

# Der steuerfreie Kapitalgewinn

## Eine Bestandesaufnahme

Peter Hongler/Josiane Weder/Ivo Graf



*Peter Hongler, Prof. Dr.,  
dipl. Steuerexperte, Ordentlicher  
Professor für Steuerrecht an der  
Universität St. Gallen (HSG)*



*Josiane Weder, M. A.  
in Law and Economics,  
Doktorandin am Lehrstuhl  
für Steuerrecht an der  
Universität St. Gallen*



*Ivo Graf, Mitarbeiter  
ILE-HSG*

Der steuerfreie Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG hat eine bewegte Geschichte. Die Debatten um den Anwendungsbereich des steuerfreien Kapitalgewinns waren und sind weiterhin intensiv und emotional aufgeladen. Der vorliegende Beitrag dient dazu, zu zeigen, ob und in welchen Fällen es den steuerfreien Kapitalgewinn noch gibt. Ein besonderer Fokus liegt auf konzeptionellen Unterschieden bei der Definition des Kapitalgewinns in einzelnen Abgrenzungsfragen.

*Le gain en capital exonéré d'impôt selon l'art. 16 al. 3 LIFD a une histoire mouvementée. Les débats sur le champ d'application du gain en capital exonéré d'impôt ont été et restent intenses et chargés d'émotion. Le présent article a pour but de montrer si et dans quels cas le gain en capital exonéré existe encore. Un accent particulier est mis sur les différences conceptuelles dans la définition du gain en capital dans certaines problématiques de délimitation.*

## Inhalt

<b>1</b>	<b>Einleitung</b> . . . . .	<b>206</b>	<b>4.3</b>	<b>Abgrenzung zwischen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit und steuerfreiem Kapitalgewinn</b> . . . . .	<b>218</b>
<b>2</b>	<b>Entstehungsgeschichte von Art. 16 Abs. 3 DBG</b> . . . . .	<b>206</b>	4.3.1	Übersicht . . . . .	218
<b>2.1</b>	<b>Die Steuerharmonisierung als Auslöser</b> . . . . .	<b>206</b>	4.3.2	Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung . . . . .	219
<b>2.2</b>	<b>Der bundesrätliche Entwurf zum DBG und StHG</b> . . . . .	<b>207</b>	4.3.3	Entscheidungsauswertung . . . . .	219
<b>2.3</b>	<b>Die Beratungen im Parlament</b> . . . . .	<b>208</b>	4.3.4	Wann liegt ein steuerfreier Kapitalgewinn vor? . . . . .	221
2.3.1	Vorbemerkungen . . . . .	208	4.3.5	Zwischenfazit . . . . .	222
2.3.2	Ständerat (1986) . . . . .	208	<b>4.4</b>	<b>Steuerfreier Kapitalgewinn vs. Beteiligungserträge</b> . . . . .	<b>223</b>
2.3.3	Nationalrat (1987 und 1989) . . . . .	209	4.4.1	Vorbemerkungen . . . . .	223
<b>2.4</b>	<b>Zwischenfazit</b> . . . . .	<b>210</b>	4.4.2	Gesetzgeberische Entwicklungen . . . . .	223
<b>3</b>	<b>Auslegung von Art. 16 Abs. 3 DBG – Grundsätze</b> . . . . .	<b>211</b>	4.4.3	Transponierung und indirekte Teilliquidation . . . . .	223
<b>3.1</b>	<b>Übersicht</b> . . . . .	<b>211</b>	4.4.4	Rückkauf eigener Aktien . . . . .	224
<b>3.2</b>	<b>Was ist ein Kapitalgewinn?</b> . . . . .	<b>211</b>	4.4.5	Zwischenfazit . . . . .	224
<b>3.3</b>	<b>Was ist eine Veräusserung?</b> . . . . .	<b>213</b>	<b>4.5</b>	<b>Steuerfreier Kapitalgewinn vs. steuerbare Zinsen</b> . . . . .	<b>225</b>
<b>3.4</b>	<b>Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Auslegung</b> . . . . .	<b>214</b>	4.5.1	Übersicht . . . . .	225
<b>3.5</b>	<b>Zwischenfazit</b> . . . . .	<b>214</b>	4.5.2	Steuerliche Behandlung von Marchzinsen . . . . .	225
<b>4</b>	<b>Abgrenzung zu anderen Einkünften</b> . . . . .	<b>215</b>	4.5.3	Steuerliche Handhabung von strukturierten Produkten . . . . .	226
<b>4.1</b>	<b>Einleitung</b> . . . . .	<b>215</b>	4.5.4	Zwischenfazit . . . . .	227
<b>4.2</b>	<b>Steuerfreier Kapitalgewinn vs. Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit</b> . . . . .	<b>215</b>	<b>5</b>	<b>Die Gretchenfrage: wirtschaftliche Betrachtungsweise – ja oder nein?</b> . . . . .	<b>228</b>
4.2.1	Übersicht . . . . .	215	<b>6</b>	<b>Verhältnis zum DBA-Recht</b> . . . . .	<b>229</b>
4.2.2	Was sind Mitarbeiteraktien? . . . . .	216	<b>7</b>	<b>Schlussfolgerungen</b> . . . . .	<b>230</b>
4.2.3	Umqualifikation des Gewinns in Lohn bei der Veräusserung von Gründeraktien? . . . . .	217		Literatur . . . . .	231
4.2.4	Zwischenfazit . . . . .	218		Materialien . . . . .	233
				Anhang 1 . . . . .	235

## 1 Einleitung

Die Einführung einer Kapitalgewinnsteuer ist in der Schweiz ein politischer Dauerbrenner. Allerdings ist das Thema hochkomplex und vielschichtig. Das Ziel des vorliegenden Beitrages ist es, eine Bestandsaufnahme des Anwendungsbereichs des steuerfreien Kapitalgewinns nach Art. 16 Abs. 3 DBG zu erstellen. Dies ist notwendig, um steuerpolitisch eine klare Analyse vorzunehmen, was die Wirkung einer Kapitalgewinnsteuer wäre.

Der Beitrag soll die Frage klären, ob und in welchen Fällen es den steuerfreien Kapitalgewinn<sup>1</sup> noch gibt. Ein besonderer Fokus liegt auf konzeptionellen Unterschieden bei der Definition des Kapitalgewinns in einzelnen Abgrenzungsfragen. Beginnen werden wir mit einer kurzen Entstehungsgeschichte des Art. 16 Abs. 3 DBG.

1 Unter einem «steuerfreien Kapitalgewinn» wird nachfolgend der von der Einkommenssteuer befreite Kapitalgewinn aus der Veräusserung von Privatvermögen nach Art. 16 Abs. 3 DBG bzw. Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG verstanden.

## 2 Entstehungsgeschichte von Art. 16 Abs. 3 DBG

### 2.1 Die Steuerharmonisierung als Auslöser

Mitte des letzten Jahrhunderts herrschte eine starke Heterogenität zwischen den kantonalen Steuergesetzen.<sup>2</sup> Diese «Rechtszersplitterung» der kantonalen Steuergesetze stellte ein Hindernis für den Wirtschaftsraum Schweiz dar.<sup>3</sup> Daher mehrten sich in den 1960er-Jahren die Stimmen für eine Vereinheitlichung der Einkommens- und Vermögenssteuern.<sup>4</sup> Dieser Forderung kam die Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren («FDK») 1968 nach und beauftragte eine Arbeitsgruppe – die sog. «Kommission Ritschard» –, einen Entwurf auszuarbei-

2 SIMONEK, Art. 129 BV N 4.

3 SIMONEK, Art. 129 BV N 4.

4 Botschaft Neuordnung Finanz- und Steuerrecht, 1475. Der erste, der eine Harmonisierung forderte, war Ernst Blumenstein im Jahr 1920 (CAGIANUT, Art. 42<sup>quinquies</sup> aBV, Entstehungsgeschichte, 2).

ten.<sup>5</sup> Basierend auf den Ergebnissen der Arbeitsgruppe sprach sich die FDK dafür aus, die Steuerharmonisierung als beschränkte Bundeskompetenz in die Verfassung aufzunehmen.<sup>6</sup> Ziel dieser neuen Bestimmung war es, gewisse direkte Steuern in vertikaler Sicht – also zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden – zu vereinheitlichen.<sup>7</sup> Volk und Stände stimmten dem Vorhaben, der Verfassungsrevision zu Art. 42<sup>quinquies</sup> aBV, am 12.6.1977 zu.<sup>8</sup>

Art. 42<sup>quinquies</sup> aBV oder in der geltenden Fassung Art. 129 BV bildete die Grundlage für das DBG und StHG.<sup>9</sup> Daher begannen nach der Abstimmung auch schon die Arbeiten zum StHG und im Anschluss zum DBG.<sup>10</sup> Wegen des engen sachlichen Zusammenhangs wurden die beiden Gesetze aufeinander abgestimmt.<sup>11</sup>

Von besonderem Interesse ist die Handhabung der Kapitalgewinne auf Privatvermögen in diesen beiden Entwürfen. Darauf geht das nächste Kapitel ein.

## 2.2 Der bundesrätliche Entwurf zum DBG und StHG

Am 25.5.1983 lagen die Botschaft und der Entwurf des Bundesrates zu den Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer vor.<sup>12</sup>

Was die Besteuerung der Kapitalgewinne aus beweglichem Privatvermögen anbelangt, so sahen die Entwürfe vor, diese steuerfrei zu belassen, soweit sie nicht der Beteiligungsgewinnsteuer (oder als Beteiligungen an Immo-

biliengesellschaften der kantonalen Grundstücksgewinnsteuer) unterstellt waren.<sup>13</sup>

Im Entwurf war eine Beteiligungsgewinnsteuer im Sinne des St.Galler Modells vorgesehen.<sup>14</sup> Unter der Beteiligungsgewinnsteuer wurde eine Sondersteuer verstanden, welche Kapitalgewinne auf wesentlichen Beteiligungen im Privatvermögen besteuerte. Als wesentlich galten Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft, die mindestens 20 %<sup>15</sup> des Grund- oder Stammkapitals oder der Stimmrechte ausmachten.<sup>16</sup>

Obwohl die Beteiligungsgewinnsteuer im Vernehmlassungsverfahren zu den umstrittensten Punkten gehörte,<sup>17</sup> galt sie gemäss dem Bundesrat als die «sachlich und praktisch angemessenste Lösung».<sup>18</sup> Denn weder die Besteuerung noch die Freistellung aller Kapitalgewinne auf beweglichem Privatvermögen überzeugte den Bundesrat.<sup>19</sup> Zwar wäre eine umfassende Kapitalgewinnsteuer auf dem beweglichen Privatvermögen aus Gründen der Systemkonformität und der Steuergerechtigkeit angebracht, jedoch zieht sie zahlreiche Nachteile mit sich, welche sie wiederum fiskalisch uninteressant machen.<sup>20</sup> Erwähnt wurden der erhebliche Verwaltungsaufwand, die unvollständige Deklaration der Gewinne sowie die mit der Besteuerung der Kapitalgewinne einhergehende allgemeine Verlustverrechnung, welche das Steuersubstrat erodieren lässt. Aber auch eine völlige Freistellung der privaten Kapitalgewinne überzeugte nicht, verstoße sie doch gegen das Gesamtreineinkommensprinzip und kreierte eine Lücke im System.<sup>21</sup> Diese Lücke verleite sodann

5 Botschaft Neuordnung Finanz- und Steuerrecht, 1476. Konkret sollte die Kommission ein Mustergesetz über die direkten kantonalen und kommunalen Steuern sowie ein interkantonales Konkordat zur Vereinheitlichung der kantonalen Einkommens- und Vermögenssteuer erstellen.

6 Botschaft Neuordnung Finanz- und Steuerrecht, 1476 f. Die FDK stimmte dem Mustergesetz zu, jedoch erachtete sie ein interkantonales Konkordat für die Durchsetzung der Harmonisierung als ungenügend, da Kantone nicht zum Beitritt verpflichtet werden können und damit lediglich eine horizontale und keine vertikale Harmonisierung erreicht werden kann (Botschaft Neuordnung Finanz- und Steuerrecht, 1476). Für eine Übersicht zur ebenfalls diskutierten Variante «Einheitsgesetz» siehe REICH/BEUSCH, Vor Art. 1/2 StHG N 25.

7 YERSIN/BERGER, Steuerharmonisierung und kantonales Recht, 97.

8 Bericht Volksabstimmung 12.6.1977, 1504 (Abstimmungsergebnis); Bundesbeschluss über die Steuerharmonisierung vom 17.12.1976, 1538 (Verfassungstext). Unterstützend wirkte der Umstand, dass die Verfassungsänderung separat zur Abstimmung kam und von umstrittenen Abstimmungsvorlagen überschattet wurde (CAGIANUT, Art. 42<sup>quinquies</sup> aBV, Entstehungsgeschichte, 3).

9 DANON/MALEK, Art. 129 BV N 10.

10 LOCHER, Vorbemerkungen DBG, N 26.

11 Botschaft StHG und DBG, 1 und 7. Daher wurde auch nur eine Botschaft vorgelegt.

12 Botschaft StHG und DBG, 1 ff.

13 Botschaft StHG und DBG, 91 (zum StHG), 161 (zum DBG). Den Kantonen wurde es jedoch freigestellt, eine weitergehende Besteuerung, also z. B. eine umfassende Kapitalgewinnsteuer, zu erheben (Botschaft StHG und DBG, 40).

14 Botschaft StHG und DBG, 294 ff. (StHG) sowie 331 ff. (DBG), auch zum Folgenden; REICH/WEIDMANN, Art. 16 DBG N 44. Zu diesem Zeitpunkt kannten die Kantone St.Gallen und Wallis eine Beteiligungsgewinnsteuer und die Kantone Basel-Stadt und Solothurn eine umfassende Kapitalgewinnsteuer (NOEL, Art. 16 LIFD N 61).

15 Begründet wurden die 20 % damit, dass diese Aktionäre einen massgebenden Einfluss auf den Geschäftsgang haben und ihre Stellung mit derjenigen von Teilhabern an Personengesellschaften vergleichbar sei (Botschaft StHG und DBG, 40 f.). Die Beteiligungsgrenze lässt sich «rational kaum eindeutig beantworten», weswegen auf das Bundesrecht und das Recht der meisten Kantone verwiesen wird, welche bei 20 % die Grenze zwischen wesentlichen und übrigen Beteiligungen ziehen (Botschaft StHG und DBG, 41).

16 Botschaft StHG und DBG, 41 f. Weitere Eckpunkte der Steuern waren die volle gegenseitige Verlustverrechnung und die Steuerermässigung ab einer Besitzdauer von zehn Jahren.

17 Botschaft StHG und DBG, 39. Erwähnt wird, dass die stille Mehrheit dafür war, während die Gegnerschaft «aus den Kreisen der potentiell Betroffenen, insbesondere der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften», bestand.

18 Botschaft StHG und DBG, 38.

19 Botschaft StHG und DBG, 37.

20 Botschaft StHG und DBG, 37, auch zum Folgenden.

21 Botschaft StHG und DBG, 38.

zu unerwünschten Manövern, wenn z. B. durch geschickte Wahl der zivilrechtlichen Gestaltung statt einer Dividende ein steuerfreier Kapitalgewinn realisiert wird.<sup>22</sup>

Der Mittelweg, die Beteiligungsgewinnsteuer, «nähert sich im Rahmen des praktisch Vertretbaren dem Ideal einer allgemeinen Kapitalgewinnbesteuerung» an.<sup>23</sup> Für diese Beteiligungsgewinnsteuer sprach für den Bundesrat unter anderem, dass sie fiskalisch interessant sei, weil dem Ertrag (gerechnet wurde mit CHF 50 Mio. pro Jahr für den Bund) ein geringer Verwaltungsaufwand gegenüberstand.<sup>24</sup> Hinzu kommt, dass damit Steuerumgehungen eingedämmt werden. Zur Begründung der 20 %-Schwelle wird angeführt, dass diese Aktionäre in der Lage seien, auf den Geschäftsverlauf «massgebend einzuwirken».<sup>25</sup>

## 2.3 Die Beratungen im Parlament

### 2.3.1 Vorbemerkungen

Das Thema um die Besteuerung der Kapitalgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen war zu diesem Zeitpunkt kein neues Feld. So wurde in der Lehre bereits in den 1970er-Jahren über die Beteiligungsgewinnsteuern und die Kapitalgewinnsteuern hitzig debattiert.<sup>26</sup>

Das StHG und das DBG wurden beide am 14.12.1990 verabschiedet.<sup>27</sup> Das StHG trat am 1.1.1993 in Kraft und das DBG am 1.1.1995. Das StHG und das DBG legten explizit fest, dass Kapitalgewinne auf beweglichem Privatvermögen steuerfrei sind.<sup>28</sup>

Wie kam es nun dazu, dass statt der im bundesrätlichen Entwurf vorgesehenen Beteiligungsgewinnsteuer doch die Steuerfreiheit für Kapitalgewinne aus dem beweglichen Privatvermögen statuiert wurde? Das beantwortet die nachfolgende Darstellung der Detailberatung des Stände- und Nationalrates. Zuerst (1986) beriet der Stän-

derat die Thematik der Kapitalgewinne im Privatvermögen und im Anschluss der Nationalrat (1987 und 1989).

### 2.3.2 Ständerat (1986)

Im Frühling 1986 beriet der Ständerat zuerst das StHG (ab 17.3.1986)<sup>29</sup> und im Anschluss das DBG (ab 19.3.1986)<sup>30</sup>. Intensive Debatten wurden im Rahmen der Beratung des StHG geführt.<sup>31</sup>

Nur eine Minderheit aus dem linken Spektrum befürwortete den bundesrätlichen Entwurf, eine Beteiligungsgewinnsteuer auf kantonaler Ebene einzuführen.<sup>32</sup> Diese Beteiligungsgewinnsteuer sei ein «sinnvolle[r] und gangbare[r] Kompromiss» zwischen effizienter Veranlagung, Föderalismus und Steuergerechtigkeit.<sup>33</sup> Die Befürworter der Beteiligungsgewinnsteuer begannen damit, die Vorteile einer umfassenden Kapitalgewinnsteuer darzulegen:<sup>34</sup>

- Lücke im System schliessen und damit auch Steuerumgehungsmöglichkeiten eingrenzen;
- Steuergerechtigkeitsüberlegungen: Kapitalgewinne erhöhen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit;
- Gleichbehandlung sicherstellen: Gleichbehandlung von Kapitalgewinnen und Lohn, von Kapitalgewinnen im beweglichen und unbeweglichen Vermögen sowie von Vermögensobjekten im Privat- und Geschäftsvermögen;
- zudem verlange es die Logik des Systems der Gesamtreineinkommenssteuer, dass alle Gewinne besteuert werden.

Gegen eine solche Kapitalgewinnsteuer wurden Praktikabilitätsgründe vorgebracht, weswegen die Beteiligungsgewinnsteuer einen Kompromiss darstelle.<sup>35</sup>

22 Botschaft StHG und DBG, 38.

23 Botschaft StHG und DBG, 40.

24 Botschaft StHG und DBG, 39 f., auch zum Folgenden.

25 Botschaft StHG und DBG, 40 f. Zudem seien solche Aktionäre in einer vergleichbaren Lage wie Gesellschafter an einer Personengesellschaft. Ebenda auch die Entgegnung des Bundesrates auf die «wenig überzeugend[e]» Kritik an der Beteiligungsgewinnsteuer.

26 Statt vieler: Befürwortend CAGIANUT, Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne nach sanktgallischem Steuerrecht, 433 ff. (1973); ablehnend BÖCKLI, Die Beteiligungsgewinnsteuer, eine kritische Untersuchung, 369 ff. (1973), und BÖCKLI, Die Beteiligungsgewinnsteuer – eine Fehlkonzption, 200 ff. (1978). Für eine Übersicht zur Beteiligungsgewinnsteuer im Kanton St.Gallen siehe DAVID, Die st.gallische Beteiligungsgewinnsteuer, 1 ff. (1974).

27 REICH/BEUSCH, Vor Art. 1/2 StHG N 49 zum Folgenden.

28 NOËL, Art. 16 LIFD N 61; ebenso REICH/WEIDMANN, Art. 16 DBG N 44.

29 AB S 1986 I, 106 ff.

30 AB S 1986 I, 169 ff.

31 Siehe die Beratung zum StHG in AB S 1986 I, 106 ff., insb. 123 ff. Bei der Beratung zum DBG löste Art. 16 Abs. 3 DBG keine Diskussionen mehr aus (AB S 1986 I, 174).

32 Votum SR Walter Weber (Sprecher der Minderheit, SP/SO) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 123 f., insb. 124.

33 Votum SR Walter Weber (Sprecher der Minderheit, SP/SO) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 124.

34 Votum SR Walter Weber (Sprecher der Minderheit, SP/SO) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 124, auch zum Folgenden. Ergänzt durch das Votum von SR Carl Miville jun. (SP/BS) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 125.

35 Votum SR Walter Weber (Sprecher der Minderheit, SP/SO) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 124. Ohne konkret die praktischen Gründe weiter zur erläutern.

Die bürgerliche Mehrheit sprach sich jedoch dezidiert dafür aus, die Beteiligungsgewinnsteuer aus dem StHG zu streichen.<sup>36</sup> Verwiesen wurde auf den grossen Veranlagungsaufwand und den gegenüberstehenden geringen Ertrag sowie auf die Tatsache, dass zu wenige Kantone diese Steuern erhoben, um sie zu vereinheitlichen.<sup>37</sup> Hinzu komme, dass sich die Beteiligungsgewinnsteuer diskriminierend und innovationshemmend auf KMU auswirke.<sup>38</sup> Mit dem Steuerobjekt einer 20%igen Beteiligung werden tendenziell kleinere Beteiligungen in Publikums-gesellschaften begünstigt und solche in KMU benachteiligt.

Schliesslich stimmte der Rat eindeutig gegen die Erhebung einer Beteiligungsgewinnsteuer.<sup>39</sup>

### 2.3.3 Nationalrat (1987 und 1989)

Der Nationalrat beriet 1987 das DBG und 1989 das StHG.<sup>40</sup> Bei der Beratung zum DBG stand die Beteiligungsgewinnsteuer im Vordergrund. Die Befürworter der Beteiligungsgewinnsteuer aus dem linken Flügel hoben zunächst die – aus der Beratung des Ständerats bekannten – Vorteile einer umfassenden Kapitalgewinnsteuer hervor,<sup>41</sup> um im Anschluss auch zur Einsicht zu gelangen, dass sie fiskalisch wenig interessant sei (grosser Aufwand bei wenig Ertrag) und daher als Kompromiss eine Beteiligungsgewinnsteuer eingeführt werden sollte.<sup>42</sup> Eine Beteiligungsgewinnsteuer gewährleiste, dass die Besteuerungslücke so klein wie möglich gehalten werde.

Die Gegenstimmen aus dem bürgerlichen Lager wiederholten die – bereits im Ständerat diskutierten – Nachteile

einer Beteiligungsgewinnsteuer.<sup>43</sup> Aufgeworfen wurde der Aspekt, dass die Beteiligungsgewinnsteuer Investitionen verhindere und der Schweizer Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Vergleich schade.<sup>44</sup>

Schliesslich lehnte der Nationalrat die Beteiligungsgewinnsteuer eindeutig ab.<sup>45</sup>

Damit war das Thema aber noch nicht vom Tisch. Nun rückte die Kapitalgewinnsteuer in den Vordergrund. Noch zweimal wurde die Einführung einer umfassenden Kapitalgewinnsteuer von linker Seite beantragt und wieder abgelehnt, bis schliesslich die Freistellung der Kapitalgewinne aus beweglichem Privatvermögen feststand.<sup>46</sup>

Zusammengefasst wurden folgende Argumente bei diesen Diskussionen um eine Kapitalgewinnsteuer berücksichtigt:

Argumente für eine Kapitalgewinnsteuer auf beweglichem Privatvermögen:

- Es wurden «bekannte» Argumente im Hinblick auf die Steuergerechtigkeit, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, (Un-)Gleichbehandlungen sowie die Lücke im Gesetz genannt.<sup>47</sup>

36 Votum SR Julius Binder (Berichterstatter, CVP/AG) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 123.

37 Votum SR Julius Binder (Berichterstatter, CVP/AG) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 123; ebenso Votum SR Jakob Stucki (SVP/ZH) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 124 f.

38 Votum SR Jakob Stucki (SVP/ZH) (vom 17.3.1986), in: AB S 1986 I, 124 f. Der Grund für die Benachteiligung der KMU wird nicht erläutert; wahrscheinlich liegt es daran, dass bei Publikums-gesellschaften Beteiligungen von über 20 % unüblicher sind.

39 AB S 1986 I, 126; eine eindeutige Mehrheit mit 32 zu 5 Stimmen.

40 AB N 1987 IV, 1707 ff. und 1730 ff. (DBG), und AB N 1989 I, 13 ff. (StHG).

41 Votum NR Hermann Fehr (Sprecher Minderheit, SP/BE) (vom 14.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1724 f. Zum einen hob der Sprecher die Ungleichbehandlungen hervor: Ungleichbehandlung zwischen Privatvermögen und Geschäftsvermögen, zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen sowie zwischen Kapitalgewinnen und Lohnneinkommen. Zum anderen wurde erklärt, dass Steuergerechtigkeit nur durch eine umfassende Kapitalgewinnsteuer erreicht werde.

42 Votum NR Hermann Fehr (Sprecher Minderheit, SP/BE) (vom 14.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1724 f., auch zum Folgenden.

43 Votum NR Adriano Cavadini (FDP/TI) (vom 14.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1725; Votum NR Rudolf Reichling jun. (Berichterstatter, SVP/ZH) (vom 14.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1725 f.; sowie Votum NR Sergio Salvioni (Berichterstatter, FDP/TI) (vom 14.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1726. Siehe insbesondere:

– Die Steuer ziele auf KMU ab (Votum NR Rudolf Reichling jun. [Berichterstatter, SVP/ZH], in: AB N 1987 IV, 1725 f.).

– Sie sei fiskalisch uninteressant (Votum NR Rudolf Reichling jun. [Berichterstatter, SVP/ZH], in: AB N 1987 IV, 1725 f.; ebenso Votum NR Sergio Salvioni [Berichterstatter, FDP/TI], in: AB N 1987 IV, 1726).

– Die 20 %-Grenze sei willkürlich (Votum Sergio Salvioni [Berichterstatter, FDP/TI], in: AB N 1987 IV, 1726); Salvioni weist darauf hin, dass die Steuer keinen Unterschied trifft, ob der Kapitalgewinn auf Zufall oder auf die Abwertung der Währung zurückzuführen ist.

44 Votum NR Adriano Cavadini (FDP/TI) (vom 14.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1725 f.

45 AB N 1987 IV, 1726, auch zum Folgenden. Eindeutig mit 97 zu 40 Stimmen.

46 Detailberatung DBG im Jahr 1987 (Votum und Antrag von NR Susanne Oberholzer-Leutenegger [SP/BL] [vom 15.12.1987], in: AB N 1987 IV, 1738 f.); eindeutig abgelehnt mit 86 zu 24 Stimmen (AB N 1987 IV, 1739). Detailberatung StHG im Jahr 1989 (Votum und Antrag von NR Elmar Ledergerber [SP/ZH] [vom 31.1.1989], in: AB N 1989 I, 22 f.); auch eindeutig abgelehnt mit 93 zu 45 Stimmen (AB N 1989 I, 24).

47 Argumente aus dem Antrag und Votum von NR Susanne Oberholzer-Leutenegger (SP/BL) (vom 15.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1738 f., sowie Votum NR Elmar Ledergerber (SP/ZH) (vom 31.1.1989), in: AB N 1989 I, 22 f.

- Dazu stiessen zwei neue Argumente. Einerseits wurde die internationale Perspektive eingebracht, dass andere westliche Staaten (AT, DE, FR, GB und USA) eine solche Steuer erheben, sodass sie gar nicht so unpraktikabel sein könne.<sup>48</sup> Andererseits werde ohne eine Vereinheitlichung dieser Steuer der Wettbewerb ausgehebelt.<sup>49</sup> Es resultiere ein «race to the bottom», bis kein Kanton mehr Kapitalgewinne auf beweglichem Privatvermögen besteuere.

Argumente gegen eine Kapitalgewinnsteuer auf beweglichem Privatvermögen:

- Es wurde anerkannt, dass eine solche Steuer «systemgerecht» sei,<sup>50</sup> jedoch die bekannten Nachteile mit sich bringen würde:<sup>51</sup> mangelnde Rentabilität (aufwendige Veranlagung bei wenig Ertrag), umfassendes Verlustabzugsrecht bei der umfassenden Besteuerung der Kapitalgewinne sowie der Trend, dass die Mehrheit der Kantone eine solche Steuer wieder abschafft.
- Weitere Aspekte kamen neu hinzu: Zum einen, dass eine Kapitalgewinnsteuer zu einer fünffachen Belastung führe.<sup>52</sup> Zum anderen stünde es den Kantonen auch künftig offen, weitere direkte Steuern, wie eben

eine Kapitalgewinn- oder Beteiligungsgewinnsteuer, zu erheben.<sup>53</sup>

## 2.4 Zwischenfazit

Zuerst der Ständerat und dann der Nationalrat haben die Beteiligungsgewinnsteuer und die Kapitalgewinnsteuer auf beweglichem Privatvermögen während ihrer Beratungen mehrfach eindeutig abgelehnt. Die folgenden Argumente waren für oder gegen eine Kapitalgewinnsteuer auf beweglichem Privatvermögen von Bedeutung: Steuergerechtigkeit, Gleichbehandlung und die Gesetzeslücke auf der einen Seite und die mangelnde Praktikabilität und Rentabilität auf der anderen Seite.

Für die Beteiligungsgewinnsteuer wurde vorgebracht, dass sie einen Kompromiss darstelle, der die Gesetzeslücke so weit wie möglich schliesse. Jedoch überwogen die Argumente, dass sich diese Steuer negativ auf KMU auswirke, dass sie wenig rentabel sei und dass zu wenige Kantone eine solche Steuer erheben, um sie zu harmonisieren.

Die Diskussionen zeigen das Resultat des an der Realität gescheiterten Ideals. So entsteht der Eindruck, dass die Mehrheit einsah, dass mit der Steuerfreiheit der Kapitalgewinne im Privatvermögen eine Gesetzeslücke entstand, die Ungleichbehandlungen mit sich brachte, dass jedoch die Schliessung ebendieser Lücke aus praktikablen Überlegungen schlichtweg nicht möglich war.

Aus heutiger Sicht überrascht, dass kaum diskutiert wurde, wer von der geschaffenen Lücke besonders profitiert und welche Abgrenzungsfragen sich stellen. Einzig kurz angeschnitten wurden Strukturen, welche es ermöglichen würden, steuerfreien Kapitalgewinn statt Dividenden zu realisieren. Der Gesetzgeber war sich vermutlich gar nicht aller sich stellenden Abgrenzungsfragen bewusst. So ist es auch schwierig, daraus eine historische Auslegungslinie zu ziehen, was denn der Gesetzgeber genau freistellen wollte. Dennoch besteht ein klares gesetzgeberisches Bekenntnis zur Steuerfreiheit von privaten Kapitalgewinnen.

48 Votum NR Elmar Ledergerber (SP/ZH) (vom 31.1.1989), in: AB N 1989 I, 22 f.

49 Votum NR Ursula Hafner (SP/SH) (vom 31.1.1989), in: AB N 1989 I, 23, auch zum Folgenden. So auch Votum NR Susanne Oberholzer-Leutenegger (SP/BL) (vom 15.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1739, auch zum Folgenden.

50 Votum Otto Stich (Bundesrat) (vom 15.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1739.

51 Zum DBG: Votum NR Rudolf Reichling jun. (Berichterstatter, SVP/ZH) (vom 15.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1739; Votum NR Sergio Salvioni (Berichterstatter, FDP/TI) (vom 15.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1739; Votum Otto Stich (Bundesrat) (vom 15.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1739.

Zum StHG: Die Gegner dieses Antrags erkannten den Gerechtigkeitsgedanken (Votum NR Kurt Schüle [FDP/SH] [vom 31.1.1989], in: AB N 1989 I, 23), jedoch unterstrichen sie mehrfach den Trend zur Abschaffung dieser Steuer in den Kantonen (Votum NR Kurt Schüle [FDP/SH] [vom 31.1.1989], in: AB N 1989 I, 23; ebenso Votum NR Rudolf Reichling jun. [Berichterstatter, SVP/ZH] [vom 31.1.1989], in: AB N 1989 I, 23 f.), die Fragen bei den zu berücksichtigenden Kapitalverlusten (Votum NR Kurt Schüle [FDP/SH] [vom 31.1.1989], in: AB N 1989 I, 23; Votum NR Sergio Salvioni [Berichterstatter, FDP/TI] [vom 31.1.1989], in: AB N 1989 I, 24) sowie das unrentable Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag (Votum NR Kurt Schüle [FDP/SH] [vom 31.1.1989], in: AB N 1989 I, 23; Votum NR Jean-Pierre Bonny [FDP/BE] [vom 31.1.1989], in: AB N 1989 I, 23).

52 Votum NR Rudolf Reichling jun. (Berichterstatter, SVP/ZH) (vom 15.12.1987), in: AB N 1987 IV, 1739: «[...] versteuert erstens sein Einkommen, zweitens das gesparte Kapital, drittens das Einkommen aus diesem Kapital; und seine Erben bezahlen wieder kantonale und kommunale Erbschaftssteuer. Es stellt sich also die Frage, ob ihm zusätzlich eine Kapitalgewinnsteuer aufgebürdet werden soll.»

53 Votum NR Rudolf Reichling jun. (Berichterstatter, SVP/ZH) (vom 31.1.1989), in: AB N 1989 I, 23: «Artikel 2 zählt diejenigen Steuern auf, welche von den Kantonen und/oder Gemeinden erhoben werden müssen. [...] muss ich hier zuhanden des Protokolls festhalten, dass die Kantone und Gemeinden unbestrittenermassen das Recht haben, weitere, hier nicht genannte direkte Steuern zu erheben. [...] Und wenn sie es wollen, ist es nach dem Wortlaut des Gesetzes allen Kantonen gestattet, eine Kapitalgewinnsteuer oder eine Beteiligungsgewinnsteuer zu erheben. Für die in Artikel 2 festgelegten Steuergegenstände, für welche dieses Steuergesetz Grundsätze enthält, dürfen aber weder die Kantone noch die Gemeinden eine zusätzliche separate Steuer erheben.»

Was die Steuerfreiheit der Kapitalgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen anbelangt, so kehrte mit Inkrafttreten des DBG (1995) und StHG (1993) jedoch keine Ruhe ein – im Gegenteil: So wurde bspw. 2001 über die Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» abgestimmt, welche die Einführung einer separaten Kapitalgewinnsteuer auf Bundesebene verlangte.<sup>54</sup> Mit 66 % der Stimmen wurde die Initiative abgelehnt.<sup>55</sup> Im Parlament wurde dieses Thema zuletzt 2019 diskutiert, als eine Motion forderte, die Vermögenssteuer durch eine Kapitalgewinnsteuer auf beweglichem Privatvermögen zu ersetzen.<sup>56</sup>

### 3 Auslegung von Art. 16 Abs. 3 DBG – Grundsätze

#### 3.1 Übersicht

Verschiedentlich hört man unter Kolleginnen und Kollegen, dass es den steuerfreien Kapitalgewinn, so wie er in Art. 16 Abs. 3 DBG vorgesehen ist, kaum mehr gebe. Nachfolgend ist dieser Vermutung nachzugehen, d. h., wir versuchen eine Auslegeordnung zu erstellen, in welchen Konstellationen tatsächlich noch von einem steuerfreien Kapitalgewinn auszugehen ist und wie sich ein steuerfreier Kapitalgewinn definieren lässt.

Vieles wurde bereits zum Begriff des Kapitalgewinns geschrieben. Hierbei ist vorweg festzuhalten, dass sich dieser Begriff kontextabhängig unterscheidet. Zu denken ist vor allem an die Begriffsauslegung gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG (bzw. Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG) und jene nach Art. 13 OECD-MA.<sup>57</sup> Aber auch der Begriff des Veräusserungsgewinns in Art. 18b DBG ist nicht zwingend derselbe wie in Art. 16 Abs. 3 DBG. Und auch der Begriff des Kapitalgewinns nach Art. 70 Abs. 4 DBG muss nicht zwingend gleich verstanden werden wie in den anderen genannten Artikeln.

Im Fokus dieses Beitrags ist die Auslegung des Begriffs des Kapitalgewinns in Art. 16 Abs. 3 DBG. Dort findet sich die folgende Formulierung:

«<sup>3</sup> Die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen sind steuerfrei.»

Vorweg geht es nicht nur um die Interpretation des Worts «Kapitalgewinn», sondern um die Wortfolge «Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen». Drei Begriffe stehen im Vordergrund: (i) Kapitalgewinn, (ii) Veräusserung und (iii) Privatvermögen.

Systematisch ist zu berücksichtigen, dass die steuerfreien Kapitalgewinne vor allem von den steuerbaren Einkünften in den Art. 16 ff. DBG abzugrenzen sind. Darauf ist in separaten Kapiteln einzugehen. Insbesondere die Auslegung von «Privatvermögen» ergibt sich somit nicht autonom, sondern in Abgrenzung zu Art. 18 DBG.

Einleitend ist aber zu klären, was denn überhaupt ein «Kapitalgewinn» ist (Abschn. 3.2) und was eine «Veräusserung» darstellt (Abschn. 3.3).

#### 3.2 Was ist ein Kapitalgewinn?

Die Auslegung des Begriffs des Kapitalgewinns ist sehr komplex und in hohem Masse gesetzgeberischen Entwicklungen ausgesetzt. Die Lehre hat sich in den letzten Jahrzehnten immer wieder und teilweise mit viel Leidenschaft mit der Frage auseinandergesetzt.

Diskutiert werden seit Jahrzehnten verschiedene mögliche Unterscheidungskriterien, wobei diese Kriterien jedoch nicht einheitlich angewendet werden und sich teilweise überschneiden.

- Ein mögliches Abgrenzungskriterium ist der **Substanzverzehr**.<sup>58</sup> Bei Kapitalgewinnen wird das Vermögen aufgezehrt, bei Vermögenserträgen handelt es sich lediglich um die laufenden Früchte aus Vermögensanlagen.<sup>59</sup> So wird bspw. durch eine Zinszahlung das Vermögen nicht aufgezehrt, hingegen bei der Veräusserung von Aktien schon.
- Ein anderes Abgrenzungskriterium ist die **Nutzungsüberlassung**. Ein Vermögensertrag (und eben kein Kapitalgewinn) liegt dann vor, wenn ein Dritter dem Eigentümer ein Entgelt für die Nutzung eines Vermögenswertes entrichtet.<sup>60</sup> Kapitalgewinn liegt hingegen vor, wenn das Entgelt für eine Veräusserung eines Vermögenswertes bezahlt wird.

54 Bundesbeschluss über die Volksinitiative Kapitalgewinnsteuer, 2880 f. Diese Einheitssteuer von 20 % erfasste Kapitalgewinne im beweglichen Vermögen (inkl. Befreiung von der direkten Bundessteuer, Verlustvortrag von zwei Jahren und einer Deminimis-Regel).

55 Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 2.12.2001, 1209 f.

56 So zuletzt etwa die Motion Barazzone (19.4078) vom 19.9.2019.

57 Vgl. HONGLER/SUTTER, Die abkommensautonome Auslegung und die Bedeutung der Entscheidungsharmonie für die DBA-Auslegung, 299 ff.

58 Vgl. statt vieler REICH/WEIDMANN, Art. 7 StHG N 38 ff. mwH. Vgl. auch das Bundesgericht bspw. in BGE 143 II 402, E. 5.3.

59 Vgl. hierzu LIÉGEOIS, La disponibilité du revenu, 222; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht (Bd. 1), § 14 N 23; LOCHER, Art. 16 DBG N 73 ff.; MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht, 58 f. Oder auch bspw. BGE 139 II 363, E. 2.3, wonach die Abgrenzung nach dem Substanzkriterium den «Regelfall» darstelle.

60 Vgl. HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht (Bd. 1), § 14 N 23; MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht, 60 f.

- **Kontinuitätsprinzip:** Hierbei wird darauf abgestellt, ob die Beziehung zwischen dem Schuldner der Zahlung und dem Empfänger aufrechterhalten wird oder nicht. Vermögensertrag liegt vor, wenn die Beziehung beibehalten wird; Kapitalgewinn, wenn die Beziehung aufgegeben wird.<sup>61</sup> Bei einer Dividendenzahlung bleibt das Verhältnis beispielsweise bestehen, hingegen nicht bei der Veräusserung von Aktien.

Wie noch zu zeigen sein wird, haben jedoch sowohl die Gerichte als auch der Gesetzgeber den Begriff des Kapitalgewinns in verschiedener Hinsicht eingegrenzt und keines der drei Kriterien in reiner Form angewendet.<sup>62</sup> Entsprechend ist LOCHER zuzustimmen, dass es kein klares Abgrenzungskriterium zwischen Kapitalgewinn und Kapitalertrag in der Schweizer Steuerpraxis gibt.<sup>63</sup> Weiter stellt BEHNISCH klar, dass nicht zwischen Kapitalerträgen und Kapitalgewinn im wirtschaftlichen Sinn unterschieden werden kann.<sup>64</sup> Es gibt folgerichtig kein passendes Schema, das für alle einzelnen Abgrenzungsfragenstellungen die richtige Lösung bereitstellt.

Der Grund liegt jedoch nicht darin, dass der Gesetzgeber bzw. die Gerichte sich erratisch verhalten würden, sondern dass ein ökonomischer Kapitalgewinn zivilrechtlich in ganz unterschiedlicher Weise abgeschöpft werden kann.<sup>65</sup> Der Begriff «Kapitalgewinn» impliziert ökonomisch einzig, dass ein Gewinn auf «Kapital» entsteht.<sup>66</sup> Dies im Gegensatz zum Gewinn, der auf Arbeit zurückzuführen ist. Dass ein Gewinn auf Kapital entsteht, kann unterschiedliche Gründe haben. Der Kapitalgewinn kann bspw. auf Marktveränderungen zurückzuführen sein (z. B. höhere Nachfrage nach bestimmten Gütern) oder es kann sein, dass sich der Preis eines Gutes erhöht hat, weil durch das Kapital Mehrwert geschaffen worden ist. Selbstverständlich hängen die beiden Gründe für eine Wertsteigerung eng zusammen.

Kommt hinzu, dass aus ökonomischer Sicht realisierte und nicht realisierte Einkünfte grundsätzlich identisch sind. Einkommen ist ökonomisch letztlich der Nettowachstums der Wirtschaftskraft zwischen zwei Zeitpunkten oder in der berühmten Formulierung von HAIG: «*Income is the money value of the net accretion to one's economic power between two points of time*».<sup>67</sup> Nicht von Bedeutung ist – zumindest ökonomisch –, ob es zu einer zivilrechtlichen Realisation gekommen ist. Die Krux liegt darin, dass im Schweizer Steuerrecht das Realisationsprinzip bzw. das Zuflussprinzip (zu Recht) allgegenwärtig ist.<sup>68</sup> Darum wird eine rein ökonomische Betrachtung der Einkunftsarten sich immer daran aufreiben, dass das steuerbare Einkommen aufgrund des Realisationsprinzips stark zivilrechtlich geprägt ist. Soweit besteht vermutlich Konsens.

Die Schwierigkeit für den Gesetzgeber, aber auch für den Rechtsanwender liegt dementsprechend darin, dass der Kapitalgewinn zivilrechtlich in ganz unterschiedlicher Form abgeschöpft werden kann. Eine Dividendenauszahlung oder eine Zinszahlung sind beispielsweise Formen einer Kapitalgewinnabschöpfung. Durch eine solche Auszahlung einer Dividende wird sich der später zu realisierende Kapitalgewinn im Veräusserungszeitpunkt der Aktie verkleinern.<sup>69</sup> Gleiches gilt auch für Zinsen.<sup>70</sup> Eine Obligation wird in einem perfekten Markt nach der Zinszahlung an Wert verlieren bzw. eine Diskontobligation wird bis zum Rückzahlungszeitpunkt stetig an Wert zunehmen. Sogar Mietzinszahlungen können als Abschöpfung von Kapitalgewinn verstanden werden. Vereinbare ich beispielsweise eine Jahresmiete und verkaufe die Liegenschaft Anfang Dezember, d. h. kurz vor der Mietzinszahlung, so wird die aufgelaufene Miete ebenfalls als Veräusserungsgewinn abgebildet werden.

61 Vgl. hierzu bspw. HÖHN, Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn, 540 f., der von der «Beziehung des Steuersubjekts zum Vermögenobjekt» spricht. Vgl. auch LOCHER, Abgrenzung von Kapitalgewinn und Kapitalertrag, 111. MENGIARDI hält hierbei fest, dass ein ähnlicher Ansatz durch die Unterscheidung zwischen subjektivem und objektivem Herkunftsprinzip verfolgt wird (vgl. MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte [«strukturierte Produkte»] nach Schweizer Recht, 59 Fn 55).

62 Vgl. NOËL, Art. 16 LIFD N 64, der die Justiz als Schiedsrichter zwischen den gegensätzlichen Interessen des Steuerpflichtigen und der Steuerbehörde sieht, wobei eine den steuerfreien Kapitalgewinn einschränkende Tendenz zu erkennen ist.

63 So auch LOCHER, Art. 16 DBG N 76.

64 BEHNISCH, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, 38 f.

65 Vgl. WEISSBRODT, Why «Substance over Form» for Financial Instruments Means All or Nothing, 9 mwH.

66 Wobei sich hier eine philosophische Debatte öffnet, was denn Kapital und was Arbeit überhaupt ist. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

67 HAIG, The Concept of Income, 7, dessen Theorie in ähnlicher Form auch von SCHANZ entwickelt wurde (SCHANZ, Der Einkommensbegriff und die Einkommenssteuergesetze, 1 ff.). An dieser Stelle muss eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Einkommensbegriff bzw. den Einkommensstheorien unterbleiben. Es ist auf weiterführende Literatur zu verweisen. Vgl. insb. BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 204 f. mwH; LIÉGEOIS, La disponibilité du revenu, 1 ff.; WEIDMANN, Einkommensbegriff und Realisation – Zum Zeitpunkt der Realisation von Ertrag und Einkommen im Handels- und Steuerrecht, 1 ff.

68 Vgl. hierzu bspw. WEIDMANN, Realisation und Zurechnung des Einkommens, 88 f.

69 Darauf hat bereits HÖHN, Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn, 535, hingewiesen. Er kommt konsequenterweise dann auch zum Schluss, dass der Beteiligungsertrag einen Kapitalgewinn darstellt, der Gesetzgeber diesen jedoch dem Kapitalertrag gleichstelle, oder in den Worten von HÖHN: «Die Steuergesetzgebung stellt den Beteiligungsertrag regelmässig dem Ertrag aus Forderungen gleich und behandelt ihn – ungeachtet seiner Natur als realisierter Mehrwert – als Vermögensertrag.»

70 A. A. HÖHN, Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn, 535.

Eine besondere Herausforderung besteht darin, dass zivilrechtlich viel Gestaltungsspielraum besteht, d. h., fast jeder Vorgang kann als «Veräußerung» abgebildet werden. Insbesondere die Entwicklungen bei den strukturierten Produkten haben gezeigt, dass das zivilrechtliche Erscheinungsbild von Kapitaleinkommen fast frei gestaltbar ist.<sup>71</sup> Ich kann ein Darlehen beispielsweise als Repo-Geschäft («Sale and Repurchase Agreement») ausgestalten, eine Eigenkapitalinvestition als schuldrechtliches Zertifikat darstellen, und ganz generell kann ich mit Optionen fast alle Einkunftsarten separieren bzw. auseinandernehmen und in anderer Form wieder zusammenführen.<sup>72</sup>

Demnach stehen wir vor dem steuerpolitischen Problem, dass Kapitalgewinne zivilrechtlich ganz unterschiedlich realisiert werden können und der Gesetzgeber einzelne dieser Realisationen in Art. 20 f. DBG bewusst der Einkommenssteuer unterworfen hat. Bereits seit Inkrafttreten des DBG hat sich der Gesetzgeber beispielsweise darauf festgelegt, Dividenden oder Zinsen (inkl. Marchzinsen iSv Art. 20 Abs. 1 lit. b DBG) zu besteuern. Später kamen noch weitere Formen des Kapitalgewinns hinzu, wie bspw. die Transponierung, die indirekte Teilliquidation oder auch die Gewinne aus dem Verkauf eigener Aktien. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber aber festgehalten, dass Kapitalgewinne aus der «Veräußerung von Privatvermögen» steuerfrei sein sollen.

Somit liegt der doch überraschende Schluss nahe, dass der Begriff des steuerfreien Kapitalgewinns gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG sich am zivilrechtlich geprägten Begriff der Veräußerung orientiert, und zwar insofern, dass nur der Kapitalgewinn «aus Veräußerung» steuerfrei ist. Kapitalgewinne, die auf andere Weise abgeschöpft werden, sind eben keine Kapitalgewinne iSv Art. 16 Abs. 3 DBG. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

### 3.3 Was ist eine Veräußerung?

Der Begriff «Veräußerung» ist zivilrechtlich geprägt.<sup>73</sup> Es ist allerdings nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich direkt am zivilrechtlichen Verständnis des Begriffs «Veräußerung» orientieren wollte.<sup>74</sup> Es ist zudem fraglich, ob zivilrechtlich überhaupt klar ist, was

unter einer Veräußerung zu verstehen ist. Der Begriff impliziert zumindest, dass die zivilrechtliche Position sich verändern muss, damit überhaupt von einer Veräußerung gesprochen werden kann, d. h., es braucht zumindest einen zivilrechtlichen Vorgang.<sup>75</sup>

Für gewöhnlich wird für das Vorliegen einer Veräußerung verlangt, dass ein Vermögensrecht gegen ein anderes Vermögensrecht eingetauscht wird.<sup>76</sup> Der wichtigste und wohl am wenigsten bestrittene Fall einer Veräußerung ist somit der Kauf- und Tauschvertrag gemäss Art. 184 ff. OR. Teilweise wird zudem darauf hingewiesen, dass das Vermögensrecht nicht in derselben Form weiterbestehen muss, sondern zumindest ein «Ausscheidungsvorgang» vorliegen muss. Somit kann der Vermögenswert auch untergehen und es kann dennoch eine Veräußerung vorliegen.<sup>77</sup> Das Bundesgericht hält hierzu fest, dass der «Begriff der Veräußerung nicht so eng zu verstehen [ist], dass davon einzig die Übertragung eines dinglichen oder obligatorischen Rechts an eine andere Person erfasst wäre».<sup>78</sup> Auch die Aufgabe von dinglichen oder obligatorischen Rechten kann gemäss Bundesgericht als Veräußerung gewertet werden – so bspw. die Aufgabe einer Nutzniessung.<sup>79</sup> Ebenso gilt die Ausübung von Optionen gemäss Bundesgericht und gemäss Lehre als Veräußerung.<sup>80</sup> Letzteres überrascht insofern, da sich doch das Bundesgericht gleichzeitig zu einer engen Auslegung der Ausnahme von Art. 16 Abs. 3 DBG aufgrund der Verletzung des Leistungsfähigkeitsprinzips bekennt.<sup>81</sup> Eine restriktive Begriffsauslegung wäre aber beispielsweise, dass nur Geschäfte darunter zu subsumieren wären, bei denen der Vermögenswert nach der Veräußerung in gleicher Form fortbesteht.

Damit muss für das Vorliegen eines steuerfreien Kapitalgewinns eine Wertzunahme auf einem Vermögenswert (inkl. der dinglichen Rechte) durch eine Veräußerung

71 Hierzu ausführlich und überzeugend WEISSBRODT, Why «Substance over Form» for Financial Instruments Means All or Nothing, 6 f. mWH.

72 Hierzu ausführlich WEISSBRODT, Why «Substance over Form» for Financial Instruments Means All or Nothing, 5 ff.

73 Im Folgenden wird der Begriff «zivilrechtlich» verwendet. Damit soll aber keine besondere Abgrenzung zum Begriff «privatrechtlich» angestrebt werden. Wir verstehen die Begriffe für die vorliegende Abhandlung synonym.

74 Der Begriff «Veräußerung» kommt bspw. im OR 17-mal vor – jedoch ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber sich an einer dieser Verwendungen orientieren wollte.

75 Vgl. LIÉGEOIS, La disponibilité du revenu, 219 ff., der das Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Definition und Veräußerung bei Kapitalgewinnen analysiert. Unter Umständen können auch verwaltungsrechtliche Vorgänge als Veräußerung qualifizieren (z. B. im Falle einer Enteignung).

76 Vgl. REICH/WEIDMANN, Art. 16 DBG N 51 mH u. a. auf VGer ZH 27.8.2003, publiziert in: StE 2004 B 26.3. Nr. 5.

77 Zum Ganzen vgl. REICH/WEIDMANN, Art. 16 DBG N 51.

78 BGer 20.6.2020, 2C\_743/2019, E. 4.3.2; BGer 16.1.2019, 2C\_77/2017, E. 4.3.2. Vgl. insbesondere auch BGE 143 II 402, E. 6.5.

79 Vgl. BGE 143 II 402, E. 6.

80 Dazu unten Abschn. 4.5.2.

81 LIÉGEOIS, La disponibilité du revenu, 221; generell kritisch zu einer per se einschränkenden Auslegung NOËL, Art. 16 LIFD N 65; dazu unten Abschn. 3.4.

realisiert werden.<sup>82</sup> Zudem dürfen im Sinne einer negativen Eingrenzung keine explizit steuerbaren Einkünfte vorliegen. D. h., was ein steuerfreier Kapitalgewinn aus der Veräusserung von Privatvermögen genau ist, hängt stark vom gesetzgeberischen Umfeld ab.<sup>83</sup> Darauf ist in Abschn. 4 einzugehen.

### 3.4 Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Auslegung

Verschiedene Autoren und auch das Bundesgericht weisen darauf hin, dass Art. 16 Abs. 3 DBG restriktiv zu verstehen ist, da hinsichtlich des Leistungsfähigkeitsprinzips eine systemwidrige Ausnahme vorliege.<sup>84</sup> Diese Position bedingt, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip eine gleichmässige Besteuerung aller Einkünfte verlangt.

An anderer Stelle wurde detailliert dargelegt, dass die Anwendung des Leistungsfähigkeitsprinzips die Gefahr mit sich bringt, einem vereinfachten Steuergerechtigkeitsansatz zu verfallen.<sup>85</sup> Insbesondere darf dies nicht dazu führen, dass eine Diskussion über die Verteilung der Steuerlast innerhalb der Gesellschaft nicht stattfindet. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn angenommen wird, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip verlange, dass Personen mit gleichem Nettoeinkommen zwingend gleich zu besteuern seien. Genau so wird das Leistungsfähigkeitsprinzip jedoch häufig ausgelegt.

Nimmt man diese Position ein, so wäre tatsächlich zu verlangen, dass Kapitalgewinne gleich zu besteuern wären wie alle anderen Einkünfte (bspw. Lohn), und zudem sollten möglichst alle Kapitalgewinne besteuert werden.<sup>86</sup> Auch das Bundesgericht vertritt diese Auffassung. In neueren Urteilen verwendet das Bundesgericht folgende Formulierung:

«Demgegenüber stellt die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne mit Blick auf den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) und das diesen konkretisierende Reinvermögenszugangsprinzip eine systemwidrige Ausnahme dar. Wohl ist diese vom Gesetzgeber u. a. auch aus Gründen der Veranlagungsökonomie gewollt. Vor dem Hintergrund einer allgemeinen Einkommenssteuer sind Ausnahmen aber gemäss der bundesgerichtlichen Praxis restriktiv zu handhaben».<sup>87</sup>

Insbesondere aus zwei Gründen ist es jedoch einem gerechten Steuersystem nicht zwingend zuträglich, alle Einkünfte gleich zu besteuern: Erstens können Einkunftsarten unterschiedlich verdient sein, weil eine Einkunft bspw. auf Glück beruht und die andere nicht. Zweitens hängt die Verteilungswirkung einer solchen Ausgestaltung von der Verteilung der Vermögenswerte und der Zusammensetzung des Einkommens über die Einkommensperzentilen ab.<sup>88</sup>

Kapitaleinkommen im Allgemeinen und Kapitalgewinne im Speziellen sind über die einzelnen Einkommens- und Vermögensperzentilen hinweg von unterschiedlicher relativer Bedeutung, sodass die Verteilungswirkung einer höheren oder tieferen Besteuerung von Kapitaleinkommen verglichen mit Lohneinkommen eine ganz andere sein wird. Steuerpolitisch sollte dieser Diskurs (d. h., ob Kapitaleinkommen im Allgemeinen und Kapitalgewinn im Speziellen höher, tiefer oder gleich wie Lohneinkommen zu besteuern ist) offen geführt werden. Die Verfassung sollte hier keine Vorgaben machen, wonach alle Einkünfte zwingend gleich zu besteuern seien.

Dem folgend wird dieses Argument, wonach die Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen per se zurückhaltend auszulegen ist, nachfolgend nur in beschränkter Form verwendet. Eine höhere Besteuerung von Kapitalgewinnen verglichen mit Lohneinkünften hat eine andere Verteilungswirkung als eine tiefere Besteuerung. Beides kann steuerpolitisch gefordert werden und sollte politisch im offenen Diskurs entschieden werden. Die Verfassung sollte hier unter dem Titel «Steuergerechtigkeitsprinzipien» keine Vorgaben machen.<sup>89</sup>

### 3.5 Zwischenfazit

Diese Ausführungen haben aufgezeigt, dass der Anwendungsbereich des steuerfreien Kapitalgewinns stark vom Begriff der Veräusserung abhängt. Dieser wiederum kann unterschiedlich verstanden werden. In der Schweizer Rechtspraxis ist er insofern weit auszulegen, als auch der Untergang eines Vermögenswertes als Veräusserung qualifiziert. Ökonomisch ist es jedoch gar nicht möglich,

82 Es kann aber auch sein, dass der Kapitalgewinn nicht durch die Veräusserung des Aktivums realisiert wird, sondern durch ein zweites Rechtsgeschäft – bspw. durch eine Option, die den Kapitalgewinn auf dem zugrundeliegenden Aktivum realisiert. D. h., der Kapitalgewinn muss nicht zwingend auf dem eigentlichen Aktivum passieren, sondern kann auch ausserhalb davon zivilrechtlich realisiert werden.

83 So auch bereits ZUPPINGER, Der Begriff der «capital gains» im schweizerischen Steuerrecht, 6 ff.

84 Vgl. statt vieler REICH/WEIDMANN, Art. 7 StHG N 47 mwH. Vgl. auch bspw. BGE 139 II 363, E. 2.2. Vgl. aber differenzierend NOËL, Art. 16 LIFD N 64.

85 HONGLER, Das Leistungsfähigkeitsprinzip – eine moralische Illusion, 1 ff.

86 So beispielsweise bereits DAVID, Die st.gallische Beteiligungsgewinnsteuer, 30; CAGIANUT, Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne nach sanktgallischem Steuerrecht, 436 f., zu den Gründen für die Einführung der Beteiligungsgewinnsteuer.

87 BGer 3.4.2015, 2C\_618/2014 und 2C\_619/2014, E. 5.1.

88 Vgl. ausführlicher HONGLER, Art. 127 BV N 51 ff.

89 Auf das Gleichbehandlungsgebot wird vorliegend nicht separat eingegangen.

zwischen Kapitalgewinn und Kapitalertrag zu unterscheiden. Es gibt nicht «den» ökonomischen Kapitalgewinn oder «den» ökonomischen Kapitalertrag, sondern beide Konzepte sind stark zivilrechtlich geprägt. Bei der folgenden abgrenzungsbezogenen Auslegung ist dies zu berücksichtigen.

## 4 Abgrenzung zu anderen Einkünften

### 4.1 Einleitung

Für die Festlegung, was als steuerfreier Kapitalgewinn qualifiziert, ist die Abgrenzung zu den explizit steuerpflichtigen Einkünften zentral.<sup>90</sup> Historisch zeigt sich auch, dass in den vergangenen Jahrzehnten jeweils ein Thema im Vordergrund stand und der Gesetzgeber daraufhin teilweise aktiv wurde, um den Anwendungsbereich des steuerfreien Kapitalgewinns einzuschränken. Kursorisch lässt sich das wie folgt zusammenfassen:

In den 1980er- und frühen 1990er-Jahren (d. h. vor Inkrafttreten des DBG) stand die Diskussion um die Besteuerung von Marchzinsen oder auch von Liquidationserlösen im Vordergrund. Die späten 1990er- und frühen 2000er-Jahre waren geprägt von der Diskussion über die steuerliche Handhabung von Derivaten und strukturierten Produkten. In den frühen 2000er-Jahren stand die Unterscheidung zwischen Vermögensertrag und Kapitalgewinn im Vordergrund. Auslöser dafür waren Konstellationen der indirekten Teilliquidation sowie der Transponierung, aber auch der Besteuerung der Gewinne aus dem Rückkauf eigener Aktien, wobei diese Diskussionen teilweise auch bereits weiter zurückreichen. In den letzten Jahren ging es schliesslich vor allem um die Abgrenzung zwischen unselbständiger Erwerbstätigkeit und Kapitalgewinn. Diese nicht abschliessende und sehr rudimentäre Übersicht zeigt, dass der Fokus der Unterscheidung, je nach Kontext, immer ein anderer ist. Zudem sind jedoch noch längst nicht alle Fragen geklärt.<sup>91</sup> Über die Jahre kam es in ganz vielen Bereichen zu Präzisierungen, was als steuerfreier Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG qualifiziert: teilweise durch den Gesetzgeber, aber auch

durch die Gerichte oder die Steuerpraxis.<sup>92</sup> Letzteres vor allem hinsichtlich der Abgrenzung zur selbständigen Erwerbstätigkeit, mit der sich die Gerichte seit Jahrzehnten regelmässig beschäftigen.

Wie erwähnt ist es jedoch nicht möglich, ein Alleinstellungsmerkmal zu identifizieren, das für alle Fälle zu einer eindeutigen Abgrenzung führt. Das ist auch nicht weiter problematisch. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, kasuistische Abgrenzungskriterien zu entwickeln und so dem Begriff des Kapitalgewinns stärkere Konturen zu geben. Zudem wird der Gesetzgeber u. U. reagieren, sollte er mit der gewählten Differenzierung nicht einverstanden sein. Um besser zu verstehen, ob und wo es den steuerfreien Kapitalgewinn noch gibt, werden wir nachfolgend anhand von vier Abgrenzungsfragen eine Analyse vornehmen:

- steuerfreier Kapitalgewinn vs. Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit;
- steuerfreier Kapitalgewinn vs. Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit;
- steuerfreier Kapitalgewinn vs. Beteiligungserträge;
- steuerfreier Kapitalgewinn vs. Zinsen.

### 4.2 Steuerfreier Kapitalgewinn vs. Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit

#### 4.2.1 Übersicht

Mitarbeiteraktien und Mitarbeiteroptionen haben in den vergangenen Jahrzehnten stark an Bedeutung gewonnen und die Steuerpraxis bzw. die Gesetzgebung zur Behandlung von Mitarbeiteraktien und -optionen hat sich ebenfalls fortentwickelt.<sup>93</sup> Wir konzentrieren uns nachfolgend auf die Besteuerung von Mitarbeiteraktien (ohne Mitarbeiteroptionen) und namentlich auf die Besonderheiten bei der Abgrenzung zu Art. 16 Abs. 3 DBG. Zuerst gilt es zu klären, wie Gewinne auf Mitarbeiteraktien behandelt werden bzw. was Mitarbeiteraktien überhaupt sind und ob es allenfalls auch andere Konstellationen geben kann, in denen Veräusserungsgewinne in Lohn umqualifiziert werden.<sup>94</sup>

90 Noël, Art. 16 LIFD N 63. Noël identifiziert zwei Gegenbewegungen zur steuerbefreiten Zone des privaten Kapitalgewinns: zum einen Steuerpflichtige, die sich Zugang zu dieser Zone verschaffen möchten, zum anderen Steuerbehörden, die Steuerpflichtige, die sich irrtümlicherweise in dieser Zone befinden, befreien.

91 Vgl. bspw. MARGRAF, Grundstücksgewinn oder Vermögensertrag?, 287 ff.

92 Noël, Art. 16 LIFD N 71, identifiziert in der umfangreichen Rechtsprechung drei Hauptachsen («axes principaux»), mit denen der Anwendungsbereich von Art. 16 Abs. 3 DBG eingeschränkt wurde.

93 Vgl. insbesondere die per 1.1.2013 eingeführten Art. 17a ff. DBG bzw. ESTV, KS 37 vom 30.10.2020.

94 Eine Unterkategorie der Abgrenzung zwischen Kapitalgewinn und Lohn stellt die Entschädigung für ein Konkurrenzverbot dar. Darauf wird vorliegend nicht weiter eingegangen.

#### 4.2.2 Was sind Mitarbeiteraktien?

Die zentrale Frage bei Mitarbeiteraktien im Erwerbszeitpunkt ist die, wie sich das steuerbare Einkommen nach Art. 17 ff. DBG berechnet. Wir konzentrieren uns nachfolgend jedoch einzig auf die Konsequenzen im Veräusserungsfall. Dort ist die Abgrenzungsproblematik zwischen Kapitalgewinn und Lohn relevant und offensichtlich. Gemäss der geltenden Steuerpraxis empfiehlt sich das folgende Prüfschema:

1. **Handelt es sich um Gründeraktien oder um Mitarbeiteraktien?** Bei Gründeraktien ist der Veräusserungserlös als steuerfreier Kapitalgewinn zu qualifizieren, ausser es liegt eine selbständige Erwerbstätigkeit vor.<sup>95</sup> Der Begriff der Gründeraktien ist insofern eng zu verstehen, als nur die Aktien, die tatsächlich im Gründungszeitpunkt erworben werden, als solche qualifizieren.<sup>96</sup> Nicht darunter fallen beispielsweise die von einem Gründer zu einem späteren Zeitpunkt erworbenen Aktien. Vorbehalten bleibt eine abweichende kantonale Praxis.
2. **Hat der Mitarbeitende die Beteiligungsrechte zu Konditionen erworben, die einem unabhängigen Dritten gewährt wurden?** Falls ja, so handelt es sich nicht um Mitarbeiteraktien und entsprechend ist ein Verkaufsgewinn als steuerfreier Kapitalgewinn zu qualifizieren.<sup>97</sup>
3. **Auffangtatbestand:** Handelt es sich weder um einen Sachverhalt unter (1) noch unter (2), sieht das KS 37 vor, dass das Folgende als Kapitalgewinn gilt: «Differenz zwischen dem Verkehrswert im Zeitpunkt der Abgabe und dem Verkehrswert im Zeitpunkt der Veräusserung bzw. [...] Differenz zwischen dem Formelwert im Zeitpunkt der Abgabe und dem nach der gleichen Bewertungsmethode ermittelten Formelwert im Zeitpunkt der Veräusserung»<sup>98</sup>, wobei nach fünfjähriger Haltedauer der Mitarbeiter einen umfassenden steuerfreien Kapitalgewinn realisiert.<sup>99</sup> D. h., innerhalb von fünf Jahren kommt es zu einer Besteuerung des sog. «Übergewinns». Die Rechtsgrundlage dieser Aufteilung in steuerfreien Kapitalgewinn und steuer-

baren Übergewinn ist nicht klar.<sup>100</sup> Ökonomisch lässt sich die Aufteilung nicht begründen – sie nimmt keinen Bezug zur Arbeitstätigkeit des Aktionärs bzw. zur Wertentwicklung des Kapitals. Zudem findet sich auch im Gesetz weder eine fünfjährige Haltedauer noch eine Aufteilung in einen steuerbaren Übergewinn und einen steuerfreien Kapitalgewinn.<sup>101</sup> Pragmatisch spricht jedoch dafür, dass die Verhandlung über den Wert im Zuteilungszeitpunkt vereinfacht wird.<sup>102</sup>

Dadurch wird die Steuerfreiheit primär Personen gewährt, die im Gründungszeitpunkt an einer GmbH oder AG beteiligt waren. Nicht relevant ist grundsätzlich, ob und in welchem Umfang die Personen später für dieses Unternehmen arbeiten. Es ist auch nicht relevant, ob dieses Unternehmen in der Schweiz oder im Ausland tätig ist. Ebenfalls nicht von Bedeutung ist, wie risikoreich das Verhalten der Gründerin war – z. B. ob die Gründerin alle anderen Tätigkeiten aufgab und das ganze Vermögen in das Unternehmen investierte.<sup>103</sup>

Sofern die Zuteilung bzw. der Erwerb nicht im Gründungszeitpunkt erfolgt, sondern zu einem späteren Zeitpunkt, orientiert sich die Aufteilung zwischen Lohn und Kapitalgewinn an der erwähnten Formelmethode (d. h. Berechnung des Übergewinns). Ausser Acht gelassen wird die tatsächliche Wertschöpfung durch die Lohnarbeit des Aktionärs. So wird beispielsweise nicht berechnet, wie hoch der drittvergleichskonforme Lohn des Aktionärs gewesen wäre; vorbehalten bleiben Fälle der Steuerungseingehung.

**Beispiel:** Anna arbeitet als CEO für die X AG und sie erhält 10 % des Aktienkapitals zum Formelwert (z. B. Praktikermethode) von CHF 10 000 im Jahr 3 nach Gründung. Die X AG betreibt ein Startup im AI-Bereich. Anna zahlt sich einen Lohn von CHF 150 000 pro Jahr aus. Nach weiteren drei Jahren wird das Unternehmen für CHF 5 000 000 veräussert. Der Formelwert beträgt im Verkaufszeitpunkt CHF 100 000, d. h., Annas Anteil ist weiterhin CHF 10 000, d. h. 10 % von CHF 100 000. Sie erzielt einen steuerbaren Übergewinn von CHF 490 000  $([10 \% \times 5\,000\,000] - CHF\ 10\,000)$ . Es spielt grundsätzlich keine Rolle, ob der marktgerechte Lohn CHF 150 000 oder CHF 300 000 pro Jahr betrug.

95 Vgl. ESTV, KS 37 vom 30.10.2020, Ziff. 3.4.3.

96 Hierbei stellen sich jedoch viele Abgrenzungsfragen. Hierzu ausführlich OESTERHELT/SCHREIBER, Abgrenzung von Gründeraktien gegenüber Mitarbeiteraktien, 86 ff.; HAINAUT/KOCH/KRÜTZMANN, Mitarbeiteraktien und (steuerfreier) Kapitalgewinn, 204 ff.; VALLUCCI/ZELLWEGER, Art. 17a DBG N 10b ff.

97 Vgl. ESTV, KS 37 vom 30.10.2020, Ziff. 3.4.4.

98 ESTV, KS 37 vom 30.10.2020, Ziff. 3.4.3.

99 ESTV, KS 37 vom 30.10.2020, Ziff. 3.4.3.

100 Vgl. OESTERHELT/DUBACH, Mitarbeiterbeteiligungen bei nicht kotierten Unternehmen, 18. Sie wenden einen synthetischen Split als Hilfsgriff für eine Subsumtion der Übergewinnkomponente unter Art. 17b DBG an: «Am ehesten kann die Übergewinnbesteuerung mit einem synthetischen Split der Aktie im Zuteilungszeitpunkt begründet werden: Da im Zuteilungszeitpunkt nur die zum Formelwert bewertete Aktie besteuert wird, ist die darüberhinausgehende Komponente der Aktie im Erwerbszeitpunkt noch nicht zugeflossen. Dieser Zufluss findet erst mit Veräusserung der Aktie statt».

101 Kritisch hierzu ebenfalls HAINAUT/KOCH/KRÜTZMANN, Mitarbeiteraktien und (steuerfreier) Kapitalgewinn, 207 ff.

102 So OESTERHELT/DUBACH, Mitarbeiterbeteiligungen bei nicht kotierten Unternehmen, 18.

103 Vorbehalten bleiben wiederum Fälle der selbständigen Erwerbstätigkeit.

Dies ist insofern ein formelles Vorgehen, als die Steuerbegünstigung von Art. 16 Abs. 3 DBG, unabhängig vom Arbeitseinsatz und der Risikobereitschaft, gewährt wird. Entscheidend ist, ob im Gründungszeitpunkt bereits eine Investition erfolgt war oder nicht bzw. ob die Haltedauer erfüllt ist. Die Steuerpraxis hat somit objektive Kriterien entwickelt, anhand deren die Abgrenzung zwischen Art. 16 Abs. 3 und Art. 17a DBG erfolgen soll. Ob diese einer gerichtlichen Überprüfung standhalten, ist ungewiss.

#### 4.2.3 Umqualifikation des Gewinns in Lohn bei der Veräusserung von Gründeraktien?

In den vergangenen Jahren mehrten sich Abgrenzungsfragen auch bei Gründeraktien im Rahmen von Unternehmensverkäufen. Unklar war in einzelnen Fällen, wofür der Kaufpreis gezahlt wird: für das Aktienpaket oder die Erwerbstätigkeit des veräussernden Aktionärs? Das Bundesgericht hat in einzelnen Fällen eine «wirtschaftliche Analyse» vorgenommen und Anteile des Kaufpreises, bei denen ein enger wirtschaftlicher Bezug zur Tätigkeit der steuerpflichtigen Person bestand, als steuerbare Einkünfte qualifiziert.<sup>104</sup>

Gewinne aus Unternehmensverkäufen, bei denen beispielsweise ein Earn-out vereinbart wird, der davon abhängig ist, ob die verkaufende Partei für eine bestimmte Zeit weiterhin im Unternehmen verbleibt, können unter Umständen als Lohn qualifiziert werden.<sup>105</sup> Bei Earn-out-Zahlungen, die nicht von einer Erwerbstätigkeit abhängig sind, handelt es sich jedoch weiterhin um steuerfreien Kapitalgewinn.<sup>106</sup> Die Praxis ist allerdings nicht einheitlich. In der Praxis des Kantons Zürich müssen drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit bei der Veräusserung von Gründeraktien eine Umqualifikation des Kapitalgewinns in Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit erfolgen kann:<sup>107</sup>

- Der Veräusserer muss im verkauften Unternehmen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen (vor und nach dem Verkauf).
- Der Verkaufspreis gilt auch Goodwill ab, der auf die Weiterarbeit des Verkäufers zurückzuführen ist.
- Die Auszahlung des Kaufpreises hängt von der Weiterarbeit des Veräusserers ab (ganz oder teilweise).

Sind die Voraussetzungen gegeben, so kann maximal die Differenz zwischen dem Verkaufspreis und dem Substanzwert plus Goodwill, der nicht auf der künftigen Arbeit des Veräusserers beruht, als Kapitalgewinn steuerfrei vereinnahmt werden. Es kommt entsprechend zu einer Analyse, welcher Anteil des Kaufpreises auf die Weiterarbeit zurückzuführen ist und welcher nicht.<sup>108</sup>

Allerdings hat sich noch keine klare Gerichtspraxis herauskristallisiert, ob jeweils nur ein marktgerechter Lohn zu versteuern ist oder der gesamte Kaufpreis, der mit einer Erwerbstätigkeit zusammenhängt. In jenen Konstellationen, in denen sich der Verkäufer zu einer Weiterarbeit verpflichtet, wird bspw. dafür plädiert, dass höchstens das marktkonforme Salär als Lohn Einkommen zu versteuern ist – sozusagen als Gegenbeweis des Verkäufers.<sup>109</sup> Das Bundesgericht hatte diese Frage soweit ersichtlich noch nicht detailliert zu beurteilen.<sup>110</sup>

**Beispiel:** Anna (Gründerin) verkauft 100 % ihrer Aktien an der A AG und erhält zwei Kaufpreistranchen: eine erste Tranche von CHF 10 000 000 (unbedingt) und eine zweite Tranche von CHF 1 000 000 unter der Bedingung, dass sie weitere zwei Jahre für die A AG tätig ist und gewisse Umsatzzahlen erreicht werden. Bei der zweiten Tranche wäre gemäss der oben dargestellten Praxis der Kapitalgewinn in Lohn umzuqualifizieren. Allenfalls ist jedoch nur der marktmässige Lohn zu versteuern.

Es zeigt sich hierbei wieder ein verzwicktes Wechselspiel zwischen zivilrechtlichen Vorgängen und wirtschaftlicher Betrachtungsweise. Bei nachgelagerten Kaufpreiszahlungen, die an eine Weiterarbeit geknüpft sind, liegt zivilrechtlich ein bedingt zu bezahlender Kaufpreis vor. Bei einem Verkauf eines Unternehmens ohne Weiterarbeitsverpflichtung liegt idR ein unbedingtes Rechtsgeschäft vor. In beiden Fällen handelt es sich auf den ersten Blick um einen Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG. Aufgrund der unterschiedlichen zivilrechtlichen Gestaltung wird nun bei nachgelagerten Kaufpreiszahlungen steuerlich ein Teil in Lohn umqualifiziert.

104 Vgl. zur Zahlung im Rahmen eines «Mutual Termination Agreement» mit einem bisherigen Aktionär und Arbeitnehmer nach dem Verkauf BGer 12.11.2018, 2C\_731/2017. Vgl. auch BGer 3.4.2015, 2C\_618/2014 und 2C\_619/2014, welchem jedoch eine besondere Konstellation zugrunde liegt. Vgl. auch VGer ZH 24.2.2021, publiziert in: StE 2021 B 28 Nr. 16, zu einem Fall eines steuerfreien Wertzuwachsungsgewinns auf den verkauften Aktien bis zum Closing Date.

105 Vgl. auch die Ausführungen bei NOËL, Art. 16 LIFD N 68, zum gestaffelten Verkaufspreis, der abhängig von der Weiterarbeit des Verkäufers gezahlt wurde.

106 Vgl. hierzu CAGIENARD/JENNY, Steuerfreier privater Kapitalgewinn: Tragweite und Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, 448. Gl. M. MARANTELLI/OPEL, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, 166.

107 RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER, § 17 N 75.

108 Dies ist vor allem bei personenbezogenen Unternehmen sehr wichtig, aber auch sehr schwierig. Generell zur Veräusserung von Anteilen an personenbezogenen Unternehmen vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, Besteuerung von personenbezogenen Unternehmen, 131 f.

109 Vgl. MARANTELLI/OPEL, Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, 167 mwH.

110 Vereinzelt hat das Bundesgericht jedoch bereits entschieden, dass der ganze nachgelagerte Kaufpreis als Erwerbseinkommen qualifiziert (vgl. BGer 12.11.2018, 2C\_731/2017). Dies sollte u. E. aber keine präjudizielle Wirkung haben.

Dieser Praxis liegt jedoch keine umfassende «wirtschaftliche Betrachtung» zugrunde, obwohl das Bundesgericht die Abgrenzung zwischen Art. 16 Abs. 3 und Art. 17 DBG nach wirtschaftlichen Kriterien vornimmt. Eine umfassende wirtschaftliche Betrachtung von Art. 16 Abs. 3 DBG bzw. Art. 17 DBG würde bedeuten, dass bei jedem Verkauf zu analysieren ist, welcher Anteil des Verkaufserlöses die vergangene oder künftige Arbeit entschädigt und welcher die Kapitalinvestition. Dies wäre nicht praktikabel. Allerdings einzig bei bedingter Auszahlung eine Umqualifikation vorzunehmen, greift ebenso zu kurz und ist nur schwierig in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben zu bringen bzw. folgt unseres Erachtens einer inkonsequenten Dogmatik. Eine Begrenzung der Umqualifikation auf Steuerumgehungs-konstellationen wäre überzeugender.

#### 4.2.4 Zwischenfazit

Bei der Abgrenzung zwischen Einkünften aus unselbständiger Erwerbstätigkeit und steuerfreiem Kapitalgewinn bedient sich die Steuerpraxis objektiver Kriterien. Einerseits ist es für den Pflichtigen äusserst vorteilhaft, wenn er im Gründungszeitpunkt Aktien zeichnet und nicht später bzw. wenn Mitarbeiteraktien länger als fünf Jahre gehalten werden. Andererseits macht es in der Steuerpraxis einen Unterschied, ob im Falle einer nachgelagerten Kaufpreistranche diese formell von der Weiterarbeit abhängt oder nicht. Es erfolgt jedoch keine generelle wirtschaftliche Betrachtung, in deren Rahmen zu analysieren wäre, ob eine Entschädigung für das investierte Kapital, das Risiko oder die geleistete Arbeit gezahlt wird. Die Aufteilung von erzielten Kapitalgewinnen in Lohn und Kapitalgewinn sollte sich unseres Erachtens jedoch auf Steuerumgehungs-konstellationen beschränken.

Bereits diese erste Abgrenzung zeigt die dogmatische Schwierigkeit, zwischen steuerfreiem Kapitalgewinn und steuerbarem Erwerbseinkommen zu unterscheiden. Einerseits verlangt Art. 16 Abs. 3 DBG eine Orientierung am zivilrechtlichen Vorgang (d. h. an einer Veräusserung), andererseits hat der Fiskus ein Interesse daran, zu aggressive Gestaltungen der zivilrechtlichen Vorgänge einzugrenzen. Dass sich die Steuerpraxis hierzu objektiver Kriterien (d. h. Gründeraktien ja/nein, Haltedauer erfüllt ja/nein etc.) bedient, die nicht gesetzlich verankert sind, ist rechtsstaatlich problematisch – praktisch wohl aber sinnvoll, um zumindest eine mehr oder weniger klare Linie zwischen voll steuerbaren und gänzlich steuerfreien Einkünften zu ziehen.

### 4.3 Abgrenzung zwischen Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit und steuerfreiem Kapitalgewinn

#### 4.3.1 Übersicht

Versuche, eine gesetzgeberische Definition der selbständigen Erwerbstätigkeit vorzunehmen, sind bisher gescheitert. Hinzuweisen ist auf den Vorschlag im Rahmen des Stabilisierungsprogramms 1998<sup>111</sup> und auf den Versuch, im Rahmen der UStR II eine Gesetzesbestimmung zu schaffen.<sup>112</sup> Schliesslich kam es jedoch zur Veröffentlichung des Kreisschreibens Nr. 36, wobei dessen Anwendung in der Praxis doch sehr limitiert ist.<sup>113</sup>

Dem Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit liegt keine zivilrechtliche Legaldefinition zugrunde.<sup>114</sup> Auch in den Steuergesetzen findet sich keine weitergehende Umschreibung. Die vorliegend relevante Abgrenzung zum steuerfreien Kapitalgewinn im Privatvermögen basiert auf einer breiten Praxis des Bundesgerichts, die nicht frei von Kritik ist.<sup>115</sup> MEISTER hat diese Rechtsprechung zumindest hinsichtlich des Wertschriftenhändlers wie folgt beschrieben:

«Bei der Umschreibung der Spezies «gewerbsmässiger Wertschriftenhändler» kommt es einem manchmal vor, als ob Justitia – mit ihrer Augenbinde, einer Blinden gleich – in einem leeren dunklen Raum eine schwarze Katze sucht und sich immer wieder darauf beruft, sie doch deutlich gesehen zu haben.»<sup>116</sup>

Hierbei kommentiert er den kontroversen BGE 125 II 113, in welchem, so MEISTER weiter, das Bundesgericht sich die Fähigkeit zusprach, «das undefinierbare im Einzelfall jeweils sicher zu erkennen».<sup>117</sup> Mit dem undefinierbaren ist der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit gemeint und insbesondere deren Abgrenzung von einem privaten Kapitalgewinn. Basis für diese Praxis ist die Qualifikation des Begriffs der selbständigen Erwerbstätigkeit als Typusbegriff, der nicht anhand unverzichtbarer Merkmale im Sinne eines abstrakten Rechtsbegriffs definiert werden könne.<sup>118</sup> Oder pointierter DUSS, der das Folgende konstatierte:

111 Botschaft Stabilisierungsprogramm, 4 ff.

112 Botschaft UStR II, 4733 ff.

113 Vgl. für Gründe der beschränkten Anwendung REICH/VON AH, Art. 18 DBG N 16g.

114 REICH/VON AH, Art. 18 DBG N 4.

115 Zur Kritik am Bundesgericht statt vieler HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht (Bd. 1), § 12 N 41.

116 MEISTER, Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel – wie weiter?, 92 Fn 4.

117 MEISTER, Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel – wie weiter?, 92.

118 Statt vieler REICH, Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 122.

«So unvorhersehbar seine Ergebnisse sind, so einfach ist der Typus-Begriff zu verstehen, denn es verhält sich damit nicht anders als mit Aladins Wunderlampe: Man reibt bei Bedarf daran, und schon entsteigen ihr die wundersamsten Wertschriften-, Liegenschaften-, Wein-, Briefmarken-, Kunst- und Antiquitätenhändler in immer neuen Gestalten und Farben – jedenfalls bei erfolggekrönter Tätigkeit, andernfalls ist sie meist weniger motiviert. Im Spiel ist also viel Fantasie, und Fantasie schlägt sich schnell als Rechtsunsicherheit, Ungleichheit und Willkür nieder, wo es um Rechtsanwendung geht.»<sup>119</sup>

In ständiger Rechtsprechung auch bereits vor Inkrafttreten des DBG haben sich die folgenden typischen Merkmale herauskristallisiert: Unter einer selbständigen Erwerbstätigkeit wird gemeinhin das Tätigwerden (i) durch Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital, (ii) in frei gewählter Organisation, (iii) auf eigenes Risiko, (iv) anhaltend und planmässig, (v) zum Zweck der Gewinnerzielung, (vi) nach aussen sichtbar im wirtschaftlichen Verkehr verstanden.<sup>120</sup> Ergänzend und in Konkretisierung dieser Merkmale hat das Bundesgericht, ursprünglich für Fälle des gewerbmässigen Liegenschaftenshandels, verschiedene Indizien entwickelt, um insbesondere die Abgrenzung gegenüber privaten Kapitalgewinnen zu erleichtern oder zu ermöglichen. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

Wichtig ist, dass für diese Abgrenzungsfrage stets das Gesamtbild ausschlaggebend sein sollte und die einzelnen Indizien nicht isoliert betrachtet, sondern lediglich als Argumente im Abgrenzungsdiskurs verstanden werden dürfen.<sup>121</sup> Dies wird jedoch durch den Hinweis des Bundesgerichts relativiert, wonach einzelne Merkmale oder Indizien, die in besonderer Ausprägung vorliegen, andere, die völlig fehlen, kompensieren können oder bereits alleine ausschlaggebend sein können, wie dies auch in der nachfolgenden Auswertung der Entscheide ersichtlich sein wird.<sup>122</sup>

### 4.3.2 Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Um der Abgrenzung zwischen selbständiger Erwerbstätigkeit und steuerfreiem Kapitalgewinn mehr Objektivität zu verleihen, haben wir 50 Bundesgerichtsentscheide analysiert, die sich mit der Qualifikation von Einkommen als private Kapitalgewinne oder Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit befassen.<sup>123</sup> Um die Entscheide herauszufiltern, wurde mit den folgenden Stichworten

nach Bundesgerichtsentscheiden gesucht und alle relevanten Ergebnisse wurden erfasst:<sup>124</sup>

1. selbständige Erwerbstätigkeit
2. (gewerbmässiger) Wertschriftenhandel
3. (gewerbmässiger) Liegenschaftenshandel
4. (gewerbmässiger) Beteiligungshandel
5. private Vermögensverwaltung
6. privater Kapitalgewinn

Es handelt sich somit nicht um eine umfassende Studie aller existierenden Entscheide, aber dennoch um eine breite Datenanalyse.<sup>125</sup> Um zu entscheiden, ob ein Kapitalgewinn steuerfrei ist oder nicht, prüft das Bundesgericht verschiedene Indizien. Für jeden untersuchten Entscheid wurde erfasst, ob im Einzelfall ein Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit, für das Vorliegen privater Vermögensverwaltung oder für keines der beiden spricht bzw. ob das Indiz im jeweiligen Bundesgerichtsentscheid gar nicht erwähnt wurde.<sup>126</sup> Hierzu wurden die folgenden Indizien einzeln erfasst, die zur Spezifizierung der genannten Merkmale dienen:

- Einsatz von erheblichen fremden Mitteln;
- kurze Besitzdauer;
- hohes Transaktionsvolumen;
- Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person;
- Bezug spezieller Fachkenntnisse;
- systematische und planmässige Vorgehensweise;
- Reinvestition der Gewinne in gleichartige Vermögenswerte;
- Gewinnstrebigkeit.

### 4.3.3 Entscheidungsauswertung

Von 50 untersuchten Entscheiden kam das Bundesgericht in 12 Fällen zum Entschluss, dass die vorliegende Tätigkeit einer privaten Vermögensverwaltung entspricht resp. ein privater Kapitalgewinn erzielt wurde. In wenigen Fällen war dieser Entscheid jedoch nicht im Interesse der steuerpflichtigen Person.<sup>127</sup>

119 Duss, Quasi-Wertschriften- und andere Quasi-Händler, 201.

120 BGE 121 I 259, E. 3c; BGE 125 II 113, E. 5b; OBERSON, § 7 N 41.

121 VON AH, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, 3; REICH, Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 122.

122 Vgl. bspw. BGE 125 II 113, E. 5b.

123 Vgl. Anhang 1.

124 Auch nach französischen Übersetzungen wurde gesucht: «activité lucrative indépendante»; «commerce (professionnel) de titres»; «commerce (professionnel) des valeurs mobilières»; «commerce (professionnel) d'immeubles»; «commerce de titres ou d'immeubles»; «commerce (professionnel) de participation»; «simple administration de la fortune privée»; «gain(s) privé(s) en capital». Insgesamt haben wir uns jedoch auf 50 Entscheide beschränkt.

125 Sie kann u. U. verzerrende Resultate zeigen, falls einzelne Urteile nicht eingearbeitet wurden und diese nicht im Trend der Resultate liegen. Die Analyse dient vor allem deskriptiven Zwecken. Die Daten sind in Anhang 1 verfügbar. Die Kategorisierung wurde nicht unter Wahrung des Vieraugenprinzips vorgenommen.

126 Vgl. die Übersicht in Anhang 1.

127 Dazu unten Abschn. 4.3.4.

In allen anderen Fällen wurde (regelmässig im Sinne der Steuerbehörden<sup>128</sup>) eine selbständige Erwerbstätigkeit erkannt. Die Erfolgchancen eines Verfahrens vor Bundesgericht sind dem Gesagten entsprechend tief, aber intakt. Allerdings bedarf es hierzu einiger Präzisierungen. Darauf ist in Abschn. 4.3.4 einzugehen.

Dass es sich tatsächlich um einen Typusbegriff handelt, zeigen auch die Daten. Es ist bei mehr als 50 Entscheiden keine klare Tendenz auszumachen, welche Indizien immer oder fast immer den Ausschlag geben und welche nie relevant sind. Dies ist selbstredend auch der Heterogenität der zu beurteilenden Sachverhalte geschuldet. Hierzu nur zwei Beispiele: Fremdfinanzierung ist bei Liegenschaften der Standard, beim Wertschriftenhandel die Ausnahme. Beim Liegenschaftenhandel gibt es regelmässig einen Marktauftritt<sup>129</sup>; bei Wertschriften handeln die steuerpflichtigen Personen typischerweise «anonym» über die Börse.

Folgende Erhebungen zeigen das «Typus-Verständnis» des Bundesgerichts besonders:

Von den 50 untersuchten Entscheiden lag in 38 Fällen eine selbständige Erwerbstätigkeit vor. Ein eigentliches Königskriterium, bei dessen Vorliegen immer eine selbständige Erwerbstätigkeit gegeben ist, liess sich dabei nur bedingt ermitteln. Das Indiz der systematischen und planmässigen Vorgehensweise sprach zwar in 31 dieser Fälle für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit und ist damit das häufigste; lediglich in 7 Fällen wurde es nicht erwähnt oder war nicht relevant.<sup>130</sup> Es ist dabei aber zu beachten, dass es immer in Kombination mit anderen Indizien, die ebenfalls für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit sprachen, auftrat. Dass es keinen einzigen Fall gibt, in dem ein Indiz gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit sprach und diese trotzdem bejaht wurde, ist sachgerecht, da das Kriterium insbesondere der Abgrenzung von einer Liebhaberei oder einem Hobby dienen soll und ihm in jüngerer Rechtsprechung sekundäre Bedeutung zugesprochen wird.<sup>131</sup>

Nicht sehr aufschlussreich ist ferner die Auswertung der Indizien der Fremdfinanzierung und des Transaktionsvolumens. Ersteres sprach in 16 Fällen der selbständigen Erwerbstätigkeit für dieselbe, in 12 sprach es dagegen

und in 10 wurde es nicht erwähnt. Daraus geht noch nicht viel hervor, ausser dass der Einsatz von Fremdkapital eher für als gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit spricht. Es gab jedoch im Bereich des Wertschriftenhandels nur einen einzigen Fall, in dem trotz des Einsatzes erheblicher fremder Mittel eine selbständige Erwerbstätigkeit verneint wurde. In diesem Fall hätte sich der Steuerpflichtige diese Qualifikation jedoch gewünscht, da er erhebliche Verluste erlitt.<sup>132</sup> Mit Wertschriftenhandel einen mindestens teilweise aus fremden Mitteln finanzierten steuerfreien Kapitalgewinn zu vereinnahmen, scheint im Lichte dieser Entscheide also kaum möglich.<sup>133</sup>

Beim Indiz des Transaktionsvolumens, dem zweiten gemeinhin als objektiv bezeichneten Indiz, lässt sich Folgendes konstatieren. In 23 der 38 Fälle der selbständigen Erwerbstätigkeit sprach es für diese. In den 7 Fällen, in denen es gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit sprach, wurde in 4 Fällen auch entsprechend entschieden. Ein ähnlich heterogener Eindruck wird bei der Betrachtung des Indizes der kurzen Besitzdauer erweckt. Hier ist zwar auffällig, dass es in 20 von 38 Fällen der selbständigen Erwerbstätigkeit entweder nicht erwähnt wurde oder nicht ausschlaggebend war, es aber in ähnlich vielen Fällen entweder klar dafür (11) oder dagegen (7) sprach.

Daraus folgt, dass sich das theoretische Konzept des Typusbegriffs tatsächlich auch in den untersuchten Entscheiden widerspiegelt. Abgesehen vom heute vermehrt untergeordneten Indiz der systematischen und planmässigen Vorgehensweise spricht kein Indiz konsequent in ausschlaggebender Weise für oder gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit. Es sind im Gegenteil vielfältige Varianten anzutreffen und jedes Kriterium kann in einzelnen Fällen – in den allermeisten Fällen zusammen mit anderen – das ausschlaggebende sein.

Skeptiker könnten somit dem höchsten Gericht vorwerfen, es mache, was es wolle, und es könnte moniert werden, dass der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Struktur zu entnehmen sei. Diese Kritik ist jedoch in genereller Hinsicht nicht angebracht; punktuell mag die fehlende Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung allerdings durchaus kritisiert werden. Daneben wird aber (seit Jahrzehnten) zu Recht von verschiedener Seite vorgebracht, dass der Bezug zu den traditionellen Merkmalen fehlt.<sup>134</sup> Insbesondere der Faktor Arbeit geht in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung häufig unter, obwohl dieser

128 Ausser in BGer 13.12.2003, 2A.272/2003, als ausnahmsweise eine verlustträchtige Tätigkeit als selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert wurde; aufgrund unzureichender Erfassung der Verluste durften diese steuerlich jedoch nicht in Abzug gebracht werden.

129 Vgl. erst kürzlich VON AH/CAMINADA, Quasi-Liegenschaftenhandel – von der Elastizität der Kriterien, N 16 ff.

130 Vgl. Anhang 1.

131 Vgl. dazu insbesondere BGer 23.10.2009, 2C\_868/2008, in welchem die entsprechende Anpassung der Praxis begründet wurde.

132 Vgl. BGer 1.12.2015, 2C\_375/2015.

133 Dazu auch unten Abschn. 4.3.4.

134 Eingehend dazu VON AH, Gewerbmässige Tätigkeit – Entwicklungen und Konsequenzen, 78; REICH/VON AH, Art. 8 StHG N 12; OBERSON, § 7 N 78; HÖHN/WALDBURGER, Steuerrecht (Bd. 2), § 43 N 15 ff.; REICH, Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 133 f. mwH.

für eine selbständige Erwerbstätigkeit zentral sein müsste.<sup>135</sup> Zumindest teilweise versucht das Bundesgericht die Urteile aufeinander abzustimmen, sodass sich hier und da präjudizielle Erwägungen finden lassen, bzw. das Bundesgericht versucht, die existierenden Entscheide zumindest teilweise gegeneinander zu stellen.<sup>136</sup>

Man spürt jedoch eine gewisse höchstrichterliche Zurückhaltung, wonach sich das Bundesgericht nicht zu konkreteren Unterscheidungskriterien verpflichten will und darum am Typusbegriff festhält, ohne jedoch eine weitergehende, eigentliche Typologie vorzunehmen. Aus Rechtsgleichheitsüberlegungen wäre dies aber wünschenswert. Das Bundesgericht hätte durchaus die Möglichkeit, einzelne Fallkonstellationen weiter zu konkretisieren.<sup>137</sup> Mit einer Konkretisierung geht jedoch auch die Verpflichtung einher, einen steuerfreien Kapitalgewinn in noch nicht bekannten Situationen zu akzeptieren. Potenziell lädt dies wiederum zu Planungsmöglichkeiten ein. MEISTER vermutet hier, dass, wenn die Grenzen gewerbmässigen Wertschriftenhandels einst klar umrissen sind, dieser nur noch im Rahmen verlustträchtiger Tätigkeiten existieren werde, da sich die Pflichtigen daran orientieren werden. Er unterstellt dem Fiskus deshalb ein Interesse an der aktuellen unklaren Situation.<sup>138</sup>

Das bringt uns zur Frage, wann denn unter der gegenwärtigen Rechtslage überhaupt noch ein steuerfreier Kapitalgewinn vorliegt.

#### 4.3.4 Wann liegt ein steuerfreier Kapitalgewinn vor?<sup>139</sup>

Von den 12 untersuchten Entscheiden, in denen das Vorliegen privater Vermögensverwaltung bejaht wurde, betrafen 6 den Liegenschaftenhandel, 3 den Beteiligungshandel,<sup>140</sup> 2 den Wertschriftenhandel und ein Fall den Kunsthandel. Die Erfolgchancen, nicht als selbständig zu qualifizieren, stehen sowohl in absoluten als auch in relativen Zahlen beim Liegenschaftenhandel leicht höher

als beim Wertschriftenhandel. Die Fallzahlen in den anderen Konstellationen sind zu klein, als dass eine ähnliche Aussage gemacht werden könnte.

Nachfolgend wird versucht, die Entscheide zugunsten nicht selbständiger Erwerbstätigkeit anhand der im Einzelfall ausschlaggebenden Indizien in Gruppen zu gliedern.

In beiden Fällen des **Wertschriftenhandels**, bei denen keine selbständige Erwerbstätigkeit vorlag, war der ausschlaggebende Aspekt, dass die Tätigkeit über längere Zeit verlustträchtig war und das Bundesgericht deshalb von einer mangelnden objektiven Gewinnstrebigkeit ausging.<sup>141</sup> Ein Schelm, wer Böses dabei denkt! Obwohl wir nicht den Anspruch auf eine umfassende Analyse erheben, ist es doch auffällig, dass die Erfolgchancen auf eine Qualifikation als nicht selbständig erwerbstätig im Bereich des Wertschriftenhandels sehr tief sind. Im Zweifelsfall entscheidet das Bundesgericht für eine selbständige Erwerbstätigkeit – zumindest, wenn ein Gewinn vorliegt. Falls regelmässige Verluste vorliegen, genügt jedoch auch das Vorliegen der zentralen Indizien nicht.<sup>142</sup>

In den 6 Entscheiden, die den **Liegenschaftenhandel** betreffen und in denen sich das Bundesgericht für das Vorliegen privater Vermögensverwaltung entschied, sprachen immer gewisse Indizien für einen gewerbmässigen Liegenschaftenhandel. So lag in 2 Fällen ein sehr hohes Transaktionsvolumen vor<sup>143</sup>, in einem anderen Fall schloss sich die Steuerpflichtige mit einem Immobilienexperten in einer einfachen Gesellschaft zusammen<sup>144</sup>, in einem weiteren Fall lag ein enger Zusammenhang zur beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen vor und es wurde unter Einsatz spezieller Fachkenntnisse vorgegangen<sup>145</sup>; schliesslich gab es auch einen Fall, in dem unter erheblichem Einsatz von fremden Mitteln planmässig und systematisch vorgegangen wurde.<sup>146</sup> In allen Entscheiden sprachen jedoch verschiedene Indizien selbst-

135 Hierzu bereits ausführlich HONGLER, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 96 ff.

136 Vgl. bspw. BGer 29.7.2021, 2C\_758/2020, E. 8.2 mit Verweis auf BGer 1.12.2015, 2C\_375/2015, E. 6.2.

137 Beispielsweise wären folgende Fallkonstellationen denkbar: Die Überbauung einer vererbten Parzelle ist grundsätzlich immer eine private Vermögensverwaltung oder das Handeln mit Aktien ist grundsätzlich eine private Vermögensverwaltung, wenn eine steuerpflichtige Person nicht mehr als 50 Stunden pro Jahr investiert. Mit einer solchen Typologie würde das Bundesgericht dem Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit mehr Schärfe geben.

138 MEISTER, Gewerbmässiger Wertschriftenhandel – wie weiter?, 92.

139 Vgl. für eine Übersicht auch LOCHER, Art. 18 DBG N 46.

140 Wobei 2 dieser 3 Entscheide den gleichen Sachverhalt betreffen.

141 BGer 9.5.2019, 2C\_389/2018; BGer 1.12.2015, 2C\_375/2015; siehe insb. BGer 29.7.2021, 2C\_758/2020, in dem in der relevanten Steuerperiode erhebliche Verluste erzielt wurden, das Bundesgericht aber aufgrund bescheidener Gewinne in den Vorjahren die Gewinnstrebigkeit mit dem Hinweis bejahte: «In der blossen Abwicklung von Börsengeschäften lässt sich sodann nur schwerlich ein Hobby oder eine Liebhaberei erkennen; ohne die Absicht der Gewinnerzielung wäre diese Tätigkeit jedes Sinnes entleert».

142 Dafür spricht selbstverständlich, dass die Abgrenzung zum Hobby oder zur Liebhaberei für gewöhnlich anhand der Gewinnerzielungsabsicht erfolgt (vgl. hierzu von AH, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, 7; REICH, Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 126).

143 Vgl. Anhang 1.

144 Vgl. BGer 20.4.2012, 2C\_819/2011.

145 BGer 7.4.2009, 2C\_869/2008.

146 BGer 25.8.2014, 2C\_1048/2013.

redend gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit. Dabei wird ersichtlich, dass es sich bei diesen Fällen häufig um Kapitalgewinne handelt, die aus einer sich zufällig bietenden Gelegenheit hervorgingen. Dies ist beispielsweise bei vererbten Grundstücken der Fall, die überbaut und veräussert werden,<sup>147</sup> oder wenn die Veräusserung erst nach einer langen Haltedauer oder eher zufällig erfolgt.<sup>148</sup>

In den Fällen des **Beteiligungshandels** qualifizierte das Bundesgericht einmal den Verkauf von Aktien im Rahmen einer komplexen Transaktion durch den Gründer als private Vermögensverwaltung.<sup>149</sup> Das Bundesgericht gelangte zu dieser Einschätzung, obwohl sich der Gründer zum Zweck der Transaktion mit einem Experten in einer einfachen Gesellschaft zusammenschloss und systematisch und planmässig vorging und aufgrund seiner langjährigen Erfahrung in der Branche über spezielle Fachkenntnisse verfügte. Gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit sprach, dass nur eine einzige Transaktion vollzogen wurde. Ausschlaggebend war aber, dass keinerlei fremde Mittel verwendet wurden und deshalb für den Steuerpflichtigen kein unternehmerisches Risiko entstand. Auch in den anderen beiden Fällen, in denen zwar nicht der Gründer betroffen war, gaben die Singularität der Transaktion sowie die fehlenden fremden Mittel und damit einhergehend das nicht vorhandene unternehmerische Risiko den Ausschlag. Anders urteilte das Bundesgericht in Fällen des Beteiligungshandels, in denen jeweils erhebliche fremde Mittel eingesetzt wurden, was zu einem unternehmerischen Risiko führte und somit für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit sprach.<sup>150</sup>

Schliesslich lag in einem Urteil zum **Kunsthandel** ein steuerfreier Kapitalgewinn vor. Dort befasste sich das Gericht mit dem Verkauf einer Giacometti-Skulptur durch den Steuerpflichtigen, der in mehreren Unternehmen der Kunstbranche involviert war. Da in mehreren Jahren jeweils nur wenige Objekte der grossen Sammlung verkauft und keine weiteren dazugekauft wurden, keine fremden Mittel eingesetzt wurden und auch keine planmässige Tätigkeit, die auf Erwerb gerichtet war, entfaltet wurde, ging das Bundesgericht vorliegend von privater Vermögensverwaltung aus.<sup>151</sup>

#### 4.3.5 Zwischenfazit

Mit der Einführung des Begriffs der selbständigen Erwerbstätigkeit auf Bundesebene im DBG und StHG wurde die unterschiedliche Besteuerung von Kapitalgewinnen im Privat- und im Geschäftsvermögen explizit festgehalten und der davor existierende, zwischen den Sphären schwebende Graubereich aufgehoben.<sup>152</sup> Die Unterscheidung zwischen dem Privat- und dem Geschäftsvermögen erfolgt mittels Indizien. Die untersuchten Indizien haben sich im Laufe der Jahrzehnte kaum verändert. Auffällig ist einzig die Neugewichtung der Indizien im Jahre 2009.<sup>153</sup>

Die zu beurteilenden Sachverhalte sind sehr heterogen, sodass es nicht überrascht, dass das Bundesgericht auch keine klare Praxis entwickeln konnte, welche Indizien immer oder nie, alleine oder gemeinsam den Ausschlag zugunsten oder zuungunsten einer selbständigen Erwerbstätigkeit geben können. Bei dem Begriff handelt es sich (weiterhin) um einen Typusbegriff – es fehlt jedoch trotz der Analyse von 50 Entscheidungen eine klare Typologie. Ausserdem konnten die folgenden Auffälligkeiten festgestellt werden:

Die bundesgerichtliche Praxis zum gewerbsmässigen Wertschriftenhandel ist sehr streng, sofern Gewinn vorliegt. D. h., es ist wenig aussichtsreich, ein bundesgerichtliches Verfahren zu führen, bei dem geltend gemacht wird, dass im Bereich des Wertschriftenhandels eine private Tätigkeit vorliegt. Es ist auch davon auszugehen, dass es eine signifikante Dunkelziffer von Fällen gibt, in denen eine selbständige Erwerbstätigkeit gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorliegen würde, die Steuerbehörde davon allerdings keine Kenntnis hat bzw. die bundesgerichtliche Praxis nicht konsequent anwendet. Solche Besteuerungslücken sind rechtsstaatlich immer bedenklich, da gleiche Sachverhalte von den Behörden unterschiedlich behandelt werden.<sup>154</sup> Hingegen zeigt sich in Verlustsituationen ein ganz anderes Bild – dies, obwohl die Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechen.

Beim Liegenschaftshandel liegt vor allem dann keine Gewerbsmässigkeit vor, wenn sich eine zufällige Gelegenheit bietet – z. B. aufgrund einer vererbten Parzelle. Beim Liegenschaftshandel ist der Druck, eine klare Unterscheidung zu treffen, aufgrund der Besteuerung der

147 BGer 7.4.2009, 2C\_869/2008; BGer 1.3.2010, 2C\_403/2009; BGer 20.4.2012, 2C\_819/2011.

148 Vgl. BGer 25.8.2014, 2C\_1048/2013; BGer 20.4.2012, 2C\_819/2011; BGer 5.4.2012, 2C\_455/2011.

149 BGer 12.9.2011, 2C\_385/2011.

150 BGer 9.7.1999, 2A.72/1999, E. 3a, publiziert in: ASA 69 (2000/2001), 652 ff.; BGer 18.9.1997, 2A.145/1995, E. 2b, publiziert in: ASA 67 (1998/99), 483 ff.

151 Dies insbesondere in Abgrenzung zu BGer 10.8.2009, 2C\_892/2008.

152 VON AH, Gewerbsmässige Tätigkeit – Entwicklungen und Konsequenzen, 66 ff.

153 BGer 23.10.2009, 2C\_868/2008, E. 2.7.

154 Damit soll nicht die sehr weitgehende bundesgerichtliche Rechtsprechung gerechtfertigt werden. Es soll einzig hervorgehoben werden, dass eine solch strenge Praxis vermutlich nicht in allen Fällen konsequent von den Behörden umgesetzt wird. Dies ist an sich rechtsstaatlich problematisch.

Gewinne auf kantonaler Ebene mittels Grundstückgewinnsteuer grundsätzlich etwas geringer.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass bei den Gewinnen aus selbständiger Erwerbstätigkeit keine Aufteilung erfolgt. Der ganze Gewinn unterliegt der Einkommenssteuer oder gilt als steuerfreier Kapitalgewinn.

#### 4.4 Steuerfreier Kapitalgewinn vs. Beteiligungserträge

##### 4.4.1 Vorbemerkungen

Eine in der Praxis äusserst wichtige Abgrenzung besteht zwischen steuerfreien Kapitalgewinnen und steuerbaren Beteiligungserträgen nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG. Verschiedene der oben dargelegten Unterscheidungskriterien waren für diese Abgrenzung besonders relevant und umstritten.<sup>155</sup>

##### 4.4.2 Gesetzgeberische Entwicklungen

Hinsichtlich des Verhältnisses von steuerbaren Erträgen nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG und dem steuerfreien Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG kam es in den letzten Jahren und Jahrzehnten zu verschiedenen gesetzgeberischen Massnahmen. Hinzuweisen ist auf die folgenden neu geschaffenen Bestimmungen:

- Besteuerung von eigenen Aktien gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG iVm Art. 4a VStG;
- Einführung der Transponierungsbestimmung in Art. 20a Abs. 1 lit. b DBG;
- Einführung einer Bestimmung zur indirekten Teilliquidation gemäss Art. 20a Abs. 1 lit. a DBG.

Erwähnenswert ist daneben die Besteuerung des Mantelhandels, obwohl dafür zumindest im DBG keine explizite gesetzliche Grundlage besteht. Beim Mantelhandel erfolgt eine Besteuerung, da es sich – so die Rechtfertigung – wirtschaftlich nicht um eine Zahlung des Kaufpreises für Aktien, sondern um eine Entschädigung für den Liquidationserlös handelt, der nicht ausgeschüttet wird.<sup>156</sup>

Der gesetzgeberische Aktivismus überrascht wiederum nicht, unterscheidet sich doch die Besteuerung zwischen Dividenden und Kapitalgewinnen signifikant. Aktionäre haben ein grosses Interesse, mögliche Dividendenausüttungen in Kapitalgewinn zu transformieren. Ex post erstaunt es auch nicht, dass der Gesetzgeber nach Inkrafttreten des DBG in verschiedener Hinsicht reagieren musste. Allerdings ist doch erstaunlich, dass ex ante die

Abgrenzungsfragen im Rahmen der parlamentarischen Beratung kaum eine Rolle spielten.<sup>157</sup>

Nachfolgend ist auf die Transponierung und die indirekte Teilliquidation sowie auf den Rückkauf eigener Aktien einzugehen.

##### 4.4.3 Transponierung und indirekte Teilliquidation

Bei der Transponierung und der indirekten Teilliquidation waren es insbesondere Entwicklungen in der Rechtsprechung bzw. Steuerpraxis, die zu gesetzgeberischen Massnahmen geführt haben.<sup>158</sup> Die Transponierung entstammt vereinfacht gesagt der Anwendung des Vorbehalts der Steuerumgehung, die indirekte Teilliquidation entstammt zumindest in der höchstrichterlichen Rechtsprechung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.<sup>159</sup>

Beide Instrumente waren jedoch von Beginn an höchst umstritten und sie verursachten die wohl intensivsten dogmatischen Grabenkämpfe im Schweizer Steuerrecht.<sup>160</sup> Der Bundesrat wollte schliesslich mit der Schaffung von expliziten Gesetzesnormen (d. h. Art. 20a DBG) die Berechenbarkeit des Steuersystems verbessern.<sup>161</sup> Dieses Ziel wurde auf den ersten Blick erfüllt. Es gibt nur wenige Gerichtsurteile zu einer indirekten Teilliquidation bzw. einer Transponierung, da die vom Gesetzgeber gewählten Voraussetzungen relativ klar sind und Rulinganfragen grundsätzlich möglich sind.<sup>162</sup>

Allerdings kam es 2018 zu einem Bundesgerichtsentscheid, bei dem die Voraussetzungen in Art. 20a DBG zwar nicht erfüllt waren, aber dennoch eine Umqualifikation des Kapitalgewinns in steuerbares Einkommen vor-

<sup>157</sup> Dazu oben Abschn. 2.3.

<sup>158</sup> Vgl. LIÉGEAIS, La disponibilité du revenu, 327 ff. (zur Transponierung) und 330 ff. (zur indirekten Teilliquidation); NOËL, Art. 20a LIFD N 1 ff.

<sup>159</sup> Dies ist allerdings eine sehr vereinfachte Darstellung. Bei der Transponierung spielt bspw. des Weiteren die Überlegung mit hinein, dass wirtschaftlich gar keine Veräusserung vorliege. Vgl. hierzu detailliert LUTZ/HONOLD, Indirekte Teilliquidation – ist wirklich Hopfen und Malz verloren?, 140 ff., oder bspw. auch WEIDMANN, Realisation und Zurechnung des Einkommens, 92.

<sup>160</sup> Vgl. bspw. BETSCHART, Objektiviert indirekte Teilliquidation, 226 ff.; BETSCHART, Grenzenlose indirekte Teilliquidation, 873 ff.; SPORI, Verkaufserlös für Aktien als Beteiligungsertrag, 346 ff.; VALLENDER, Die Auslegung des Steuerrechts, 253 ff.; BÖCKLI, Kritik der «indirekten Teilliquidation», 103 ff.; HÖHN, Die sog. «indirekte Teilliquidation» als Testfall, 245 ff.

<sup>161</sup> Vgl. hierzu Botschaft UStR, 29 ff. Schliesslich wurden im Rahmen der Unternehmenssteuerreform III die Transponierungsanforderungen gesenkt, indem eine Transponierung auch bei der Übertragung einer Beteiligung von weniger als 5 % vorliegen kann.

<sup>162</sup> Vgl. aber die kürzlich ergangenen und in diesem Heft von OESTERHELT/OPEL, Rechtsprechung im Steuerrecht 2023/3, besprochenen Entscheide BGer 19.4.2023, 9C\_672/2022, und BGer 20.4.2023, 9C\_679/2021.

<sup>155</sup> Dazu oben Abschn. 4.3.4.

<sup>156</sup> Vgl. REICH/WEIDMANN, Art. 20 DBG N 82.

genommen wurde. Konkret ging es um einen Transponierungsfall im Rahmen einer Nachfolgeplanung. Interessanterweise wurde in diesem Urteil eine Steuerumgehung angenommen, d. h., die Besteuerung wurde nicht aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gerechtfertigt.<sup>163</sup>

#### 4.4.4 Rückkauf eigener Aktien

Beim Rückkauf eigener Aktien wurde die frühere Praxis der ESTV bzw. der kantonalen Steuerbehörden im Rahmen der Reform Unternehmenssteuer 1997 im Grundsatz ins VStG überführt, da ebenfalls verschiedene Unsicherheiten bestanden.<sup>164</sup> Einkommenssteuerlich wird sowohl im DBG als auch im StHG auf das VStG verwiesen.<sup>165</sup>

Bei den eigenen Aktien erfolgt die Abgrenzung zwischen Kapitalgewinn und Beteiligungsertrag einerseits nach dem Grund des Rückkaufs, sodass Rückkäufe, die zur Kapitalherabsetzung erfolgen, als Teilliquidation betrachtet werden.<sup>166</sup> Andererseits erfolgt die Besteuerung jedoch erst nachgelagert, d. h. nach Ablauf einer Frist von zwei oder sechs Jahren, wenn die Aktien nicht zur Kapitalherabsetzung zurückgekauft wurden.<sup>167</sup>

Im Zeitpunkt des Erwerbs zum Zweck der Weiterveräußerung liegt ein Kapitalgewinn vor, wenn die Anteile tatsächlich innerhalb der Frist weiterveräußert werden. VON AH spricht hierbei davon, dass die Qualifikation als Kapitalgewinn unter dem Vorbehalt der Weiterveräußerung gewährt wird.<sup>168</sup> Bei den eigenen Aktien gilt ein Entweder-oder-Ansatz, wonach ein Rückkauf entweder als steuerbare Teilliquidation oder als steuerfreier Kapitalgewinn behandelt wird. Es erfolgt keine Aufteilung in anteiligen Kapitalgewinn und Kapitalertrag.

Wiederum brauchte es objektive Kriterien, um zwischen einem steuerfreien Kapitalgewinn und einem steuerbaren Vermögensertrag zu unterscheiden. Diese objektiven Kriterien (d. h. Grund des Rückkaufs und die Haltedauer [bzw. der Umfang] der eigenen Aktien) wurden ins Gesetz überführt. Dadurch wurde viel Rechtssicherheit geschaffen – auch bei den eigenen Aktien gibt es kaum mehr Urteile des Bundesgerichts zur Abgrenzung zwischen Kapitalgewinn und Beteiligungsertrag.

Ohne diese Sondervorschrift wäre es ein Leichtes, Dividenden in Kapitalgewinn umzuqualifizieren, indem nämlich die Gesellschaft kurz vor Dividendenstichtag Aktien zurückkauft und die Dividenden dann an sich selbst ausschüttet, um im Anschluss die Aktien wieder zu einem tieferen Preis zu verkaufen. Dies zeigt aber auch, warum es ökonomisch keinen Unterschied zwischen Kapitalgewinn und Kapitalertrag gibt. Der Unterschied liegt in der zivilrechtlichen Gestaltung.

#### 4.4.5 Zwischenfazit

Die Steuerbehörden haben in den vergangenen Jahrzehnten verschiedene Wege gefunden, um Kapitalgewinne aus der Veräußerung von Aktien in Einkommen aus beweglichem Vermögen umzuqualifizieren. Zu nennen ist in methodischer Hinsicht die Steuerumgehung oder auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise. Dies ist eine Folge davon, dass sich einerseits die steuerliche Behandlung von Beteiligungserträgen und Kapitalgewinnen signifikant unterscheidet und andererseits die Grundvoraussetzung der Veräußerung in Art. 16 Abs. 3 DBG einen Planungsspielraum eröffnet.

Gemessen an den höchstrichterlichen Entscheiden vermittelt die gesetzgeberisch gewählte Abgrenzung zwischen Einkünften aus Beteiligungsrechten und steuerfreien Kapitalgewinnen viel Rechtssicherheit – zumindest seit Inkrafttreten der Bestimmungen zum Rückkauf eigener Aktien, zur Transponierung und zur indirekten Teilliquidation. Daraus folgt aber auch, dass der Anwendungsbereich von Art. 16 Abs. 3 DBG durch die gesetzgeberischen Massnahmen stark eingeschränkt wurde.

Es fällt auf, dass sich sowohl die Lehre als auch die Gerichte mit der Abgrenzung von Kapitalgewinn und Beteiligungsertrag sehr schwertun. Die Hauptursache ist darin zu sehen, dass – wie bereits mehrfach erwähnt – durch das Realisationsprinzip grundsätzlich an zivilrechtliche Vorgänge angeknüpft wird und eine Veräußerung eindeutig gegeben ist, wenn Aktien im zivilrechtlichen Sinne verkauft werden. Daraus folgt, dass primär bei einem Verkauf von Aktien ein steuerfreier Kapitalgewinn iSv Art. 16 Abs. 3 DBG vorliegt.

Dadurch kann aber die Besteuerung von Dividendenzahlungen relativ einfach vermieden werden, indem die Ausschüttung in einen Kapitalgewinn transformiert wird. Die Rechtsprechung bzw. später die Gesetzgebung haben hier nun verschiedene Linien gezogen, um festzulegen, wann ein Kapitalgewinn aus der Veräußerung von Aktien trotzdem zu besteuern ist. Ob die gezogenen Linien steuerpolitisch sinnvoll sind, kann offenbleiben. Nicht überraschend hat das Ziehen dieser Linien – bei der Transponierung und der indirekten Teilliquidation vor allem durch

163 Auf die methodischen Besonderheiten bzw. Widersprüche wird vorliegend nicht eingegangen. Vgl. hierzu sehr fundiert FUCHS, Der Vorbehalt der Steuerumgehung, 252 ff.

164 Vgl. REICH/WEIDMANN, Art. 20 DBG N 87 ff. Zur historischen Entwicklung vgl. VON AH, Art. 4a VStG N 11 ff. Umfassend hierzu GIGER, Der Erwerb eigener Aktien, 1 ff.

165 Vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. c S. 2 DBG.

166 Art. 4a Abs. 1 VStG.

167 Vgl. Art. 4a Abs. 2 und 3 VStG.

168 VON AH, Art. 4a VStG N 50; vgl. ESTV, KS 5 vom 19.8.1999, Ziff. 4.2.

die Gerichte – viel Frustration in der Lehre und der Steuerberatung verursacht.

## 4.5 Steuerfreier Kapitalgewinn vs. steuerbare Zinsen

### 4.5.1 Übersicht

Bei der Abgrenzung von steuerfreiem Kapitalgewinn und steuerpflichtigen Zinsen haben sich in den letzten Jahren vor allem in zwei Bereichen Fragen gestellt, die nachfolgend in separaten Kapiteln behandelt werden:

- die Besteuerung der Marchzinsen (Abschn. 4.5.2);
- die Besteuerung der Einkünfte aus strukturierten Produkten<sup>169</sup> (Abschn. 4.5.3).

### 4.5.2 Steuerliche Behandlung von Marchzinsen

Bei der Abgrenzung zwischen steuerbarem Zins und steuerfreiem Kapitalgewinn hat sich eine gesetzgeberische Praxis ergeben, die wiederum darauf zurückzuführen ist, dass die Auswirkungen der Unterscheidung, ob eine Einkunft als Zins oder Kapitalgewinn qualifiziert, enorm sind. Zinsen sind wie das übrige Einkommen voll steuerbar; Kapitalgewinne im Privatvermögen sind steuerfrei.

Der Gesetzgeber hat sich in Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG dazu entschieden, Zinsen zu besteuern, jedoch nur, wenn sie vom Schuldner stammen. Hierbei folgt der Gesetzgeber grundsätzlich dem sog. subjektiven Herkunftsprinzip.<sup>170</sup> Marchzinsen werden einzig besteuert, wenn es sich um «überwiegend einmalverzinsliche Obligationen handelt».<sup>171</sup> Dies gilt aufgrund einer expliziten gesetzlichen Grundlage. Allerdings hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, dass das objektive Herkunftsprinzip bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG (und nicht nur lit. b) gelte – zumindest bei ausschliesslich einmalverzinslichen Darlehen.<sup>172</sup>

«Nach dem Gesagten ist auslegungsweise davon auszugehen, dass das objektive Herkunftsprinzip nicht nur im besonders geregelten Bereich der Obligationen mit überwiegender Einmalverzinsung (Art. 20 Abs. 1 lit. b DBG), sondern auch für den Marchzins bei der Veräusserung einer Darlehensschuld eines einfachen Darlehensschulverhältnisses mit Einmalverzinsung gilt. Der streitbetreffende Marchzins ist somit, wie die Vorinstanz in bundesrechtskonformer Weise erkannt hat, steuerbar.»<sup>173</sup>

Einerseits, so das Bundesgericht in seiner Begründung, sei bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. a und b DBG eine wirtschaftliche Betrachtung anzuwenden und andererseits sei nicht erkennbar, warum nicht börsennotierte Darlehen anders behandelt werden sollen.<sup>174</sup> Zudem rechtfertigen erhebungstechnische Gründe die Steuerfreiheit von Marchzinsen auf überwiegend einmalverzinslichen Darlehen gerade nicht. Oder in den Worten des Bundesgerichts:

«Dies spricht im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise dafür, den streitbetreffenden Marchzins als steuerbaren Vermögensertrag zu qualifizieren und keine Steuerfreiheit unter Berufung auf rein erhebungstechnische Gründe bzw. Praktikabilitätsgründe anzunehmen.»<sup>175</sup>

Es ist in Erinnerung zu rufen, dass es ökonomisch keinen Unterschied macht, ob Kapitaleinkommen realisiert wird oder nicht.<sup>176</sup> Das Realisationsprinzip ist jedoch im Steuerrecht zentral und darum knüpft die Besteuerung regelmässig an zivilrechtliche Vorgänge der Realisation an.<sup>177</sup> Bei Marchzinsen liegt im Veräusserungszeitpunkt die Besonderheit darin, dass der zivilrechtliche Realisationsbestand eben die Veräusserung und nicht die Zinszahlung ist. D. h., die Besteuerung von Marchzinsen folgt nicht einer rein ökonomischen Analyse von Einkommen, sondern primär der Logik einer Gleichschaltung der zivilrechtlichen Zinszahlung mit dem zivilrechtlich erzielten Veräusserungsgewinn.<sup>178</sup> Eine rein wirtschaftliche Analyse des Zinsbegriffs ist kaum möglich und würde wohl auch die Besteuerung nicht realisierter Zinsen verlangen. Zudem ist bereits der Begriff des Fremdkapitals in der Schweiz stark zivilrechtlich geprägt und damit automatisch auch der Zinsbegriff: Fremdkapital ist etwas, das schuldrechtlich geschaffen wurde; Eigenkapital hingegen basiert auf einem gesellschaftsrechtlichen Beschluss.<sup>179</sup>

169 Bei strukturierten Produkten kann sich auch die Frage der Abgrenzung zwischen Kapitalgewinn und Beteiligungserträgen stellen. Darauf ist vorliegend nicht einzugehen.

170 Diese Lehrmeinung ist jedoch nicht unbestritten geblieben. Vgl. die Übersicht zu den Lehrmeinungen bei LOCHER, Art. 20 DBG N 8. Vgl. hierzu bspw. auch SPORI, Einkommenssteuerliche Aspekte privater Portfolio-Anlagen, 366, der auf die Vor- und Nachteile der Marchzinsbesteuerung eingeht und auch die frühere unterschiedliche Praxis der Kantone bzw. des Bundes darstellt.

171 Vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. b DBG. Vgl. hierzu REICH/WEIDMANN, Art. 20 DBG N 15.

172 Dies die Lesart von OESTERHELT, Aus der Rechtsprechung in den Jahren 2019/2020, 61.

173 BGer 20.6.2020, 2C\_743/2019, E. 4.3.2.

174 Vgl. aber noch BGer 1.10.2015, 2C\_1145/2014.

175 BGer 20.6.2020, 2C\_743/2019, E. 6.2.2.

176 Dazu oben Abschn. 3.2.

177 Dazu oben Abschn. 3.2.

178 Selbstverständlich kann argumentiert werden, dass die Marchzinsen die aufgelaufenen Zinsen seien und dass darum eine ökonomische Betrachtung erfolgt. Diese ökonomische Betrachtung ist jedoch beschränkt, da sie weiterhin an einem zivilrechtlichen Vorgang anknüpft. Eine ökonomische Erfassung von Zinsen würde auch eine Besteuerung der nicht realisierten Zinsen verlangen.

179 Vgl. HONGLER, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, 51 ff.; BÖHI/HONGLER, Unterkapitalisierung oder verdecktes Eigenkapital, 126 ff.

Wiederum ist für die Auslegung entscheidend, was der Gesetzgeber als steuerbaren «Zins» definiert. In der Schweiz sind Zinsen – dem subjektiven Herkunftsprinzip folgend – steuerbar, wenn sie vom Schuldner stammen. So zumindest die hier vertretene Lesart von Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG. Einzige Ausnahme sind Marchzinsen auf überwiegend einmalverzinslichen Obligationen. Bei Marchzinsen auf überwiegend einmalverzinslichen Obligationen erfolgt eine Umqualifikation des Veräusserungsgewinns in eine Zinszahlung. Die Steuerfreiheit von Marchzinsen ist nicht systemfremd. Sie entspricht dem gesetzgeberischen Entscheid, sich beim Zinsbegriff grundsätzlich daran zu orientieren, von wem die Zahlung stammt. Entsprechend ist die kürzlich vom Bundesgericht vorgenommene Ausweitung der Besteuerung von Marchzinsen auch bei einmalverzinslichen Darlehen und nicht nur bei Obligationen abzulehnen. Sie widerspricht der gesetzgeberisch gewählten Abgrenzung.

#### 4.5.3 Steuerliche Handhabung von strukturierten Produkten

Nochmals besonders zu betrachten ist die Praxis zur Besteuerung von Einkünften aus derivativen Finanzinstrumenten und strukturierten Produkten.<sup>180</sup> Gewinne aus Termingeschäften, d. h. insb. Gewinne aus Optionsgeschäften, gelten gemäss Bundesgericht als Kapitalgewinn.<sup>181</sup> Diese Auffassung scheint auch in der Lehre, zumindest im Grundsatz, unbestritten zu sein.<sup>182</sup> Vorbehalten bleiben besondere Fälle wie bspw. Optionen mit einer hohen Vorfinanzierung oder falls es sich um einen nicht kapitalgewinnfähigen Basiswert handelt.<sup>183</sup> Die Details der Praxis zur Besteuerung von strukturierten Produkten können vorliegend nicht umfassend dargestellt werden.<sup>184</sup>

Ausgangspunkt für diese Behandlung von strukturierten Produkten bzw. derivativen Finanzinstrumenten ist der Verweis auf den «Normalfall», d. h. die Direktanlage.<sup>185</sup> Hierbei ist für gewöhnlich die Rede von der vollen «Gewinn- und Verlustpartizipation», d. h., wenn eine ähnliche Gewinn- und Verlustpartizipation vorliegt wie bei

einer Direktinvestition, soll auch die steuerliche Behandlung der «Gewinne» gleich sein.

Eine Hauptursache dieser Auslegung liegt im Entscheid BGE 110 Ia 1, in welchem das Bundesgericht die Gewinne aus Termingeschäften mit denen aus Komptant- bzw. Kassageschäften verglichen hat. In diesem Entscheid wird festgehalten, dass der Investor bei beiden Geschäften darauf abzielt, durch das Ausnutzen von Kursschwankungen Gewinne zu erzielen, und darum auch ein steuerfreier Kapitalgewinn vorliegen müsse.<sup>186</sup> Daraus folgt, dass nicht das zivilrechtliche Erscheinungsbild ausschlaggebend sein kann, sondern das wirtschaftliche Risiko und die wirtschaftliche Chance.

Ebenfalls kann bei strukturierten Produkten zwischen Options- und Anlagegeschäft unterschieden werden (sog. transparente Betrachtung oder Aufgliederungsmethode). Demnach kommt es zu einer Aufteilung einer erhaltenen Zahlung in mehrere Komponenten: Entschädigungen werden unter Umständen in eine steuerbare Entschädigung (Zinskomponente) und einen steuerfreien Kapitalgewinn (Optionskomponente) aufgeteilt. Die Praxis der ESTV wurde zudem in den 1990er-Jahren gelockert – es wird bspw. nicht mehr verlangt, dass jede einzelne Komponente separat handelbar ist, bzw. gar, dass jede Komponente von unterschiedlichen Emittenten stammt.<sup>187</sup>

Wiederum wird die Aufteilung in einzelne Komponenten vor allem durch Gleichbehandlungsüberlegungen gerechtfertigt, da Personen, die einzeln in die Komponenten investieren, und solche, die das strukturierte Produkt gänzlich erwerben, gleich behandelt werden sollten.<sup>188</sup> Bei Produkten mit überwiegender Einmalverzinsung wendet die ESTV zudem die modifizierte Differenzbesteuerung an, welche die Abgrenzung zwischen Zins- und Optionskomponente auch für Produkte mit überwiegender Einmalverzinsung ermöglichen und im Veräusse-

180 Vgl. insb. ESTV, KS 15 vom 3.10.2017.

181 BGE 110 Ia 1.

182 Vgl. insbesondere REICH, Steuerrecht, 181 ff.; gl. M. MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht, 56 ff.; MÜLLER, Die Besteuerung der Einkünfte aus derivativen, strukturierten und synthetischen Finanzinstrumenten im Privatvermögen, 300.

183 Vgl. ESTV, KS 15 vom 3.10.2017, Ziff. 3.3.

184 Vgl. hierzu insbesondere MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht, 1 ff.

185 Vgl. hierzu bspw. MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht, 63.

186 BGE 110 Ia 1, E. 4b. Der guten Ordnung halber ist darauf hinzuweisen, dass der Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen wurde, um zu klären, ob allenfalls eine die private Vermögensverwaltung überschreitende Tätigkeit vorliegt (vgl. hierzu bspw. SPÖRI, Einkommenssteuerliche Aspekte privater Portfolio-Anlagen, 356 Fn 26).

187 Vgl. zur historischen Entstehungsgeschichte der Aufgliederungsmethode MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht, 99 ff. Vgl. auch MÜLLER, Die Besteuerung der Einkünfte aus derivativen, strukturierten und synthetischen Finanzinstrumenten im Privatvermögen, 302.

188 Vgl. insb. MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht, 114 f. Interessanterweise hält MENGIARDI (115) fest, dass eine wirtschaftliche Betrachtung bzw. eine «substance over form»-Betrachtung nicht geeignet sei. Dies vor allem aufgrund rechtsmethodischer Überlegungen, da der Kapitalgewinnbegriff ein steuerrechtlicher sei und somit nicht wirtschaftlich auszulegen ist.

rungszeitpunkt eine Besteuerung der Marchzinsen gewährleisten soll.

Die Aufteilung des Einkommens in Einkünfte aus der Optionskomponente und der Obligationskomponente greift dann, wenn das Produkt transparent gemacht werden kann. Besonders bedeutend in der Praxis sind jene Konstellationen, in denen die Emittentin mindestens ein Single-A-Rating aufweist.<sup>189</sup> Diesfalls entspricht die Zinskomponente bei überjährigen Produkten dem mittleren Swapsatz in der entsprechenden Währung und mit der entsprechenden Laufzeit. Hierbei handelt es sich um eine standardisierte Festlegung, welcher Entschädigungsteil eines strukturierten Produkts steuerbar ist und welcher steuerfrei.

Im Unterschied zu den anderen Abgrenzungen zwischen steuerfreien Kapitalgewinnen und steuerbaren Erträgen kommt bei der Abgrenzung zwischen Zins- und Optionskomponente somit eine vermeintlich umfassende wirtschaftliche, aber stark standardisierte Betrachtung zur Anwendung. Diese Praxis führt zu relativ wenigen Rechtsstreitigkeiten, wobei dies mitunter darauf zurückzuführen ist, dass die Aufteilung durch die Banken bzw. Emittenten vorgenommen wird und sich die steuerpflichtigen Personen durch die Steuerauszüge bzw. die Valorennummern darauf verlassen können. Diese Praxis im Kreisschreiben Nr. 15 wird grundsätzlich auch vom Bundesgericht geschützt.<sup>190</sup>

Im Unterschied zu den anderen Abgrenzungsfragen stellt die Praxis, unabhängig von der genauen zivilrechtlichen Betrachtung, auf Marktzinssätze ab und weicht von der zivilrechtlichen Gestaltung regelmässig ab. Dies überrascht insofern nicht, da gerade mit Derivaten und strukturierten Produkten zivilrechtlich enorm viele Gestaltungsmöglichkeiten bestehen und ein Abstellen auf zivilrechtliche Vorgänge viel Planungsspielraum böte. Oder anders gesagt, die steuerrechtliche Differenzierung zwischen einzelnen Vermögenserträgen anhand der transaktionalen Erscheinung wird vor allem durch die fast unendlichen Gestaltungsvarianten von Finanzprodukten in Frage gestellt.<sup>191</sup>

Das Problem besteht nun darin, dass sich Art. 16 Abs. 3 DBG – wie vorne gezeigt wurde – an einem zivilrechtlich

geprägten Begriff der Veräusserung orientiert. D. h., die vom Bundesgericht im Rahmen einer Gleichbehandlungsprüfung propagierte gleiche Besteuerung von Termingeschäften und Komptantgeschäften findet auf den ersten Blick keine Grundlage in Art. 16 Abs. 3 DBG. Es bedarf eines Hilfsgriffs, wonach die Ausübung von Optionen als Veräusserung iSv Art. 16 Abs. 3 DBG qualifiziert, damit eine Subsumtion unter Art. 16 Abs. 3 DBG überhaupt möglich ist. Bei einem Termingeschäft kommt es im Unterschied zum Kassageschäft aus Sicht des Investors nicht zu einer Veräusserung iSv, d. h., der Investor realisiert nicht einen Gewinn, weil er einen Vermögenswert auf eine andere Person überträgt, sondern weil er sich verpflichtet, zu einem späteren Zeitpunkt einen Vermögenswert zu einem vordefinierten Preis zu erwerben.

Vor diesem Hintergrund ist die ursächliche Gleichschaltung von Termingeschäft und Kassageschäft durch das Bundesgericht unter dem DBG nicht zwingend, da der Gesetzgeber sich bewusst für eine zivilrechtlich geprägte Unterscheidung entschieden hat. Denkbar wäre somit auch gewesen, dass die Steuerpraxis alle realisierten Einkünfte aus strukturierten Produkten für steuerpflichtig erklärt hätte und nur die zivilrechtliche Veräusserung (ohne Optionsausübung) eines Produktes von der Steuerfreiheit in Art. 16 Abs. 3 DBG profitieren würde. Dadurch wären jedoch vermutlich vermehrt andere Produktgestaltungen zum Einsatz gekommen.

#### 4.5.4 Zwischenfazit

Auch bei der Abgrenzung zwischen Zinsen und Kapitalgewinn zeigt sich die Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Kapitalgewinn und Vermögensertrag. Einerseits verwendet der Gesetzgeber zivilrechtliche Elemente, so bspw. den Begriff des Zinses in Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG, der sich unseres Erachtens am subjektiven Herkunftsprinzip orientiert; andererseits scheint die Besteuerung des Marchzinses in Art. 20 Abs. 1 lit. b DBG einer wirtschaftlichen Betrachtung zu folgen, wobei auch bei der Besteuerung von Marchzinsen eine zivilrechtliche Veräusserung verlangt wird und eben keine umfassende wirtschaftliche Betrachtungsweise greift.

Man kann es drehen und wenden, wie man will: Die vom Gesetzgeber gewählte Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen kann rechtssicher nur durch zusätzliche, objektive Abgrenzungskriterien umschrieben werden und diese Kriterien sind häufig zivilrechtlich geprägt. Bei den Marchzinsen ist eine solche Festlegung erfolgt (subjektives Herkunftsprinzip – ausser im Hinblick auf Marchzinsen auf Obligationen mit überwiegender Einmalverzinsung). Bei den strukturierten Produkten hat die Praxis ein standardisiertes Vorgehen gewählt.

<sup>189</sup> Vgl. ESTV, KS 15 vom 3.10.2017, Ziff. 3.4.

<sup>190</sup> Vgl. BGer 8.2.2006, 2P.181/2005 und 2A.438/2005, E. 3.2: «Die Regeln, welche die Eidgenössische Steuerverwaltung für die Besteuerung solcher Produkte aufgestellt hat (vgl. Kreisschreiben Nr. 4, a.a.O., Ziff. 3.4), sind sinnvoll und mit dem Bundesrecht vereinbar. Entscheidend ist dabei, ob ein so genanntes transparentes oder nicht transparentes Produkt vorliegt; zudem steht die Frage im Vordergrund, ob sich der Wert des Wandelrechts im Emissionszeitpunkt bestimmen lässt.»

<sup>191</sup> Vgl. WEISSBRODT, Why «Substance over Form» for Financial Instruments Means All or Nothing, 9.

## 5 Die Gretchenfrage: wirtschaftliche Betrachtungsweise – ja oder nein?

Die Frage nach dem Anwendungsbereich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise begleitet das Steuerrecht schon seit Jahrzehnten.<sup>192</sup> Besonders prägnant war dies in den ersten Fällen der indirekten Teilliquidation.<sup>193</sup> Allerdings wurden nicht nur die Begriffe «Kapitalgewinn» bzw. «Vermögensertrag» wirtschaftlich ausgelegt, sondern teilweise auch der Begriff «Veräusserung».<sup>194</sup>

Bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise wird dem ökonomischen Zusammenhang mehr Bedeutung beigemessen als dem zivilrechtlichen Erscheinungsbild.<sup>195</sup> Es scheint allgemein anerkannt zu sein, dass es keine generelle Verpflichtung zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise gibt. Gemäss einer weitverbreiteten steuerrechtlichen Auslegungslehre ist allerdings zu analysieren, ob eine Norm an wirtschaftlichen Gegebenheiten anknüpft oder nicht bzw. ob in einer Norm «steuerrechtliche Wirtschaftsbegriffe» Verwendung finden.<sup>196</sup>

Falls ja, ist ein Begriff wirtschaftlich auszulegen, falls nein, grundsätzlich zivilrechtlich. Prima facie gelten bspw. Begriffe wie «Einkünfte aus Arbeitsverhältnis», «geldwerte Vorteile aus echten Mitarbeiterbeteiligungen» oder auch «geldwerte Vorteile aus Beteiligungen aller Art» als steuerrechtliche Wirtschaftsbegriffe, die grundsätzlich wirtschaftlich auszulegen sind. Daneben wurde aber auch gezeigt, dass Art. 16 Abs. 3 DBG an einen zivilrechtlich geprägten Begriff der Veräusserung anknüpft und dass die Begriffe «Zins» und «Dividende» durchaus auch zivilrechtliche Züge haben. Diese heterogenen Anknüpfungspunkte stellen den Rechtsanwender vor grosse Herausforderungen.

Bei der Auslegung des Anwendungsbereichs von Art. 16 Abs. 3 DBG hat sich gezeigt, dass die gegenwärtige Steuerpraxis beides tut. So ist bspw. bei Gründeraktien keine wirtschaftliche Betrachtungsweise angebracht,<sup>197</sup> bei strukturierten Produkten hingegen schon.<sup>198</sup> Bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 1 lit. a DBG ist wiederum grundsätzlich das zivilrechtliche Erscheinungsbild relevant; bei nachgelagerten, bedingten Kaufpreiszahlungen wird vermeintlich eine wirtschaftliche Anknüpfung hergestellt.<sup>199</sup>

Es könnte vorgebracht werden, dies sei unstimmtig, widersprüchlich oder gar willkürlich. Allerdings ist dies das Resultat der grossen steuerlichen Differenz zwischen der Besteuerung von Kapitalerträgen und der Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen. Der Druck auf diese Abgrenzungslinie war und ist weiterhin enorm; entsprechend erstaunt die daraus resultierende inkonsequente Auslegungsmethodik kaum.

Ein weiteres konzeptionelles Problem bei der Steuerfreiheit von Kapitalgewinnen ist die Frage nach der möglichen Aufteilung von Einkünften in Komponenten, dies z. B. bei «gemischten Rechtsgeschäften».<sup>200</sup> Unter welchen Voraussetzungen ist es dem Pflichtigen und/oder der Steuerbehörde erlaubt, eine realisierte Einkunft in unterschiedliche Komponenten aufzuteilen, und unter welchen Voraussetzungen ist dies nicht möglich bzw. unter welchen Voraussetzungen kann die Steuerbehörde eine Aufteilung vornehmen?<sup>201</sup> Hierzu vier Beispiele:

1. Bei strukturierten Produkten wurde gezeigt, dass in der Schweiz die Möglichkeit besteht, die realisierten Erträge in eine Kapitalgewinnkomponente und eine Zinskomponente aufzuteilen.
2. Bei Veräusserungen von Mitarbeiteraktien erfolgt u. U. eine Aufteilung in Kapitalgewinn und Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, insb. bei der Besteuerung des sog. Übergewinns.
3. Bei der Veräusserung von Gründeraktien erfolgt eine solche Aufteilung gerade nicht, obwohl wirtschaftlich auch bei Gründern argumentiert werden könnte, dass ein Anteil des Kapitalgewinns als Lohnbestandteil qualifiziert.

192 Vgl. insb. HÖHN, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, 387 ff.; LOCHER, Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, 186 ff.; MATTEOTTI, Rechtsfortbildung und Steuergerechtigkeit, 290 ff.; VALLENDER, Die Auslegung des Steuerrechts, 41 ff. mwH, insb. für die Literatur siehe Fn 140; KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, 282 ff.; REICH, Steuerrecht, 139 ff.

193 Vgl. zur Übersicht: BAUMBERGER, Die Grenzen des Legalitätsprinzips im Steuerrecht, 911 f., v. a. auch in Abgrenzung zum Legalitätsprinzip.

194 BGer vom 9.9.1988, E. 2a, publiziert in: StR 1990, 290 ff. mwH: «Steuerfrei bleiben kann nur der durch eine eigentliche Veräusserung – im wirtschaftlichen Sinne verstanden – erzielte Gewinn». «Die Besteuerung lösen alle Vorgänge aus, die wirtschaftlich eine Liquidation oder Teilliquidation bewirken, durch welche die Gesellschaft im Ergebnis den Beteiligten Vermögen preisgibt, [...]»

195 Vgl. bspw. NOBEL, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, 462 ff. mwH.

196 LOCHER, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, 677. Vgl. auch BLUMENSTEIN/LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 41 ff. Vorliegend kann eine detaillierte Aufschlüsselung der unterschiedlichen Positionen unterbleiben.

197 Werden Gründeraktien verkauft, könnte bspw. analysiert werden, ob in den Jahren vor der Veräusserung ein marktgerechter Lohn ausbezahlt worden ist. Falls nein, wäre dieser als Lohn aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu besteuern.

198 Vgl. oben Abschn. 4.2.3 (Gründeraktien) und Abschn. 4.5.3 (strukturierte Produkte).

199 Vgl. oben Abschn. 4.5.2 (Zinsen) und Abschn. 4.3.2 (nachgelagerte Kaufpreiszahlungen).

200 Vgl. zur Terminologie CAGIENARD/JENNY, Steuerfreier privater Kapitalgewinn, 443 ff. Vgl. auch BRAUCHLI ROHRER/WILDMAN, Steuerfreier Kapitalgewinn, 393 ff.

201 Vgl. hierzu im Zusammenhang mit Finanzinstrumenten WEISSBRODT, Financial Instruments in the OECD Model Tax Convention, 33 ff.

4. Bei Kapitalgewinnen im Geschäftsvermögen erfolgt ebenfalls keine Aufteilung, obwohl allenfalls argumentiert werden könnte, dass auch bei einer schlichten Vermögensverwaltung ein zu bestimmender Gewinn realisiert worden wäre und nur die darüber hinausgehenden Gewinne aus der selbständigen Erwerbstätigkeit stammen.

Den Urteilen des Bundesgerichts und auch der Lehre ist keine klare konzeptionelle Orientierungshilfe zu entnehmen, in welchen Situationen eine Aufteilung zulässig sein soll und in welchen nicht.

Unseres Erachtens ist jedoch eine gewisse Zurückhaltung bei der Anwendung von Aufteilungskonzepten notwendig, da diese nicht nur sehr komplex sind, sondern auch zu Rechtsunsicherheit führen.<sup>202</sup> Denkbar wäre es, diese bspw. nur in Steuerumgehungs-konstellationen anzuwenden. Zudem ist in Erinnerung zu rufen, dass trotz dieser wirtschaftlichen Anknüpfungspunkte der Begriff des Kapitalgewinns im Schweizer Einkommenssteuerrecht eine zivilrechtlich geprägte Veräusserung voraussetzt.<sup>203</sup> Allerdings wurde auch gezeigt, dass zivilrechtlich sehr viel Spielraum besteht, wie ein Geschäft ausgestaltet wird. Wichtig ist auch, zu verstehen, dass die Steuergesetze regelmässig nicht an Risikoprofilen anknüpfen, sondern an zivilrechtlichen Vorgängen, was auch dafür spricht, nur aufgrund von vergleichbaren Risikoprofilen noch keine gleiche Besteuerung zu fordern.<sup>204</sup>

Wir stehen somit vor einem Dilemma, da sich der Gesetzgeber für die wohl wichtigste Abgrenzungsfrage im schweizerischen Einkommenssteuerrecht am zivilrechtlichen Veräusserungsvorgang orientiert. Dies öffnet aber Tür und Tor für gestalterische Massnahmen durch die steuerpflichtige Person, was vermeintlich eine wirtschaftliche Betrachtung verlangen würde. Gleichzeitig ist jedoch eine rein wirtschaftliche Betrachtung gar nicht möglich, da der steuerrechtliche Kapitalgewinn gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG bzw. steuerpflichtiges Einkommen generell eine zivilrechtliche Realisation verlangt.<sup>205</sup>

## 6 Verhältnis zum DBA-Recht

Die vorgenommene Abgrenzung zwischen steuerfreiem Kapitalgewinn und steuerbaren Einkünften schlägt auch auf das internationale Steuerrecht durch. Dort stellt sich ähnlich wie beim innerstaatlichen Recht die Frage nach der Qualifikation der verschiedenen Einkünfte. Vorlie-

gend interessiert vor allem die Abgrenzung der Veräusserungsgewinne nach Art. 13 OECD-MA zu den anderen Einkünften im OECD-MA (insb. Unternehmensgewinne nach Art. 7 OECD-MA, Dividenden nach Art. 10 OECD-MA, Zinsen nach Art. 11 OECD-MA, Einkünfte aus selbständiger Arbeit nach Art. 14 aOECD-MA, Einkünfte aus unselbständiger Arbeit nach Art. 15 OECD-MA).

Zentral ist vor allem die Auslegung von Art. 13 Abs. 5 OECD-MA, d. h. des Auffangtatbestandes in Art. 13 OECD-MA, der im Bereich des beweglichen Vermögens eine grosse Rolle spielt. Diese Bestimmung hat den folgenden Wortlaut:

«(5) Gewinne aus der Veräusserung des in den Absätzen 1, 2, 3 und 4 nicht genannten Vermögens können nur in dem Vertragsstaat besteuert werden, in dem der Veräusserer ansässig ist.»

Methodisch ist zu klären, ob eine Auslegung nach innerstaatlichem Recht oder eine abkommensautonome Auslegung erfolgt.<sup>206</sup> Eine Auslegung nach innerstaatlichem Recht würde bedeuten, dass die dargestellten innerstaatlichen Anpassungen in den letzten Jahrzehnten auch die Auslegung des Begriffs des Veräusserungsgewinns im Abkommensrecht beeinflussen würden. Das würde bedeuten, dass die stetige Eingrenzung des Kapitalgewinnbegriffs durch den Gesetzgeber und die Praxis auch eine Verschiebung von einer Verteilungsnorm auf eine andere zur Folge hätte (d. h., es gäbe in der Schweiz weniger Fälle mit einem Fokus auf Art. 13 OECD-MA).

Hierzu zwei Beispiele:

- Ist der Mantelhandel ein Veräusserungsgewinn nach Art. 13 OECD-MA oder eine Dividende nach Art. 10 OECD-MA? Nach innerstaatlichem Recht wäre es eine Dividende, einer abkommensautonomen Auslegung folgend ein Veräusserungsgewinn. Die Zuteilung des Besteuerungsrechts ist offensichtlich nicht dieselbe. Bei der Dividendenqualifikation wird die Schweiz potenziell ein beschränktes Besteuerungsrecht haben, falls die veräussernde Person im anderen Staat ansässig ist. Beim Veräusserungsgewinn hat der Ansässigkeitsstaat jedoch idR das ausschliessliche Besteuerungsrecht.
- Ist der steuerpflichtige Übergewinn<sup>207</sup> ein Veräusserungsgewinn oder Lohnneinkommen? Nach innerstaatlichem Verständnis wäre es wohl Lohnneinkommen, einer abkommensautonomen Auslegung folgend wohl ein Veräusserungsgewinn. Die Zuteilung des Besteuerungsrechts ist nicht dieselbe. Beim Veräusserungsgewinn hat der Ansässigkeitsstaat ein ausschliessliches Besteuerungsrecht, bei Lohnzahlungen erfolgt eine nicht ausschliessliche Zuteilung zwischen Arbeitsort und Ansässigkeitsstaat.<sup>208</sup>

202 Vgl. hierzu auch WEISSBRODT, Disaggregation of Financial Instruments in International Tax Law, 422.

203 Vgl. oben Abschn. 3.3 (Veräusserungsbegriff).

204 Vgl. hierzu auch Weissbrodt, Financial Instruments in the OECD Model Tax Convention, 18 ff., allerdings mit Bezug zur Qualifikation unter dem OECD-MA.

205 Vgl. hierzu auch WEISSBRODT, Why «Substance over Form» for Financial Instruments Means All or Nothing, 9.

206 Vgl. Art. 3 Abs. 2 OECD-MA. Hierzu ausführlich statt vieler DÜRRSCHMIDT, Art. 3 OECD-MA N 97a ff.; vgl. zur abkommensautonomen Auslegung von Veräusserungsgewinnen bereits HONGLER/SUTTER, Die abkommensautonome Auslegung und die Bedeutung der Entscheidungsharmonie für die DBA-Auslegung, 299 ff.

207 Dazu oben Abschn. 4.2.2.

208 Vgl. Art. 15 Abs. 1 OECD-MA. Vorbehalten bleibt die Anwendung der Monteurklausel gemäss Art. 15 Abs. 2 OECD-MA.

Diese Beispiele zeigen auf, dass die Verengung des Kapitalgewinns potenziell auch eine Ausweitung der zugeordneten Besteuerungsrechte im DBA-Verhältnis zur Folge hat. Dass dies beim anderen Vertragsstaat nicht nur auf Gegenliebe stösst, ist offensichtlich. Kommt hinzu, dass der andere Vertragsstaat nicht verpflichtet ist, der Schweizer Position zu folgen, sodass es zu Doppelbesteuerungen kommen kann. Kennt beispielsweise der andere Staat bei Dividenden die Anrechnungsmethode und bei Veräusserungsgewinnen die Befreiungsmethode, so wird eine Verengung des Kapitalgewinnbegriffs in Abgrenzung zum Dividendenbegriff zu einer Doppelbesteuerung führen, da die Schweiz u. U. die Verrechnungssteuer erheben wird und im anderen Vertragsstaat keine Anrechnung erfolgen kann. An anderer Stelle wurde im Detail für eine abkommensautonome Auslegung plädiert.<sup>209</sup>

## 7 Schlussfolgerungen

Der steuerfreie Kapitalgewinn nach Art. 16 Abs. 3 DBG hat eine bewegte Geschichte. Die Debatten um den Anwendungsbereich des steuerfreien Kapitalgewinns waren und sind weiterhin intensiv und emotional aufgeladen. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der Verabschiedung des DBG und des StHG bewusst gegen die Einführung einer umfassenden Kapitalgewinnsteuer bzw. einer partiellen Beteiligungsgewinnsteuer entschieden. Vorgebracht wurden damals vor allem Praktikabilitätsüberlegungen.<sup>210</sup> Interessanterweise wurde in der parlamentarischen Diskussion kaum auf die sich anbahnenden Abgrenzungsfragen hingewiesen. Im Nachgang zur Einführung kam es jedoch zu beeindruckend vielen Einschränkungen des steuerfreien Kapitalgewinns sowohl durch die Gerichte als auch durch den Gesetzgeber.

Zusammenfassend ergeben sich die folgenden konzeptionellen Entwicklungen seit der Verabschiedung:

- Die Gerichte und auch die Lehre haben versucht, die Abgrenzung punktuell unter Rückgriff auf Gleichbehandlungsüberlegungen, die wirtschaftliche Betrachtungsweise oder auch die Steuerumgehung vorzunehmen. Dies hat zur Folge, dass sich die gezogenen Grenzlinien in den einzelnen Abgrenzungsfragen sehr stark unterscheiden. Es herrscht ein dogmatischer Flickenteppich.
- Der Gesetzgeber ist mehrfach eingeschritten und hat durch Nennung von objektiven Kriterien in einigen

Bereichen Klarheit geschaffen. Ob die gewählten objektiven Kriterien (z. B. bei der Transponierung und der indirekten Teilliquidation oder dem Rückkauf eigener Aktien) steuerpolitisch sinnvoll sind, kann vorliegend offenbleiben.

- Das Bundesgericht orientiert sich jedoch nicht in allen Fällen an diesen objektiven Kriterien und weicht verschiedentlich davon ab, so bspw. im kürzlich ergangenen Entscheid zur Besteuerung von Marchzinsen bei einem einmalverzinslichen Darlehen oder auch bei der Anwendung der Steuerumgehung trotz Nichtvorliegens einer Transponierung.
- Teilweise wurden auch von der Steuerpraxis objektive Abgrenzungskriterien entwickelt (z. B. bei der Besteuerung des Übergewinns). Ob diese jedoch in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Grundlage sind, ist höchst fraglich. Es ist zu bedenken, dass weiterhin ein klares Bekenntnis des Gesetzgebers zur Steuerfreiheit von Kapitalgewinn besteht.
- Es scheint jedoch, als seien die wichtigsten Abgrenzungsfragen gesetzgeberisch oder durch die Steuerpraxis geklärt. An vielen Stellen besteht Rechtssicherheit. Allerdings fehlen insbesondere im Bereich der Abgrenzung zwischen steuerfreiem Kapitalgewinn und selbständiger Erwerbstätigkeit weiterhin gesetzgeberische Präzisierungen. Daneben tun sich aber neue Grabenkämpfe auf. Weiterhin ungelöst ist beispielsweise die genaue Abgrenzung von Lohn und Kapitalgewinn bei nachgelagerten Kaufpreiszahlungen.
- Es bestand und besteht weiterhin eine starke Tendenz, den Anwendungsbereich des steuerfreien Kapitalgewinns einzugrenzen und nicht zu erhalten bzw. auszuweiten – sowohl durch den Gesetzgeber als auch durch die Gerichte. Letzteres zeigt sich vor allem bei einer Analyse der Rechtsprechung zum Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit. Diese Analyse hat gezeigt, dass vor allem beim gewinnträchtigen Wertschriftenhandel im Zweifelsfall eine Gewerbmässigkeit fast ausnahmslos angenommen wird. Beim Liegenschaftshandel sind die Erfolgchancen für die steuerpflichtige Person leicht höher. Dort besteht vor allem im Fall von sich zufällig bietenden Gelegenheiten (z. B. durch eine Erbschaft oder beim Verkauf nach längerer Haltedauer) die Chance, weiterhin einen steuerfreien Kapitalgewinn zu realisieren.
- Die vom Gesetzgeber und der Praxis gezogene Linie ist mit verschiedenen Widersprüchen behaftet. Zu nennen ist insbesondere die Tatsache, dass teilweise eine Aufteilung einer Einkunft (z. B. bei strukturierten Produkten oder beim Übergewinn) in mehrere Komponenten erfolgt und teilweise nicht (z. B. beim Verkauf von Gründeraktien oder auch bei der selbständigen Erwerbstätigkeit). Hierfür konnte dieser

209 HONGLER/SUTTER, Die abkommensautonome Auslegung und die Bedeutung der Entscheidungsharmonie für die DBA-Auslegung, 299 ff., mH auf andere Lehrmeinungen. Vgl. hierzu auch bspw. WEISSBRODT, Financial Instruments in the OECD Model Tax Convention, 187 ff.

210 Vgl. oben Abschn. 2.3.

Beitrag keine dogmatische Erklärung liefern. Die unterschiedliche Handhabung scheint inkonsequent zu sein.

Das Ziel der vorliegenden Bestandesaufnahme war es, zu zeigen, in welchen Fällen es den steuerfreien Kapitalgewinn überhaupt noch gibt. Dies ist zentral für die Beurteilung, ob und in welcher Form eine Besteuerung von Kapitalgewinn steuerpolitisch sinnvoll wäre.

## Literatur

- BAUMBERGER SILVANO, Die Grenzen des Legalitätsprinzips im Steuerrecht, AJP 2012, 903
- BEHNISCH URS R., Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften. Eine rechtsvergleichende Studie, Basel 1996
- BETSCHART PHILIPP, Objektivierte indirekte Teilliquidation, StR 2002, 226
- Grenzenlose indirekte Teilliquidation. BGE vom 11. Juni 2004 – Pilotfall zur Erbenholding entschieden, ST 2004, 873
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich 2016
- BÖCKLI PETER, Die Beteiligungsgewinnsteuer, eine kritische Untersuchung, ASA 42 (1973/74), 369
- Die Beteiligungsgewinnsteuer – eine Fehlkonzep-tion, StR 1978, 200
  - Kritik der «indirekten Teilliquidation». Von der Zerlegungsmethode zur Mittelherkunftssteuer, in: Reich Markus/Zweifel Martin (Hrsg.), Das schweizerische Steuerrecht. Eine Standortbestimmung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Ferdinand Zuppinger, Bern 1989, 103
- BÖHI ROLAND/HONGLER PETER, Unterkapitalisierung oder verdecktes Eigenkapital. Eine rechtliche und steuerpolitische Analyse der Schweizer Rechtspraxis unter besonderer Berücksichtigung von BEPS Action 4, FStR 2016, 126
- BRAUCHLI ROHRER BARBARA/WILDMAN EVELINE, Steuerfreier Kapitalgewinn, ST 2015, 390
- CAGIANUT FRANCIS, Die Besteuerung der Beteiligungsgewinne nach sanktgallischem Steuerrecht, ASA 42 (1973/74), 433
- in: Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Bern 1996
- CAGIENARD MARK/JENNY DANIEL, Steuerfreier privater Kapitalgewinn, Tragweite und Grenzen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, GesKR 2015, 438
- DANON ROBERT/MALEK BENJAMIN, in: Martenet/Dubey (Hrsg.), Constitution fédérale. Commentaire Romand, Basel 2021
- DAVID EUGEN, Die st.gallische Beteiligungsgewinnsteuer. Grundlagen, Verfassungsmässigkeit, Probleme der Ausgestaltung, Bern 1974
- DÜRRSCHMIDT DANIEL, in: Vogel/Lehner, DBA Doppelbesteuerungsabkommen. Kommentar, 7. A., München 2021
- DUSS MARCO, Quasi-Wertschriften- und andere Quasi-Händler, ST 2010, 201
- FUCHS STEFAN, Der Vorbehalt der Steuerumgehung, wenn eine Unternehmensnachfolge weder eine Transponierung noch eine indirekte Teilliquidation auslöst, FStR 2018, 252
- GIGER ERNST, Der Erwerb eigener Aktien aus aktienrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht, Bern 1995
- HAIG ROBERT MURRAY, The Concept of Income – Economic and Legal Aspects, in: Haig Robert Murray et al. (Hrsg.), The Federal Income Tax, New York 1921, 1
- HAINAUT JEAN-MARIE/KOCH MARKUS/KRÜTZMANN PASCAL, Mitarbeiteraktien und (steuerfreier) Kapitalgewinn, EF 2021, 204
- HÖHN ERNST, Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht, StR 1963, 387
- Die Abgrenzung von Vermögensertrag und Kapitalgewinn im Einkommensteuerrecht, ASA 50 (1981/82), 529
  - Die sog. «indirekte Teilliquidation» als Testfall der Auslegungsmethode im Steuerrecht, in: Höhn Ernst/Vallender Klaus A. (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat, Festschrift für Francis Cagianut, Bern/Stuttgart 1990, 245
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Bd. 1, 9. A., Bern u. a. 2001, Bd. 2, 9. A., Bern u. a. 2002
- HONGLER PETER, Hybride Finanzierungsinstrumente im nationalen und internationalen Steuerrecht der Schweiz, Zürich 2012
- Das Leistungsfähigkeitsprinzip – eine moralische Illusion, in Gedenken an Dr. Marcus Desax, Jusletter, 4.11.2019
  - in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, 4. A., Zürich 2023
- HONGLER PETER/SUTTER FABIAN, Die abkommensautonome Auslegung und die Bedeutung der Entscheidungsharmonie für die DBA-Auslegung, FStR 2018, 299

- KOLLER THOMAS, *Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete*, Bern 1993
- LIÉGEOIS FABIEN, *La disponibilité du revenu. Le moment de l'acquisition en droit fiscal suisse*, Genf/Zürich/Basel 2018
- LOCHER PETER, *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, Bern 1983
- Abgrenzung von Kapitalgewinn und Kapitalertrag im Bundessteuerrecht, *recht* 1990, 109
  - Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, *ASA* 75 (2006/2007), 675
  - Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, I. Teil: Art. 1 – 48 DBG, 2. A., Basel 2019
- LUTZ GEORG/HONOLD KERSTEN ALEXANDER, *Indirekte Teilliquidation – Ist wirklich Hopfen und Malz verloren?*, *FStR* 2005, 139
- MARANTELLI ADRIANO/OPEL ANDREA, *Die steuerrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015*, *ZBJV* 2017, 151
- MARGRAF OLIVIER, *Grundstückgewinn oder Vermögensertrag?*, *StR* 2021, 287
- MATTEOTTI RENÉ, *Rechtsfortbildung und Steuergerechtigkeit*, Bern 2007
- MEISTER THOMAS, *Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel – wie weiter?*, *FStR* 2001, 91
- MENGIARDI ANDRI, *Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte («strukturierte Produkte») nach Schweizer Recht*, Freiburg 2008
- MÜLLER FRITZ, *Die Besteuerung der Einkünfte aus derivativen, strukturierten und synthetischen Finanzinstrumenten im Privatvermögen*, *StR* 1999, 298
- NOBEL PETER, *Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht*, *SJZ* 2017, 457
- NOËL YVES, in: Noël/Aubry Girardin (Hrsg.), *Impôt fédéral direct (LIFD). Commentaire Romand*, 2. A., Basel 2017
- OBERSON XAVIER, *Droit fiscal suisse*, 5. A., Basel 2021
- OESTERHELT STEFAN, *Aus der Rechtsprechung in den Jahren 2019/2020*, *FStR* 2021, 42
- OESTERHELT STEFAN/DUBACH MANUEL, *Mitarbeiterbeteiligungen bei nicht kotierten Unternehmen*, *StR* 2021, 2
- OESTERHELT STEFAN/OPEL ANDREA, *Rechtsprechung im Steuerrecht 2023/3*, *FStR* 2023, 253
- OESTERHELT STEFAN/SCHREIBER SUSANNE, *Abgrenzung von Gründeraktien gegenüber Mitarbeiteraktien*, *StR* 2022, 86
- Besteuerung von personenbezogenen Unternehmen, *SJZ* 2023, 132
- REICH MARKUS, *Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer*, in: Knapp Blaise et al. (Hrsg.), *Problèmes actuels de droit fiscal: Mélanges en l'honneur du professeur Raoul Oberson*, Basel/Frankfurt am Main 1995, 115
- *Steuerrecht*, 3. A., Zürich 2020
- REICH MARKUS/BEUSCH MICHAEL, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG)*, 4. A., Basel 2022
- REICH MARKUS/VON AH JULIA, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)*, 4. A., Basel 2022
- in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG)*, 4. A., Basel 2022
- REICH MARKUS/WEIDMANN MARKUS, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG)*, Basel 2022
- in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG)*, 4. A., Basel 2022
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/ROHNER TOBIAS F., *Kommentar zum Zürcher Steuergesetz*, 4. A., Bern 2021
- SCHANZ GEORG, *Der Einkommensbegriff und die Einkommensteuergesetze*, *FinanzArchiv* 1896 H. 1, 1
- SIMONEK MADELEINE, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung. Basler Kommentar*, Basel 2015
- SPORI PETER, *Verkaufserlös für Aktien als Beteiligungsertrag. Direkte Bundessteuer*, *ST* 1985, 346
- Einkommenssteuerliche Aspekte privater Portfolio-Anlagen, *ASA* 59 (1990/91), 345
- VALLENDER KLAUS A., *Die Auslegung des Steuerrechts – unter besonderer Berücksichtigung der Aktienübertragung auf Holdinggesellschaften*, 2. A., Bern/Stuttgart 1988

- VALLUCCI VIRNA/ZELLWEGER THOMAS, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 4. A., Basel 2022
- VON AH JULIA, Die Besteuerung Selbständigerwerbender, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2011
- in: Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht. Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. A., Basel 2012
  - Gewerbmässige Tätigkeit – Entwicklungen und Konsequenzen, in: Uttinger Laurence André/ Rentzsch Daniel/Luzi Conradin (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht. Festschrift für Markus Reich, Zürich/Basel/Genf 2014, 65
- VON AH JULIA/CAMINADA PETRA, Quasi-Liegenschaftshandel – von der Elastizität der Kriterien, zsis A3, 27.4.2023
- WEIDMANN MARKUS, Einkommensbegriff und Realisation – Zum Zeitpunkt der Realisation von Ertrag und Einkommen im Handels- und Steuerrecht, Zürich 1996
- Realisation und Zurechnung des Einkommens, FStR 2003, 83
- WEISSBRODT JAN, Financial Instruments in the OECD Model Tax Convention, Maastricht 2018
- Why «Substance over Form» for Financial Instruments Means All or Nothing, FStR 2021, 4
  - Disaggregation of Financial Instruments in International Tax Law, Intertax 2023, 414
- YERSIN DANIELLE/BERGER MARKUS, Steuerharmonisierung und kantonales Recht, ASA 64 (1995/96), 97
- ZUPPINGER FERDINAND, Der Begriff der «capital gains» im schweizerischen Steuerrecht, StR 1976, 4
- Materialien**
- Amtliches Bulletin Nationalrat, Wortprotokoll der Sitzung zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (vom 14.12.1987), AB N 1987 IV, 1707
- Amtliches Bulletin Nationalrat, Wortprotokoll der Sitzung zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (vom 15.12.1987), AB N 1987 IV, 1730
- Amtliches Bulletin Nationalrat, Wortprotokoll der Sitzung zum Bundesgesetz über die Steuerharmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) (vom 31.1.1989), AB N 1989 I, 13
- Amtliches Bulletin Ständerat, Wortprotokoll der Sitzung zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) (vom 19.3.1986), AB S 1986 I, 154
- Amtliches Bulletin Ständerat, Wortprotokoll der Sitzung zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) (vom 17.3.1986), AB S 1986 I, 105
- Bericht über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 12. Juni 1977 (Neuordnung der Umsatzsteuer und der direkten Bundessteuer; Steuerharmonisierung) (vom 19.8.1977), BBl 1977 II, 1504
- Botschaft Neuordnung Finanz- und Steuerrecht, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die verfassungsmässige Neuordnung des Finanz- und Steuerrechts des Bundes (vom 24.3.1976), BBl 1976 I, 1384
- Botschaft Stabilisierungsprogramm, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Stabilisierungsprogramm 1998 (vom 28.9.1998), BBl 1999, 4
- Botschaft StHG und DBG, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer (vom 25.5.1983), BBl 1983 III, 1
- Botschaft UStR II, Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II) (vom 22.6.2005), BBl 2005, 4733
- Bundesbeschluss über die Steuerharmonisierung (17.12.1976), BBl 1976 III, 1538
- Bundesbeschluss über die Volksinitiative «für eine Kapitalgewinnsteuer» (vom 22.6.2001), BBl 2001, 2880
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung (vom 2.12.2001), BBl 2002, 1209
- ESTV, Kreisschreiben Nr. 5 vom 19.8.1999 betr. Unternehmenssteuerreform 1997 – Neuregelungen des Erwerbs eigener Beteiligungsrechte
- ESTV, Kreisschreiben Nr. 15 vom 3.10.2017 betr. Obligationen und derivative Finanzinstrumente als Gegenstand der direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer sowie der Stempelabgaben
- ESTV, Kreisschreiben Nr. 37 vom 22.7.2013 betr. Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen (Version vom 30.10.2020)
- Motion Barazzone (19.4078), «Abschaffung der Vermögenssteuer und Einführung einer kantonalen Gewinnsteuer auf beweglichem Vermögen. Höchstsatz von 10 Prozent» (vom 19.9.2019)

## Anhang 1

Dossier-Nr.	Datum	Qualifikation als Selbstständiger in wessen Interesse?	Verkaufsobjekt	Fremdkapital	Transaktionsvolumen
2C_702/2020	21/04/2022	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	3
2C_375/2015	01/12/2015	Steuerpflichtiger	Wertschriften	1	1
2C_1048/2013	25/08/2014	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	3
2C_455/2011	05/04/2012	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	2
2C_389/2018	09/05/2019	Steuerpflichtiger	Wertschriften	2	1
2C_116/2012	25/09/2012	Steuerbehörde	Beteiligungen	2	3
2C_115/2012	25/09/2012	Steuerbehörde	Beteiligungen	2	3
2C_819/2011	20/04/2012	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	2
2C_385/2011	12/09/2011	Steuerbehörde	Beteiligungen	2	2
2C_766/2010	29/07/2011	Steuerbehörde	Kunst	2	2
2C_403/2009	01/03/2010	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_869/2008	07/04/2009	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_827/2021	28/09/2022	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	1
2C_850/2021	28/09/2022	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	1
2C_758/2020	29/07/2021	Steuerpflichtiger	Wertschriften	1	3
2C_890/2018	18/09/2019	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	1
2C_551/2018	11/06/2019	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	3
2C_1276/2012	24/10/2013	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	3
2C_1156/2012	19/07/2013	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	1
2C_1273/2012	13/06/2013	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	1
2C_868/2008	23/10/2009	Steuerbehörde	Wertschriften	1	1
2A.125/2007	14/04/2008	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	3
2A.193/2004	09/11/2004	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	1
2A.74/2003	08/09/2004	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	3
2A.512/2003	02/04/2004	Steuerbehörde	Liegenschaften	1	3
2A.272/2003	13/12/2003	Steuerpflichtiger	Wertschriften	1	1
2A.4/1998	02/12/1999	Steuerbehörde	Wertschriften	1	1
BGE 122 II 446	08/10/1996	Steuerbehörde	Wertschriften	1	1
2C_298/2019	18/08/2020	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_299/2019	07/08/2020	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_966/2016	25/07/2017	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_27/2015	10/09/2015	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_1204/2013	02/10/2014	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_834/2012	19/04/2013	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_907/2010	16/05/2011	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	1
2C_893/2008	10/08/2009	Steuerbehörde	Kunst	2	1
2A.433/2004	13/04/2005	Steuerbehörde	Liegenschaften	2	2
2A.486/2002	31/03/2003	Steuerbehörde	Wertschriften	2	1
2A.419/2001	13/11/2002	Steuerbehörde	Wertschriften	2	1
2A.425/2001	12/11/2002	Steuerbehörde	Wertschriften	2	1
2A.66/2002	17/09/2002	Steuerbehörde	Wein	2	2
2C_141/2016	13/10/2016	Steuerpflichtiger	Beteiligungen	3	3
2C_1131/2015	09/05/2016	Steuerbehörde	Beteiligungen	3	3
2C_996/2012	19/04/2013	Steuerbehörde	Liegenschaften	3	3
2C_997/2012	19/04/2013	Steuerbehörde	Liegenschaften	3	3
2C_948/2010	31/10/2011	Steuerbehörde	Liegenschaften	3	2
2C_349/2009	16/11/2009	Steuerbehörde	Beteiligungen	3	3
2A.689/2004	08/05/2006	Steuerbehörde	Liegenschaften	3	1
2A.431/2000	09/04/2001	Steuerbehörde	Beteiligungen	3	3
BGE 125 II 113	08/01/1999	Steuerbehörde	Liegenschaften	3	1

1 = spricht für selbständige Erwerbstätigkeit  
2 = spricht für private Vermögensverwaltung  
3 = neutral oder nicht erwähnt

Besitzdauer	Zusammenhang berufliche Tätigkeit	Beizug spezieller Fachkenntnisse	Systematisches u. planmässiges Vorgehen	Re-Investition der Gewinne	Gewinnstrebigkeit	Ergebnis BGER
3	1	3	2	3	2	Private Vermögensverwaltung
1	1	1	1	1	2	Private Vermögensverwaltung
2	2	1	1	3	3	Private Vermögensverwaltung
2	2	2	3	3	3	Private Vermögensverwaltung
1	3	3	3	3	2	Private Vermögensverwaltung
3	2	3	1	3	1	Private Vermögensverwaltung
3	2	3	1	3	1	Private Vermögensverwaltung
2	2	2	2	2	3	Private Vermögensverwaltung
1	1	1	1	3	3	Private Vermögensverwaltung
2	1	1	2	2	3	Private Vermögensverwaltung
3	3	3	2	3	3	Private Vermögensverwaltung
3	1	1	3	3	2	Private Vermögensverwaltung
2	1	1	3	3	1	Selbständiger Erwerb
2	1	1	3	3	1	Selbständiger Erwerb
3	1	1	3	3	1	Selbständiger Erwerb
3	3	3	1	3	1	Selbständiger Erwerb
3	1	1	1	1	3	Selbständiger Erwerb
3	3	3	3	1	3	Selbständiger Erwerb
3	2	3	3	1	1	Selbständiger Erwerb
1	1	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
1	3	1	1	3	3	Selbständiger Erwerb
3	1	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
3	1	1	1	1	1	Selbständiger Erwerb
1	2	2	1	3	3	Selbständiger Erwerb
3	3	3	1	3	1	Selbständiger Erwerb
1	1	1	3	3	3	Selbständiger Erwerb
1	3	3	1	3	1	Selbständiger Erwerb
1	1	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
3	2	2	1	3	1	Selbständiger Erwerb
3	2	2	1	3	1	Selbständiger Erwerb
1	1	1	1	1	1	Selbständiger Erwerb
2	2	2	1	3	1	Selbständiger Erwerb
3	2	3	1	3	1	Selbständiger Erwerb
2	3	3	1	3	1	Selbständiger Erwerb
1	3	3	1	1	1	Selbständiger Erwerb
3	2	2	1	1	1	Selbständiger Erwerb
3	1	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
1	3	3	1	1	1	Selbständiger Erwerb
1	2	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
1	3	1	1	1	1	Selbständiger Erwerb
3	2	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
3	1	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
3	3	3	1	3	1	Selbständiger Erwerb
2	1	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
2	1	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
2	1	1	1	3	3	Selbständiger Erwerb
3	1	3	1	3	3	Selbständiger Erwerb
3	1	1	3	3	3	Selbständiger Erwerb
3	1	1	1	3	1	Selbständiger Erwerb
3	1	3	1	3	1	Selbständiger Erwerb