



Entscheid

29. Januar 2016

Mitwirkend:

Abteilungspräsident Anton Tobler, Steuerrichter Walter Balsiger, Steuerrichter Michael Ochsner und Gerichtsschreiberin Andrea Schmid

In Sachen

1. **A,**
2. **B,**

Nr. 2 vertreten durch Nr. 1,

Rekurrenten,

gegen

Staat Zürich,

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

Rekursgegner,

betreffend

Staats- und Gemeindesteuern 2012

hat sich ergeben:

A. A (nachfolgend der Pflichtige) führte als Einzelfirma den C, welcher D vertrieb. Mit Vertrag vom ... 2012 verkaufte er diesen an die E AG für Fr. 1,3 Mio. Zudem betrieb er umfangreiche Börsengeschäfte. In der Steuererklärung 2012 deklarierten er und seine Ehefrau B (nachfolgend zusammen die Pflichtigen) Brutto-Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 693'500.-.

Am 17. März 2014 wurde eine steueramtliche Buchprüfung mit Bezug auf die Steuerperioden 2011 und 2012 durchgeführt. Dabei stellte die Revisorin fest, dass sich die deklarierten Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 693'500.- zusammensetzten aus den Positionen Kundenzahlungen C von Fr. 152'147.-, dem Erlös aus dem Verkauf des C von Fr. 1,3 Mio. sowie einem Verlust aus Wertschriftenhandel von Fr. 758'647.-. Mit Auflage vom 18. März 2014 verlangte sie in Bezug auf den Wertschriftenhandel eine detaillierte Aufstellung aller im Prüfungszeitraum vorgenommenen Börsentransaktionen samt Bankbelegen, Kauf-/Verkaufsabrechnungen etc. Weiter stellte sie fest, dass vor Ort keine Post-/Bankunterlagen vorhanden waren, und verlangte diese ebenfalls ein. Die Auflage wurde am 8. April 2014 gemahnt, welche sich allerdings mit Unterlagen der Pflichtigen (Eingang 9. April 2014) kreuzte. Am 28. April 2014 wurde die Mahnung wiederholt.

Mit Einschätzungsvorschlag vom 19. Mai 2014 stellte die Revisorin die von ihr ermittelten Faktoren für die Einschätzung der Staats- und Gemeindesteuern 2012 in Aussicht. Darin schätzte sie die Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit nach pflichtgemäsem Ermessen auf Fr. 1'368'000.-. Den geltend gemachten Verlust aus dem Wertschriftenhandel liess sie nicht zum Abzug zu. Die Pflichtigen antworteten mit Eingabe vom 13. Juni 2014. Darin führten sie aus, dass es sich bei der Börsentätigkeit um eine selbstständige Erwerbstätigkeit gehandelt habe und der daraus resultierende Verlust deshalb zu berücksichtigen sei.

Am 5. Januar 2015 schätzte der Steuerkommissär die Pflichtigen entsprechend dem Einschätzungsvorschlag für die Staats- und Gemeindesteuern 2012 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 1'348'800.- und einem steuerbaren Vermögen von Fr. 706'000.- ein.

B. Hiergegen erhoben die Pflichtigen am 2. Februar 2015 Einsprache mit dem Antrag, die Verluste aus dem Börsenhandel als gewerbsmässigen Wertschriftenhandel zu berücksichtigen. Weiter beantragten sie eine Anhörung. Nach Durchführung derselben reichte der Pflichtige am 22. Juni 2015 eine Aufstellung seiner Börsenverluste ein, welche für den Zeitraum ... 2012 bis ... 2013 einen reduzierten Betrag von Fr. 600'154.40 ergab.

Das kantonale Steueramt wies die Einsprache am 30. Juni 2015 ab.

C. Mit Rekurs vom 29./30. Juli 2015 beantragten die Pflichtigen, das steuerbare Einkommen auf Fr. 990'400.- herabzusetzen. Zudem stellten sie ein Gesuch um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Neu bezifferten sie die Verluste 2012 aus gewerbsmässigem Wertschriftenhandel nunmehr auf Fr. 358'385.-.

Das kantonale Steueramt schloss am 28. August 2015 auf Abweisung des Rekurses.

Mit Verfügung vom 30. Oktober 2015 setzte das Rekursgericht den Pflichtigen Frist an, um eine substantiierte Sachdarstellung in Bezug auf die getätigten Börsengeschäfte sowie die eingesetzten Fachkenntnisse abzugeben. Diese antworteten am 18./19. November 2015. Das kantonale Steueramt liess sich hierzu nicht mehr vernehmen.

Die Kammer zieht in Erwägung:

1. a) aa) Nach § 16 Abs. 1 des Steuergesetzes vom 8. Juni 1997 (StG) unterliegen "alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte" der Einkommenssteuer. Steuerfrei sind nach § 16 Abs. 3 StG die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen. § 18 Abs. 1 StG bestimmt, dass alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie jeder anderen selbstständigen Erwerbstätigkeit steuerbar sind. Zu den Einkünften aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gehören nach § 18 Abs. 2 StG auch alle Kapitalgewin-

ne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen.

bb) Nach der Praxis des Bundesgerichts unterliegen Gewinne aus der Veräusserung von Vermögensgegenständen – namentlich Liegenschaften, Wertpapieren, Edelmetallen und Devisen – als Erwerbseinkommen der direkten Bundessteuer, wenn dabei eine Tätigkeit entfaltet wird, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist (vgl. statt vieler: BGE 122 II 446 E. 3; BGE 125 II 113 E. 5 S. 120 ff.). Demnach sind steuerfreie private Kapitalgewinne im Sinn § 16 Abs. 3 StG nur diejenigen Gewinne, die im Rahmen der schlichten Verwaltung privaten Vermögens entstehen, also ohne besondere, in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtete Tätigkeit des Steuerpflichtigen (BGE 125 II 113 E. 5e S. 123; BGr, 31. März 2003, 2A.486/2002, E. 2.4, www.bger.ch).

Die Rechtsprechung umschreibt die selbstständige Erwerbstätigkeit allgemein zusammenfassend wie folgt:

- Die Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgt auf eigenes Risiko;
- der Steuerpflichtige setzt Arbeitskraft und Kapital ein;
- die Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgt in einer von ihm selber frei bestimmten Organisation;
- sie ist auf die Erzielung eines Gewinns ausgerichtet;
- der Steuerpflichtige nimmt in einer qualifizierten, d.h. planmässigen und anhaltenden (nachhaltigen) Weise am wirtschaftlichen Verkehr teil.

Ob einfache Vermögensverwaltung oder auf Erwerb gerichteter Wertschriftenhandel vorliegt, ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Als Indizien für eine selbstständige Erwerbstätigkeit fallen nach der langjährigen Praxis des Bundesgerichts etwa in Betracht: Systematische oder planmässige Art und Weise des Vorgehens, Häufigkeit der Transaktionen, kurze Besitzdauer, enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person, Einsatz spezieller Fachkenntnisse oder erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte, Verwendung der erzielten Gewinne bzw. deren Wiederanlage in gleichartige Vermögensgegenstände (vgl. dazu BGr, 2. Dezember 1999 = ASA 69 S. 788, mit Hinweisen). Jedes dieser Indizien kann zusammen mit andern, unter Umständen jedoch auch allein zur Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ausreichen. Dass einzelne typische Elemente einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Einzelfall nicht erfüllt sind, kann durch andere Elemente kompensiert werden, die besonders ausgeprägt

vorliegen (vgl. zur Gewichtung der einzelnen Kriterien jedoch BGr, 23. Oktober 2009, 2C_868/2008, E. 2.7, www.bger.ch). Nicht von entscheidender Bedeutung ist, ob der Steuerpflichtige die Wertschriftengeschäfte selber oder durch einen bevollmächtigten Dritten abwickelt, erfordert es in der Regel doch ohnehin den Beizug fachkundiger Personen, deren Verhalten dem Steuerpflichtigen zugerechnet wird (BGE 122 II 446 E. 3b S. 450 mit Hinweis). Entscheidend ist, dass die Tätigkeit in ihrem gesamten Erscheinungsbild auf Erwerb ausgerichtet ist (BGE 125 II 113 E. 3c S. 118 f.; BGr, 2. Dezember 1999 = ASA 69, S. 788; BGr, 12. November 2002 = ASA 73 S. 299; BGr, 13. November 2002 = ASA 73 S. 473 sowie BGr, 31. März 2003 = StE 2003 B 23.1 Nr. 55).

cc) Mit Leitentscheid vom 23. Oktober 2009 (2C_868/2008, www.bger.ch) hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung mit Bezug auf den Wertschriftenhandel weiter verdeutlicht. Demnach hätten in den letzten Jahren bestimmte Kriterien durch eine dynamische Entwicklung an den Finanzmärkten, welche in immer schnellerem Rhythmus neue Finanzprodukte anbieten würden, an Bedeutung verloren, derweil sich andere Kriterien oder Indizien gleichzeitig als gewichtiger und entscheidender erwiesen hätten. Das Kriterium der "systematischen und planmässigen Vorgehensweise" sei deshalb nicht mehr zeitgemäss; diese Voraussetzung erfülle heute nämlich wohl fast jede Person, die sich – privat oder gewerbsmässig – mit Wertschriftenhandel befasse. Das Gleiche gelte für die "speziellen Fachkenntnisse". Diese beiden Kriterien hätten nur noch eine untergeordnete Bedeutung, namentlich im Sinn von Ausschlusskriterien. Dagegen träten die beiden Kriterien der "Höhe des Transaktionsvolumens" (betragsmässige Summe aller Käufe und Verkäufe) sowie der "Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte" in den Vordergrund und seien fortan stärker zu gewichten. Diese beiden Kriterien beruhten auf objektiven und quantifizierbaren Gegebenheiten, was ihre Anwendung wesentlich erleichtere. Zudem würden diese beiden Voraussetzungen von der Praxis – wenn auch mit Vorbehalten – als die tauglichsten erachtet (vgl. etwa Fritz Müller, Der Quasi-Wertschriftenhandel, ST 2007 S. 406).

Im genannten Fall schloss das Bundesgericht alsdann auf gewerbsmässigen Wertschriftenhandel, weil der Steuerpflichtige im betroffenen Steuerjahr insgesamt mindestens 184 Transaktionen (d.h. einen jeden zweiten Tag) durchgeführt und dabei ein Volumen von Fr. 35'000'000.- umgesetzt hatte, was dem zehnfachen Wert seines Vermögens entsprach. Durchgeführt wurden in erster Linie kurzfristige Wertschriftengeschäfte; dabei diente der Handel mit Derivaten nicht der Absicherung des Aktienvermögens, sondern war spekulativer Natur, und im Verhältnis zum Gesamtvermögen

war ein grosses Volumen umgesetzt worden. Die getätigten Transaktionen mit Devisen waren zudem mit beträchtlichen Risiken verbunden und fanden sehr kurzfristig statt. Dazu kam, dass auch Fremdmittel (Erhöhung der Hypothek) eingesetzt wurden. Damit waren die erwähnten Kriterien erfüllt.

Dies bedeutet nach dem Bundesgericht aber nicht, dass es einem Steuerpflichtigen nicht möglich sein sollte, in seiner Freizeit neben der Ausübung der (im vollen Pensum verrichteten) Haupterwerbstätigkeit sein Vermögen nach modernen Anlagestrategien und mithilfe moderner Anlageformen zu verwalten, ohne als selbstständig Erwerbstätiger qualifiziert zu werden. Im zu beurteilenden Fall sprachen jedoch vor allem das grosse Umsatzvolumen und der Einsatz von Fremdmitteln für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.

dd) Mit Entscheid vom 22. Mai 2013 (SB.2012.00165, www.vgrzh.ch) hat das Verwaltungsgericht ebenfalls auf gewerbsmässigen Wertschriftenhandel geschlossen in einem Fall, in welchem der Steuerpflichtige mit Futures auf den SMI (FSMI) handelte und während vier Monaten 174 Transaktionen mit 482 FSMI-Kontrakten durchführte, welche insgesamt einen Kontraktwert von rund Fr. 25 Mio. aufwiesen, obschon kein Fremdkapital eingesetzt wurde.

b) Gemäss Schilderung in der Eingabe vom 18. November 2015 handelte der Pflichtige ausschliesslich mit sogenannten Warrants. Dabei handelt es sich um strukturierte, gehebelte Produkte, welche dem Anleger das Recht geben, den Basiswert gegen Bezahlung des Ausübungspreises während der Ausübungsfrist bzw. am Verfalltag zu kaufen (call) bzw. zu verkaufen (put). Als Basiswert dienten Aktien, welche im SMI gelistet waren. Gemäss dem vorgelegten Bankkontoauszug F erzielte der Pflichtige 2012 einen Umsatz von Fr. 14'479'387.- (Soll) bzw. Fr. 14'361'690.- (Haben, vgl. Ordner, Register 3, Kontoauszug F, S. 63). Hiervon sind die auf einem separaten Blatt aufgelisteten, nicht mit der Börsentätigkeit im Zusammenhang stehenden Geldbezüge (Fr. 270'000.-) und Einzahlungen (Fr. 660'538.-) abzuziehen, sodass ein Transaktionsvolumen im Zusammenhang mit Wertschriftengeschäften von rund Fr. 27,9 Mio. resultiert. 2012 erfolgten zwischen 700 und 800 Transaktionen. Mit Bezug auf seine persönlichen Qualifikationen führte der Pflichtige aus, er habe sich seit vielen Jahren für die Aktienmärkte interessiert und mit ca. 20 Jahren den Handel mit Warrants durch Freunde kennen gelernt. Ab Mitte 2011, als sich eine berufliche Neuorientierung abzeichnete, habe er sich intensiver mit dem Aktienmarkt zu befassen begonnen.

c) Eine selbstständige Erwerbstätigkeit setzt nach dem Gesagten als Kerngehalt voraus, dass die Tätigkeit auf eigenes Risiko stattfindet. Im vorliegenden Fall hat der Pflichtige den Kauf der Warrants mit eigenen Mitteln finanziert, welche bei einem Fehlschlag der Investition jeweils verloren waren. Mithin ist diese Voraussetzung grundsätzlich erfüllt.

Warrants sind indessen wie andere derivative Produkte auch bei Privatanlegern verbreitet. Um von einem Unternehmerrisiko zu sprechen, muss deshalb ein erhöhtes Engagement eingegangen worden sein. Dies ist hier in Anbetracht der Vielzahl von Transaktionen und des umgesetzten Transaktionsvolumens erfüllt. Gemäss Deklaration der Pflichtigen betrug ihr Vermögen per 31. Dezember 2012 Fr. 706'284.-, per Ende Vorjahr gemäss Einschätzung Fr. 243'000.- (vgl. beigezogene Einschätzungsakten 2011). Das Verhältnis zwischen Transaktionsvolumen und Vermögen übersteigt damit das bei Privatanlegern übliche Engagement erheblich.

d) Weiter hat der Steuerpflichtige Arbeitskraft einzusetzen. Mit Bezug auf sein Arbeitsvolumen führte der Pflichtige aus, er habe jeweils die Aktienmärkte durchschnittlich 13 Stunden pro Tag verfolgt. Nebst der ständigen Kursabfrage von 8 bis 22 Uhr habe er vor allem verschiedene Tageszeitungen und Publikationen im Bereich Finanzen und Wirtschaft gelesen sowie jeden Morgen verschiedene Börsenbriefe und einschlägige Internetseiten durchgesehen. Wie bereits festgehalten, gehen aus den Bankunterlagen für 2012 zwischen 700 bis 800 Transaktionen hervor. Damit hat der Pflichtige einen erheblichen Arbeitseinsatz erbracht, wenn dieser auch nicht genauer quantifiziert werden kann. Zudem war er dabei nicht in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden, sondern bestimmte den Ort und den zeitlichen Aufwand selber. Damit ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

e) aa) Der Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit setzt weiter voraus, dass der Pflichtige mit Gewinnerzielungsabsicht tätig war. Dieses Kriterium dient der Abgrenzung der selbstständigen Erwerbstätigkeit insbesondere von der Liebhaberei bzw. vom Hobby. Es handelt sich dabei um ein subjektives Kriterium, auf dessen Vorhandensein nur durch Indizien (nämlich erkennbare Umstände) geschlossen werden kann (StRK IV, 8. April 1998 = StE 1999 B 23.1 Nr. 42). Wer eine Tätigkeit ausübt, welche auf Dauer nichts einbringt, betreibt diese nicht als Erwerbstätigkeit, sondern als Liebhaberei oder aus einem andern nicht kommerziellen Grund (BGr, 4. Juni 2004, 2A.68/2004, www.bger.ch). Allerdings muss nicht jedes einzelne mit einem Verlust

abgeschlossene Jahr oder selbst die Tatsache, dass während mehrerer Jahre Verlust erzielt worden ist, zum Schluss zwingen, es handle sich um eine Liebhaberei. Ob sich nämlich eine Tätigkeit lohnt, lässt sich methodisch richtig nur nach Betrachtung des Gewinns aus der gesamten Betriebstätigkeit von deren Aufnahme bis zu ihrer Beendigung beurteilen. Der Entscheid über den steuerlichen Charakter einer Tätigkeit hängt deshalb von einer Prognose über den zu erwartenden Totalgewinn ab (vgl. auch Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A., 2013, § 18 N 38). Stehen dem Steuerpflichtigen anderweitige hohe Einkünfte zur Verfügung, die ihn in die Lage versetzen, eine Aktivität trotz anhaltend hoher Verluste über einen längeren Zeitraum zu führen, stellt dieser Umstand auch ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass die verlustbringende Tätigkeit eine vom wirtschaftlichen Erfolg unabhängige persönliche Passion zum Ausdruck bringt (BGr, 19. September 2007 = StR 2008, 36).

Die steuerrechtliche Qualifikation der Tätigkeit ist eine Frage, die grundsätzlich für jede Veranlagungsperiode neu überprüft werden kann, wobei unter Umständen die Verhältnisse in den Vorjahren bzw. in den auf das Steuerjahr folgenden Jahren gewisse Anhaltspunkte liefern können (BGr, 31. August 2005, 2A.46/2005, E. 2.2.2, www.bger.ch, mit Hinweisen zum Ganzen). Wie lang die wirtschaftliche Betätigung verlustreich sein darf, bis eine natürliche Vermutung dafür spricht, dass der finanzielle Erfolg auf Dauer ausbleiben wird, kann nicht allgemein gesagt werden. Im Sinn einer Faustregel wird in der Literatur die Auffassung vertreten, der Umstand, dass innerhalb von fünf bis zehn Jahren kein nennenswerter Gewinn erzielt werde, bilde ein gewichtiges Indiz für das Fehlen der Gewinnstrebigkeit. Dem Steuerpflichtigen steht aber der Gegenbeweis offen (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 18 N 38). Im Einzelfall kommt es namentlich auf die Art der Tätigkeit und die konkreten Verhältnisse an (RB 2000 Nr. 118).

bb) Die Gewinnstrebigkeit ist hier zu bejahen, war doch der Börsenhandel auf das Erzielen von Spekulationsgewinnen ausgerichtet. Der Pflichtige macht indessen selber geltend, dass er nicht nur 2012, sondern auch in den folgenden Jahren massive Verluste erlitten hat. Für 2014 macht er einen Verlust von Fr. 500'000.- geltend. Wird auf diese Sachdarstellung abgestellt, stellt sich die Frage, ob eine kaufmännisch handelnde Person in Anbetracht dieser Verluste die Aktivitäten nicht möglichst bald wieder eingestellt hätte, und der Pflichtige nur deshalb weiter gemacht hat, weil ihm mit dem Verkaufserlös von Fr. 1,3 Mio. hohe Mittel zur Verfügung gestanden haben und seinem Handeln deshalb nicht mehr eine rationale Gewinnerwartung zu Grunde gelegen hat.

Diesem Schluss steht indessen entgegen, dass – wie ihm Folgenden zu zeigen ist – über die Höhe der Verluste 2012 keine Gewissheit besteht. Überdies muss sich die Erfolglosigkeit über einen gewissen Zeitraum ergeben; mithin kann bei Verlusten im ersten Geschäftsjahr noch nicht endgültig gesagt werden, die Aktivität sei bei rationaler Betrachtung nicht mehr verantwortbar gewesen.

f) Ein weiteres Merkmal der selbstständigen Erwerbstätigkeit besteht darin, dass der Steuerpflichtige in einer qualifizierten, d.h. planmässigen und anhaltenden (nachhaltigen) Weise am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt (VGr, 22. Mai 2013, SB.2012.00165, E. 6.1, www.vgrzh.ch, auch zum Folgenden). Indizien in diese Richtung liegen vor, wenn erhebliche Fremdmittel eingesetzt werden, der erzielte Gewinn in gleichartige Vermögensgegenstände angelegt wird, spezielle Fachkenntnisse zum Einsatz kommen, wenn ein enger Zusammenhang mit der sonstigen beruflichen Tätigkeit des Steuerpflichtigen besteht, eine kurze Besitzesdauer oder die Ausübung der Tätigkeit im Rahmen einer Personengesellschaft. Planmässig ist die Tätigkeit zudem auch dann, wenn sie nicht bloss bei sich zufällig bietender Gelegenheit erfolgt, sondern anhaltend. Erforderlich ist eine Tätigkeit, die auf eine gewisse Dauer und auf Wiederholung ausgerichtet ist. Nachhaltigkeit auf dem Gebiet des Wertschriftenhandels setzt eine im Verhältnis zur Grösse und Diversifikation des Wertschriftenportfolios angemessene Bewirtschaftung voraus.

Eine Beurteilung aufgrund dieses Kriteriums führt zu einem durchgezogenen Ergebnis. Zum einen wurden die erzielten Gewinne sogleich wieder investiert und ist die Tätigkeit des Pflichtigen von einer hohen Investitionsfrequenz gekennzeichnet. Weiter hat Letzterer das gesamte Jahr den Markt beobachtet und im Durchschnitt 2 – 3 Transaktionen pro Tag durchgeführt, weshalb auch von einer andauernden und damit nachhaltigen Tätigkeit auszugehen ist. Zum andern verfügte der Pflichtige als G über keine eigentlichen, im Beruf eines Wertschriftenhändlers erworbenen Fachkenntnisse. Dennoch fällt er die Anlageentscheide selber und nahm mithin hierfür keine Beratung von Fachleuten in Anspruch. Das Kriterium des Marktauftritts ist bereits durch Beanspruchung eines Effekthändlers zwecks Abschluss der Transaktionen erfüllt.

Fremdmittel hatte der Pflichtige keine eingesetzt und musste dies auch nicht, da ihm in Form des erwähnten Verkaufserlöses Fr. 1,3 Mio. zuflossen. Zudem ist fraglich, ob dem Einsatz von Fremdkapital bei fortwährendem spekulativen Börsenhandel tatsächlich eine grosse Bedeutung zukommen kann. Verschuldung zwecks Weiterfüh-

rung von verlustreichen Börsengeschäften ist nämlich geradezu ein Merkmal einer Spielsucht, was gerade das Gegenteil einer rationalen, auf Gewinn ausgerichteten Erwerbstätigkeit darstellt.

g) Damit sind aber die Merkmale der selbstständigen Erwerbstätigkeit mehrheitlich erfüllt. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass die Aktivitäten des Pflichtigen sowohl in Bezug auf die Höhe des Transaktionsvolumens als auch auf die Häufigkeit der Geschäfte mit den Sachverhalten der beiden oberinstanzlichen Präjudizien vergleichbar sind. Einzig dagegen spricht die fehlende Fremdfinanzierung, welche aber im bundesgerichtlichen Präjudiz nur in geringem Masse und im verwaltungsgerichtlichen Präjudiz gar nicht in Anspruch genommen wurde. Damit ist die Tätigkeit des Pflichtigen als gewerbsmässiger Wertschriftenhandel zu qualifizieren.

2. a) Von den steuerbaren Einkünften aus selbstständiger Erwerbstätigkeit werden die geschäfts- und berufsmässig begründeten Kosten abgezogen (§ 27 Abs. 1 StG). Dazu gehören insbesondere die eingetretenen und verbuchten Verluste auf Geschäftsvermögen (§ 27 Abs. 2 lit. c StG). Geschäftsverluste können somit nach dem Wortlaut nur dann steuerlich anerkannt werden, wenn sie "verbucht" worden sind, was vorauszusetzen scheint, dass der Steuerpflichtige kaufmännisch Buch führt. Indessen können bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit Wertschriftenverluste grundsätzlich ungeachtet der Buchführungspflicht (im handelsrechtlichen Sinn) berücksichtigt werden (vgl. BGr, 13. Dezember 2003 = StE 2004 B.23.9 Nr. 7, E. 4, mit Hinweisen). Voraussetzung ist diesfalls aber, dass vom Steuerpflichtigen Aufstellungen über Aktiven und Passiven, Einnahmen und Ausgaben sowie Privatentnahmen und Privateinlagen beigebracht werden. Die Führung von solchen Aufstellungen ist nicht buchführungspflichtigen Selbstständigerwerbenden in § 134 Abs. 2 StG ausdrücklich vorgeschrieben.

Mit Bezug auf die Buchführungspflicht gilt 2012 noch das frühere Recht. Gemäss diesem war der Pflichtige handelsrechtlich nicht zur Führung einer kaufmännischen Buchhaltung verpflichtet, da er kein eigentliches Gewerbe betrieb (vgl. Art. 957 aOR i.V.m. Art. 934 Abs. 1 OR sowie Art. 36 Abs. 1 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007). Mithin galt für ihn lediglich die erwähnte allgemeine Aufzeichnungspflicht (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 134 N 20). Die Anforderungen an diese richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art der Geschäftstätigkeit und deren Umfang. Erforderlich sind in jedem Fall geeignete

Aufzeichnungen, die Gewähr für die vollständige und zuverlässige Erfassung des Geschäftseinkommens und -vermögens bieten und eine zumutbare Überprüfung durch die Steuerbehörden ermöglichen (vgl. Martin Zweifel, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Band I/2a, 2. A., 2008, Art. 125 N 30 f. DBG).

b) Die Revisorin hat mit Auflage vom 18. März 2014 vom Pflichtigen eine Aufstellung aller 2012 vorgenommenen Börsentransaktionen sowie die Vorlage aller zugehöriger Bankbelege, Kauf-/Verkaufsabrechnungen, Depotauszüge etc. verlangt. Darüber hinaus hat sie generell sämtliche Post- und Bankunterlagen des Prüfungszeitraums eingefordert.

aa) Die Pflichtigen haben darauf am 5. April 2014 keine eigentlichen Aufzeichnungen eingereicht, sondern nur Vermögensübersichten der Bank F per 31. Dezember 2011 und 31. März 2013, enthaltend ein Privatkonto sowie diverse Wertschriften (Warrants). Weiter haben sie sämtliche Kontoauszüge des betreffenden Privatkontos vorgelegt (vgl. Ordner, Register 3). Gemäss ihren Angaben wurden sämtliche Börsentransaktionen über dieses Konto abgewickelt. Auf einer weiteren Liste haben sie sämtliche nicht mit dem Börsenhandel im Zusammenhang stehenden Überweisungen auf diesem Konto aufgeführt. Indessen fehlt der Bestand des Wertschriftendepots per 31. Dezember 2012, weshalb die Aufstellung unvollständig ist und sich das Jahresergebnis 2012 gar nicht ermitteln lässt. Soweit die Pflichtigen mit Einreichung des Wertschriftenbestandes per 31. März 2013 ein überjähriges Geschäftsjahr geltend machen wollten, wäre 2012 ohnehin kein Verlust zu berücksichtigen, da diesfalls das Geschäftsergebnis erst in die Steuererklärung 2013 einfließen würde. Aus ihren späteren Vorbringen (Geltendmachung nur des Verlusts 2012) ist daher zu schliessen, dass sie daran nicht mehr festhalten.

bb) Mit der Einsprache reichten die Pflichtigen eine weitere Kontoübersicht ein, gemäss welcher der Depotsaldo per 31. Dezember 2012 Fr. 286'350.- betrug. Ein entsprechender Depotauszug fehlte indessen; wurde von ihnen aber als Beilage Nr. 2 erwähnt. Die Beilagen sind nicht aktenkundig. Mit dem Rekurs haben sie eine Vermögensübersicht der F nachgereicht, aus welcher dieser Betrag hervorgeht. Per Anfang bzw. Ende Jahr geben die Pflichtigen mit Bezug auf die Konten F nunmehr folgende, mit den entsprechenden Bankauszügen belegte Vermögensstände an:

	31.12.2011	31.12.2012
	Fr.	Fr.
Depot F (...)	136'500.-	286'350.-
Saldo Konto F (CH ...)	<u>43'370.-</u>	<u>- 74'326.-</u>
Total	179'870.-	212'024.-
Zuwachs		32'154.-.

Gemäss einer beiliegenden Liste wurden vom Konto F Fr. 270'000.- bezogen und darauf Fr. 660'538.- einbezahlt, was Einzahlungen von netto Fr. 390'538.- ergibt. Zieht man hiervon den festgestellten Zuwachs von Fr. 32'154.- ab, ergibt sich der behauptete Verlust von Fr. 358'384.-. Dies erscheint soweit als schlüssig und nachgewiesen.

Damit sind aber die Vermögensverhältnisse der Pflichtigen noch nicht transparent dargetan, sind doch die effektiven Vermögensstände per 31. Dezember 2011 und 2012 unklar. In den Wertschriftenverzeichnissen wurden jeweils folgende Werte deklariert:

	31.12.2011	31.12.2012
	Fr.	Fr.
H	0.-	280.-
I	2'022.-	635'659.-
J	20'369.-	k.A.
F "..."	221'352.-	k.A.
F "..."	k.A.	70'345.-.

Per Ende 2011 sind demnach weder das Privatkonto F (CH ...) mit einem Bestand von Fr. 43'370.- noch das Depot F (...) von Fr. 136'500.- aufgeführt; allenfalls sind sie im deklarierten Betrag F von Fr. 221'352.- enthalten. Per 31. Dezember 2012 erscheint neu ein Konto F "... " mit einem Saldo von Fr. 70'345.-; tatsächlich handelt es sich dabei um die Summe des F-Kontos und -depots per 31. März 2013, welcher zeitlich nicht relevant ist (Ordner, Register 3, Vermögensübersicht per 31. März 2013). Per Ende 2012 betrug der Saldo F (Konto und Depot) Fr. 212'024.-.

Mit Bezug auf die übrigen Konten sind keine Unterlagen eingereicht worden, und das J-Konto wird im Wertschriftenverzeichnis 2012 nicht mehr aufgelistet. Hierzu

findet sich zwar ein Bleistift-Vermerk, wonach dieses saldiert worden sei; dieser Vermerk dürfte aber anlässlich der Kontrolle durch die Steuerbehörde angebracht worden sein (vgl. die ebenfalls mit Bleistift angebrachten "??" in der Spalte A). Als Beilage zum nachstehend zu behandelnden Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird zudem wieder ein anderes J-Konto (CH ...) aufgeführt. Die Situation des J-Kontos per Ende 2012 ist aber von besonderem Interesse, da der Erlös aus dem Verkauf des C auf dieses überwiesen wurde. Der Vollzug des Kaufvertrags erfolgte nämlich am ... 2012 (Ordner, Register 6, Memorandum zum Vollzug), und am selben Tag wurde der Kaufpreis von Fr. 1,3 Mio. (plus allfällige Mehrwertsteuer) auf das J-Konto (CH ...) überwiesen. Der Verbleib dieses Geldes geht aus den Akten nicht hervor. Selbst wenn man davon ausginge, dass alle Überweisungen bzw. Einzahlungen auf das F-Konto ab September 2012 von diesem Konto stammten (rund Fr. 505'000.-, Ordner, Register 3, Kontoauszug F, S. 30 ff.), und der Rest auf das I-Konto übertragen wurde, verblieben rund Fr. 160'000.-, deren Verbleib unbekannt ist.

Diese Unklarheit vermögen auch die vom Pflichtigen eingereichten Bankbestätigungen nicht zu beheben. So bestätigt die J am 24. Juni 2015 einzig, dass die Firma "C" kein Wertschriftendepot geführt habe. Ein solches Depot der Einzelfirma steht indessen auch gar nicht zur Diskussion.

cc) Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass zwar einerseits der auf dem F-Konto verzeichnete Verlust von Fr. 358'384.- ausgewiesen ist. Andererseits bestehen jedoch mit Bezug auf die Vollständigkeit der Vermögensdeklarationen sowohl per Ende 2011 als auch per Ende 2012 Unklarheiten, indem konkrete Hinweise vorliegen, dass nicht angegebene Vermögenswerte vorhanden sind. Diese Mängel sind von den Pflichtigen trotz ausdrücklicher Aufforderung nicht ausgeräumt worden. Damit besteht eine erhebliche Unsicherheit darüber, ob die Wertschriftentransaktionen wirklich vollständig offen gelegt wurden. Der Aktenstand vermag beim Gericht nicht die Überzeugung zu erwecken, damit werde der Sachverhalt rund um die Börsengeschäfte vollständig wiedergegeben.

Indessen ist nicht zu übersehen, dass der Verlust von Fr. 358'384.- ausgewiesen ist und eine beträchtliche Höhe aufweist. Die Feststellung der Höhe eines Verlusts aus selbstständiger Erwerbstätigkeit erfolgt nach denselben Regeln wie ein Gewinn, d.h. hierüber ist eine Schätzung nach pflichtgemäsem Ermessen im Sinn von § 139 Abs. 2 StG zu treffen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein solcher eingetre-

ten ist, dieser sich aber quantitativ nicht eindeutig bestimmen lässt. Aufgrund des vorliegenden Aktenstands erscheint es als unwahrscheinlich, dass der Verlust in dieser Höhe vollständig durch nicht deklarierte Wertschriftengewinne kompensiert wurde, wie die Vorinstanz im Ergebnis annimmt. Umgekehrt ist es in Anbetracht der aufgezeigten Unklarheiten auch nicht gerechtfertigt, ihn in voller Höhe zur Verrechnung zuzulassen, wie die Pflichtigen verfechten. Wo genau die Linie zu ziehen ist, lässt sich aus den Akten letztlich nicht mit Sicherheit herleiten. Das Gericht schätzt deshalb den verrechenbaren Verlust auf Fr. 200'000.-. Insofern erweist sich die Schätzung der Vorinstanz als offensichtlich unrichtig, sodass sie entsprechend zu korrigieren ist (vgl. § 140 Abs. 2 StG). Dies führt zu einem steuerbaren Einkommen 2012 von Fr. 1'148'800.-.

3. Beim steuerbaren Vermögen ist – wie bereits erwähnt – der im Wertschriftenverzeichnis 2012 deklarierte Kontostand F per 31. März 2013 von Fr. 70'345.- durch den korrekten Betrag per 31. Dezember 2012 von Fr. 212'024.- zu ersetzen, was zu einer Erhöhung von Fr. 706'000.- auf Fr. 847'000.- führt. Da es sich um eine Korrektur unmittelbar gestützt auf eine Selbstangabe der Pflichtigen handelt, sind diese hierzu nicht mehr anzuhören.

4. a) Aufgrund dieser Erwägungen ist der Rekurs teilweise gutzuheissen. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Verfahrens anteilmässig aufzuerlegen (§ 151 Abs. 1 StG).

b) Die Pflichtigen haben für den Fall der Kostenpflicht ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gestellt.

aa) Privaten ist auf Ersuchen die Bezahlung von Verfahrenskosten und Kostenvorschüssen zu erlassen, wenn ihnen die nötigen Mittel fehlen und ihre Begehren nicht offensichtlich aussichtslos erscheinen (§ 115 StG i.V.m. § 16 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 [VRG]). Neben dieser kantonalen Vorschrift leitet das Bundesgericht aus Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 unter den nämlichen Voraussetzungen ein Recht auf unentgeltliches Verfahren für alle staatlichen Verfahren ab (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 151 N 32 ff., auch zum Folgenden). Beide Voraussetzungen (Bedürftigkeit und fehlende Aussichtslosigkeit) müssen kumulativ erfüllt sein.

Bedürftig ist eine Partei, wenn sie zur Leistung der Prozesskosten Mittel zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie angreifen müsste. Bedürftigkeit liegt somit vor, wenn der Gesuchsteller die für das Verfahren erforderlichen Mittel nicht innert wenigen Monaten aus seinem realisierbaren Einkommen, abzüglich der für ihn und seine Familie notwendigen Lebenshaltungskosten, aufbringen kann (BGE 109 Ia 5 = Pra 72 Nr. 233). Bedürftigkeit darf dabei nicht schematisch mit dem betriebsrechtlichen Existenzminimum gleichgesetzt werden; es kann auch Bedürftigkeit vorliegen, wenn das betriebsrechtliche Existenzminimum (leicht) überschritten wird. Massgebend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls. Die Bedürftigkeit ist aufgrund der gesamten Verhältnisse, namentlich der Einkommenssituation, der Vermögensverhältnisse und allenfalls der Kreditwürdigkeit zu beurteilen (Kaspar Plüss, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., 2014, § 16 N 19 ff. mit Hinweis). Massgebend ist die Situation zur Zeit der Entscheidfällung.

bb) Die Pflichtigen haben dem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung das Formular, welches von der Internetseite des Steuerrekursgerichts heruntergeladen werden kann, beigelegt. Beim Pflichtigen selber handelt es sich zudem um einen ausgebildeten Juristen. Die Pflichtigen waren damit über ihre Verfahrenspflichten im Zusammenhang mit ihrem Gesuch informiert, weshalb keine behördliche Hinweispflicht besteht. Die Frage der Mittellosigkeit ist deshalb ohne weiteres gestützt auf die gemachten Angaben und vorgelegten Unterlagen zu beurteilen (Plüss, § 16 N 39 ff.).

Die Vermögensverhältnisse werden von den Pflichtigen nicht transparent dargelegt. Als einzige Vermögenswerte geben sie Bankkonten bei der I und der J ohne nennenswerte Beträge an. Der Auszug I ist nahezu unleserlich; in beiden Auszügen ist zudem der Vermögensstand nicht datiert. Die Konten bei der F werden nicht erwähnt; ebenso wenig das H-Konto. In Anbetracht des Streitgegenstands war es für die Pflichtigen ersichtlich und zumutbar, dass sie hierüber konkrete Angaben machen und bei Aufgabe der Bank- und H von sich aus die entsprechenden Saldierungsbelege einreichen. Dasselbe gilt umso mehr, als ihnen im September 2012 ein Betrag von Fr. 1,3 Mio. zugeflossen war, weshalb an den Nachweis vollständiger Mittellosigkeit erhöhte Anforderungen zu stellen sind, was ihnen auch ohne ausdrückliche Aufforderung eigentlich klar sein müsste. Somit wurde die Bedürftigkeit bereits aus diesem Grund nicht nachgewiesen.

Die Angaben zum Einkommen und zu den Auslagen sind ebenfalls sehr lückenhaft. Als einzige Einkünfte geben die Pflichtigen Leistungen der Arbeitslosenversicherung von Fr. 7'500.- monatlich an. Gemäss den Richtlinien des Obergerichts für die Berechnung des betriebsrechtlichen Notbedarfs vom 16. September 2009 ist von folgenden Lebenshaltungskosten auszugehen:

	Fr.
Grundbetrag Ehepaar	1'700.-
2 Kinder	800.-
Mietzins	2'332.-
Nebenkosten	310.-
Telefon	100.-
Krankenkasse (keine Angaben, geschätzt)	<u>800.-</u>
Total	6'042.-.

Damit verbleiben rund Fr. 1'400.- monatlich, sodass auch in Bezug auf die Einkommenssituation nicht von einer Mittellosigkeit ausgegangen werden kann.

cc) Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist daher mangels Nachweis der Bedürftigkeit abzuweisen.

Demgemäss beschliesst die Kammer:

Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird abgewiesen;

und erkennt:

1. Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen. Die Rekurrenten werden für die Steuerperiode 2012 mit einem steuerbaren Einkommen von Fr. 1'148'800.- und einem steuerbaren Vermögen von Fr. 847'000.- eingeschätzt (Tarif gemäss § 35 Abs. 2 bzw. § 47 Abs. 2 StG; Verheiratetentarif).

[...]