

Steuerrekursgericht
des Kantons Zürich



1. Abteilung

1 DB.2011.31
1 ST.2011.49

Entscheid

31. August 2011

Mitwirkend:

Abteilungspräsident Anton Tobler, Steuerrichter Walter Balsiger, Steuerrichter Michael Ochsner und Gerichtsschreiberin Nadja Obreschkow

In Sachen

A,

vertreten durch Baker & McKenzie Zurich,
Holbeinstrasse 30, Postfach, 8034 Zürich,

**Beschwerdeführer/
Rekurrent,**

gegen

1. **Schweizerische Eidgenossenschaft,**

2. **Staat Zürich,**

vertreten durch das kant. Steueramt,
Division Konsum,
Bändliweg 21, Postfach, 8090 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

Rekursgegner,

betreffend

Direkte Bundessteuer 2008 sowie Staats- und Gemeindesteuern 2008

hat sich ergeben:

A. A (nachfolgend der Pflichtige) [...] ist Eigentümer einer 97%-Beteiligung an der B AG. Im April 2007 gründete er zusammen mit weiteren Investoren die C AG, [...], und übernahm insgesamt 100'000 Aktien dieser Gesellschaft zum Nennwert von je Fr. 10.-. Mit Vertrag vom 1. September 2008 räumte er der B AG eine Option zum Kauf seiner 100'000 Aktien der C AG zu einem Preis von Fr. 10.- pro Aktie ein; als Gegenleistung erhielt er eine Optionsprämie von Fr. 2.50 pro Aktie in bar, insgesamt Fr. 250'000.-. Dieser Vertrag wurde am 24. September 2008 teilweise geändert, insbesondere wurde der Ausübungspreis auf Fr. 6.67 pro Aktie herabgesetzt, und zwar im Hinblick auf einen am 27. September 2008 abgeschlossenen Vertrag zwischen dem Pflichtigen und den übrigen Investoren der C AG. In Letzterem wurde sein Ausscheiden aus der C AG geregelt; im Weiteren erhielt er eine Put-Option und gewährte zugleich den Investoren eine Call-Option auf die nämlichen Aktien, Letzteres gegen eine Optionsprämie von Fr. 250'000.-. Am 31. Oktober 2008 übte die B AG ihr Kaufrecht im Umfang von 30'000 Aktien aus und erwarb diese vom Pflichtigen für Fr. 200'000.-. Im Mai 2009 wurde die Einstellung der [Unternehmenstätigkeit] beschlossen. Die B AG schrieb in der Folge die Beteiligung auf Fr. 1.- ab.

Mit Einschätzungsentscheid für die Staats- und Gemeindesteuern 2008 vom 8. November 2010 rechnete der Steuerkommissär Fr. 449'999.-, bestehend aus der Optionsprämie der B AG von Fr. 250'000.- und der Abschreibung der Beteiligung von Fr. 199'999.-, als verdeckte Gewinnausschüttung auf, da die Transaktion keinem Drittvergleich standhalte. Dies ergab ein steuerbares Einkommen von Fr. 621'400.- (davon aus qualifizierter Beteiligung Fr. 450'000.-) und ein steuerbares Vermögen von Fr. 1'712'000.-. Am gleichen Tag erging der Hinweis direkte Bundessteuer 2008 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 619'000.-. Die Schlussrechnung/Veranlagungsverfügung direkte Bundessteuer wurde am 22. November 2010 versandt.

B. Hiergegen liess der Pflichtige am 8. Dezember 2010 Einsprache erheben und beantragen, auf die erwähnten Aufrechnungen zu verzichten. Das kantonale Steueramt wies die Rechtsmittel am 31. Januar 2011 ab.

C. Mit Beschwerde bzw. Rekurs vom 1. März 2011 wiederholte der Pflichtige Einspracheantrag und -begründung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegerin bzw. des Rekursgegners.

Das kantonale Steueramt beantragte am 6. April 2011 eine Erhöhung des steuerbaren Einkommens sowohl für die Staats- und Gemeindesteuern als auch die direkte Bundessteuer um Fr. 250'000.-. Es begründete dies damit, dass die im Zusammenhang mit der Vereinbarung vom 27. September 2008 von den übrigen Investoren erhaltene Optionsprämie tatsächlich eine Entschädigung für die Auflösung des Arbeitsvertrags des Pflichtigen mit der C AG und deshalb steuerbar sei.

Der Pflichtige hielt in seiner Replik vom 30. Mai 2011 und das kantonale Steueramt in seiner Duplik vom 20. Juni 2011 an ihren bisherigen Anträgen fest. Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) liess sich nicht vernehmen. Am 15. August 2011 reichte der Pflichtige noch eine weitere Stellungnahme ein.

Die Kammer zieht in Erwägung:

1. a) Gemäss Art. 143 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG) bzw. § 149 Abs. 2 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 (StG) ist das Rekursgericht nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Es kann nach Anhören des Steuerpflichtigen die Einschätzung auch zu dessen Ungunsten ändern. In der Beschwerde-/Rekursantwort hat das kantonale Steueramt Antrag auf Erhöhung des steuerbaren Einkommens um Fr. 250'000.- gestellt mit der Begründung, es handle sich bei der in der Vereinbarung mit den Investoren der C AG vom 27. September 2008 festgesetzten Optionsprämie tatsächlich um eine steuerbare Abgangsentschädigung. Dem Pflichtigen wurde mit Verfügung vom 7. April 2011 Gelegenheit eingeräumt, sich hierzu zu äussern, wovon er mit Replik vom 30. Mai 2011 Gebrauch gemacht hat. Die formellen Anforderungen für die Höhereinschätzung sind damit erfüllt.

b) Der Pflichtige rügt indessen in Ziff. 7 der Replik, der Antrag auf Höhereinschätzung sei ungenügend begründet.

Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs bei einer Höhereinschätzung reicht es aus, eine Rechtsschrift der Gegenpartei mit dem entsprechenden Antrag zur Stellungnahme zuzustellen; das Rekursgericht ist nicht verpflichtet, selbst nochmals die Gründe in einer Verfügung offen zu legen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Handkommentar zum DBG, Art. 143 N 24 DBG und Kommentar zum harmonisierten Zürcher Steuergesetz, 2. A., 2006, § 149 N 27 StG). Dies allerdings nur, wenn die Rechtsschrift der antragstellenden Partei den Anforderungen an eine Begründung genügt. Dies ist dann der Fall, wenn die Begründung so ausgestaltet ist, dass der Betroffene die Gedankengänge nachvollziehen und sich dagegen wehren kann. Diesen Anforderungen werden die Ausführungen des kantonalen Steueramts in der Beschwerde-/Rekursantwort gerecht; der Pflichtige hat sich denn auch in der Replik eingehend dazu geäußert. Die Rüge ist deshalb unbegründet.

c) In der Eingabe vom 15. August 2011 beantragt der Pflichtige die Gewährung einer Frist zur Stellungnahme, falls die Steuerbarkeit mit gewerbsmässigem Wertschriftenhandel begründet wird. Da sich die Frage nach Auffassung des Rekursgerichts hier aber nicht stellt, ist der Antrag als gegenstandslos zu betrachten.

2. Der Pflichtige macht in Bezug auf die von den übrigen Investoren der C AG erhaltenen Fr. 250'000.- geltend, dass es sich um eine Optionsprämie handle, welche als privater Kapitalgewinn steuerfrei sei. Das kantonale Steueramt betrachtet die Leistung demgegenüber als Leistung aus Arbeitsvertrag.

a) Nach der Generalklausel von Art. 16 Abs. 1 DBG und § 16 Abs. 1 StG unterliegen der Einkommenssteuer alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte. Ergänzt wird diese Bestimmung durch einen beispielhaften Einkünftekatalog (Art. 17 - 24 DBG; §§ 17 - 23 StG). Steuerfrei sind nach Art. 16 Abs. 3 DBG bzw. § 16 Abs. 3 StG – bei den Staats- und Gemeindesteuern vorbehaltlich der Grundstückgewinnsteuer – demgegenüber Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen.

aa) Die Einkünfte aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit sind in Art. 17 Abs. 1 DBG und § 17 Abs. 1 StG geregelt. Steuerbar sind danach alle Einkünfte aus privatrechtlichem oder öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis mit Einschluss der Nebeneinkünfte wie Entschädigungen für Sonderleistungen, Provisionen, Zulagen, Dienstalters-

und Jubiläumsgeschenke, Gratifikationen, Trinkgelder, Tantiemen und andere geldwerte Vorteile (Einkünfte aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit).

Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Deshalb enthält Art. 17 DBG bzw. § 17 StG analog zu Art. 16 DBG bzw. § 16 StG auch einen Auffangtatbestand, unter den alle nicht ausdrücklich genannten Einkünfte aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit fallen, nämlich "alle Einkünfte", und zwar gleichgültig, wie diese bezeichnet werden. Voraussetzung ist einzig, dass die Leistung ihren hauptsächlichen Grund im Arbeitsverhältnis hat. Zwischen der unselbstständigen Erwerbstätigkeit und den daraus fließenden Einkünften muss somit ein kausaler Zusammenhang bestehen; die Leistung muss eine Folge der Tätigkeit sein und die steuerpflichtige Person die Leistung im Hinblick auf ihre Tätigkeit erhalten. Steuerbar sind daher sämtliche geldwerten Vorteile, welche ein Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Tätigkeit erhält, die er gestützt auf ein Arbeitsverhältnis ausübt (vgl. dazu und zum Folgenden: Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Art. 17 N 28 ff. DBG und § 17 N 28 ff. StG). Der Charakter der Tätigkeit und die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses sind unmassgeblich, namentlich können die Einkünfte auch von Dritten ausgerichtet werden. Ohne Bedeutung ist, ob ein Rechtsanspruch auf eine Leistung besteht oder nicht (BGr, 3. März 1989, ASA 60, 245 = StE 1991 B 21.1 Nr. 2). Art. 17 DBG und § 17 StG sind auch anwendbar auf freiwillige Leistungen des Arbeitgebers, wie vertraglich nicht vereinbarte Gratifikationen, Boni, Gewinnbeteiligungen, Tantiemen, Jubiläumsgaben, Vergütungen für Verbesserungsvorschläge und Treueprämien sowie Zuwendungen in Anerkennung der geleisteten Dienste (VGr, 1. November 1988, StE 1989 B 21.3 Nr. 2).

bb) Hinzuweisen ist ferner darauf, dass Einkünfte aus einer gelegentlichen nebenberuflichen Tätigkeit zugunsten einer Drittperson, welche auf einem anderen Vertrag als einem Arbeitsvertrag beruht (Auftrag, Werk-, Verlags- oder Agenturvertrag), und welche mangels Planmässigkeit oder Dauerhaftigkeit nicht zwingend als selbstständige Erwerbstätigkeit zu würdigen ist, gleichwohl der Besteuerung als Einkommen gemäss Art. 16 Abs. 1 DBG bzw. § 16 Abs. 1 StG unterliegen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Art. 16 N 33 DBG und § 16 N 48 StG).

cc) Ein Optionsgeschäft ist ein bedingtes Termingeschäft und somit ein Vertrag zwischen zwei Parteien. Der Käufer einer Option erwirbt gegen Bezahlung des Optionspreises (= Optionsprämie) das Recht, nicht aber die Verpflichtung, eine festgelegte Menge eines bestimmten Gutes (Basiswert) an bzw. bis zu einem festgelegten

Zeitpunkt (Verfalltermin) zu einem vereinbarten Preis (Ausübungspreis) zu kaufen (Call-Option) oder zu verkaufen (Put-Option; Ziff. 2.2.3. des Kreisschreibens der ESTV Nr. 15 vom 7. Februar 2007 betreffend Obligationen und derivative Finanzinstrumente als Gegenstand der direkten Bundessteuer, der Verrechnungssteuer sowie der Stempelabgaben, www.estv.admin.ch).

Die Gewinne und Verluste aus der Veräusserung oder Glattstellung von Optionen gelten im privaten Vermögensbereich als Kapitalgewinne bzw. -verluste, die als solche nicht der Einkommenssteuer unterliegen, solange sich die Aktivitäten im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung bewegen (Markus Reich, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. A., 2008, Art. 20 N 133 DBG, auch zum Folgenden; Fritz Müller, Die Besteuerung der Einkünfte aus derivativen, strukturierten und synthetischen Finanzinstrumenten im Privatvermögen, StR 1999, 300). Nach der zitierten Lehre gilt dies auch für die Optionsprämie; dieser steht eine Verpflichtung gegenüber, deren Wert während der Optionsdauer schwankt. Wird die Option nicht ausgeübt, verbleibt dem Optionsverkäufer die gesamte Prämie. Wird sie hingegen ausgeübt, steht der Optionsprämie eine entsprechende Wertschwankung auf der Verpflichtung gegenüber, was je nachdem zu einem Kapitalgewinn oder -verlust führt. Der Schreiber (Verkäufer) erzielt somit auf jeden Fall einen Kapitalgewinn oder -verlust, der einkommensteuerrechtlich unbeachtlich ist, solange es sich bei ihm nicht um einen gewerbsmässigen Wertschriftenhändler handelt (so auch die Praxis der ESTV, KS Nr. 15 Ziff. 3.3 Abs. 2).

dd) Nach der allgemeinen Beweislastregel haben die Steuerbehörden den Nachweis zu erbringen, dass ein Steuerpflichtiger bestimmte Einkünfte erzielt hat, da es sich hierbei um einen steuerbegründenden Umstand handelt. Der Nachweis eines Vermögenszuflusses begründet sodann die natürliche Vermutung, dass dieser steuerbares Einkommen darstellt. Die Vermutung kann vom Steuerpflichtigen entkräftet werden, indem er den Gegenbeweis erbringt, dass nämlich die zugeflossenen Einkünfte kein steuerbares Einkommen darstellen (wie z.B. Vorliegen eines steuerfreien Kapitalgewinns aus der Veräusserung beweglichen Privatvermögens). Das Risiko der Beweislosigkeit liegt somit hinsichtlich jener Tatsachen, aus denen sich die Nichtsteuerbarkeit einer Einkunft ergibt, beim Steuerpflichtigen.

b) Da der Zufluss der streitigen Leistung von Fr. 250'000.- gemäss Ziff. 4.2 der Vereinbarung zwischen dem Pflichtigen und den Investoren der C AG vom 27. Sep-

tember 2008 unbestritten ist, obliegt dem Pflichtigen die Beweislast für seine Behauptung, es handle sich dabei um einen steuerfreien Kapitalgewinn in Form einer Optionsprämie. Hierfür beruft er sich auf die genannte Vereinbarung (nachfolgend Investorenvereinbarung).

aa) Der Pflichtige war mit Arbeitsvertrag vom 28./29. Juni 2007 von der C AG (früher E AG) als Delegierter des Verwaltungsrats angestellt worden. Dieses Arbeitsverhältnis wurde mit Aufhebungsvereinbarung vom 26./27. September 2008 per 31. Oktober 2008 aufgelöst. Die Investorenvereinbarung war zwischen dem Pflichtigen und einer Investorengruppe abgeschlossen worden, welche 65,5% des Kapitals der C AG repräsentierte; zudem bestand zwischen ihr, dem Pflichtigen und weiteren Aktionären ein Aktionärsbindungsvertrag. Gemäss den Präambeln der Investorenvereinbarung benötigte die C AG neues Kapital zur Finanzierung eines Neustarts, nachdem im ersten Jahr der Geschäftstätigkeit erhebliche Verluste entstanden waren. Die Investoren waren bereit, unter bestimmten Voraussetzungen neues Kapital aufzubringen. In diesem Zusammenhang waren die Parteien übereingekommen, dass der Pflichtige mittelfristig als Aktionär aus der Gesellschaft ausscheidet und seine Beteiligung von den Investoren übernommen werde (Präambeln B – D der Investorenvereinbarung).

Nach dem in Ziff. 2.1 der Investorenvereinbarung festgehaltenen Grundsatz räumt der Pflichtige den Investoren an den von ihm gehaltenen Aktien eine "stille Beteiligung" ein. Er bleibt zwar formell Aktionär der Gesellschaft, intern aber wird das Verhältnis so geregelt, als ob die Investoren seine Aktien übernommen hätten. Daraus ergeben sich für den Pflichtigen eine Reihe von Pflichten; insbesondere hat er alle Rechte und Pflichten aus oder im Zusammenhang mit der Aktionärsstellung gemäss den Instruktionen der Investoren auszuüben (Ziff. 2.2.1 und 2.2.2). Alle finanziellen Folgen aus der Aktionärsstellung sollen die Investoren treffen; dies bezieht sich insbesondere auf Ausschüttungen, Kapitalrückzahlungen etc. (Ziff. 2.3.1). Ferner war vorgesehen, voraussichtlich im vierten Quartal 2008 eine Finanzierungsrunde durchzuführen; soweit die Investoren den Pflichtigen anweisen, sich daran zu beteiligen, haben sie ihm die erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen (Ziff. 2.3.2). Der Pflichtige hat alle dadurch hervorgegangenen und ihm zufallenden Vermögenswerte herauszugeben. Unter Ziff. 3.1 verpflichtete er sich ferner, per 31. Oktober 2008 seinen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat zu erklären. Weiter war er in Ziff. 3.2 damit einverstanden, mit der Gesellschaft eine Vereinbarung über die Aufhebung seines Arbeitsverhältnisses abzuschliessen; diese Aufhebungsvereinbarung soll die entschädigungslose, einvernehmli-

che Auflösung des Arbeitsvertrags vorsehen. In Ziff. 4.1 erhält er eine Put-Option, welche es ihm erlaubt, sämtliche von ihm gehaltenen Aktien der C AG den Investoren zu verkaufen. Gleichzeitig räumt er in Ziff. 4.2 den Investoren eine Call-Option auf dieselben Aktien ein; hierfür erhält er die streitige Optionsprämie von Fr. 250'000.-, zahlbar ab zehn Tagen nach Unterzeichnung. Der Kaufpreis war auf Fr. 1'000'000.- festgesetzt; für den Fall des Erreichens von bestimmten Leserzahlen ab März 2011 waren Kaufpreiszuschläge vorgesehen.

Ziff. 2.3.3 enthält unter der Überschrift "Entschädigung für die Einräumung der 'Stillen Beteiligung' " folgende Regelung: "Die Entschädigung für die Einräumung der Stillen Beteiligung und für die entschädigungslose, einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrags gemäss Ziff. 3.2 liegt in der Gewährung der Put-Option gemäss Ziff. 4.1 und der Optionsprämie gemäss Ziff. 4.2. Diese ermöglichen [dem Pflichtigen] einen Ausstieg aus der Gesellschaft mit Gewinn, was angesichts der heutigen finanziellen Lage der Gesellschaft anderweitig nicht zu erwarten wäre. Eine weitergehende Entschädigung für die Einräumung der Stillen Beteiligung ist nicht geschuldet".

bb) Aus dieser Bestimmung geht somit hervor, dass die Optionsprämie als Gegenleistung sowohl für die "stille Beteiligung" als auch für das Einverständnis zur entschädigungslosen Arbeitsvertragsauflösung vereinbart wurde. Im Letzteren Fall liegt ohne weiteres Einkommen aus dem Arbeitsverhältnis vor. Dieser Schluss ist insbesondere bereits daraus zu ziehen, dass darin ja auf die arbeitsvertragliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses ausdrücklich Bezug genommen und damit die dortige Regelung quasi vorweggenommen wird. Dass die Investorengruppe mit der Arbeitgeberin nicht identisch ist, ändert nach dem Gesagten nichts, fallen doch bei gegebenen Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis auch von Dritten erhaltene Leistungen unter Arbeitseinkommen. Die "stille Beteiligung" ihrerseits ist nicht mit der Übertragung von Eigentum an den Aktien verbunden, sondern besteht aus einem Bündel von Handlungs- und Unterlassungspflichten im Zusammenhang mit dem Halten der Aktien. Der Pflichtige erscheint dadurch im Innenverhältnis als blosser Treuhänder, und die Gegenleistung der Investoren als Abgeltung für ein Verhalten des Pflichtigen. Das Rechtsverhältnis hat auftragsähnliche Elemente und ist als gelegentliche nebenberufliche Tätigkeit mit den entsprechenden steuerlichen Folgen zu qualifizieren.

cc) Daran ändert nichts, dass der Betrag in Ziff. 4.2 der Investorenvereinbarung als Optionsprämie bezeichnet wird, da der Wortlaut von Ziff. 2.3. einer solchen

Betrachtungsweise klar widerspricht. Der dort verwendete Begriff der Entschädigung verträgt sich grundsätzlich nicht mit der auf Leistungsaustausch ausgerichteten Natur eines Optionskontraktes. Daraus ist unmittelbar zu schliessen, dass die Investoren mit dem Optionskontrakt Leistungen des Pflichtigen abgelten wollten. Dieser Schluss wird dadurch untermauert, dass im Fall einer Einstellung der Zeitung bis 30. Juni 2009, die Optionsvereinbarung zwar dahinfällt, die Optionsprämie aber gerade nicht zurückzuerstatten war (vgl. demgegenüber Ziff. 2 des Optionsvertrags vom 1. September 2008, wo eine Rückzahlung bei Rücktritt vorgesehen war). Es ist im Übrigen nicht einzusehen, weshalb der Pflichtige die in der Investorenvereinbarung auferlegten einschneidenden Handlungs- und Unterlassungspflichten hätte entschädigungslos hinnehmen sollen; diese Pflichten gingen jedenfalls über diejenigen eines Verkäufers einer Option weit hinaus. Weshalb er deshalb – neben dem Verkaufserlös – noch eine Optionsprämie erhalten sollte, ist nicht einzusehen. Bezeichnenderweise ist zudem in Bezug auf die Put-Option, welche er den Investoren auf denselben Aktien eingeräumt hat (Ziff. 4.1 der Investorenvereinbarung), keine Optionsprämie vereinbart worden. Die Behauptung des Pflichtigen, es handle sich bei den Fr. 250'000.- um den Nettobetrag nach Verrechnung der beiden gegenseitigen Optionsprämien, überzeugt nicht, da in der Investorenvereinbarung nichts davon erwähnt wird und sich zudem – stellt man auf seine Sachdarstellung ab – in Bezug auf den demnach überschliessenden Betrag von Fr. 250'000.- genau dieselben Fragen stellen.

Nachdem in Ziff. 2.3.3 zudem klar von einer Entschädigung für die "entschädigungslose einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrags" gesprochen wird, geht auch der Einwand des Pflichtigen in der Stellungnahme vom 30. Mai 2011 fehl, aus seinem Arbeitsvertrag habe er keinen Anspruch auf eine Abgangsentschädigung gehabt. Es kann offen bleiben, aus welchen Gründen die Investorengruppe zu dieser Entschädigung bereit war; Tatsache ist, dass sie erfolgt ist.

dd) Der Nachweis, dass es sich um eine Optionsprämie gehandelt hat, lässt sich demnach bereits gestützt auf die Investorenvereinbarung nicht erbringen. Nach dem Aktenstand handelt es sich bei ihr vielmehr um eine Entschädigung für die Erbringung einer Arbeitsleistung, sei es aus dem Arbeitsverhältnis oder aus einem auftragsähnlichen Vertragsverhältnis, und somit um eine steuerbare Leistung nach Art. 16 Abs. 1 bzw. 17 Abs. 1 DBG sowie §§ 16 Abs. 1 bzw. 17 Abs. 1 StG. Da es sich bei beiden Fällen um steuerbare Leistungen handelt, kann offen bleiben, wie sie auf die beiden Elemente aufzuteilen ist. Die Zahlung ist daher entsprechend dem Antrag in der

Rekurs-/Beschwerdeantwort dem steuerbaren Einkommen des Pflichtigen zuzurechnen.

3. Die Vorinstanz hat ferner die Optionsprämie von – ebenfalls – Fr. 250'000.- der B AG sowie den Kaufpreis für die in der Folge erworbenen Aktien als verdeckte Gewinnausschüttung erfasst, letztere im Umfang der darauf vorgenommenen Abschreibung von Fr. 199'999.-.

a) aa) Zu den nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG bzw. § 20 Abs. 1 lit. c StG steuerbaren geldwerten Vorteilen aus Beteiligungen aller Art gehören insbesondere die verdeckten Gewinnausschüttungen von juristischen Personen im Sinn von Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG bzw. § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. e StG. Auf eine solche Gewinnausschüttung ist zu schliessen, wenn eine juristische Person, sich entreichernd, ihren Gesellschaftern oder ihr sonst nahestehenden Personen, diese bereichernd, bewusst geldwerte Vorteile zuwendet, die sie unbeteiligten Dritten nicht einräumen würde (RB 1985 Nr. 42 = StE 1985 B 72.13.22 Nr. 4; Reimann/Zuppinger/Schärner, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Band, 1969, § 45 N 68 ff.). Der Grund solcher Leistungen liegt nicht in der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, sondern im Beteiligungsverhältnis. Mit der Ausrichtung von geldwerten Vorteilen kommt die Gesellschaft nicht geschäftlichen Verpflichtungen nach, sondern verwendet sie Gewinn im Interesse ihrer Aktionäre (Markus Reich, Verdeckte Vorteilszuwendungen zwischen verbundenen Unternehmen, ASA 54, 621 f.). Im Ausmass, in dem die erbrachte Zuwendung einem unabhängigen Dritten nicht erbracht worden wäre, erhält der Empfänger einen Sondervorteil, dessen Ursprung im Beteiligungsverhältnis zur Gesellschaft liegt. Verdeckte Gewinnausschüttungen kommen in den mannigfaltigsten Formen vor (vgl. für einen Überblick und gleichzeitig Systematisierungsversuch Peter Locher, Kommentar zum DBG, II. Teil, 2004, Art. 58 N 108 ff.). Aus buchhalterischer Perspektive können grundsätzlich die Fälle des Ausweises zu hohen Aufwands, zu geringen Ertrags (die so genannten Gewinnvornahmen) und der Überbilanzierung von Aktiven (mit entsprechendem späteren Bedarf nach erfolgswirksamer Korrektur) bzw. der Bilanzierung von fiktiven Aktiven unterschieden werden.

bb) Liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, wird sie beim Gesellschafter grundsätzlich im Zeitpunkt erfasst, in welchem er mit der Ablieferung des Erhaltenen nicht mehr rechnen muss (RB 1981 Nr. 50).

cc) Das Zufließen von Vermögensertrag ist eine steuerbegründende Tatsache, welche die Steuerbehörden nachzuweisen haben (RB 1990 Nr. 36 = StE 1990 B 92.51 Nr. 3). Sie sind bei der Ermittlung in hohem Mass auf die Mitwirkung des Steuerpflichtigen angewiesen. Diese Feststellung gilt insbesondere für die im Massenverwaltungsverfahren durchgeführte Festsetzung der direkten Steuern von Einkommen bzw. Ertrag und Vermögen bzw. Kapital. Es ist daher folgerichtig, an die rechtsgenügende Darlegung derartiger Tatsachen durch die Behörden keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (RB 1990 Nr. 36 = StE 1990 B 92.51 Nr. 3). Die Steuerbehörde hat somit zunächst nachzuweisen, dass überhaupt eine geldwerte Leistung vorliegt. Wird dieser Nachweis erbracht, trägt der an ihr beteiligte Leistungsempfänger die Beweislast dafür, dass er für diese Leistung eine Gegenleistung erbracht hat. Gelingt ihm dieser Nachweis, obliegt es dann gegebenenfalls in einem weiteren Schritt der Steuerbehörde, ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung darzutun, worauf dem Steuerpflichtigen wiederum der Nachweis offen steht, dass trotz Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung keine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen ist (vgl. StRK II, 26. Mai 1999, 2 ST.1999.194).

b) Gemäss Optionsvertrag vom 1. September 2008 verkaufte der Pflichtige der B AG folgende Call-Option:

- Kaufgegenstand: 100'000 Aktien der C AG
- Laufzeit: bis 31. März 2009
- Ausübung: jederzeit
- Ausübungspreis: Fr. 10.- pro Aktie
- Optionsprämie: Fr. 250'000.-, zahlbar innert zehn Tagen nach Abschluss des Vertrags.
- Ist für die Übertragung der Aktien die Zustimmung eines Dritten erforderlich und wird diese nicht innerhalb von drei Monaten nach Ausübung erteilt, ist jede Partei berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Die Optionsprämie ist in diesem Fall zurückzuzahlen.

Am 24. September 2008 wurde der Vertrag ergänzt, damit der Pflichtige den in der späteren Investorenvereinbarung enthaltenen Verpflichtungen nachkommen konnte. Die B AG garantierte, dass sie im Fall einer Unterzeichnung der Vereinbarung zwischen dem Pflichtigen und den anderen Grossaktionären der C AG die daraus ent-

stehenden Verpflichtungen respektiere und sie die von ihr im Rahmen des Optionsvertrags vom 1. September 2008 erworbenen Aktien zum Preis von Fr. 10.- pro Aktie an den Pflichtigen zurückverkaufen werde, wenn dieser es verlange, um seinen eigenen Verkaufsverpflichtungen nachkommen zu können. Der Pflichtige räumte der B AG im Gegenzug folgende Rechte ein:

- Das Bezugsrecht wird bis zum 30. Juni 2009 verlängert.
- Die B AG nimmt an der Put-Option des Pflichtigen gegenüber den übrigen Investoren teil; sie kann vom Pflichtigen insbesondere zwingend verlangen, dass dieser sie am frühestmöglichen Zeitpunkt (1. Juli 2009) einlöst.
- Sie hat Anspruch auf allfällige Kaufpreiszuschläge.
- Der Pflichtige gibt die von den Investoren erhaltene Optionsprämie von Fr. 250'000.- anteilmässig an die Käuferin weiter, indem der Ausübungspreis von Fr. 10.- auf Fr. 6.67 pro Aktie herabgesetzt wird.

Am 31. Oktober 2008 kaufte die B AG in Ausübung ihrer Option 30'000.- Aktien des Pflichtigen, wobei der Beschluss des Verwaltungsrats bereits am 24. September 2008 gefällt worden war. Der Kaufpreis betrug Fr. 6.67 pro Aktie. Darin wurde noch einmal bestätigt, dass die B AG die Rechte und Pflichtigen aus der Investorenvereinbarung – welche zwei Tage später abgeschlossen wurde – respektiere.

c) Nachdem der Pflichtige mit den erwähnten Verträgen geltend macht, für die Optionsprämie von Fr. 250'000.- eine Gegenleistung erbracht zu haben, obliegt es den Steuerbehörden, ein Missverhältnis zwischen diesen Leistungen darzutun. Dieser Nachweis ist erbracht, erweisen sich die Aktien der C AG doch als wertlos:

aa) Der Pflichtige begründet den Abschluss des Optionsvertrags vom 1. September 2008 damit, dass bereits bei Gründung der C AG am 24. April 2007 beabsichtigt gewesen sei, dass die B AG die Beteiligung erwerbe. Diese habe aber zunächst nicht über genügend Bargeld verfügt, weshalb er die Beteiligung persönlich übernommen habe. Erst im Lauf des Jahres 2008 habe die B AG genügend Mittel erarbeitet, um den Kauf selbst zu finanzieren.

Massgebend für die Beurteilung der geschäftsmässigen Begründetheit des Vertragsabschlusses am 1. September 2008 sind indessen die Verhältnisse zu diesem Zeitpunkt, und nicht diejenigen bei Gründung der C AG. Im Herbst 2008 war die finan-

zielle Lage der C AG sehr schlecht: Gemäss den Abschlüssen erlitt sie im ersten Geschäftsjahr (1.1. - 31.12.2007) einen Verlust von Fr. 8'918'235.- und im zweiten Geschäftsjahr (1.1. - 31.12.2008) von Fr. 36'590'063.-. Die Bilanz per 31. Dezember 2008 zeigt Aktiven von Fr. 6'118'282.- bei einem Fremdkapital von Fr. 41'626'580.- und einem negativen Eigenkapital von Fr. 35'508'298.-. Dem Umlaufvermögen von Fr. 2'906'082.- stand ein kurzfristiges Fremdkapital von Fr. 8'777'278.- gegenüber, was auf ein erhebliches Liquiditätsproblem hindeutet. Insgesamt sind die Titel der C AG zu diesem Zeitpunkt als Nonvaleur zu beurteilen. In der Investorenvereinbarung wird denn auch ausdrücklich festgehalten, dass die Gesellschaft neues Kapital zur Finanzierung eines Neustarts benötige, nachdem im ersten Jahr der Geschäftstätigkeit erhebliche Verluste entstanden seien (Präambel C). Der geplante "Neustart" widerspricht somit klar der Sachdarstellung des Pflichtigen, dass die wirtschaftliche Entwicklung der C AG zu diesem Zeitpunkt dem Business-Plan entsprochen habe. Zudem liegen die von ihm angeführten [umsatzrelevante Zahlen] weit hinter den prognostizierten Worst-Case-Zahlen [...] zurück. Es ist davon auszugehen, dass sich dieser schlechte Zustand der Gesellschaft bereits am 1. September 2008 abgezeichnet hatte und den Aktionären bekannt war. Der Pflichtige beherrscht die B AG und ist gemäss Handelsregister Delegierter des Verwaltungsrats mit Einzelzeichnungsbefugnis. Damit hat sich diese Gesellschaft in ihrem Handeln auch sein Wissen anrechnen zu lassen. Bei diesen Verhältnissen ist im September 2008 kein geschäftliches Interesse der B AG am Erwerb einer Call-Option für Aktien der C AG ersichtlich, sondern war von einem solchen Geschäft sogar dringend abzuraten, falls dies mit Kosten verbunden war.

Dem hält der Pflichtige entgegen, dass bei einem [Produkt] eine mehrjährige Anlaufzeit mit Verlust die Regel sei und langfristig durchaus mit Gewinn habe gerechnet werden dürfen, zudem habe die Investorengruppe das Projekt ja weiter verfolgt. Wenn dieser Sachdarstellung gefolgt würde, hätte der Kaufentscheid der B AG aber Hand in Hand gehen müssen mit dem Willen zu einem (weiteren) starken finanziellen Engagement bei der C AG; sie setzte einen unternehmerischen Entscheid in diese Richtung voraus. Wie aus der Investorenvereinbarung klar hervorgeht, war der Pflichtige hierzu aber nicht bereit. Vielmehr strebte er den Ausstieg aus der Gesellschaft an und trat aus dem Verwaltungsrat aus. Wieso unter diesen Umständen die nahezu vollständig ihm gehörende B AG den umgekehrten Weg hätte beschreiten sollen, ist nicht ersichtlich. Eine entsprechende Absichtserklärung ihrer Geschäftsleitung wird weder behauptet, noch werden entsprechende Geschäftsleitungsbeschlüsse vorgelegt. Zudem wurde ein entsprechender Wille auch gegenüber den übrigen Investoren nirgends

kundgetan; in Anbetracht der engen vertraglichen Bindungen (Aktionärsbindungsvertrag) sowie der zu erwartenden zukünftigen finanziellen Lasten wäre ein Engagement der B AG bei der C AG anstelle des Pflichtigen nur im Zusammengehen mit diesen möglich gewesen. Dass keine solchen Schritte unternommen wurden, lässt nur den Schluss zu, dass ein diesbezügliches Engagement auch nie ernsthaft beabsichtigt war. Der Pflichtige kann sich deshalb zur Rechtfertigung des Optionsvertrags auch nicht auf die angeblichen langfristigen Erfolgsaussichten berufen.

Nicht weiter hilft dem Pflichtigen sodann, dass in der Investorenvereinbarung ebenfalls eine Optionsprämie von Fr. 250'000.- stipuliert worden war. Entgegen seiner Auffassung handelt es sich nicht um einen Vertrag, welcher unter voneinander unabhängigen Dritten zu vergleichbaren Bedingungen abgeschlossen worden war, da wie bereits ausgeführt mit dieser Optionsprämie eben gerade andere Leistungen als die Einräumung einer Option abgegolten wurden. Die Prämie taugt deshalb nicht als Beleg für einen marktgerechten Optionspreis.

Insgesamt ist kein Gegenwert für die von der B AG für die Eingehung des Optionsvertrags am 1. September 2008 bezahlte Optionsprämie von Fr. 250'000.- ersichtlich. Damit bestand kein geschäftliches Interesse für den Abschluss des Vertrags, und ist die Optionsprämie nicht geschäftsmässig begründet, sondern im alleinigen Interesse des Pflichtigen als ihr Anteilsinhaber erbracht worden. Demensprechend ist sie als verdeckte Gewinnausschüttung an ihn zu qualifizieren.

bb) Mit der Investorenvereinbarung vom 27. September 2008 und dem Vertragszusatz vom 24. September 2008 hat sich die Situation insoweit geändert, als der Pflichtige nun eine Put-Option erwarb, welche ihn zum Verkauf der Aktien zu einem Preis von Fr. 10.- berechtigte, während die B AG diese von ihm für Fr. 6.67 erwerben und – da sie an der Put-Option des Pflichtigen teilnehmen durfte – allfällige erworbene Aktien demnach zu mindestens Fr. 10.- verkaufen konnte, zuzüglich weiterer allfälliger Kaufpreiszuschläge im Falle des Erreichens von bestimmten [Leistungszahlen]. Gestützt darauf hat die B am 31. Oktober 2008 30'000 Aktien erworben.

Der dadurch hervorgerufene Anschein eines garantierten Abnahmepreises erweist sich aber als rein theoretisch. Vor dem Hintergrund der geschilderten schlechten finanziellen Lage der C AG war nämlich Ende September 2008 höchst fraglich, ob der Wiederverkauf durch Ausübung der Put-Option des Pflichtigen jemals Realität wer-

den würde. Gemäss Ziff. 5.14 der Investorenvereinbarung standen die Kaufs- und Verkaufsrechte gemäss Ziff. 4 nämlich unter der resolutiven Bedingung, dass die Gesellschaft [die Leistungserbringung] bis zum 30. Juni 2009 nicht dauerhaft einstellt (und kein Nachfolgeprodukt herausgibt) und nicht die Liquidation beschliesst sowie auch kein Konkursverfahren über die Gesellschaft eröffnet wird. Bei Eintritt dieser Resolutivbedingung fällt Ziff. 4 der Vereinbarung mit Wirkung ex nunc, d.h. im Zeitpunkt des Bedingungseintritts, ersatzlos dahin. Demgegenüber war die Put-Option des Pflichtigen gemäss Ziff. 4.1 der Investorenvereinbarung erst ab dem 1. Juli 2009 ausübbar. Mit anderen Worten musste im Herbst 2008 aufgrund der dargelegten schlechten finanziellen Lage der C AG mit einer hohen Wahrscheinlichkeit damit gerechnet werden, dass die Put-Option des Pflichtigen dereinst gar nie ausgeübt werden kann, weil die C AG bereits vor dem 1. Juli 2009 aufgibt. Unter diesen Umständen war aber das Geschäft für die B AG ausserordentlich riskant. Hinzu kommt, dass – wie bereits dargelegt – weder vom Pflichtigen noch von der B AG dringend nötige Investitionen in die C AG zu erwarten waren und der Erfolg des Projekts einzig von der Risikobereitschaft der übrigen Investoren abhing. Unter diesen Umständen kann die Ausübung der Call-Option in Bezug auf 30'000 Aktien durch die B AG nicht mehr als geschäftsmässig begründet betrachtet werden, und zwar trotz des niedrigeren Kaufpreises von Fr. 6.67 pro Aktie.

Anzufügen ist zudem, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Übergabe der 30'000 Aktien an die B AG im Zeitpunkt der Ausübung gar nicht möglich war. Das Aktienkapital der C AG war eingeteilt in 770'000 Namenaktien im Nominalwert von je Fr. 10.-. Zur Übertragung von Namenaktien bedarf es grundsätzlich der Indossierung und Übergabe der Urkunden (Art. 967 OR). Die Aktien des Pflichtigen waren indessen – wie bereits erwähnt – hinterlegt und unterstanden einem Aktionärsbindungsvertrag. Nachdem in der Investorenvereinbarung dem Pflichtigen weitgehende Pflichten ("stille Beteiligung") auferlegt worden waren und ihm jedwelche Verfügungen über diese untersagt wurden, ist kaum anzunehmen, dass die übrigen Investoren bereit gewesen wären, die Aktien ohne Weiteres aus der Hand zu geben. Nachweise über die Durchführung der Transaktion fehlen denn auch vollständig.

cc) Demnach hat die B AG vom Pflichtigen – falls die Aktienübergabe überhaupt durchgeführt wurde – wertlose Aktien erworben und hat sie ihm damit eine Leistung erbracht, welche sie unbeteiligten Dritten nicht gewährt hätte. Der Erlös aus der

Transaktion ist dem Pflichtigen somit wie die Optionsprämie von Fr. 250'000.- als verdeckte Gewinnausschüttung aufzurechnen.

4. Gestützt auf diese Erwägungen sind Beschwerde und Rekurs abzuweisen und die steuerbaren Einkommen entsprechend dem Antrag in der Beschwerde-/Rekursantwort zu erhöhen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Pflichtigen aufzuerlegen (Art. 144 Abs. 1 DBG und § 151 Abs. 1 StG) und sind diesem keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 144 Abs. 4 DBG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 - 3 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 sowie § 152 StG i.V.m. § 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Beschwerdeführer wird für die direkte Bundessteuer, Steuerperiode 2008, mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 869'000.- veranlagt (Tarif gemäss Art. 214 Abs. 1 DBG; Alleinstehendentarif).
2. Der Rekurs wird abgewiesen. Der Rekurrent wird für die Staats- und Gemeindesteuern, Steuerperiode 2008, mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 871'400.- (davon Ertrag aus qualifizierten Beteiligungen Fr. 450'000.-) und einem steuerbaren Vermögen von Fr. 1'712'000.- eingeschätzt (Tarif gemäss § 35 Abs. 1 bzw. § 47 Abs. 1 StG; Grundtarif).

[...]