

3.1

**Einkommen aus Tätigkeit (ZH) –
Gewerbmässiger Wertpapierhandel**

Die Frage, ob schlichte (gewöhnliche) Verwaltung des privaten Vermögens oder gewerbmässiger Wertschriftenhandel vorliegt, ist weiterhin aufgrund mehrerer Indizien und unter Würdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls zu beantworten. Das schematische Vorgehen verschiedener kantonaler Steuerverwaltungen, wonach beim Vorliegen bestimmter Kennzahlen auf eine Gesamtwürdigung verzichtet werden bzw. selbständige Erwerbstätigkeit als ausgeschlossen gelten könne, führt nur in denjenigen Fällen zu einem sachgerechten Ergebnis, bei denen die Verhältnisse klar und eindeutig sind. In den übrigen Fällen ist die Tätigkeit jeweils nach wie vor in ihrem gesamten Erscheinungsbild rechtlich zu beurteilen.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich das Kriterium der «systematischen und planmässigen Vorgehensweise» bei näherer Betrachtung als nicht mehr sehr zeitgemäss erweist; diese Voraussetzung dürfte heute fast jede Person erfüllen, die sich – privat oder gewerbmässig – mit Wertschriftenhandel befasst. Das Gleiche gilt für die «speziellen Fachkenntnisse». Diese beiden Kriterien können bei der Beurteilung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels nur noch eine untergeordnete Bedeutung haben, namentlich im Sinne von Ausschlusskriterien.

Dagegen treten die beiden Kriterien der «Höhe des Transaktionsvolumens» sowie der «Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte» in den Vordergrund und sind fortan stärker zu gewichten.

Das Festhalten an der bisherigen Praxis be-

deutet aber nicht, dass es etwa 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 selbständig Erwerbstätiger qualifiziert zu werden.

*Bundesgerichtsurteil vom 23. Oktober 2009
(2C_868/2008)*

**Revenu d'une activité (ZH) –
Commerce professionnel de titres**

La question de savoir s'il y a simple administration de la fortune mobilière ou commerce professionnel de titres doit être résolue, comme par le passé, sur la base de l'évaluation de divers indices et de toutes les circonstances concrètes du cas d'espèce. Diverses administrations cantonales ont adopté une procédure schématique, selon laquelle un examen global n'est pas requis lors de la présence de certains chiffres-clé, c'est-à-dire que dans ces cas-là, l'existence d'une activité lucrative indépendante peut être exclue. Cette pratique toutefois ne conduit à un résultat adéquat que lorsque les faits sont clairs et univoques. Dans les autres cas, l'activité exercée doit être examinée juridiquement de manière globale.

Il est évident que le critère d'une «démarche systématique et planifiée», lorsqu'il est examiné de plus près, ne s'avère plus très actuel. A l'heure actuelle, pratiquement chaque personne s'occupant de transactions boursières, que ce soit de manière privée ou professionnelle, remplit probablement ce critère. Il en va de même quant au critère des «connaissances professionnelles spéciales». Ces deux critères, lorsqu'il s'agit de juger

d'un cas éventuel de commerce professionnel de titres, ne peuvent plus jouer qu'un rôle secondaire, notamment pour exclure une telle qualification.

En revanche, les critères de «volume des transactions effectuées» et d'«utilisation de fonds étrangers importants pour le financement de ces activités» restent déterminants et doivent être dorénavant pondérés plus fortement.

Le maintien de l'ancienne pratique ne signifie pas que dans ses loisirs, à côté de son activité principale (exercée à plein temps), un contribuable ne puisse pas gérer sa fortune selon des stratégies modernes et au moyen de produits d'investissements modernes, sans pour autant qu'il soit considéré comme exerçant là une activité indépendante.

Tribunal fédéral, arrêt du 23 octobre 2009 (2C_868/2008)

Sachverhalt

A. Das Ehepaar X. und Y. deklarierte in der Steuererklärung 2004 ein steuerbares Einkommen von CHF 40'400.– sowie ein steuerbares Vermögen von CHF 3'550'831.–, was gegenüber dem Vorjahr einer Vermögensvermehrung von CHF 725'351.– entsprach.

Eine Untersuchung im Rahmen des Einschätzungsverfahrens durch die Steuerverwaltung ergab, dass X. im Jahr 2004 Kursgewinne auf Wertschriftenvermögen im Umfang von CHF 938'750.– realisiert hatte, die primär auf die erfolgreiche Tätigkeit eines beauftragten Vermögensverwalters zurückzuführen waren. In der Folge gelangte die Steuerverwaltung zum Schluss, dass X. als gewerbmässiger Wertschriftenhändler zu qualifizieren sei, und schätzte mit Entscheid vom 22. Januar 2007 das Ehepaar X. und Y. mit einem steuerbaren Einkommen von CHF 873'000.– und einem steuerbaren Vermögen von CHF 3'465'000.– für das Steuerjahr

2004 ein. Das kantonale Steueramt wies eine dagegen erhobene Einsprache am 20. August 2007 ab.

Die Steuerrekurskommission I des Kantons Zürich hiess einen hiergegen erhobenen Rekurs in Bezug auf die Staats- und Gemeindesteuern am 23. November 2007 teilweise gut und schätzte die Eheleute X. und Y. mit einem steuerbaren Einkommen von CHF 867'000.– und einem steuerbaren Vermögen von CHF 3'465'000.– ein. Sie bestätigte die Qualifikation von X. als gewerbmässiger Wertschriftenhändler.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Kammer, hiess eine hiergegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 22. Oktober 2008 gut und schätzte das Ehepaar X. und Y. mit einem steuerbaren Einkommen von CHF 48'880.– ein. Das Verwaltungsgericht führte aus, es habe in konstanter Rechtsprechung weit höhere Anforderungen an die Bejahung einer selbständigen Erwerbstätigkeit als nebenberuflicher gewerbmässiger Wertschriftenhändler gestellt als dies das Bundesgericht für die direkte Bundessteuer für Liegenschaften- und Wertschriftenhändler getan habe; es kam zum Schluss, es liege hier kein gewerbmässiger Wertschriftenhandel vor. B. Gegen diesen Entscheid des Verwaltungsgerichts erhebt das Steueramt des Kantons Zürich mit Eingabe vom 2. Dezember 2008 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Es beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Bestätigung des Entscheides der Steuerrekurskommission I. Das Steueramt macht geltend, es lägen mehrere, zum Teil deutlich für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit sprechende Umstände vor.

Aus den Erwägungen

2. 2.1 Streitig ist, ob die von den Beschwerdegegnern im Jahr 2004 erzielten Gewinne aus dem Handel mit Wertschriften steuerbares Ein-

kommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von § 18 Abs. 1 und 2 StG/ZH oder steuerfreie private Kapitalgewinne im Sinne von § 16 Abs. 3 StG/ZH darstellen.

Dabei ist vorab festzuhalten, dass die Regelung des Zürcher Steuergesetzgebers von der Lösung, wie sie im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vorgesehen ist, nicht abweicht: § 18 Abs. 1 und 2 StG/ZH und Art. 18 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11) – ebenso wie Art. 7 und 8 StHG – verwenden dieselben Begriffe und haben im Wesentlichen den gleichen Inhalt. Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit kann unter dem Geltungsbereich des Steuerharmonisierungsgesetzes im kantonalen Recht daher grundsätzlich nicht anders ausgelegt werden als auf dem Gebiet der direkten Bundessteuer. Eine andere Auslegung würde dem Anliegen der vertikalen Steuerharmonisierung zuwiderlaufen und die mit dem Erlass des Steuerharmonisierungsgesetzes angestrebte Vereinfachung der Rechtsanwendung vereiteln (vgl. BGE 128 II 66 E. 4b S. 71 f.; Urteil 2A.224/2004 vom 26. Oktober 2004 E. 5 bis 7, in: ASA 75 S. 253; vgl. dazu auch HANS-JÜRGEN NEUHAUS/PETER AGNER/GOTTHARD STEINMANN, Der gewerbmässige Liegenschaften- und Wertschriftenhandel nach dem Stabilisierungsprogramm 1998, ST 1999 S. 593, wonach die Bestimmungen im StHG über die Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Grundsatz gleich wie im DBG geregelt sind; a. M. MARKUS REICH, in: Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht [I/1], N. 41 f. zu Art. 1 StHG, der für eine «föderalistische Zurückhaltung» plädiert). 2.2 Nach § 16 Abs. 1 StG/ZH resp. Art. 16 Abs. 1 DBG unterliegen «alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte» der Einkommenssteuer. Der Gesetzgeber hat damit an dem bereits in Art. 21 Abs. 1 des Bundesratsbeschlusses vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung einer direkten

Bundessteuer (BdBSt) enthaltenen Grundsatz der Gesamtreineinkommensbesteuerung festgehalten. Steuerfrei sind nach § 16 Abs. 3 StG/ZH resp. Art. 16 Abs. 3 DBG die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen. Damit bestätigt das Gesetz ausdrücklich, was schon unter dem Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer direkten Bundessteuer Gültigkeit hatte. § 18 Abs. 1 StG/ZH resp. Art. 18 Abs. 1 DBG bestimmt, dass alle Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf sowie jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit steuerbar sind. Zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit gehören nach § 18 Abs. 2 StG/ZH resp. Art. 18 Abs. 2 DBG auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen (BGE 125 II 113 E. 4a S. 119). Wie das Bundesgericht erkannt hat, wollte der Gesetzgeber die Besteuerung der Einkünfte aus Erwerbstätigkeit, namentlich aus Liegenschaften- oder Wertschriftenhandel, im Vergleich zum früheren Recht nicht einschränken. Er hat vielmehr bewusst eine Erweiterung gegenüber dem bisherigen Recht vorgenommen, indem er die Kapitalgewinnsteuerpflicht aufgrund des § 18 Abs. 2 StG/ZH resp. Art. 18 Abs. 2 DBG auf den gesamten Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit, d. h. auf alle Gegenstände des Geschäftsvermögens, ausgedehnt hat, während sie nach bisherigem Recht aufgrund von Art. 21 Abs. 1 lit. d und f BdBSt auf buchführungspflichtige Unternehmen beschränkt war (BGE 125 II 113 E. 5c S. 121 f. mit Hinweis).

2.3 Nach bisheriger und ständiger Praxis des Bundesgerichts zu Art. 21 Abs. 1 lit. a BdBSt unterliegen Gewinne aus der Veräusserung von Vermögensgegenständen – namentlich Liegenschaften, Wertpapieren, Edelmetallen und Devisen – als Erwerbseinkommen der direkten Bundessteuer, wenn dabei eine Tätigkeit ent-

faltet wird, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist (vgl. statt vieler: BGE 122 II 446 E. 3 mit Hinweisen). Diese Praxis gilt grundsätzlich auch für das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (BGE 125 II 113 E. 5 S. 120 ff.). Demnach sind steuerfreie private Kapitalgewinne im Sinne von § 16 Abs. 3 StG/ZH resp. Art. 16 Abs. 3 DBG nur diejenigen Gewinne, die im Rahmen der schlichten Verwaltung privaten Vermögens entstehen, also ohne besondere, in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtete Tätigkeit des Steuerpflichtigen, oder bei einer sich zufällig bietenden Gelegenheit (BGE 125 II 113 E. 5e S. 123; Urteile 2A.486/2002 vom 31. März 2002 E. 2.3, in: StE 2003 B 23.1 Nr. 55; 2A.4/1998 vom 2. Dezember 1999 E. 2a, in: ASA 69 S. 788; je mit Hinweisen).

2.4 Ob einfache Vermögensverwaltung oder auf Erwerb gerichtete Tätigkeit vorliegt, ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Als Indizien für eine selbständige Erwerbstätigkeit fallen nach der bisherigen Praxis 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 Urteil 2A.4/1998 vom 2. Dezember 1999 E. 2a, in: ASA 69 S. 788 mit Hinweisen). Jedes dieser Indizien kann zusammen mit andern, unter Umständen jedoch auch allein zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von § 18 StG/ZH resp. Art. 18 DBG ausreichen. Dass einzelne typische Elemente einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Einzelfall nicht erfüllt sind, kann durch andere Elemente kompensiert werden, die besonders ausgeprägt vorliegen (vgl. zur

Gewichtung der einzelnen Kriterien jedoch E. 2.7). Entscheidend ist, dass die Tätigkeit in ihrem gesamten Erscheinungsbild auf Erwerb ausgerichtet ist (BGE 125 II 113 E. 3c S. 118 f.; Urteile 2A.4/1998 vom 2. Dezember 1999 E. 2a, in: ASA 69, S. 788; 2A.425/2001 vom 12. November 2002 E. 3.3, in: ASA 73 S. 299; 2A.419/2001 vom 13. November 2002 E. 2.3, in: ASA 73 S. 473 sowie 2A.486/2002 vom 31. März 2003 E. 2.4, in: StE 2003 B 23.1 Nr. 55).

Ob der Steuerpflichtige die Wertschriftengeschäfte selber oder durch einen bevollmächtigten Dritten abwickelt, ist im Übrigen nicht von entscheidender Bedeutung; das Wertschriftengeschäft erfordert in der Regel ohnehin den Beizug fachkundiger Personen, deren Verhalten dem Steuerpflichtigen zugerechnet wird (BGE 122 II 446 E. 3b S. 450 mit Hinweis).

2.5 Die Vorinstanz kritisiert die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum gewerbsmässigen Wertpapierhandel und hält fest, sie habe in konstanter Rechtsprechung weit höhere Anforderungen an die Bejahung einer selbständigen Erwerbstätigkeit als nebenberuflicher gewerbsmässiger Wertschriftenhändler gestellt als das Bundesgericht. Die Vorinstanz legt dar, dass ihre Praxis – im Gegensatz zur bundesgerichtlichen – nicht wiederholt in der Lehre kritisiert worden sei.

Diese Sichtweise ist weder neu noch rechtfertigt sie eine grundsätzliche Abkehr von der bisherigen langjährigen Rechtsprechung (vgl. zur Kritik: Urteile 2A.425/2001 vom 12. November 2002 E. 3.4, in: ASA 73 S. 299; 2A.419/2001 vom 13. November 2002 E. 2.4, in: ASA 73 S. 473; je mit Hinweisen; vgl. auch Kreisschreiben Nr. 8 der Eidgenössischen Steuerverwaltung [ESTV] vom 21. Juni 2005 betreffend gewerbsmässiger Wertschriftenhandel, in: ASA 74 S. 643). Insbesondere der Hinweis der Vorinstanz auf die Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten

und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II; BBl 2005 4803 ff., Ziff. 2.6.5) ist unbehelflich, wurde doch die vorgesehene gesetzliche Regelung zur selbständigen Erwerbstätigkeit bei Veräusserung von Wertpapieren, weil politisch zu umstritten, fallengelassen («aus der Reform herausgelöst»; vgl. AB 2007 S 12 f.; AB 2007 N 309 f.).

Die Vorinstanz hält zu Recht fest, dass die Abgrenzung zwischen selbständiger Erwerbstätigkeit und privater Vermögensverwaltung im Einzelfall nicht einfach ist. Die Erwägungen im angefochtenen Entscheid beschränken sich aber auf die Feststellung, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung in der Lehre kritisiert worden sei. Die Vorinstanz legt denn auch nicht näher dar, inwiefern die Praxis des zürcherischen Verwaltungsgerichts, welche an die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit als gewerbmässiger Wertschriftenhändler höhere Anforderungen stellt als das Bundesgericht, vorzuziehen sei.

2.6 Die Frage, ob schlichte (gewöhnliche) Verwaltung des privaten Vermögens oder gewerbmässiger Wertschriftenhandel vorliegt, ist somit weiterhin aufgrund mehrerer Indizien und unter Würdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls zu beantworten. Das schematische Vorgehen verschiedener kantonaler Steuerverwaltungen, wonach beim Vorliegen bestimmter Kennzahlen auf eine Gesamtwürdigung verzichtet werden bzw. selbständige Erwerbstätigkeit als ausgeschlossen gelten könne, führt nur in denjenigen Fällen zu einem sachgerechten Ergebnis, bei denen die Verhältnisse klar und eindeutig sind. In den übrigen Fällen ist die Tätigkeit jeweils nach wie vor in ihrem gesamten Erscheinungsbild rechtlich zu beurteilen.

2.7 In der Literatur wurde teilweise Kritik geäussert, die bisherige bundesgerichtliche Praxis gewährleiste weder Rechtssicherheit noch Gleichbehandlung, da sie mehr auf subjektiven als auf objektiven Kriterien beruhe. Als Lösung

wurde darum vorgeschlagen, quantifizierbare Alternativkriterien zu formulieren (vgl. etwa XAVIER OBERSON, *Droit fiscal suisse*, 3. Aufl. 2007, S. 96; Botschaft vom 22. Juni 2005 zum Bundesgesetz über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen [Unternehmenssteuerreformgesetz II; BBl 2005 4808 ff.]). Dagegen liesse sich grundsätzlich einwenden, dass sich jeder Versuch, ein für allemal «eindeutige» Abgrenzungskriterien für den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit zu entwickeln, als problematisch erweist (PETER LOCHER, Kommentar zum DGB, I. Teil, 2001, Art. 18 N. 4).

Allerdings ist durchaus einzuräumen, dass in den letzten Jahren bestimmte Kriterien durch eine dynamische Entwicklung an den Finanzmärkten, welche in immer schnellerem Rhythmus neue und moderne Finanzprodukte anbieten, an Bedeutung verloren haben, währenddem sich andere Kriterien oder Indizien gleichzeitig als gewichtiger und entscheidender erwiesen haben: So ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich das Kriterium der «systematischen und planmässigen Vorgehensweise» bei näherer Betrachtung als nicht mehr sehr zeitgemäss erweist; diese Voraussetzung dürfte heute fast jede Person erfüllen, die sich – privat oder gewerbmässig – mit Wertschriftenhandel befasst. Das Gleiche gilt für die «speziellen Fachkenntnisse». Diese beiden Kriterien können bei der Beurteilung des gewerbmässigen Wertschriftenhandels nur noch eine untergeordnete Bedeutung haben, namentlich im Sinne von Ausschlusskriterien.

Dagegen treten die beiden Kriterien der «Höhe des Transaktionsvolumens» (betragsmässige Summe aller Käufe und Verkäufe; vgl. schon Kreisschreiben Nr. 8 der ESTV, a.a.O, Ziff. 2, wonach die Grenze beim Fünffachen des Wertschriften- und Guthabenbestands pro Kalender-

jahr liegen soll) sowie der «Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte» (vgl. Kreisschreiben Nr. 8 der ESTV, a.a.O., Ziff. 2 und 3.3), in den Vordergrund und sind fortan stärker zu gewichten. Die beiden letztgenannten Kriterien beruhen auf objektiven und quantifizierbaren Gegebenheiten, was ihre Anwendung wesentlich erleichtert. Zudem werden 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).

3. 3.1 Nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz verfügten die Beschwerdegegner Ende 2003 über Wertschriften und Guthaben in der Höhe von CHF 2 227 619.– (im Einzelnen: Bankkonto CHF 2 000 000.–; Aktien 70 000.–; Obligation CHF 50 000.–; Anlagefonds CHF 5000.– sowie WIR-Geld CHF 40 000.–). Per Ende 2004 betrug der Saldo von Wertschriften und Guthaben CHF 3 314 751.–, wovon sich CHF 3 000 000.– auf Festgeld und der Rest auf Anlagefonds, Bank- und Postkonti sowie WIR-Geld verteilten.

Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich weiter, dass die Beschwerdegegner im Jahr 2004 mit Aktien von neun zum damaligen Zeitpunkt dem Swiss Market Index (SMI) angehörenden Schweizer Unternehmen insgesamt 32 Transaktionen durchgeführt haben (15 Käufe und 17 Verkäufe), wobei die Haltedauer durchschnittlich nicht länger als einen Monat, einmal gar nur einen Tag betrug. Dazu wurde eine Obligation verkauft. Gesamthaft ergab sich daraus bei einem umgesetzten Volumen von CHF 2 800 000.– ein Kapitalgewinn von CHF 143 000.–. Daneben handelten die Beschwerdegegner insgesamt 69 Mal (Käufe und Verkäufe) mit Call- und Put-Optionen auf Aktien sowie Futures auf dem SMI, wobei sie CHF 1 850 000.– umsetzten und einen Gewinn

von CHF 407 245.– realisierten. Weiter investierten die Beschwerdegegner in Devisengeschäfte, wobei sie mit 82 Käufen und Verkäufen bei einem Umsatz von rund CHF 30 000 000.– einen Gewinn von CHF 359 982.– erzielten. Sämtliche Geschäfte wurden von der A. AG getätigt. Mitte 2004 wurden schliesslich die Hypothek auf dem Eigenheim der Beschwerdegegner um CHF 300 000.– erhöht und die in liquide Form gebrachten Mittel ebenfalls – zumindest teilweise – eingesetzt.

3.2 Die Beschwerdegegner haben somit im Steuerjahr 2004 insgesamt mindestens 184 Transaktionen (d. h. jeden zweiten Tag eine Transaktion) durchgeführt und ein Volumen von CHF 35 000 000.– umgesetzt, was dem zehnfachen Wert des Vermögens der Beschwerdegegner (Stand Ende 2004) entspricht. Die Beschwerdegegner haben in erster Linie kurzfristige Wertschriftengeschäfte durchgeführt. Der Handel mit Derivaten diente zudem weniger der Absicherung des Aktienvermögens, sondern war spekulativer Natur und es wurde im Verhältnis zum Gesamtvermögen ein grosses Volumen umgesetzt. Auch die Transaktionen mit Devisen waren mit beträchtlichen Risiken verbunden, fanden sehr kurzfristig statt und der Umsatz von CHF 30 000 000.– erscheint im Verhältnis zum Vermögen als sehr hoch. Dazu kommt, dass auch – in verhältnismässig bescheidenem Umfang – Fremdmittel (Erhöhung der Hypothek) eingesetzt wurden. Es erhellt damit ohne Weiteres, dass im vorliegenden Fall die oben erwähnten Kriterien, insbesondere ein sehr hohes Transaktionsvolumen (vgl. E. 2.4 und 2.7), für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfüllt sind. Daran ändert auch nichts, wenn zutrifft, dass – wie die Vorinstanz in E. 3.4.2. ausführte – Derivate und strukturierte Produkte ebenso wie Anteile an Hedge Fonds mittlerweile auch bei

Privatanlegern weit verbreitet seien, wie die umfangreiche einschlägige Werbung in seriösen Tageszeitungen zeige, und Optionen auch in ein «normales» Portefeuille gehören dürften. Der Optionshandel kann auf gewerbsmässiges Vorgehen hindeuten, wenn die Optionen nicht in erster Linie zur Absicherung von Risiken verwendet wurden, was vorliegend gerade nicht der Fall war (vgl. Urteil 2A.486/2002 vom 31. März 2003 E. 3, in: StE 2003 B 23.1 Nr. 55). Entscheidend ist hier aber, dass es sich um ein sehr hohes Transaktionsvolumen handelt und recht zahlreiche spekulative und kurzfristige Geschäfte getätigt wurden.

3.3 Das Festhalten an der bisherigen Praxis bedeutet aber nicht, dass es etwa 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 selbständig Erwerbstätiger qualifiziert zu werden. Die private Vermögensverwaltung beschränkt sich nicht auf Obligationen und Beteiligungsrechte und unterliegt nicht einem Gebot, diese in aller Regel zu halten oder nur selten zu verkaufen (vgl. dazu etwa ANDRI MENGIARDI, Die Besteuerung der Investition in derivative Anlageprodukte [«strukturierte Anlageprodukte»] nach Schweizer Recht, 2008, S. 144). Im vorliegenden Fall sprechen jedoch vor allem das grosse Umsatzvolumen und der Einsatz von Fremdkapital für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit.

3.4 Die Vorinstanz ist der Auffassung, die Beschwerdegegner hätten weder eigene Arbeitsleistung eingesetzt noch seien sie nach aussen aufgetreten. Damit fehle es bereits am zentralen Element der selbständigen Erwerbstätigkeit gemäss § 18 StG/ZH. Damit verkennt die Vorinstanz jedoch, dass nach der bundesgerichtlichen Praxis nicht entscheidend ist, ob die Steu-

erpflichtigen die Wertschriftengeschäfte selber oder durch einen bevollmächtigten Dritten abwickeln. Das Verhalten einer beigezogenen Fachperson wird der pflichtigen Person angerechnet (vgl. E. 2.4 in fine).

3.5 Die Einwendungen der Beschwerdegegner, es sei eine Zumutung, einen todkranken Pensionär und eine Hausfrau als gewerbsmässige Wertschriftenhändler einzustufen, vermögen aus deren subjektiver Sicht zwar verständlich erscheinen, ändern aber an der rechtlichen Qualifikation aufgrund der vorhandenen Indizien nichts. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegner kann auch nicht gesagt werden, die vorliegenden Transaktionen hätten in der Form eines einzelnen Fonds vorgenommen werden können, womit das «Thema gewerbsmässiger Wertschriftenhändler» nie aufgekommen wäre; die Einfluss- und Reaktionsmöglichkeiten eines Investors auf einzelne Ereignisse ist auf dem Finanzmarkt viel grösser als bei Transaktionen, die in einem einzigen Fonds gebündelt sind.

Soweit die Beschwerdegegner in ihrer Vernehmlassung sinngemäss den Eventualantrag stellen, dass für das Jahr 2004 eine «Ausfallreserve von mindestens 15 bis 20% des Grundvermögens» gebildet werden soll, ist dieser Antrag abzuweisen. Die Beschwerdegegner hätten die Begründetheit dieser «Ausfallreserven» als steuermindernde Tatsache sowie ihren Bestand und Umfang nachzuweisen gehabt, was aber bereits vor den Vorinstanzen nicht der Fall war. Soweit die Beschwerdegegner ihren Antrag für die «Folgejahre» stellen, kann darauf nicht eingetreten werden, da Gegenstand des vorliegenden Verfahrens nur das Steuerjahr 2004 bildet.

4. Zusammengefasst ergibt sich im vorliegenden Fall nicht das Bild einer blossen bzw. gewöhnlichen Verwaltung eigenen, privaten Vermögens. Insbesondere die kurze Besitzdauer und der relativ hohe jährliche Umsatz sowie der Einsatz

von Fremdkapital zeigen, dass die Beschwerdegegner ihren Wertschriftenbestand nicht bloss dynamisch bewirtschaftet haben, wie dies auch im Rahmen einer gewöhnlichen Vermögensverwaltung möglich ist, sondern gezielt, mit erheblichem Mitteleinsatz und auch mit hohem Risiko versucht haben, die Börsenentwicklung auszunützen. Ein solches Vorgehen kann insge-

samt und unter Würdigung der gesamten konkreten Umstände – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht mehr als gewöhnliche Vermögensverwaltung bezeichnet werden, sondern stellt eine selbständige Erwerbstätigkeit dar. Die im Jahr 2004 erzielten Gewinne sind damit als steuerbares Erwerbseinkommen im Sinne von § 18 StG/ZH zu qualifizieren.