

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/7/29 96/14/0115

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.07.1997

## Index

21/01 Handelsrecht;  
32/01 Finanzverfahren allgemeines Abgabenrecht;  
32/02 Steuern vom Einkommen und Ertrag;

## Norm

BAO §28;  
BAO §32;  
EStG 1972 §23 Z1 impl;  
EStG 1988 §23 Z1;  
HGB §383;  
HGB §93;

## Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 96/14/0114 E 29. Juli 1997 Besprechung in: SWK 1997/28, S 596-599;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Weiss und die Hofräte Dr. Karger, Dr. Graf, Mag. Heinzl und Dr. Zorn als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Hajicek, über die Beschwerde des Dr. H in K, vertreten durch Dr. D, Rechtsanwalt in M, gegen den Bescheid der Finanzlandesdirektion für Tirol (Berufungssenat I) vom 20. Juni 1996, Zl. 70.359-7/96, betreffend Einkommensteuer 1991 bis 1993, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von 4.565 S binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer erzielte als Zahnarzt positive Einkünfte aus selbständiger Arbeit. In den Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre führte er daneben negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb an, die aus einer Tätigkeit als gewerblicher Wertpapierhändler resultieren sollten.

Mit dem angefochtenen Bescheid setzte die belangte Behörde im Instanzenzug die Einkommensteuer für die Streitjahre fest. Sie ging davon aus, daß die erklärten Verluste keine Einkünfte (aus Gewerbebetrieb) darstellten und daher bei Berechnung des Einkommens außer Ansatz zu bleiben hätten. Die bloße Nutzung von Kapitalvermögen bilde

keinen Gewerbebetrieb. Der Beschwerdeführer habe in den Jahren 1991 bis 1994 - durch Aufträge an Banken - 17 (1991), 15 (1992), 32 (1993) bzw. 25 (1994) Käufe von Wertpapieren (vor allem Aktien) und 6 (1991), 24 (1992), 12 (1993) bzw. 36 (1994) Verkäufe durchgeführt. Aufgrund dieser Bewegungen hätten die vom Beschwerdeführer bei Banken gehaltenen Wertpapierdepots zum jeweiligen Jahresende folgende Stände (zu Kurswerten) ausgewiesen: 1991: 3,970.305 S; 1992: 7,941.800 S;

1993: 13,051.145 S; 1994: 17,149.945 S. Die Ankäufe des Jahres 1991 hätten den Wert von ca. 4,9 Mio. S umfaßt, davon entfielen Erwerbe im Umfang von 4,3 Mio. S auf den Zeitraum zwischen 11. und 31. Dezember. Bis 15. Jänner 1992 seien Verkäufe im Ausmaß von 3,4 Mio. S getätigt worden. Auch in den Folgejahren hätten die Ankäufe im wesentlichen kurz vor Jahresende stattgefunden und sei es nach dem Jahreswechsel zu umfangreichen Verkäufen gekommen. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers sei sohin dadurch gekennzeichnet, daß Geschäfte größeren Volumens jeweils im Dezember eines Kalenderjahres als Käufe und sodann im Jänner des Folgejahres als Verkäufe in Erscheinung getreten seien, wobei der Depotstand zum jeweiligen Jahresende ständig angestiegen sei. Der erklärte Verlust aus Gewerbebetrieb von jährlich über 4 Mio. S ergebe sich aus der Einnahmen-Ausgaben-Rechnung aufgrund der jährlich steigenden Wertpapiereinkäufe. Die Geschäftstätigkeit des Beschwerdeführers gegen Ende des Jahres und zu Beginn des jeweiligen Folgejahres weise eine Regelmäßigkeit auf, deren Grund nicht in den Besonderheiten eines Wertpapierhandels, sondern darin zu suchen sei, daß in erster Linie beabsichtigt gewesen sei, ein geringes steuerliches Jahreseinkommen zu erreichen. In den Jahren 1991 bis 1994 seien Verluste aus Gewerbebetrieb von insgesamt ca. 19,1 Mio. S erklärt worden. Es habe für diese Jahre nie ernsthaft mit einem Gesamtüberschuß der Einnahmen über die Ausgaben gerechnet werden können. Der Ausgleich der Verluste aus dem "Handelsbetrieb" hätte aber immerhin allein für die Jahre 1991 bis 1993 eine Steuerersparnis von ca. 6,7 Mio. S erbracht. Die vom Beschwerdeführer entfaltete Tätigkeit sei nicht mit jener vergleichbar, die dem hg. Erkenntnis vom 26. Juni 1953, 1862/52, zugrundeliege: Jenes Erkenntnis betreffe einen schon beruflich im Bereich des Wertpapierhandels tätigen Steuerpflichtigen, der in den strittigen Jahren jeweils Hunderte von Käufen und Verkäufen von Wertpapieren durchgeführt habe. Demgegenüber lägen beim Beschwerdeführer im Zeitraum von Juli 1991 bis Ende 1994 lediglich 89 Ankäufe und 72 Verkäufe vor. Die Frage, was noch als private Vermögensverwaltung anzusehen sei, lasse sich nur nach den gesamten Verhältnissen des Einzelfalles beurteilen. In Zweifelsfällen sei darauf abzustellen, ob die Tätigkeit jenem Bild entspreche, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmache und einer privaten Vermögensverwaltung fremd sei. Unter diesem Gesichtspunkt sei jene Tätigkeit, die der Beschwerdeführer außerhalb der jeweils rund um den Jahreswechsel gelegenen Zeiträumen häufiger An- und Verkäufe entfaltet habe, zweifelsfrei nicht als gewerblich zu beurteilen. In diesen Zeiträumen seien nur relativ wenige und zudem unbedeutende Umsätze von Wertpapieren getätigt worden. Zu Erwerben größeren Umfanges sei es beinahe ausschließlich kurz vor Jahresende gekommen. Auch in den Zeiträumen rund um den Jahreswechsel habe sich der Beschwerdeführer ganz offenkundig nicht in erster Linie wie ein Händler verhalten, dessen Absicht darauf gerichtet sei, die Chancen des Wertpapiermarktes planmäßig zu nutzen. Die für den Ankauf der Wertpapiere ausschlaggebenden Gründe hätten primär im Streben nach einem Ausgleich der Einkünfte aus selbständiger Arbeit mit Verlusten bestanden. An dieser Beurteilung ändere nichts, daß die gegen Jahresende getätigten Erwerbe weitgehend nicht mit Eigen-, sondern mit Fremdmitteln finanziert worden seien. Die vom Beschwerdeführer für den Erwerb von Wertpapieren insbesondere von den depotführenden Banken aufgenommenen Fremdmittel seien nach Möglichkeit jeweils unmittelbar mit dem Erlös aus dem Verkauf der Papiere, die gleichzeitig als Sicherheit gedient hätten, zurückbezahlt worden. Für die Finanzierung der während des jeweiligen Kalenderjahres getätigten (wenigen) Käufe hätte es der Aufnahme von Fremdmittel wenn überhaupt, so nur in einem verschwindend geringen Ausmaß bedurft. Sohin habe auch der Einsatz von Fremdmitteln primär nicht zur händlertypischen Nutzung des Marktes gedient. Der Fremdfinanzierung der Erwerbe komme bei dieser Art der Betätigung nicht mehr jene Bedeutung zu, die ihr beizumessen wäre, wenn die Fremdmittel zur händlertypischen Nutzung erwarteter Kurssteigerungen eingesetzt worden wären. Im übrigen verweise die belangte Behörde auch darauf, daß der Beschwerdeführer weder über ein Büro noch über eine andere Organisation zur Durchführung von Wertpapiergeschäften verfüge. Er habe sich - wie andere Kunden - der Dienste von Kreditinstituten bedient. Er habe Geschäfte ausschließlich auf eigene Rechnung und nicht - wie Banken - vorwiegend für Dritte getätigt. Wer aber lediglich Kreditinstitute mit dem An- und Verkauf von Wertpapieren beauftrage, sei noch kein Gewerbetreibender. Er werde auch nach der Verkehrsauffassung nicht als solcher beurteilt. Die Tätigkeit des Beschwerdeführers stelle sohin keinen Gewerbebetrieb iSd § 23 EStG 1988 dar.

Gegen diesen Bescheid wendet sich die wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung

von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde. Der Beschwerdeführer erachtet sich als verletzt im Recht "auf Anerkennung seines Wertpapierhandels als gewerbliche Tätigkeit".

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und stellt in ihrer Gegenschrift mehrere Anträge (Zurückweisung hinsichtlich Einkommensteuer 1991, Verfahrenseinstellung hinsichtlich Einkommensteuer 1992 und Abweisung der Beschwerde hinsichtlich Einkommensteuer 1993).

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die belangte Behörde bringt in ihrer Gegenschrift vor, nach Ergehen des angefochtenen Bescheides seien für die Jahre 1991 und 1992 gemäß § 295 BAO geänderte Einkommensteuerbescheide erlassen worden; hinsichtlich dieser beiden Jahre gehöre der angefochtene Bescheid daher nicht mehr dem Rechtsbestand an (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 21. März 1995, 90/14/0233).

Der Beschwerdeführer hat eine Gegenäußerung erstattet und ausgeführt, die genannten geänderten Einkommensteuerbescheide für 1991 und 1992 seien nicht zugestellt worden.

Im Verwaltungsakt findet sich zwar eine Durchschrift der in Rede stehenden geänderten Einkommensteuerbescheide, aber kein Hinweis darauf, daß eine Zustellung mit Zustellnachweis verfügt worden wäre. Der Verwaltungsgerichtshof geht auf der Grundlage des § 38 Abs. 2 VwGG in sachverhaltsmäßiger Hinsicht davon aus, daß es zu einer Bekanntgabe geänderter Einkommensteuerbescheide nicht gekommen ist. Sohin spricht nichts dagegen, daß der angefochtene Bescheid weiterhin uneingeschränkt dem Rechtsbestand angehört.

Gemäß § 23 Z. 1 EStG 1988 gehören zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb die Einkünfte aus einer selbständigen, nachhaltigen Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung der Land- und Forstwirtschaft noch als selbständige Arbeit anzusehen ist.

Der Beschwerdeführer bringt vor, die Tatbestandsmerkmale der Selbständigkeit und der Nachhaltigkeit seien im gegenständlichen Fall unstrittig gegeben. Die Gewinnerzielungsabsicht werde von der belangten Behörde allerdings in Zweifel gezogen. Sie führe nämlich aus, daß mit einem Gesamtüberschuß der Einnahmen über die Ausgaben in den Jahren 1991 bis 1994 nicht ernsthaft habe gerechnet werden können und die Tätigkeit von der Absicht des Beschwerdeführer getragen gewesen sei, durch die Gestaltung der Wertpapierkäufe Verluste zu erzielen und ein insgesamt geringes steuerliches Jahreseinkommen zu erreichen. Dem halte der Beschwerdeführer aber entgegen, daß die Frage nach der Gewinnerzielungsabsicht abschließend in der Liebhabereiverordnung geregelt werde. Als Betätigung iSd § 1 Abs. 1 der Liebhabereiverordnung sei aber die in Rede stehende Tätigkeit gemäß § 2 Abs. 2 der Verordnung jedenfalls für die ersten drei Jahre als Einkunftsquelle anzuerkennen.

Mit dem Hinweis auf den Anlaufzeitraum des § 2 Abs. 2 der Liebhabereiverordnung(en) übersieht der Beschwerdeführer, daß diese Regelung der zu § 2 Abs. 3 EStG 1988 ergangenen Verordnung(en) nicht die Frage betrifft, ob eine Betätigung den Tatbestand des § 23 EStG 1988 erfüllt.

Die vom Beschwerdeführer in den Jahren 1991 bis 1994 getätigten Wertpapierein- und -verkäufe und errechneten Ergebnisse stellen sich wie folgt dar:

Jahr	Einkäufe in S	Verkäufe in S	Verlust in S
1991	4,9 Mio.	0,1 Mio.	4,2 Mio.
1992	10,0 Mio.	5,6 Mio.	4,8 Mio.
1993	17,2 Mio.	12,9 Mio.	4,6 Mio.
1994	20,1 Mio.	14,1 Mio.	5,5 Mio.

Zu Recht zeigt der Beschwerdeführer auf, daß die belangte Behörde nicht schon aufgrund der oben dargestellten, durch Einnahmen-Ausgaben-Rechnung ermittelten Jahresergebnisse die Gewinnabsicht in Abrede stellen durfte.

Der Beschwerdeführer bringt weiters vor, er führe seine Wertpapierein- und -verkäufe über Banken durch. Die Heranziehung von Banken sei jedoch als branchenüblich zu bezeichnen, da sich freie Wertpapiermakler in Österreich nur sehr schwer hätten etablieren können. Zudem dürften nach dem BörseG nur Börsemitglieder an der Börse mit Wertpapieren handeln. Mitglieder einer Wertpapierbörse könnten jedoch nur protokollierte Einzelkaufleute,

Personenhandelsgesellschaften und juristische Personen sein, die nach dem Bankwesengesetz zur Ausübung des Effektengeschäftes oder des Wertpapier-Emissionsgeschäftes oder nach der GewO zur Ausübung des Gewerbes des freien Maklers berechtigt seien. Dem Beschwerdeführer bleibe daher gar keine andere Möglichkeit, als seine Wertpapiertransaktionen mit Hilfe von Banken durchzuführen. Da er jedoch unter Zuhilfenahme der Banken als Kommissionäre seine Wertpapiere an den unterschiedlichen Börsen der interessierten Öffentlichkeit angeboten habe, sei das Tatbestandsmerkmal der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr erfüllt.

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers hat die belangte Behörde das Vorliegen der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht verneint. Eine solche Beteiligung kann auch beim Auftreten über Vertreter bzw. Kommissionäre gegeben sein (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Juni 1953, 1862/52, SlgNF 792/F).

Schließlich bringt der Beschwerdeführer vor, seine Tätigkeit überschreite das Ausmaß einer bloßen Vermögensverwaltung. Weil ein Großteil der An- und Verkäufe rund um den Jahreswechsel durchgeführt worden sei, habe die belangte Behörde ein händleruntypisches Verhalten angenommen. Unter Verletzung von Verfahrensvorschriften sei die belangte Behörde zum Ergebnis gekommen, es gebe keinen wirtschaftlichen Grund für die konzentrierten Ankäufe gegen Jahresende und die Verkäufe zu Jahresbeginn. Die belangte Behörde habe nämlich nicht berücksichtigt, daß kommerzielle Anleger gegen Ende eines jeden Jahres Kurspflege betrieben und sohin Kurssteigerungen bewirkten. Zudem habe die Behörde unter Verletzung von Verfahrensvorschriften angenommen, er verfüge über kein Büro. Er führe nämlich die Wertpapiergeschäfte beinahe ausschließlich in dem in seiner Privatwohnung eingerichteten Arbeitszimmer durch. Im gegenständlichen Fall würden die Dimensionen der Wertpapiergeschäfte belegen, daß der Umfang einer durchschnittlichen Vermögensverwaltung überschritten sei. Er habe sich gezielt das entsprechende Fachwissen angeeignet und mit Hilfe von EDV seine Kauf- und Verkaufentscheidungen getroffen. Zudem habe er für seine umfangreichen Einkäufe in hohem Maße Fremdkapital aufgenommen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Tätigkeit, die selbständig, nachhaltig, mit Gewinnabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unternommen wird, erst dann gewerblich, wenn sie den Rahmen der Vermögensverwaltung überschreitet (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. März 1991, 90/13/0256). Dies ist dann der Fall, wenn das Tätigwerden des Steuerpflichtigen nach Art und Umfang deutlich jenes Ausmaß überschreitet, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist (vgl. die bei Doralt, EStG3, § 23 Tz 103 zitierte hg. Rechtsprechung), wenn also durch die Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist (vgl. Göth, eolex 1992, 440, unter Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 31. Mai 1983, 82/14/0188). In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die Tätigkeit, wenn sie in den gewerblichen Bereich fallen soll, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht (vgl. Beiser/Farmer, RdW 1997, 104, unter Bezugnahme auf das Urteil des BFH BStBl. 1991 II 631).

Bei der Verwaltung von Wertpapierbesitz gehören die Umschichtungen von Wertpapieren, somit Kauf und Verkauf durch Einschaltung von Banken, grundsätzlich noch zur privaten Vermögensverwaltung; bei Wertpapieren liegt es in der Natur der Sache, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren (vgl. Djanani/Kapferer, SWK 1991 AI 314).

Der Beschwerdeführer hat sich für den An- und Verkauf von Wertpapieren der Banken als Kommissionäre bedient. Bei dieser Art der Kaufabwicklung konnte er die für eine allgemeine Handelstätigkeit typische Einflußnahme auf die Höhe des Preises und auf einzelne Kaufkonditionen nur sehr eingeschränkt entfalten; sie deutet daher für sich nicht auf einen Gewerbebetrieb. Bei einer solchen Konstellation müßten andere Umstände vorliegen, die für die Gewerblichkeit sprechen, um die Tätigkeit als Gewerbebetrieb qualifizieren zu können.

Zu diesen Kriterien gehört der Umstand, daß Transaktionen auf fremde Rechnung durchgeführt werden (vgl. Hofstätter/Reichel, § 23 Tz 16 EStG 1988). Der Beschwerdeführer ist aber nicht für Rechnung Dritter aufgetreten und hat auch nicht - etwa im Wege der Unterhaltung eines Dritten erkennbaren einschlägigen Büros - Dritten gegenüber Händlerdienste angeboten.

Die Anzahl der jährlichen An- und Verkäufe des Beschwerdeführers - auch diese zählt zu den Abgrenzungskriterien (vgl. Quantschnigg/Schuch, Einkommensteuerhandbuch, § 23 Tz 14.3 und 14.1) - liegt im Durchschnitt jeweils unter 30. Im Bereich der Wertpapiergeschäfte spricht dieser Umfang nicht für Gewerblichkeit.

Es trifft zu, daß auch die Fremdfinanzierung angeschaffter Wertpapiere ein Indiz für die Gewerblichkeit darstellt (vgl. das hg. Erkenntnis SlgNF 792/F). Für sich allein vermag aber dieses Kriterium nicht zur Einstufung als Gewerbebetrieb zu führen.

Der Verwaltungsgerichtshof kann es sohin in Anbetracht der gesamten Verhältnisse nicht als rechtswidrig erkennen, wenn die belangte Behörde die Betätigung des Beschwerdeführers nicht als Gewerbebetrieb qualifiziert hat.

Soweit sich der Beschwerdeführer auf das hg. Erkenntnis SlgNF 792/F beruft, übersieht er, daß dieses einen Beschwerdeführer betraf, der jährlich Hunderte von An- und Verkäufen von Wertpapieren durchgeführt hat und überdies hauptberuflich als Wertpapiermakler tätig war. Auch der Zusammenhang einer Nebentätigkeit mit dem Hauptberuf zählt zu den Abgrenzungskriterien (vgl. Quantschnigg/Schuch, aaO, und zum gewerblichen Grundstückshandel das hg. Erkenntnis vom 31. Mai 1983, 82/14/0188). Schon deshalb unterscheidet sich der dem genannten Erkenntnis zugrundeliegende Sachverhalt vom Beschwerdefall.

Im gegenständlichen Fall kommt es daher nicht mehr darauf an, ob auch aus dem Umstand, daß die An- und Verkäufe um den Jahreswechsel konzentriert waren, das Fehlen eines händlertypischen Verhaltens ableitbar wäre. Auf das zu diesem Umstand erstattete Beschwerdevorbringen - auch soweit es den Vorwurf der Verletzung des Parteiengehörs betrifft - war daher nicht einzugehen.

Der Beschwerdeführer wurde sohin durch den angefochtenen Bescheid nicht in subjektiven Rechten verletzt. Daran vermögen - hiezu wird gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG auf das hg. Erkenntnis vom 14. Jänner 1991, 90/15/0116, verwiesen - Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen, die der Beschwerdeführer anführt, nichts zu ändern.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VO BGBl. 416/1994.

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1997:1996140115.X00

#### **Im RIS seit**

11.02.2002

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)