

Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel

§ 23 Nr. 5 (Steuererklärung Ziff. 150/151)

Gesetzliche Grundlagen

§ 21 Abs. 3 StG

I. Steuerbare Einkünfte

1. Allgemein

³ Die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei; vorbehalten bleibt die gesonderte Besteuerung der Grundstückgewinne.

§ 23 StG

3. Selbständige Erwerbstätigkeit

a) Grundsatz

¹ Steuerbar sind alle Einkünfte aus dem Betrieb eines Unternehmens wie Handel, Industrie, Gewerbe, Land- und Forstwirtschaft, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit.

² Für Steuerpflichtige, die eine ordnungsgemässe Buchhaltung führen, ist § 91 sinngemäss anwendbar.

§ 24 Abs. 1 StG

b) Kapital- und Liquidationsgewinne

¹ Zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit zählen auch alle Kapital- und Liquidationsgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen. Der Veräusserung gleichgestellt ist die Überführung von Geschäftsvermögen in das Privatvermögen oder in ausländische Betriebe oder Betriebsstätten.

§ 8 Abs. 1 VV StG

Selbständige Erwerbstätigkeit; ordnungsgemässe Buchhaltung § 23

¹ Als selbständige Erwerbstätigkeit gilt insbesondere auch der gewerbsmässige Handel mit Liegenschaften und Wertschriften.

Art. 16 Abs. 3 DBG

³ Die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei.

Art. 18 Abs. 1-3 DBG

Grundsatz

¹ Steuerbar sind alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit.

² 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 Betriebsstätten. Als Geschäftsvermögen gelten alle Vermögenswerte, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen; Gleiches gilt für Beteiligungen von mindestens 20 Prozent am Grund- oder Stammkapital einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, sofern der Eigentümer sie im Zeitpunkt des Erwerbs zum Geschäftsvermögen erklärt. Artikel 18b bleibt vorbehalten.

³ Für Steuerpflichtige, die eine ordnungsgemässe Buchhaltung führen, gilt Artikel 58 sinngemäss.

Weitere Grundlagen

Kreisschreiben ESTV Nr. 36 vom 27. Juli 2012: Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel.

Inhalt

1	Allgemeines	2
2	Begriffe	3
2.1	Wertschriften	3
2.2	Kryptowährungen	3
3	Abgrenzung selbständige Erwerbstätigkeit und Verwaltung des privaten Vermögens ...	3
3.1	Verwaltung des privaten Vermögens	3
3.2	Die selbständige Erwerbstätigkeit (Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel)	4
3.2.1	Exkurs: Gewerblicher Handel mit Kryptowährungen	7
4	Kreisschreiben ESTV Nr. 36	7
5	Bemessungsgrundlage	8
6	Beurteilungszeitpunkt	8
7	Direkte Bundessteuer	9

1 Allgemeines

Das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit umfasst laut § 23 Abs. 1 StG zum einen die Einkünfte aus Handel, Gewerbe, Industrie, Land- und Forstwirtschaft, zum andern aber auch jene aus den freien Berufen sowie aus „jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit.“ Das Gesetz definiert den Begriff der „selbständigen Erwerbstätigkeit“ jedoch

nicht weiter. Gemäss Lehre und Praxis wird unter dem steuerrechtlichen Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit letztlich jede Tätigkeit verstanden, bei der eine natürliche Person auf eigenes Risiko, unter Einsatz von Arbeit und Kapital, in einer frei gewählten Organisation und mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilnimmt (BGE 125 II 113, E. 5b; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar DBG, Art. 18 N. 6; REICH, § 15 N. 7). Die steuerrechtliche Beurteilung, ob eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, ist nach den Umständen des Einzelfalles vorzunehmen. Dabei ist das Gesamtbild der Tätigkeit ausschlaggebend (REICH, Steuerrecht, § 15 N. 9 f.). Über diese Einzelfallbeurteilungen existiert eine reichhaltige und vielfältige Rechtsprechung.

2 Begriffe

2.1 Wertschriften

Wertschriften im Sinne des vorliegenden Kapitels sind Wertpapiere sowie nicht verurkundete Rechte bzw. Wertrechte mit gleicher Funktion. Wertschriften im engeren Sinne können erneut in Wertpapiere im zivilrechtlichen Sinn mit vollen Mitgliedschaftsrechten (z.B. Aktien, Anteilen an Genossenschaften), mit bloss beteiligungsrechtlichen Vermögensrechten (z.B. Partizipationsscheine, Anteile an kollektiven Kapitalanlagen) oder mit Forderungsrechten (z.B. Obligationen) unterteilt werden. Ausserdem zählen zu den Wertschriften auch buchmässig registrierte Mitgliedschafts- und Forderungsrechte, Futures und Derivate (RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, a.a.O., Art. 18 N 47).

2.2 Kryptowährungen

Kryptowährungen sind digitale Rechnungseinheiten (Coins), die als Zahlungsmittel oder auch als Kapitalanlage dienen können und "peer to peer" also direkt zwischen Nutzern ohne Hilfe von Banken gehandelt werden. Die Transaktionen funktionieren über die Blockchain-Technologie, d.h., alle Transaktionen werden innerhalb eines Systems nach einem bestimmten Protokoll vielfach und dezentral gespeichert. Kryptowährungen sind vergleichbar mit Bankguthaben, wobei kein Anrecht auf Barauszahlung in CHF oder in einer anderen Währung besteht. Aktuell gibt es über tausend verschiedene Kryptowährungen. Für Kryptowährungen besteht kein global einheitlicher Umrechnungskurs. Sie werden über verschiedene elektronische Plattformen gehandelt, weshalb es zu unterschiedlichen Kursen kommt. Für die gängigsten Kryptowährungen publiziert die ESTV einen Jahresendsteuerwert (<https://www.ictax.admin.ch>).

3 Abgrenzung selbständige Erwerbstätigkeit und Verwaltung des privaten Vermögens

3.1 Verwaltung des privaten Vermögens

Die Verwaltung des eigenen Vermögens stellt keine Erwerbstätigkeit dar, auch dann nicht, wenn das Vermögen gross ist und die steuerpflichtige Person zu ihrer fortlaufenden

Orientierung eine kaufmännische Buchhaltung führt oder führen lässt (VON AH, Besteuerung Selbständigerwerbender, S. 10; KSG SGSTA.2008.147 i.S. F. vom 26. April 2010, E. 3.2).

Die Abgrenzung der blossen Vermögensverwaltung zur selbständigen Erwerbstätigkeit ist dabei nicht immer einfach. Dabei sind die Grenzen zwischen selbständiger Erwerbstätigkeit und privater Vermögensverwaltung fließend und können im Einzelfall u. U. besser gezogen werden, wenn nicht nur die in der fraglichen Bemessungsperiode abgewickelten Geschäfte zur Beurteilung herangezogen werden. Die Abgrenzung ist deshalb bedeutsam, weil sich damit unterschiedliche Rechtslagen für die Einkommensbesteuerung ergeben. Solange es um die laufenden Einkünfte geht, spielt die Abgrenzung im Bereich des Steuerrechts weitgehend eine theoretische Rolle; die laufenden Einkünfte sind nämlich immer steuerbar. Unterschiede geben sich aber bereits bei den Abzügen. Bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit sind die Abzüge weitaus reicher, insbesondere können Abschreibungen und Rückstellungen vorgenommen werden (vgl. § StB SO § 34 Nr. 1 Ziffer 3 ff.). Der Hauptunterschied zeigt sich aber bei der Veräusserung der Vermögensobjekte: Solange die Vermögensobjekte privat verwaltet wurden, sind bei der Veräusserung erzielte Kapitalgewinne (bezüglich beweglichem Vermögen) steuerfrei (§ 21 Abs. 3 StG). Dienten die Vermögensobjekte aber einer selbständigen Erwerbstätigkeit und gehörten sie deshalb zum Geschäftsvermögen, sind die Kapitalgewinne steuerbar (§ 24 Abs. 1 StG).

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts weisen folgende Indizien auf eine Tätigkeit hin, die das blosse Verwalten des privaten Vermögens übersteigt und bei der deshalb von einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen ist (StE 2002 B 23.1. Nr. 50; StE 2003 B 23.1 Nr. 51; BGer 10.08.2009, StR 64 [2009] 892 ff.):

Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit

- ein systematisches oder planmässiges Vorgehen;
- eine kurze Besitzdauer verbunden mit einer gewissen Häufigkeit an Transaktionen sowie die Grösse des Transaktionsvolumens;
- ein enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit sowie der Einsatz spezieller Fachkenntnisse;
- der Einsatz von erheblichen Fremdmitteln zur Finanzierung der Geschäfte;
- die Verwendung der erzielten Gewinne als Wiederanlage in gleichartige Vermögensgegenstände.

Diese Indizien müssen nach der Auffassung des Bundesgerichts nicht kumulativ erfüllt sein, um das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit anzunehmen. Sie sind im Einzelfall und den Umständen entsprechend allenfalls auch unterschiedlich zu gewichten (Urteil des BGer 2C_766/2010 vom 29. Juli 2011, in: StE 2011 B 23.1 Nr. 71, E. 2.3).

3.2 Die selbständige Erwerbstätigkeit (Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel)

Die Qualifikation der Gewerbsmässigkeit des Wertschriftenhandels beruht auf einer Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen (vgl. statt vieler Urteil BGer vom 2. Dezember 1999, ASA 69, 788 = StE 2000 B 23.1 Nr. 45). Eine positivrechtliche Normierung in den

Steuergesetzen wurde verschiedentlich angestrebt, jedoch noch nicht umgesetzt. Deshalb wird im Folgenden auf die weiterhin geltende Rechtsprechung des Bundesgerichts eingegangen. Das Bundesgericht hat mehrfach entschieden, dass die verschiedenen Merkmale zur Beschreibung der selbständigen Erwerbstätigkeit auch im Bereich des Handels mit Wertschriften anzuwenden sind.

Demnach gilt auch hier der Grundsatz, dass Wertschriften entweder dem Privat- oder dem Geschäftsvermögen zuzuordnen sind und dass Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit nur im Bereich des Geschäftsvermögens möglich ist. Soweit als der Handel mit Wertpapieren die schlichte Verwaltung von Privatvermögen übersteigt, liegt Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit vor. Erforderlich ist, dass die steuerpflichtige Person eine Tätigkeit entfaltet, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb ausgerichtet ist, respektive dass sie solche Geschäfte systematisch mit Gewinnabsicht betreibt. Nicht notwendig ist hier hingegen, dass die steuerpflichtige Person nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt oder dass die Tätigkeit in einem eigentlichen, organisierten Betrieb ausgeübt wird.

Beispiel - Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit

Herr Müller ist Direktor bei der Bank Vontal. Er verfügt über ein beträchtliches Vermögen, welches er in verschiedene Arten von Wertpapieren (v.a Derivate, Optionen) investiert hat. Im Jahr 2016 hat er 180 Transaktionen und im Jahr 2017 260 Transaktionen vorgenommen. Er erwarb dabei oft bestimmte Titel, um sie kurze Zeit später wieder zu veräussern. Aus den Transaktionen resultiert im Jahr 2016 ein Gewinn von CHF 350'000 und 2017 ein solcher von CHF 750'000.

Lösung:

Folgende Kriterien können zur Abgrenzung zwischen dem Vermögensverwalter und einem Wertschriftenhändler vorgenommen werden:

- Anzahl Transaktionen: spricht für Geschäftstätigkeit
- Berufskennntnisse: spricht für Geschäftstätigkeit
- keine Fremdfinanzierung: spricht für Vermögensverwaltung
- Art der Titel: Derivate sprechen für Geschäftstätigkeit
- kurze Besitzdauer: kurzfristige Geschäfte sprechen für Geschäftstätigkeit

Ob einfache Vermögensverwaltung oder auf Erwerb gerichtete Tätigkeit vorliegt, ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (Urteil des BGer 2C_868/2008 vom 23. Oktober 2009 E.2.4.).

Auch in der jüngeren Rechtsprechung zum Wertschriftenhandel hält das Bundesgericht an den Grundsätzen (vgl. Ziffer 3.1) fest. Es hat jedoch, insbesondere beim "Quasi-Wertschriftenhandel" eine Gewichtung der Indizien vorgenommen (Urteil des BGer

2C_868/2008 vom 23. Oktober 2009). Die Indizien "systematisches und planmässiges Vorgehen" und die "speziellen Fachkenntnisse" seien aufgrund des aktuellen Anlageverhaltens im Privatvermögen nicht mehr zeitgemäss und treten deshalb in den Hintergrund. Der Einsatz von Optionen (d.h. risikoreichem Verhalten) ist per se nicht ausschlaggebend. Demgegenüber stehen nachfolgende Kriterien im Vordergrund:

Höhe des Transaktionsvolumens

Die Häufigkeit der Geschäfte und die Kürze der Besitzdauer der Wertschriften sind Indizien dafür, dass die steuerpflichtige Person keine zumindest mittelfristige Kapitalanlage anstrebt, sondern auf eine rasche Erzielung eines Kapitalgewinns ausgerichtet ist und auch in Kauf nimmt, dass bedeutende Verluste entstehen könnten.

Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte

Der Einsatz von Fremdmitteln in der privaten Vermögensverwaltung ist eher atypisch. Normalerweise wird bei der gewöhnlichen Anlage von privatem Vermögen darauf geachtet, dass die Erträge den Aufwand übersteigen. Ist aber eine Fremdfinanzierung vorhanden, trägt die steuerpflichtige Person ein erhöhtes Risiko, welches ein Indiz für eine selbständige Erwerbstätigkeit darstellt. Sofern die Schuldzinsen und Spesen nicht durch periodische Einkünfte gedeckt werden können, sondern mittels Veräusserungsgewinnen beglichen werden müssen, kann von einer privaten Vermögensverwaltung nicht mehr die Rede sein.

Diese Gewichtung bedeutet keine grundsätzliche Abkehr von den bisherigen Grundsätzen, nimmt aber Rücksicht auf das auch im Privatvermögen veränderte Anlageverhalten. Das Bundesgericht hat diese in weiteren Entscheiden bestätigt und dabei präzisiert, dass sie auf die Bewirtschaftung von Portfolioanlagen zugeschnitten ist (Urteil BGer 2C_766/2010 vom 29. Juli 2011 und Urteil BGer 2C_385/2011 vom 12. September 2011). Die Veräusserung einer einzelnen Beteiligung ("nebenberuflicher Beteiligungshandel") ist somit anhand der allgemeinen Indizien für die Gewerbsmässigkeit zu beurteilen (vgl. Ziffer 3.1). Für die Bewirtschaftung eines Wertschriftenportefeuilles kommen die Kriterien mit der folgenden, modifizierten Gewichtung zum Tragen:

Indizien für Gewerbsmässigkeit bei der Bewirtschaftung eines Wertschriftenportefeuilles

Vorrangige Bedeutung

- Transaktionsvolumen (Häufigkeit der Geschäfte und kurze Besitzdauer)
- Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte

Untergeordnete Bedeutung

- systematisches und planmässiges Vorgehen
- Einsatz spezieller Fachkenntnisse

3.2.1 Exkurs: Gewerblicher Handel mit Kryptowährungen

Werden Guthaben in Kryptowährungen im Privatvermögen gehalten, sind Kapitalgewinne darauf steuerfrei (§ 21 Abs. 3 StG). Verluste auf Kryptowährungen können nicht zum Abzug zugelassen werden. Vorbehalten bleibt eine Qualifikation der Kryptowährung als Geschäftsvermögen. Dies setzt aber voraus, dass diese im Rahmen einer gewerblichen, auf Gewinn ausgerichteten Tätigkeit eingesetzt werden. Somit ist die generelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zur selbständigen Erwerbstätigkeit anwendbar (Ziffer 3.1). Danach erzielt die steuerpflichtige Person steuerbares Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit, wenn sie An- und Verkäufe von Vermögensgegenständen in einer Art tätigt, die über die schlichte Verwaltung von Privatvermögen hinausgeht.

Eine Geschäftstätigkeit ist demnach anzunehmen, wenn zum Beispiel Trading unter Bezug von Algorithmen oder beim digitalen Schürfen (Mining) mit spezieller Server-Infrastruktur betrieben wird.

4 Kreisschreiben ESTV Nr. 36

Gestützt auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat die ESTV im 2012 das Kreisschreiben Nr. 36 zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel publiziert. Es soll als Hilfsmittel zur Abgrenzung einer selbständigen Erwerbstätigkeit von der privaten Vermögensverwaltung dienen. Um ein höheres Mass an Rechtssicherheit zu gewährleisten, wurden für die Rechtsanwendung Kriterien ausgearbeitet, anhand derer im Rahmen einer Vorprüfung (sog. "Save-Haven-Regelung") gewerbsmässiger Wertschriftenhandel grundsätzlich ausgeschlossen werden kann, sofern die nachfolgenden Kriterien kumulativ erfüllt sind:

- Die Haltedauer der veräusserten Wertschriften beträgt mindestens 6 Monate.
- Das Transaktionsvolumen (entspricht der Summe aller Kaufpreise und Verkaufserlöse) pro Kalenderjahr beträgt gesamthaft nicht mehr als das Fünffache des Wertschriften- und Guthabenbestands zu Beginn der Steuerperiode.
- Das Erzielen von Kapitalgewinnen aus Wertschriftengeschäften bildet keine Notwendigkeit, um fehlende oder wegfallende Einkünfte zur Lebenshaltung zu ersetzen. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die realisierten Kapitalgewinne weniger als 50 % des Reineinkommens in der Steuerperiode betragen.
- Die Anlagen sind nicht fremdfinanziert oder die steuerbaren Vermögenserträge aus den Wertschriften (wie z.B. Zinsen, Dividenden, usw.) sind grösser als die anteiligen Schuldzinsen.
- Der Kauf und Verkauf von Derivaten (insbesondere Optionen) beschränkt sich auf die Absicherung von eigenen Wertschriftenpositionen.

Sind die im Rahmen der Vorprüfung aufgeführten fünf Kriterien kumulativ erfüllt, so liegt grundsätzlich kein gewerbsmässiger Wertschriftenhandel vor. Das Bundesgericht beurteilt das Kreisschreiben Nr. 36 der ESTV jedoch als Verwaltungsverordnung, welche für die Gerichte nicht verbindlich sind. So garantiere auch das Einhalten der fünf Bedingungen dem

Steuerpflichtigen nicht in jedem Fall, dass eine Besteuerung ausgeschlossen bleibt (Urteil BGer 2C_1255/2012 vom 26. Juni 2013).

Aus dem Kreisschreiben Nr. 36 der ESTV darf jedoch auch nicht geschlossen werden, dass bereits in jenen Fällen, in denen ein Kriterium erfüllt ist, Gewerbsmässigkeit vorliege. Vielmehr ist in einem solchen Fall anhand sämtlicher Umstände zu prüfen, ob Gewerbsmässigkeit vorliegt.

5 Bemessungsgrundlage

Der Gewinn aus der Veräusserung von Wertschriften wird definiert als positive Differenz zwischen dem Veräusserungserlös und den Gestehungskosten der Wertschriften, abzüglich der Kosten der Veräusserung. Der Nachweis der Gestehungskosten obliegt dem Steuerpflichtigen.

Von den steuerbaren Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit werden gemäss § 34 Absatz 1 StG die geschäfts- oder berufsmässig begründeten Kosten abgezogen. Dazu gehören insbesondere die eingetretenen und verbuchten Verluste auf Geschäftsvermögen (§ 34 Abs. 1 Bst. b StG). Geschäftsverluste können grundsätzlich nur dann steuerlich anerkannt werden, wenn sie verbucht worden sind. Dies setzt voraus, dass der Steuerpflichtige Bücher führt. Ist der Steuerpflichtige handelsrechtlich nicht zur Führung einer kaufmännischen Buchhaltung verpflichtet, schliesst dies nicht aus, dass die erlittenen Verluste abgezogen werden können. Wertschriftenverluste, die im Zusammenhang mit einer selbständigen Erwerbstätigkeit entstanden sind, können grundsätzlich ungeachtet der Buchführungspflicht (im handelsrechtlichen Sinn) berücksichtigt werden. Wenn eine kaufmännische Buchhaltung fehlt, muss der Steuerpflichtige Aufstellungen über Aktiven und Passiven, Einnahmen und Ausgaben sowie Privatentnahmen und Privateinlagen der Steuererklärung beilegen (vgl. § 141 Abs. 2 StG). Die Anforderungen an diese Aufstellungen richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art der Geschäftstätigkeit und deren Umfang. Erforderlich sind in jedem Fall geeignete Aufzeichnungen, die Gewähr für die vollständige und zuverlässige Erfassung des Geschäftseinkommens und -vermögens bieten sowie eine zumutbare Überprüfung durch die Steuerbehörden ermöglichen (Urteil BGer 2A.272/2003 vom 13. Dezember 2003, in: StE 2004, B 23.9 Nr. 7).

6 Beurteilungszeitpunkt

Die steuerpflichtige Person übt eine über die private Verwaltung hinausgehende selbständige Erwerbstätigkeit mit Wertschriften in derjenigen Steuerperiode aus, in welcher die von der Rechtsprechung aufgeführten Indizien erfüllt sind. Somit liegt Geschäftsvermögen vor.

Ordentlicher Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Frage, ob die steuerpflichtige Person eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausübt, ist das Vorliegen einer oder mehrerer Veräusserungen. Erst in diesem Zeitpunkt sind alle Umstände bekannt, die für die Beurteilung massgeblich sind.

Mit Blick auf die Unsicherheit und Volatilität der Wertschriftenmärkte ist es in der Praxis schwierig, im Voraus die Haltedauer von Wertschriften, den Zeitpunkt und die Anzahl der Transaktionen über eine längere Zeitdauer verbindlich festzulegen. Die Veranlagungsbehörden sind daher nur in eindeutigen Fällen in der Lage, zur Frage der Gewerbsmässigkeit des Wertschriftenhandels verbindliche Rechtsauskünfte abzugeben.

7 Direkte Bundessteuer

Die Regelung bei der direkten Bundessteuer ist identisch.