung der vom kantonalen Steueramt eingeschätzten Einkommenssteuerwerte, da die Pflichtigen keine darüber hinausgehende Anschaffungskosten geltend machten (E. 5). Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen

E. 2

Abteilung SB.2020.00050 Urteil der 2. Kammer vom 16. September 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Frei (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Verwaltungsrichterin Viviane Sobotich, Gerichtsschreiberin Corinna Bigler. In Sachen 1. A, 2. B, beide vertreten durch C AG, Beschwerdeführende, gegen Staat Zürich, vertreten durch das kantonale Steueramt, Dienstabteilung Recht, Beschwerdegegner, betreffend Staats- und Gemeindesteuern 2011, hat sich ergeben: I. A. Der mit B verheiratete A (nachfolgend: der/die Pflichtige bzw. die Pflichtigen) war von Mai 1989 bis August 2017 Inhaber der Einzelfirma A-Immobilien mit Sitz in E [...]. Den Pflichtigen gehören verschiedene Immobilien in der Schweiz (Mehrfamilienhäuser in F und in G, Stockwerkeinheiten in H und I sowie ein selbstbewohntes Einfamilienhaus in E). Neben dem Direktbesitz war der Pflichtige per 31. Dezember 2011 an den folgenden Immobiliengesellschaften beteiligt: - J AG (100 %) - K AG (50 %) - L AG (100 %) - M AG (50 %) - N AG (100 %) B. Mindestens seit 1998 besass der Pflichtige ein Mehrfamilienhaus in O. Anfang 2002 kaufte er von der K AG je ein Mehrfamilienhaus in F und in G. Im August 2002 verkaufte er eine Stockwerkeinheit in F und im Juni 2003 das Mehrfamilienhaus in O. Für die Steuerperiode 2003 wurde der Pflichtige erstmals als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler qualifiziert. C. Mit Veranlagungsverfügung für die direkte Bundessteuer bzw. Einschätzungsentscheid für die Staats- und Gemeindesteuern, beide vom 3. Dezember 2015, qualifizierte das kantonale Steueramt die beiden Mehrfamilienhäuser als Geschäftsvermögen und besteuerte die Erträge daraus als Einkünfte

aus selbständiger Erwerbstätigkeit. Ob auch die Beteiligungen an den Immobiliengesellschaften Geschäftsvermögen darstellen würden, wurde nicht angesprochen. In ihrer Einsprache vom 7. Januar 2016 beantragten die Pflichtigen, die Liegenschaftserträge seien nicht als Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Am 17. Juli 2017 wies das kantonale Steueramt die Einsprache einzig hinsichtlich der direkten Bundessteuer ab. Das daraufhin angerufene Steuerrekursgericht bestätigte in seinem Entscheid vom 29. Mai 2018 (1 DB.2017.155) die Qualifikation des Pflichtigen als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler und der beiden Mehrfamilienhäuser in F und G als Geschäftsvermögen. Zudem hielt es fest, es sei offenkundig, dass das Geschäftsmodell des Pflichtigen darin bestanden habe, Dienstleistungen im Liegenschaftsbereich durch seine Einzelfirma zu erbringen, während das eigentliche Halten der Liegenschaften in entsprechende Gesellschaften ausgelagert worden sei. Aus der Vielzahl der Beteiligungen sei zu schliessen, dass dieser Struktur ein Plan zugrunde liege, wie der Pflichtige im Liegenschaftsbereich auftreten wolle. Ein dergestalt planmässiger Zusammenhang führe bei einem gewerbsmässigen Liegenschaftenhändler dazu, dass die entsprechenden Beteiligungen zum Geschäftsvermögen zu zählen seien. Das Verwaltungsgericht wies am 5. Dezember 2018 die dagegen erhobene Beschwerde der Pflichtigen ab (SB.2018.00073). Zur Qualifikation der Beteiligungen äusserte sich das Verwaltungsgericht nicht. Dieser Entscheid, welcher wie die zugrunde liegende Einsprache einzig in Bezug auf die direkte Bundessteuer erging, erwuchs in Rechtskraft. D. Mit Einschätzungsvorschlag vom 18. März 2019 nahm das kantonale Steueramt das Einspracheverfahren, welches die Pflichtigen mit ihrer Einsprache vom 7. Januar 2016 eröffneten, auch hinsichtlich der Staats- und Gemeindesteuern wieder auf und stellte eine Einschätzung mit folgenden Faktoren in Aussicht: Steuerbares Einkommen Fr. ... Davon Ertrag aus qualifizierten Beteiligungen Fr. ... Satzbestimmendes Einkommen Fr. ... Steuerbares Vermögen Fr. ... Satzbestimmendes Vermögen Fr. ... Neben den Nettoerträgen aus den Mehrfamilienhäusern in F und G qualifizierte das kantonale Steueramt auch obgenannte fünf Beteiligungen an den Immobiliengesellschaften als Geschäftsvermögen. Entsprechend schätzte es die Dividende der J AG in Höhe von Fr. ... als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ein. Hinsichtlich der fünf Beteiligungen übernahm es die anteiligen nominellen Aktienkapitalanteile als für die Vermögenssteuer massgebliche Werte. Die von den Pflichtigen für die besagten Beteiligungen in der Steuererklärung 2011 deklarierten Werte von gesamthaft Fr. ... reduzierten sich dadurch auf gesamthaft Fr. ... Das kantonale Steueramt hielt dazu fest, es habe im Sinn eines widerlegbaren Vorschlags die anteiligen nominellen Aktienkapitalanteile als für die Einkommenssteuer massgebliche Werte übernommen, da davon auszugehen sei, dass aufgrund der erfolgten Begründung der Beteiligungsgesellschaften die entsprechenden Nominalbeträge einbezahlt worden seien und so den für die Einkommenssteuer massgeblichen Werten entsprechen würden. Sofern diese Annahme nicht zutreffend sein sollte, bat es die Pflichtigen um eine Stellungnahme unter Einreichung sachdienlicher Unterlagen, welche abweichende Einkommenssteuerwerte belegen würden. Weiter hielt es fest, dass der Einschätzungsvorschlag die Erkenntnisse aus dem Entscheid des Steuerrekursgerichts vom 29. Mai 2018 und dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Dezember 2018, beide betreffend die direkte Bundessteuer, berücksichtige. Die Pflichtigen lehnten den Einschätzungsvorschlag am 22. Mai 2019 ab. Am 25. Juli 2019 wies das kantonale Steueramt die Einsprache der Pflichtigen vom

7. Januar 2016 auch in Bezug auf die Staats- und Gemeindesteuern ab und schätzte diese gemäss Einschätzungsvorschlag vom 18. März 2019 ein. II. Gegen den Einspracheentscheid führten die Pflichtigen am 29. August 2019 Rekurs beim Steuerrekursgericht. Dieses wies die Rechtsmittel mit Entscheid vom 24. April 2020 ab. III. Gegen den Entscheid des Steuerrekursgerichts vom 24. April 2020 erhoben die Pflichtigen am 10. Juni 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragen, der Entscheid des Steuerrekursgerichts sei aufzuheben und die Einschätzung sei, unter Vornahme der interkantonalen Steuerausscheidung von Amtes wegen, wie folgt vorzunehmen: Steuerbares Einkommen Fr. ... Davon Ertrag aus qualifizierten Beteiligungen Fr. ... Satzbestimmendes Einkommen Fr. ... Steuerbares Vermögen Fr. ... Satzbestimmendes Vermögen Fr. ... Verrechnungssteuer 2011 Fr. ... Eventualiter sei der Rekursentscheid des Steuerrekursgerichts aufzuheben und die Einschätzung sei wie folgt vorzunehmen: Steuerbares Einkommen Fr. ... Davon Ertrag aus qualifizierten Beteiligungen Fr. ... Satzbestimmendes Einkommen Fr. ... Steuerbares Vermögen Fr. ... Satzbestimmendes Vermögen Fr. ... Verrechnungssteuer 2011 Fr. ... alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegner. Während das kantonale Steueramt die Abweisung der Beschwerden beantragte und das Steuerrekursgericht auf eine Vernehmlassung verzichtete, liessen sich die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) und das Steueramt der Gemeinde E nicht vernehmen. Die Kammer erwägt: 1. Mit der Steuerbeschwerde an das Verwaltungsgericht können laut § 153 Abs. 3 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 (StG) alle Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, und die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden.

E. 2.1

Die Befugnis zur Einsprache-, Rekurs- und Beschwerdeerhebung in Steuersachen setzt, einem allgemeinen prozessualen Grundsatz entsprechend, ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids voraus (sogenannte Beschwer). Fehlt dieses, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (VGr, 5. Dezember 2018, SB.2018.00073, E. 2; VGr, 25. Juni 2014, SB.2014.00035, E. 2; 27. Juni 2012, SB.2012.00019/SB.2012.00020, E. 2.1; RB 2001 Nr. 106, E. 2). Ein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die tatsächliche oder rechtliche Situation der beschwerdeführenden Partei durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann. Anders ausgedrückt besteht das schutzwürdige Interesse im praktischen Nutzen, den die erfolgreiche Beschwerde der betroffenen Partei in Bezug auf die im Streit liegende Steuerperiode eintragen würde, das heisst in der Abwendung eines materiellen oder ideellen Nachteils, den der angefochtene Entscheid für sie zur Folge hätte (vgl. BGE 131 II 587 E. 2.1; VGr, 5. Dezember 2018, SB.2018.00073, E. 2).

E. 2.2

Die Pflichtigen machen geltend, die Nichtanfechtung des Rekursentscheids habe die AHV-Beitragspflicht der Dividende der J AG über Fr. ... zur Folge. Sodann bewirke die tiefere Veranlagung des steuerbaren Vermögens eine künftig höhere Besteuerung allfälliger

Kapitalgewinne aus dem Verkauf der Beteiligungen.

E. 2.3

Das Steuerrekursgericht bejahte die Beschwer der Pflichtigen, da eine begründete Veranlassung zur Annahme bestünde, dass der vorliegende Rechtsstreit auch Auswirkungen auf die AHV haben könne. Zudem sei ihre Beschwer mit Bezug auf den Eventualantrag ohne Weiteres gegeben. Ob die Auswirkungen auf die AHV ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Rekursentscheids zu begründen vermögen, kann offenbleiben. Eine rechtsgenügende Beschwer der Pflichtigen ergibt sich auch direkt aus der umstrittenen Qualifikation der Beteiligungen zum Privat- oder Geschäftsvermögen. Stellen die Beteiligungen an den fünf Immobiliengesellschaften Privatvermögen dar, wie von den Pflichtigen verfochten wird, wäre ein Verkauf dieser grundsätzlich steuerfrei (§ 16 Abs. 3 StG). Gehören die Beteiligungen hingegen zum Geschäftsvermögen, würde ein allfälliger Gewinn der Einkommenssteuer unterliegen (§ 18 Abs. 2 StG). Den Pflichtigen kommt damit ein schutzwürdiges Interesse zu. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 3.1

Mit Urteil vom 5. Dezember 2018 bestätigte das Verwaltungsgericht, dass die beiden Mehrfamilienhäuser in F und G zum Geschäftsvermögen des Nebenerwerbs des Pflichtigen als gewerbmässiger Liegenschaftenhandel gehören. Vorliegend ist einzig strittig, ob dies auch auf die Beteiligungen des Pflichtigen an den fünf Immobiliengesellschaften zutrifft.

E. 3.2.1

Als Geschäftsvermögen gelten alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbstständigen Erwerbstätigkeit dienen. Gleiches gilt für Beteiligungen von mindestens 20 % am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, sofern der Eigentümer sie im Zeitpunkt des Erwerbs zum Geschäftsvermögen erklärt (§ 18 Abs. 3 StG).

E. 3.2.2

Auch ein gemischt genutzter Vermögenswert (sogenanntes Alternativgut) wie etwa eine Baulandparzelle, eine Kapitalanlageliegenschaft oder ein Ferienhaus gehört dem Geschäftsvermögen an, soweit und solange es ganz oder zumindest vorwiegend der selbstständigen Erwerbstätigkeit dient (Präponderanzmethode gemäss Art. 8 Abs. 2 Halbsatz 1 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 [StHG]; BGE 140 V 241 E. 4.2). Unter die Alternativgüter fallen namentlich auch die Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, da sie ihrem Wesen nach dem Privatvermögen oder ebenso gut dem Geschäftsvermögen angehören können. Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis ist eine Beteiligung dem Geschäftsvermögen zuzuordnen, falls diese ganz oder überwiegend in "enger Beziehung" zur selbstständigen Erwerbstätigkeit des Inhabers der Beteiligung steht. Andernfalls ist sie dem Privatvermögen zuzurechnen. Eine hinreichend enge Beziehung ist namentlich anzunehmen, wenn die Beteiligung dem Investor einen massgeblichen oder sogar beherrschenden Einfluss auf die Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft verschafft, deren geschäftliche Aktivitäten seiner eigenen selbstständigen Erwerbstätigkeit entsprechen oder diese sinnvoll ergänzen, was ihm erlaubt, die angestammte Geschäftstätigkeit auszuweiten (BGr, 25. Mai 2020, 2C_939/2019, E. 2.2.4; BGr, 25. November 2019, 2C_102/2019, E. 4.1). Als weitere Abgrenzungskriterien können im Einzelfall die äussere Beschaffenheit des Vermögenswertes, dessen tatsächliche Nutzung, die Herkunft der Mittel

zu dessen Finanzierung, das Erwerbsmotiv, die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse und auch dessen buchmässige Behandlung dienen (BGr, 23. Januar 2004, 2A.52/2003, E. 2.3).

E. 3.3.1

Der gewerbmässige Liegenschaftenhandel gilt als Sonderform der selbständigen Erwerbstätigkeit. Gewerbmässiger Liegenschaftenhandel liegt gemäss bundesgerichtlicher Praxis dann vor, wenn die steuerpflichtige Person An- und Verkäufe von Liegenschaften systematisch und mit der Absicht der Gewinnerzielung vornimmt. Erforderlich ist die Entwicklung einer Tätigkeit, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist. Als Indizien kommen in Betracht: Die systematische bzw. planmässige Art und Weise des Vorgehens (aktives, wertvermehrendes Tätigwerden durch Parzellierung, Überbauung, Werbung usw.; Erwerb in der offenkundigen Absicht, die Liegenschaft möglichst rasch mit Gewinn weiterzuverkaufen; Ausnützung der Marktentwicklung), die Häufigkeit der Liegenschaftsgeschäfte, der enge Zusammenhang eines Geschäfts mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person, der Einsatz spezieller Fachkenntnisse, die kurze Besitzdauer, die Verwendung der erzielten Gewinne bzw. deren Wiederanlage in gleichartige Vermögensgegenstände oder die Realisierung der Gewinne im Rahmen einer Personengesellschaft (BGr, 13. April 2017, 2C_784/2016, E. 4.2). Ein Indiz für eine selbständige Erwerbstätigkeit kann auch der Einsatz erheblicher Fremdmittel 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. Bei Mehrfamilienhäusern beträgt die 1. Hypothek in der Regel bis zu 2/3 des Verkehrswerts und die 2. Hypothek von 67 % bis 80 % des Verkehrswerts (VGr, 21. August 2019, SB.2019.00038, E. 3.3.1; VGr, 21. Dezember 2016, SB.2016.00109, E. 3.8 mit weiteren Hinweisen). Eine darüber hinausgehende Fremdfinanzierung indiziert Gewerbmässigkeit (vgl. VGr, 5. Dezember 2018, SB.2018.00073, E. 3.3).

E. 3.3.2

Wenn feststeht, dass haupt- oder nebenberuflicher Liegenschaftenhandel gegeben ist, bilden Beteiligungen an Immobiliengesellschaften ebenso die eigentliche Erwerbsgrundlage der entsprechenden Aktivitäten wie Grundstücke oder Anteile an solchen. Auf die rechtliche "Verpackung" des Gegenstands der Handelstätigkeit kann nicht abgestellt werden (Markus Reich/Julia von Ah in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer [DBG], Art. 18 DBG N. 16f).

E. 3.3.3

Eine Qualifikation als selbständiger Liegenschaftshändler führt jedoch nicht automatisch dazu, dass sämtliche von ihm gehaltenen Liegenschaften automatisch seinem Geschäftsvermögen zugehörig sind. Vielmehr muss diese Zuordnung für jede Immobilie einzeln geprüft werden (BGr, 13. April 2017, 2C_784/2016, E. 4.2; BGr, 22. März 2011, 2C_375/2010, E. 4.4). Aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots muss es auch einem gewerbmässigen Liegenschaftshändler erlaubt sein, nebst dem selbstbewohnten Wohneigentum noch weitere Liegenschaften im Privatvermögen zu halten. An die Zuordnung zum Privatvermögen sind allerdings hohe Anforderungen zu stellen (VGr, 4. Juli 2012, SB.2012.00001, E. 4.2.3).

E. 3.4

Das Steuerrekursgericht erwog in seiner ersten Entscheidung vom 29. Mai 2018 hinsichtlich der direkten Bundessteuer, aus der Vielzahl der Beteiligungen sei zu schliessen, dass dieser Struktur ein Plan zugrunde liege, wie der Pflichtige im Liegenschaftsbereich auftreten wolle. Ein dergestalt planmässiger Zusammenhang führe bei einem gewerbsmässigen Liegenschaftenhändler dazu, dass die entsprechenden Beteiligungen zum Geschäftsvermögen zu zählen seien. An dieser Beurteilung hielt es im hier angefochtenen Entscheid vom 24. April 2000 fest.

E. 3.5

Die Pflichtigen bringen dagegen vor, die Qualifikation als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler führe nicht automatisch dazu, dass sämtliche von ihm gehaltenen Liegenschaften seinem Geschäftsvermögen zugehörig seien. Vielmehr müsse diese Zuordnung für jede Immobilie einzeln geprüft werden. Bei Beteiligungen seien die Hürden, diese als Bestandteil des Geschäftsvermögens des Liegenschaftenhändlers zu betrachten, noch viel höher als beim Direktbesitz. Weder das kantonale Steueramt noch das Steuerrekursgericht hätten den erforderlichen Nachweis erbracht, dass jede Beteiligung des Pflichtigen für sich alleine bei objektiver Betrachtung am 31. Dezember 2011 erkennbar für dessen Geschäftszwecke verwendet worden sei. Die Vorinstanz habe sich auf die Umschreibung der Tätigkeitsfelder der einzelnen Gesellschaften und auf den Erwerbszeitpunkt bzw. auf die Deklaration derselben beschränkt. Die Beteiligungen dienten und dienen dem Pflichtigen einzig als private Kapitalanlage und als private Vorsorge, die er nun nach seiner erfolgten Pensionierung beanspruchen könne, zumal er als Selbständigerwerbender über keine Pensionskasse verfüge.

E. 3.6

Den Akten können die folgenden Informationen zu den Beteiligungen an den Immobiliengesellschaften entnommen werden:

E. 3.6.1

Die Z AG erfuhr am 23. September 2002 eine Statutenänderung, mit welcher der Zweck, die Firma und der Sitz geändert wurden und das Aktienkapital von Fr. ... auf Fr. ... erhöht wurde. Seit dem 30. September 2002 ist die Gesellschaft unter der Firma "J AG" mit Sitz in Y eingetragen und bezweckt den Erwerb usw. von Liegenschaften [...]. Die Pflichtigen deklarierten in den Jahren 1999–2001 eine Beteiligung an der Z AG und danach eine solche an der J AG. Seit der Statutenänderung vom 23. September 2002 ist der Pflichtige einziges Mitglied des Verwaltungsrats.

E. 3.6.2

Die K AG mit Sitz in X bezweckt den Erwerb, das Halten, die Veräusserung, das Vermieten usw. von Grundstücken [...]. In den Jahren 1999 bis 2011 hielt der Pflichtige 50 % der Anteile an der K AG. Bis am 20. Juni 2003 war der Pflichtige Delegierter des Verwaltungsrats der K AG. Im Jahr 2001 erwarb der Pflichtige die beiden Mehrfamilienhäuser in F und G von der K AG. Des Weiteren geht aus den Akten hervor, dass der Pflichtige eine Bürgschaftsverpflichtung zugunsten der K AG einging, wofür er Bürgschaftskommissionen fakturierte.

E. 3.6.3

Die L AG mit Sitz in P bezweckt den Erwerb und das Halten von sowie Handel mit Liegenschaften usw. Sie wurde am 27. Oktober 2008 in das Handelsregister eingetragen.

Gemäss Vertrag vom 10. November 2010 übernahm die L AG die Aktiven und Passiven der R-Genossenschaft, die per 27. Dezember 2010 im Handelsregister gelöscht wurde. Zwischen 1999 bis 2009 deklarierte der Pflichtige Anteile an der R-Genossenschaft und ab 2009 eine 100 % Beteiligung an der L AG.

E. 3.6.4

Die M AG mit Sitz in T und ab 10. Januar 2011 in E bezweckt den Erwerb usw. von Liegenschaften. Die Pflichtigen deklarierte erstmals in der Steuerperiode 2009 eine Beteiligung von 50 % (50 von 100 Aktien). Seit dem 22. September 2009 ist der Pflichtige einziges Mitglied des Verwaltungsrats.

E. 3.6.5

Die N AG mit heutigen Sitz in U (bis am 5. Juli 2016 noch in Y) wurde am 17. September 2002 in das Handelsregister eingetragen. Sie bezweckt u.a. den Erwerb, die Verwaltung, die Vermietung und den Verkauf von Immobilien. Die Pflichtigen deklarierten ab der Steuerperiode 2009 eine Beteiligung von 100 %. Bis am 16. Dezember 2014 war der Pflichtige Mitglied des Verwaltungsrats.

E. 3.6.6

Neben den streitbetroffenen Immobiliengesellschaften sass der Pflichtige noch bei weiteren Immobiliengesellschaften im Verwaltungsrat. So bezog er gemäss Steuererklärungen seit 2004 ein Verwaltungsrats honorar von der V AG, wo er heute noch als einziger Verwaltungsrat eingetragen ist. Auch bei der W AG war er bis am 14. Dezember 2012 Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift. An diesen beiden Immobiliengesellschaften war der Pflichtige jedoch nie beteiligt.

E. 3.7

Die vorliegend zu beurteilenden Beteiligungen stellen Alternativgüter dar, sodass diese dem Privat- oder dem Geschäftsvermögen zugeordnet werden können. Unerlässlich für die Qualifikation als Geschäftsvermögen ist allem voran das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit (BGr, 25. Mai 2020, 2C_939/2019, E. 2.4.2). Diese ist mit dem Nebenerwerb des Pflichtigen als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler gegeben. Wie von den Pflichtigen zu Recht geltend gemacht, muss es auch dem gewerbsmässigen Liegenschaftenhändler erlaubt sein, nebst dem selbstbewohnten Wohneigentum noch weitere Liegenschaften im Privatvermögen zu halten. Dies hat grundsätzlich auch für den indirekten Besitz an Liegenschaften über Immobiliengesellschaften zu gelten. Entgegen der Ansicht der Pflichtigen sind die Hürden für die Zuordnung von Beteiligungen an Immobiliengesellschaften zum Geschäftsvermögen jedoch nicht höher als beim Direktbesitz von Immobilien. Allgemein gilt, dass an die Zuordnung zum Privatvermögen beim gewerbsmässigen Liegenschaftenhändler hohe Anforderungen zu stellen sind (VGr, 4. Juli 2012, SB.2012.00001, E. 4.2.3). Dies hat sowohl für den Direktbesitz von Liegenschaften als auch für den indirekten Besitz über eine Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft zu gelten. Liegt gewerbsmässiger Immobilienhandel bei einem Steuerpflichtigen vor, greift die Vermutung, dass es sich bei einer Liegenschaft oder einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft dieses Steuerpflichtigen - abgesehen von selbstbewohnten Liegenschaften - um Geschäftsvermögen handelt. Den Pflichtigen gelingt es aus den nachfolgenden Gründen nicht, diese Vermutung zu entkräften:

E. 3.7.1

Ein wesentliches Indiz, dass die Beteiligungen dem Geschäftsvermögen und nicht dem Privatvermögen zugehörig sind, stellt die hohe Verschuldung der Pflichtigen dar. Gemäss den Steuererklärungen der Pflichtigen der Jahre 1999 bis 2009 waren deren Vermögenswerte stets zu mindestens 95 % fremdfinanziert. In den Jahren 1999, 2003–2008 überstiegen die Schulden die Vermögenswerte sogar leicht. 2010 reduzierte sich das Fremdkapital auf ca. 84 % und 2011 auf 71 %. Daraus folgt, dass auch alle fünf Beteiligungen an den Immobiliengesellschaften fast ausschliesslich fremdfinanziert waren und das für direkten Immobilienbesitz als noch gewöhnlich angesehene Fremdfinanzierungsverhältnis von rund 80 % bis auf das letzte Jahr stets überschritten wurde.

E. 3.7.2

Für eine gewerbsmässige Tätigkeit spricht sodann auch die hohe Anzahl von Beteiligungen an Immobiliengesellschaften sowie die jeweils hohe Beteiligung des Pflichtigen. So hält der Pflichtige an der J AG seit 2001 100 % der Anteile. Auch die Anteile an der L AG und der N AG stehen seit dem Erwerb der Beteiligung in seinem Alleineigentum. Zugleich ist der Pflichtige bei diesen drei Gesellschaften einziges Mitglied des Verwaltungsrats (bei der N AG bis am 6. Dezember 2014). Aufgrund seines Alleineigentums und der Stellung als einziger Verwaltungsrat hatte der Pflichtige einen unbeschränkten Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaften. An der K AG und der M AG hielt der Pflichtige nur 50 % und hatte damit keine beherrschende Kontrolle über die beiden Gesellschaften. Dass die K AG dennoch dem Geschäftsvermögen zugehörig ist, zeigt sich dadurch, dass der Pflichtige im Jahr 2002 die beiden Mehrfamilienhäuser in F und G von dieser erwarb, welche unbestritten zum Geschäftsvermögen des Pflichtigen gehören. Ein weiteres Indiz ist in der Bürgschaftsverpflichtung des Pflichtigen zugunsten der K AG zu sehen, wofür der Pflichtige Bürgschaftskommissionen fakturierte.

E. 3.7.3

Ein weiteres Indiz, dass die fünf Beteiligungen Geschäftsvermögen darstellen, ist in den wechselseitigen Schuld- und Forderungsverhältnissen des Pflichtigen mit den Gesellschaften zu sehen. So wiesen die Pflichtigen in ihren Steuererklärungen in den Jahren 2003 bis 2005 ein Guthaben gegenüber der J AG aus (2003: Fr. ... 2004: Fr. ... 2005: Fr. ...). In den Folgejahren deklarierten sie hingegen ebenso hohe Schulden gegenüber der J AG (2006: Fr. ...; 2007: Fr. ...; 2008: Fr. ...; 2009: Fr. ..., 2010: Fr. ...; 2011: Fr. ...). Gleiches Muster lässt sich bei der L AG bzw. deren Rechtsvorgängerin, der R-Genossenschaft, sowie auch bei der M AG erkennen. So deklarierten die Pflichtigen gegenüber der R-Genossenschaft in zahlreichen Jahren eine ausstehende Schuld (2003: Fr. ...; 2006: Fr. ...; 2007: Fr. ...; 2008: Fr. ...; 2009: Fr. ...; 2010: Fr. ...; 2011: Fr. ...) und in zwei Jahren ein relativ geringes Guthaben (2004: Fr. ...; 2005: Fr. ...). Gegenüber der M AG war die Bilanz der Pflichtigen bis zur streitbetroffenen Steuerperiode 2011 stets negativ (2009: Fr. ...; 2010: Fr. ...; 2011: Fr. ...), wurde danach aber positiv (2013: Fr. ...; 2014: Fr. ...; 2015: Fr. ...). Diese gegenseitigen Schuld- und Forderungsverhältnisse belegen, dass sich die Pflichtigen und die Immobiliengesellschaften gegenseitig finanzierten bzw. Kapital zur Verfügung stellten. Dies spricht dagegen, dass die fünf Beteiligungen lediglich eine private Kapitalanlage darstellen.

E. 3.7.4

Der Pflichtige führte über seinen Nebenerwerb als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler bislang keine Buchhaltung. Vor diesem Hintergrund kann das Indiz einer allfälligen Verbuchung nicht herangezogen werden.

E. 3.7.5

Zur Begründung, weshalb die fünf Beteiligungen dem Privatvermögen zugehörig seien, bringen die Pflichtigen einzig vor, diese dienten dem Pflichtigen als private Kapitalanlage und der privaten Vorsorge. Weitere Gründe bzw. Indizien für Privatvermögen machen sie nicht geltend. Aufgrund der hohen Fremdfinanzierung sowie den wechselseitigen Schuld- und Forderungsverhältnissen kann keine Rede davon sein, dass die fünf Beteiligungen dem Pflichtigen lediglich als private Kapitalanlage und der privaten Vorsorge dienen. Viel eher sprechen die oben aufgelisteten Indizien dafür, dass der Pflichtige seine gewerbsmässige Tätigkeit als Liegenschaftenhändler nicht nur über Direktbesitz, sondern auch über die Beteiligung an Immobiliengesellschaften ausübte. Das Steuerrekursgericht ist deshalb zu Recht davon ausgegangen, dass die Beteiligungen an den fünf Immobiliengesellschaften dem Geschäftsvermögen des Pflichtigen zuzuordnen sind.

E. 3.8.1

Des Weiteren bringen die Pflichtigen vor, die herkömmlichen Regeln für die Zuordnung eines Alternativguts zum Geschäfts- oder Privatvermögen würde aufgrund von § 18 Abs. 3 StG nicht für massgebliche Beteiligungen von mindestens 20 % gelten. Diesbezüglich bedürfe es einer ausdrücklichen Willensäusserung des Inhabers der Beteiligungsrechte. Eine solche Erklärung habe der Pflichtige weder explizit noch konkludent abgegeben. So fehle in den jeweiligen Wertschriftenverzeichnissen der Steuererklärung bei den Beteiligungen auch der Code "G" (für Geschäftsvermögen). Der unterlassene Code "G" müsse als Erklärung im Sinn von § 18 Abs. 3 StG interpretiert werden, sodass die Beteiligungen dem Privatvermögen zuzuscheiden seien.

E. 3.8.2

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. § 18 Abs. 3 StG gewährt einer steuerpflichtigen Person im Zeitpunkt des Erwerbs einer Beteiligung von mindestens 20 % die Möglichkeit, diese dem Geschäftsvermögen zuzuweisen. Die freiwillige Qualifikation von Beteiligungen als Geschäftsvermögen steht in engstem Zusammenhang mit der Beschränkung des Abzugs von privaten Schuldzinsen (§ 31 Abs. 1 lit. a StG) bzw. dem unlimitierten Abzug von geschäftlichen Schuldzinsen (vgl. Reich/von Ah in: Zweifel/Beusch [Hrsg.], Art. 18 DBG N. 57). Diese Option ermöglicht es dem Steuerpflichtigen, eine Beteiligung, die ihrer Funktion nach dem Privatvermögen zugehörig wäre, dem Geschäftsvermögen zuzuweisen. Entgegen der Ansicht der Pflichtigen führt der Verzicht auf die Option aber nicht zwingend dazu, dass die jeweilige Beteiligung nicht Geschäftsvermögen ist. Unabhängig von der Option gemäss § 18 Abs. 3 StG ist die Funktion einer Beteiligung für die Qualifikation als Geschäftsvermögen entscheidend. Dass die Pflichtigen die Option nicht wahrgenommen haben, steht einer Qualifikation als Geschäftsvermögen nicht entgegen.

E. 3.9.1

Ferner argumentieren die Pflichtigen, das kantonale Steueramt habe die Beteiligungen bis zur streitbetroffenen Steuerperiode als Privatvermögen betrachtet. Den Akten kann entnommen werden, dass die Qualifikation der Beteiligungen als Geschäftsvermögen bereits im Rahmen der Bücherrevision 2003 und 2004 zur Diskussion stand. Dazumal hatte

das kantonale Steueramt die Qualifikation nicht vorgenommen, da diese keinen Einfluss auf das Dispositiv der Einschätzung hatte. Im Schreiben vom 6. November 2017 hat sich das kantonale Steueramt dahingehend geäussert, dass eine definitive Qualifikation erst im Zeitpunkt des Verkaufs der Beteiligung nach Beurteilung aller Umstände getroffen werden könne. Im heutigen Zeitpunkt würden jedoch die Indizien überwiegen, die bei den Immobilien-Wertschriften für Geschäftsvermögen sprechen. Wie das Steuerrekursgericht zu Recht festhielt, können die Pflichtigen daraus nicht ableiten, dass das kantonale Steueramt ihre Auffassung, dass es sich um Privatvermögen handle, akzeptiert hat. Die Pflichtigen stören sich sodann daran, dass das kantonale Steueramt mit der Qualifikation nicht wie angetönt bis zu einem Verkauf gewartet hat. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich das Steuerrekursgericht in seinem Entscheid vom 29. Mai 2018 zur Qualifikation als Geschäftsvermögen äusserte und das kantonale Steueramt dies für die Einschätzung 2011 übernommen hatte. Aus dem Gesagten folgt, dass die Pflichtigen auch mit dieser Argumentation nichts zu ihren Gunsten ableiten können.

E. 4.1

Die Pflichtigen bringen weiter vor, das Verwaltungsgericht habe in seinem Urteil vom 5. Dezember 2018 (SB.2018.00073) eine Korrektur des selbständigen Erwerbseinkommens als nicht erforderlich erachtet. So sei das Einkommen aus selbständiger Tätigkeit bezüglich der direkten Bundessteuer 2011 mit Abweisung der erhobenen Beschwerde rechtskräftig auf Fr. ... festgesetzt worden, welches erheblich vom Einschätzungsvorschlag vom 18. März 2019 hinsichtlich Staats- und Gemeindesteuern von Fr. ... abweiche. Das Urteil des Verwaltungsgerichts entfalte eine gewisse Bindungswirkung auch hinsichtlich der Staats- und Gemeindesteuern.

E. 4.2

Die Differenz zwischen dem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundessteuer von Fr. ... und jenem betreffend die Staats- und Gemeindesteuern gemäss Einschätzungsvorschlag vom 18. März 2019 von Fr. ... setzt sich aus der streitbetroffenen Dividende von Fr. ... sowie Zinsen auf den Liegenschaftskonti F/G von Fr. ... zusammen. Weshalb die Zinsen auf dem Liegenschaftskonti F/G nicht auch bei der direkten Bundessteuer als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit veranlagt wurden, ist unklar. Im Wesentlichen ist die Differenz jedoch auf die streitbetroffene Dividende der J AG über Fr. ... zurückzuführen. Streitgegenstand des Verfahrens betreffend die direkte Bundessteuer 2011, welches mit dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. Dezember 2018 (SB.2018.00073) rechtskräftig abgeschlossen wurde, war einzig die Qualifikation der beiden Mehrfamilienhäuser in F und G als Privat- oder Geschäftsvermögen. Aus diesem Grund hat und musste das Verwaltungsgericht sich zur Qualifikation der Beteiligung an der J AG bzw. der Dividende von dieser nicht äussern. Das kantonale Steueramt hat die Qualifikation der Beteiligung an der J AG als Geschäftsvermögen erst im Einspracheverfahren hinsichtlich der Staats- und Gemeindesteuern 2011 berücksichtigt, welches am 18. März 2019 wiederaufgenommen wurde. Es stützte sich diesbezüglich auf eine Erwägung im steuerrekursgerichtlichen Urteil vom 29. Mai 2018, wonach auch die Beteiligungen an den Immobiliengesellschaften Geschäftsvermögen darstellen würden. Dass es überhaupt zu der vorliegend unterschiedlichen Behandlung der Beteiligungen an den Immobiliengesellschaften in der Veranlagung der direkten Bundessteuer bzw. in der Einschätzung der Staats- und Gemeindesteuern 2011 kommen konnte, ist darauf zurückzuführen, dass das kantonale Steueramt die Einsprachen nicht miteinander

behandelte. Den Pflichtigen ist zuzustimmen, dass die unterschiedliche Behandlung stossend ist; eine Bindungswirkung des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 5. Dezember 2018 besteht jedoch nicht, da die vorliegend umstrittene Frage in jenem Verfahren nicht Streitgegenstand war.

E. 5.1

Ferner ist die Höhe des Vermögenssteuerwerts der Beteiligungen an den fünf Immobiliengesellschaften zwischen den Parteien strittig.

E. 5.2.1

Immaterielle Güter und bewegliches Vermögen, die zum Geschäftsvermögen der steuerpflichtigen Person gehören, werden zu dem für die Einkommenssteuer massgeblichen Wert bewertet. Die Kantone können für Vermögen, das auf Rechte nach Artikel 8a entfällt, eine Steuerermässigung vorsehen (Art. 14 Abs. 3 StHG; in Kraft seit 1. Januar 2009 und für die Kantone verbindlich seit 1. Januar 2011). Mit dem Unternehmenssteuerreformgesetz II vom 23. März 2007, in Kraft seit 1. Januar 2009 mit zweijähriger Anpassungsfrist für die Kantone, wurde die frühere Ausnahme für Wertschriften im Geschäftsvermögen, welche nach dem Verkehrswert zu bewerten waren, abgeschafft (Daniel Dzamko-Locher/Hannes Teuscher in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG], 3. Aufl., Basel 2017, Art. 14 StHG N. 25).

E. 5.2.2

Im Kanton Zürich lautete die zu Art. 14 Abs. 3 StHG analoge Bestimmung bis Ende 2014 wie folgt: Immaterielle Güter und bewegliches Vermögen (ausgenommen Wertschriften), die zum Geschäftsvermögen der steuerpflichtigen Person gehören, werden zu dem für die Einkommenssteuer massgeblichen Wert bewertet (§ 39 Abs. 2 StG; in der bis 31. Dezember 2014 geltenden Form). Die für die Kantone ab 1. Januar 2011 zwingende Vorgabe von Art. 14 Abs. 3 StHG konnte im Kanton Zürich nicht rechtzeitig auf den 1. Januar 2011 in das StG überführt werden, sondern wurde erst in der ab 1. Januar 2015 geltenden Version angepasst, welche die Ausnahme bezüglich Wertschriften nicht mehr enthält (Felix Richner et al., Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., Zürich 2013, § 39 StG N. 4). Gemäss Art. 72h Abs. 2 StHG kam Art. 14 Abs. 3 StG nach Ablauf der Umsetzungsfrist von zwei Jahren per 1. Januar 2011 in den Kantonen direkt zur Anwendung, sofern die Umsetzung noch nicht erfolgt war. Damit sind Beteiligungen des Geschäftsvermögens auch im Kanton Zürich ab der Steuerperiode 2011 zu dem für die Einkommenssteuer massgeblichen Wert zu bewerten.

E. 5.2.3

Der Einkommenssteuerwert ist der für die Bemessung der Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit massgebliche Wert von beweglichem Geschäftsvermögen einschliesslich immaterieller Güter, also der Buchwert mit allfälligen steuerrechtlichen Korrekturen oder, wo nicht Buch geführt wird, der mittels Aufzeichnungen und Abschreibungstabellen geltend gemachte Wert, soweit er steuerrechtskonform ist (Dzamko-Locher/Teuscher in: Zweifel/Beusch [Hrsg.], Art. 14 StHG N. 26).

E. 5.3

Die Pflichtigen machen diesbezüglich geltend, nachdem das kantonale Steueramt die Einkommenssteuerwerte der Beteiligungen an den Immobiliengesellschaften seit

mindestens 2003 als Geschäftsvermögen betrachten würden und deren Einkommenssteuerwerte stets in der Höhe von über Fr. ... festgesetzt habe, müsse es sich darauf behaften lassen. Weiche es nun durch deren Kürzung auf den Nominalwert davon ab, nehme es faktisch eine steueramtliche Abschreibung im Umfang von Fr. ... vor, nämlich in der Höhe der Differenz von Fr. ... und Fr. Unter Berücksichtigung dieser einkommenswirksamen Korrektur sei das steuerbare Einkommen im Sinn des Eventualantrags auf null Franken festzusetzen.

E. 5.4

Der Pflichtige wird seit dem 1. Januar 2003 als gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler behandelt. Die Steuererklärungen zeigen, dass selbst die Pflichtigen ihre Beteiligungen in den meisten Jahren zum Nominalwert deklarierten. In der Steuererklärung 2003 deklarierten die Pflichtigen die 250 Aktien (100 %) an der J AG mit einem Steuerwert von Fr. ... und die 50 Aktien (50 %) an der K AG mit einem Steuerwert von Fr. Beide Werte entsprechen dem Nominalwert. Erstmals im Jahr 2008 deklarierten die Pflichtigen ihre 250 Anteile an der L AG, ebenfalls zum Nominalwert von Fr. 2009 kamen die Beteiligung an der M AG und der N AG hinzu. Die 50 Aktien an der M AG à nominal Fr. ... deklarierten die Pflichtigen zu einem Steuerwert von Fr. ..., d. h. das doppelte des Nominalwerts. Den 100 Aktien à nominal Fr. ... an der N AG massen die Pflichtigen einen Steuerwert von Fr. ... zu. Die beiden letzten Beteiligungen wurden bis in das streitbetroffene Steuerjahr 2011 zu diesen Werten deklariert. Der Steuerwert der Beteiligung an der J AG wurde ab der Steuerperiode 2006 signifikant erhöht. Jener der L AG wurde im Steuerjahr 2010 von Fr. ... auf Fr. ... und der Steuerwert der K AG im Jahr 2011 auf Fr. ... erhöht. Es ist unbestritten, dass der im Jahr 2011 gesamthaft deklarierte Steuerwert der fünf Beteiligungen von Fr. ... bei Weitem nicht dem massgebenden Einkommenssteuerwert entspricht. Eine Bindungswirkung des kantonalen Steueramts an diesen Wert würde gegen Art. 14 Abs. 3 StHG bzw. § 39 Abs. 2 StG verstossen und kommt vorliegend auch deshalb nicht infrage, da die Beteiligungen in den meisten Jahren zum Nominalwert deklariert wurden und die signifikanten Erhöhungen erst in den letzten Jahren erfolgten. Die Pflichtigen wurden vom kantonalen Steueramt aufgefordert, allfällig über den Nominalwert hinausgehende Anschaffungskosten geltend zu machen. Sie sind dieser Aufforderung weder im Einschätzungs- noch im Rechtsmittelverfahren nachgekommen. Vor diesem Hintergrund darf davon ausgegangen werden, dass die vom kantonalen Steueramt eingeschätzten Nominalwerte den Einkommenssteuerwerten entsprechen. Da das kantonale Steueramt an den von den Pflichtigen als Privatvermögen deklarierten Wert von Fr. ... nicht gebunden ist, löst die Reduktion auf die Nominalwerte auch keine steuermindernde Abschreibung aus. Der Eventualantrag ist damit abzuweisen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 6

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (§ 151 Abs. 1 in Verbindung mit § 153 Abs. 4 StG) und es steht ihnen keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 in Verbindung mit § 152 und § 153 Abs. 4 StG).