

Der private Kapitalgewinn ist tot! Lang lebe der private Kapitalgewinn!

«Die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei.»

Art. 16, Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Direkte Bundessteuer (DBG, 1990)



Von Patrick Burgy
*Partner, High Net Worth Individuals
Tax Services, KPMG, Zürich*

Der im Lead zitierte kurze Absatz, ein einfacher, affirmativer Satz, bestehend aus neun Wörtern, gehört sicher zu jenen Bestimmungen, dessentwegen uns ausländische Gesetzgeber, Juristen, Beamte und Rechtsunterworfenen, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen, beneiden. Die Sprache ist bürgernah und verständlich; dafür wird die schweizerische Gesetzgebung im Ausland auch seit langem zu Recht gerühmt.

Aber auch der Sinn der Aussage dieser Norm erschliesst sich ohne weiteres dem Gros der einheimischen Bevölkerung – PISA-Resultate hin oder her. Wenn da nicht die bösen (Quasi- oder gewerbsmässigen) Wertschriftenhändler wären, denen offenbar das Handwerk zu legen ist...

Vorgeschichte

Bekanntlich hat insbesondere die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) – mit der Hilfe des Bundesgerichtes (BGer.) – in einer Reihe von Entschei-

den eine Praxis entwickelt, welche der konsequenten Anwendung dieser augenscheinlich einfachen und klaren Regel zuwiderläuft und für die Steuerpflichtigen eine grosse Rechtsunsicherheit mit sich gebracht hat.

Vermeintlich steuerfreie Kapitalgewinne können nämlich flugs in steuerpflichtiges Einkommen umfunktioni-ert werden. Begründet wird dies damit, dass keine «private Vermögensverwaltung», sondern ein «gewerbsmässiger Wertschriftenhandel» vorliege. Wie wird man aber als privater Anleger plötzlich zum «gewerbsmässigen Wertschriftenhändler»?

Das BGer. hat in seinen Entscheiden folgende subjektiven Kriterien herangezogen:

- Systematische oder planmässige Art und Weise des Vorgehens
- Häufigkeit der Geschäfte und eine kurze Haltedauer
- Enger Zusammenhang der Transaktionen mit der beruflichen Tätigkeit sowie Einsatz spezieller Fachkenntnisse
- Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Transaktionen
- Wiederanlage der erzielten Gewinne in gleichartige Vermögensgegenstände

Gemäss BGer. und Praxis der Steuerverwaltungen ist zwar die Gesamtheit der Umstände des individuellen Sachverhaltes zu berücksichtigen, allerdings kann im Einzelfall auch die Erfüllung eines einzigen Kriteriums dazu führen, dass anstelle eines steuerfreien Kapitalgewinnes steuerbarer «gewerbsmässiger Wertschriftenhandel» angenommen wird.

Wer also seine Anlagen nicht plan- und wahllos nach dem Zufallsprinzip tätigt, wer seine Börsentransaktionen nicht ungeachtet irgendwelcher Kurs-

entwicklungen oder persönlicher Bedürfnisse – geschweige denn nach persönlichen Präferenzen – ausführt und seine Wertschriftenpositionen nicht über Jahre hinaus hält; wer seine Investitionen nicht bar jeder Fachkenntnis vornimmt oder irgendetwas mit Finanzen zu tun hat; wer als privater Anleger sich erdreistet, mittels Fremdfinanzierung einen Leverageeffekt erzielen zu wollen; und wer schliesslich erzielte Gewinne nicht ausserhalb des Wertschriftenbereiches reinvestiert, der riskiert, steuerlich als Selbständigerwerbender («gewerbsmässiger Wertschriftenhändler») behandelt zu werden, mit der Folge, dass jeder Kapitalgewinn als steuerbares Einkommen behandelt wird (was übrigens auch die Sozialversicherungen erfreut, da sie mit zusätzlichen rund 10% mitkassieren).

Pikanterweise – aber nicht ganz überraschend – ist es für Steuerpflichtige wesentlich schwieriger, sich im Verlustfall als «gewerbsmässige Wertschriftenhändler» anerkennen zu lassen und Börsenverluste vom übrigen Einkommen steuerlich abzuziehen («*toujours prendre, jamais rendre...*»). Es scheint zwischen dem Gang der Börse und der Lust des Fiskus, Kapitalgewinne besteuern zu wollen, respektive Kapitalverluste zuzulassen, eine gewisse Korrelation zu geben («*honni soit qui mal y pense...*»).

Eine Analyse aller verfügbaren Urteile durch KPMG im Herbst 2004 kommt zum Schluss, dass die erwähnten Beurteilungskriterien theoretischer Natur sind und dass der ausschlaggebende Faktor der Kapitalgewinn selbst ist (vgl. Charles Hermann und Roland Reding in Schweizer Bank 9/2005), was durch diverse Fälle belegt wird. Der Verdacht einer doch eher opportunistischen und fiskalistischen – moralisch verbrämten – Betrachtungsweise ist wohl schwer von der Hand zu weisen.

Dies deckt sich auch mit eigenen Erfahrungen. Originalton eines Beamten aus Bern: «Losit eis, Herr Büürsch, wenn miir daas zuelöö, de macht dää jo e stüürfreie Kapitaugwin vo zääh Milliooone... das geit doch niit!» (Frei übersetzt etwa: «Hören Sie mal, Herr Burgy, wenn wir das zulassen, dann macht der ja einen steuerfreien Kapitalgewinn von zehn Millionen... das geht doch nicht!») Es darf offenbar einfach nicht sein, was nicht sein darf!

Die dem föderalistischen Aufbau unseres Riesenstaates (trotz Familienförderung durch vielfältige Steuer-massnahmen hält sich die Bevölkerungszahl hartnäckig bei rund sieben Millionen) notwendigerweise entsprechend bunte und vielfältige Praxis der kantonalen Steuerverwaltungen hat das ihre zur Konfusion und Rechtsunsicherheit beigetragen.

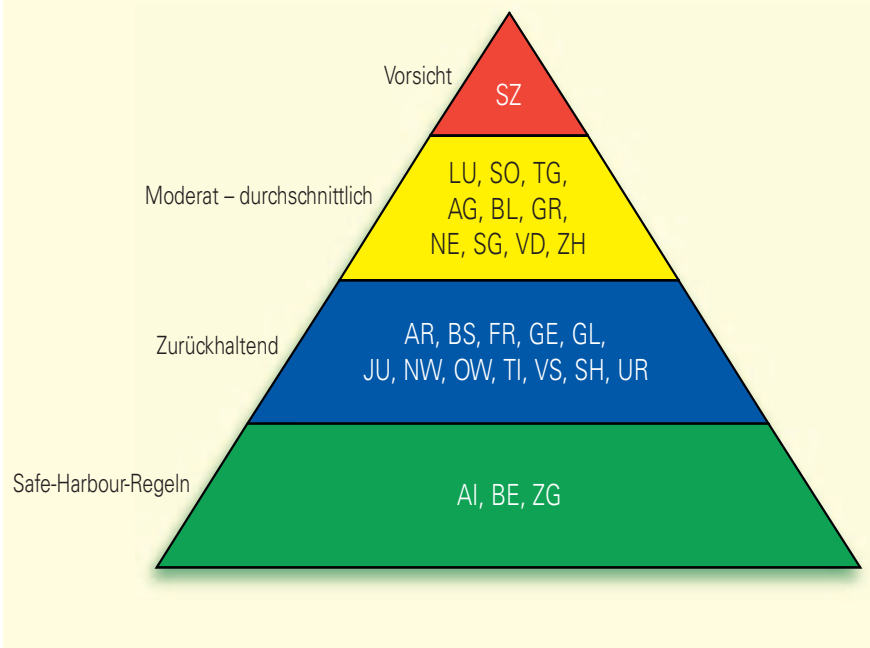
Immerhin, gewisse Kantone (Appenzell Innerrhoden, Bern, Zug) erlauben durch den Erlass von «Safe-Harbour-Rules» (objektive Kriterien) wenigstens eine Risikoabschätzung durch den Steuerpflichtigen.

Am anderen Ende der Skala liegt der Kanton Schwyz: Schon der minimale Einsatz von Fremdkapital oder der Erwerb von Derivaten führt zur Besteuerung allfälliger privater Kapitalgewinne.

Kreisschreiben Nr. 8 der ESTV vom 21. Juni 2005 «Gewerbmässiger Wertschriftenhandel» (KS 8)

«Um den Steuerpflichtigen Rechtssicherheit zu gewährleisten, hat die Schweizerische Steuerkonferenz (SSK, Vereinigung der kantonalen Steuerverwaltungen, Red.) Kriterien ausgearbeitet, anhand derer im Rahmen einer Vorprüfung gewerbmässiger Wertschriftenhandel ausgeschlossen werden kann. Sind diese Kriterien nicht kumulativ erfüllt, kann gewerbmässiger Wertschriftenhandel vorliegen. Es ist dann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu beurteilen, ob einfache Vermögensverwaltung oder selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt. Mit der Botschaft zur Unternehmenssteuerreform II wird der Bundesrat für den gewerbmässigen Wertschriftenhandel eine neue gesetzliche Regelung

Risikopyramide nach Kantonen (KPMG-Analyse)



vorschlagen.» Soweit die Einleitung des KS 8.

Vorweg: Man kann sich des Ein-drucks nicht erwehren, dass es weniger darum geht, den Steuerpflichtigen eine Rechtssicherheit – die man ihnen notabene zuvor genommen hat – «zu gewährleisten», sondern eher darum, die Interessen des Fiskus zu zementieren. Einmal mehr wird auf dem kalten (und falschen) Weg einer Verwaltungsweisung Recht (böse Zungen mögen sagen Unrecht) gesetzt – die berühmte «normative Kraft des Faktischen», welche einer beharrlichen Verwaltungspraxis inhärent ist («les gouvernements changent, l'administration reste»).

Welches sind die Kriterien dieser Vorprüfung? Wenn folgende Bedingungen *kumulativ* erfüllt sind, gehen die Steuerbehörden *in jedem Fall* von einer privaten Vermögensverwaltung und somit von steuerfreien privaten Kapitalgewinnen aus (Zitat):

1. Die Haltedauer der veräusserten Wertschriften beträgt mindestens ein Jahr.
2. Das Transaktionsvolumen (betragsmässige Summe aller Käufe und Verkäufe) pro Kalenderjahr beträgt gesamthaft nicht mehr als das Fünffache des Wertschriften- und Guthabenbestands zu Beginn der Steuerperiode.

3. Das Erzielen von Wertschriftengewinnen 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% aller steuerbaren Einkünfte in der Steuerperiode betragen.

4. Die Anlagen bzw. deren Transaktionen sind grundsätzlich allen Anlegern zugänglich und stehen nicht in direktem Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit bzw. sind nicht auf spezielle Kenntnisse aufgrund einer besonderen beruflichen Stellung zurückzuführen.

5. Die Anlagen sind nicht fremdfinanziert oder die steuerbaren Vermögenserträge aus den Wertschriften (wie z.B. Zinsen, Dividenden usw.) sind grösser als die anteiligen Schuldzinsen.

6. Der Kauf und Verkauf von Derivaten (insbesondere Optionen) beschränkt sich auf die Absicherung von eigenen Wertschriftenpositionen.

Während die Punkte 1 und 2 als Versuch einer Objektivierung von bundesgerichtlichen Kriterien gelten können, stellen die Kriterien 3 und 4 neue Anforderungen dar, welche viele Fragen aufwerfen, beispielsweise die Bewirtschaftung einer Kapitalleistung aus

Vorsorge, die definitionsgemäss «wegfallende Einkünfte zur Lebenshaltung» ersetzen soll.

Hier ist nicht der Ort für eine vertiefte Analyse. Es sei lediglich bemerkt, dass sich das deutsche Steuerrecht, das nicht gerade für seine Milde und Einfachheit berühmt ist, für eine Steuerfreiheit von privaten Kapitalgewinnen lediglich mit der Einhaltung einer Spekulationsfrist von zwölf Monaten begnügt. Da scheinen es die schweizerischen Steuervögte doch sehr viel phantasievoller und gründlicher nehmen zu wollen als ihre Kollegen nördlich des Rheins (die Schaffhauser mögen die geographische Vereinfachung verzeihen).

Man mag der Verwaltung Anerkennung dafür zollen, dass sie wenigstens einer Gruppe von Steuerpflichtigen ermöglichen will, Sicherheit zu erlangen über die steuerliche Behandlung ihrer Kapitalgewinne. Allein, man wird das Gefühl nicht los, dass es um eine schleichende, zunehmende, kalte Einführung einer allgemeinen Kapitalgewinnbesteuerung geht.

Botschaft und Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 23. Juni 2005 zur Unternehmenssteuerreform II: Quasi-Wertschriftenhandel

Der Bundesrat ist offenbar ebenfalls zur Erkenntnis gekommen, dass die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Praxis der Steuerbehörden weder Rechtssicherheit noch Gleichbehandlung gewährleisten, und zeigt sich bestrebt, mittels objektiver Kriterien die Praxis merklich zu vereinfachen.

Zwei quantifizierbare Alternativen sollen die Beurteilung erleichtern (identischer Entwurfstext für die direkte Bundessteuer, Art. 18, Abs. 2bis, und das Steuerharmonisierungsgesetz, Art. 8, Abs. 2bis; Zitat):

Veräusserungsgewinne aus Wertschriften, die nicht in funktionalem Zusammenhang mit einem von der steuer-

pflichtigen Person geführten Geschäftsbetrieb stehen, stellen nur dann Einkommen aus selbständiger Tätigkeit dar, wenn:

- a) die Wertschriften mit mindestens 20% Fremdkapital erworben wurden und nicht länger als fünf Jahre im Eigentum dieser Person waren; oder*
- b) der jährliche Verkaufserlös mindestens 500'000 Franken beträgt und das zu Beginn des Steuerjahres vorhandene Wertschriftenvermögen wertmässig mindestens zweimal umgeschlagen wurde.*

Zweifellos sind die vorgeschlagenen Kriterien einfacher und eindeutiger in ihrer Handhabung. Ob sie inhaltlich und sachlich allerdings tauglich sind, darf bezweifelt werden. Dies erhellen realistische Beispiele ohne weiteres wie folgt:

Wer eine Hypothek hat, muss sich die anteiligen Schulden an einen Wertschriftenerwerb anrechnen lassen, was die Überschreitung der 20%-Schwelle für den Normalverbraucher eher zur Regel als zur Ausnahme machen dürfte.

Eine weitere Situation könnte in der Umschichtung von Wertschriften in einen «Managed Account» bestehen. Wenn für 500'000 Franken derart umgeschichtet wird, können die Kriterien für die Steuerpflicht schnell gegeben sein, da die Veräusserung der Wertschriften einerseits und der Kauf der entsprechenden Fondsanteile etc. als doppelter Umsatz behandelt wird. Gilt die Liquidation eines Portfolios von 600'000 Franken, das zu Beginn des Jahres einen Wert von 250'000 Franken hatte, auch als «wertmässig mindestens zwei Mal umgeschlagen»?

Der Widerstand formiert sich

Der Cocktail, den uns SSK, ESTV und Bundesrat servieren, ist nicht sehr geniessbar. Der Souverän hat in der Abstimmung von 2001 die Einführung einer Kapitalgewinnsteuer klar (mit 2/3) abgelehnt.

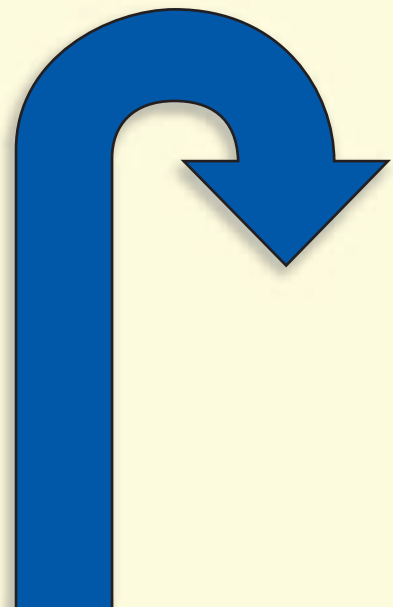
Durch eine hartnäckige Praxis soll durch die Hintertür die Besteuerung privater Kapitalgewinne, zumindest teilweise, wieder eingeführt werden. Woraus schliesst der Bundesrat auf ein solches Mandat?

Auch wenn es achtenswerte Gründe dafür gibt, weshalb man gegen die Steuerfreiheit von privaten Kapitalgewinnen sein kann: Der schweizerische Souverän hat sich wiederholt und klar darüber geäußert, was er will, nämlich die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne. Dieser Standortvorteil sollte nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt werden. Es steht den Behörden (Verwaltung, Gerichtsbarkeit und Regierung) nicht zu, den Willen des Souveräns zu missachten. Wenn aus politischen Gründen eine andere Meinung vertreten wird als die des Souveräns, dann ist das Thema auf dem ordentlichen politischen Weg anzugehen, um eine allfällige Änderung der Meinung des Souveräns herbeizuführen.

Nun ist die Politik gefordert, damit dem klaren Wortlaut des Gesetzes wieder Nachachtung verschafft wird.

Wie sagt doch das GPS im Auto, wenn man sich verfährt: «If at all possible, make a U-turn.» Geben Sie ein klares Handzeichen, liebe Bundesräte; kehren Sie um, noch ist Zeit! •

Besteuerung privater Kapitalgewinne: Kurskorrektur dringend



Und nochmal, weil's so schön ist: DBG Art. 16, Abs. 3: «Die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei.»