



MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb insbesondere an den Beispielen Kryptowährungen, Wertpapierhandel und Grundstückshandel“

verfasst von / submitted by

Mag. Alexander Dösinger

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2020 / Vienna 2020

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 984

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Steuerrecht und Rechnungswesen (LL.M.)

Betreut von / Supervisor:

Mag. Dr. Alexandra Wild-Simhofer

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Überblick über die Einkunftsarten	4
2.1	Betriebliche Einkunftsarten	4
2.2	Steuerliche Eigenheiten eines Gewerbebetriebs	5
2.2.1	Gewinnermittlung	5
2.2.2	Ansatz des Umlaufvermögens	6
2.2.3	Verlustabzug (Verlustvortrag)	6
2.3	Außerbetriebliche Einkunftsarten	7
2.3.1	Einkünfte aus Kapitalvermögen	8
2.3.2	Sonstige Einkünfte	12
3	Kriterien Gewerbebetrieb	18
3.1	Vorliegen eines Betriebs	18
3.1.1	Selbständigkeit	18
3.1.2	Nachhaltigkeit	19
3.1.3	Gewinnabsicht	20
3.1.4	Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr	20
3.2	Allgemeingültige Abgrenzungskriterien Vermögensverwaltung	21
4	Grundstückshandel	23
4.1	Vorliegen eines Betriebs	23
4.2	Indizien für Gewerblichkeit	23
4.2.1	Planmäßigkeit	23
4.2.2	Eigenschaften des Verkäufers	25
4.2.3	Anzahl der Transaktionen	25

4.2.4	Zusammentreffen mit Vermietung	27
4.2.5	Finanzierung	28
4.2.6	Zusammenfassung der Kriterien	29
4.3	Indizien gegen Gewerblichkeit	29
4.4	Auswirkungen der Gewerblichkeit	30
5	Wertpapierhandel	33
5.1	Indizien für die Gewerblichkeit	33
5.1.1	Fremdfinanzierung	34
5.1.2	Umfang der Tätigkeit	34
5.1.3	Organisation der Tätigkeit.....	35
5.1.4	Zusammenfassung der Kriterien	37
5.2	Indizien gegen die Gewerblichkeit	38
5.3	Auswirkungen der Gewerblichkeit	38
6	Kryptowährungen	41
6.1	Technische Grundlagen	41
6.1.1	Blockchain.....	42
6.1.2	Anwendungsbereiche der Blockchain	44
6.2	Anwendung von Kryptowährungen.....	45
6.2.1	Rechtliche Einordnung	46
6.2.2	Einordnung als Zahlungsmittel	48
6.2.3	Anwendungsteilbereiche	49
6.3	Steuerliche Einordnung	51
6.3.1	Mining	51
6.3.2	Zinstragende Veranlagung/grundlegende Einordnung.....	54

6.3.3	Handel/Spekulation	55
7	Conclusio	61
8	Literaturverzeichnis.....	65
8.1	Monografien und Kommentare	65
8.2	Beträge in Sammelwerken.....	65
8.3	Beiträge in Fachzeitschriften	66
8.4	Judikatur	67
8.4.1	BFG	67
8.4.2	BFH.....	67
8.4.3	EuGH.....	67
8.4.4	VfGH.....	67
8.4.5	VwGH	67
8.5	Erlässe und Richtlinien.....	68

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
BAO	Bundesabgabenordnung
BFG	Bundesfinanzgericht
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesministerium für Finanzen
Bzw	beziehungsweise
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt
EStG	Einkommensteuergesetz
EStR	Einkommensteuerrichtlinien
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Gem	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iHv	in Höhe von
iSd	im Sinne des
krit	kritisch
KESSt	Kapitalertragsteuer
RL	Richtlinie
sog	sogenannte
UGB	Unternehmensgesetzbuch
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WEG	Wohnungseigentumsgesetz

1 Einleitung

Wenngleich die Unterscheidung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung mit dem BBG 2011¹ und dem 1. StabG 2012² abgenommen hat, so ist sie aber immer noch von Relevanz. Bis zu diesen Gesetzesänderungen herrschte bei den außerbetrieblichen Einkunftsarten, entgegen der nun vorherrschenden Reinvermögenstheorie, die Quellentheorie, welche besagt, dass nur die Früchte besteuert werden und nicht auch die Veräußerung der Vermögensquelle, abgesehen von Veräußerungen innerhalb der Spekulationsfrist. Besonders bedeutsam war diese Änderung für die Einkünfte aus Kapitalvermögen und aus privaten Grundstücksveräußerungen.³

Die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb ist bedeutend für die Zuordnung von Einkünften zu den betrieblichen bzw den außerbetrieblichen Einkunftsarten bzw für die Unterscheidung zwischen steuerpflichtigem Gewerbebetrieb und steuerfreier Privatsphäre, wenn die vermögensverwaltende Tätigkeit nicht unter eine der Einkunftsarten des EStG subsumiert werden kann. Mit dieser Zuordnung gehen einerseits zahlreiche für alle Einkunftsarten bedeutende Auswirkungen einher, andererseits gibt es für einzelne Einkunftsarten auch spezielle Auswirkungen und Begünstigungen, die nur im außerbetrieblichen bzw im betrieblichen Bereich Geltung haben. Im Fall von Spekulationseinkünften wird überhaupt zwischen Steuerpflicht und Steuerfreiheit unterschieden. Die Einkommensteuerrichtlinien nennen hiezu insbesondere Wertpapier- bzw Darlehensgeschäfte, Vermietung und Verpachtung von Vermögen und Grundstücksveräußerungen. Die Richtlinien sprechen in diesem Zusammenhang von einer in jedem Fall vorzunehmenden Einzelfallentscheidung. Dies wird insbesondere an der umfassenden Judikatur des VwGH deutlich, welche sich auf ähnliche Sachverhalte mit der gleichen Streitfrage umlegen lässt.⁴

Für diese Arbeit sollen insbesondere die Abgrenzung zwischen der Verwaltung von Kapitalvermögen und gewerblichem Wertpapierhandel, die Abgrenzung zwischen privaten Grundstücksveräußerungen und gewerblichem Grundstückshandel und die Einordnung von Tätigkeiten im Zusammenhang mit Kryptowährungen beleuchtet werden.

¹ Budgetbegleitgesetz 2011 BGBl I 2010/11.

² 1. Stabilitätsgesetz 2012 BGBl I 2012/22.

³ *Kirchmayr/Bodis/Hammerl* in *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I¹² (2019) Rz 153.

⁴ EStR 2000 Rz 5418 ff.

Es sollen zunächst die einzelnen Einkunftsarten überblicksmäßig vorgestellt werden, wobei besonderer Wert auf die später relevanten Einkunftsarten und deren Besonderheiten gelegt wird. Als nächster Hauptteil sollen die allgemeinen Kriterien zur Einordnung als Einkünfte aus Gewerbebetrieb abstrakt dargestellt und auf die allgemeingültigen Auswirkungen einer Einordnung als Gewerbebetrieb eingegangen werden.

Dem letzten Kriterium für die Einstufung einer Tätigkeit als gewerblich, nämlich dem Umstand, dass diese über die reine Vermögensverwaltung hinausgeht, soll besonderes Augenmerk gewidmet werden. In diesem Zuge sollen auch allgemeine Abgrenzungsfragen und Probleme im Zusammenhang mit den zuvor genannten Kriterien für einen Gewerbebetrieb, auf welche im folgenden Kapitel verwiesen werden soll, abstrakt behandelt werden.

In den folgenden Kapiteln, welche auch den Hauptteil der Arbeit darstellen, werden die Spezialfälle Grundstückshandel und Wertpapierhandel erläutert. Dazu gehört eine genaue Beschreibung, Charakterisierung und, aufbauend auf die der Arbeit vorangehenden Erläuterungen, samt entsprechender Judikatur eine Abgrenzung der Zuordnung der einzelnen Spezialfälle, und soweit möglich, die Behandlung spezieller Abgrenzungskriterien. Abgeschlossen werden die Erörterungen der Spezialfälle mit der Erläuterung der Auswirkungen der Zuordnung zum betrieblichen oder außerbetrieblichen Bereich.

Darauffolgend soll anhand der entsprechenden Literatur die Zuordnung des Themenkomplex Kryptowährungen erläutert werden. Dabei soll auch auf die technischen Grundlagen von Kryptowährungen, deren rechtliche Einordnung und Übertragbarkeit, und deren Anwendungsmöglichkeiten zur Vermögensvermehrung eingegangen werden. Dabei soll die unterschiedliche Behandlung der einzelnen Lebensschritte einer Kryptowährung – vom sog „mining“ bis zum „trading“ – beschrieben und auf ihre Qualifikation als Vermögensverwaltung oder Gewerbebetrieb untersucht werden. Besonderes Augenmerk gilt dabei dem Handel mit Kryptowährungen, welcher mit den anderen Spezialfällen verglichen werden soll, um eine Einordnung vornehmen zu können.

Zuletzt werden die von Literatur und Judikatur ausformulierten Kriterien zum Wertpapier- und Grundstückshandel zusammengefasst, um einerseits einen Kriterienkatalog als Entscheidungshilfe zu entwickeln und andererseits nicht generell anwendbare Spezialkriterien aufzuzeigen. Weiters soll ausgehend von der Kryptowährungsthematik und dem Wertpapierhandel eine kritische Würdigung der Kriterien im Lichte moderner Technologien erfolgen.

Um die leichte Lesbarkeit dieser Arbeit gewährleisten zu können, werden anstatt geschlechtsneutraler Bezeichnungen, die in Österreich üblichen Ausdrücke in der männlichen Form oder die Begriffe aus den entsprechenden Rechtsnormen verwendet. Dies soll keine Diskriminierung anderer Geschlechter darstellen.

2 Überblick über die Einkunftsarten

Das österreichische Einkommensteuergesetz⁵ kennt gem § 2 Abs 3 sieben Einkunftsarten. Dem Regime des EStG unterliegen nur jene Einkunftsquellen, die unter eine der sieben Einkunftsarten subsumierbar sind. Daher sind Vermögensvermehrungen, die nicht unter eine der Einkunftsarten subsumierbar sind, nicht steuerbar.⁶ Die Einkunftsarten werden zum einen nach der Art der Einkünfteermittlung in betriebliche und außerbetriebliche Einkunftsarten, und zum anderen nach der Vorrangigkeit untereinander in Haupt- und Nebeneinkünfte unterteilt.⁷ Dementsprechend genießen die Haupteinkunftsarten, zu denen neben den betrieblichen Einkunftsarten auch Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit zählen, Vorrang gegenüber den Nebeneinkünften.⁸ Mit der Zuordnung zu den einzelnen Einkunftsarten sind mitunter erhebliche Rechtsfolgen, auf die im Verlauf dieser Arbeit noch eingegangen werden soll, verbunden. Trotz der von der Politik immer wieder geforderten bzw teilweise auch in Regierungsprogrammen propagierten Vereinfachung des Steuerrechts und der damit einhergehenden Zusammenfassung einzelner Einkunftsarten, sieht es derzeit nicht danach aus, dass sich daran in naher Zukunft etwas ändern wird. Zudem stellt sich die Frage inwieweit eine solche Vereinfachung zufolge der komplexen Lebensrealitäten unserer Gesellschaft tatsächlich von Erfolg gekrönt wäre. Dies näher zu beleuchten, ist allerdings nicht Gegenstand dieser Arbeit.

2.1 Betriebliche Einkunftsarten

Zu den betrieblichen Einkunftsarten zählen die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, aus selbständiger Arbeit und Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Den betrieblichen Einkunftsarten gemeinsam ist die Gewinnermittlung gem §§ 4 bis 14 EStG, entweder durch Betriebsvermögensvergleich oder Einnahmen-Ausgabenrechnung und die steuerliche Erfassung von Wertänderungen des zur Einkünfteerzielung genutzten Wirtschaftsguts. Das Ergebnis wird je nachdem, ob es positiv oder negativ ist, als Gewinn oder Verlust bezeichnet.⁹ Für diese Arbeit relevant sind insbesondere die Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Die anderen beiden betrieblichen Einkunftsarten werden aufgrund fehlender Relevanz ausgespart.

Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb gem § 23 EStG bilden innerhalb der betrieblichen Einkunftsarten die Restgröße, was bedeutet, dass Einkünfte aus Gewerbebetrieb nur vorliegen,

⁵ Einkommensteuergesetz 1988 BGBl 400/1988 idF BGBl I 54/2020.

⁶ Jakom/Laudacher, EStG, 2020, § 2 Rz 114; *Toifl* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 2 Rz 6.

⁷ *Kirchmayr/Bodis/Hammerl* in *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I¹² Rz 42; Jakom/Laudacher, EStG, 2020, § 2 Rz 115.

⁸ Jakom/Laudacher, EStG, 2020, § 2 Rz 105; *Toifl* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 2 Rz 11.

⁹ Jakom/Laudacher, EStG, 2020, § 2 Rz 115; *Wiesner* in *Wiesner/Grabner/Knecht/Wanke*, EStG § 2 Rz 33.

sofern nicht Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft oder aus selbständiger Arbeit vorliegen, die grundsätzlich Vorrang gegenüber dem Gewerbebetrieb genießen. Zusätzlich müssen wiederum die Kriterien eines Betriebs vorliegen. Diese sind Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnabsicht und die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr.¹⁰ Gegenüber den außerbetrieblichen Einkunftsarten grenzt sich der Gewerbebetrieb derart ab, als ein Gewerbebetrieb nur vorliegt, sofern die Tätigkeit über die reine Verwaltung eigenen Vermögens hinausgeht.¹¹

2.2 Steuerliche Eigenheiten eines Gewerbebetriebs

Neben der Ermittlung der Einkünfte durch Gewinnermittlung anstatt durch Überschussrechnung bringt die Einordnung einer Tätigkeit als Gewerbebetrieb weitere Auswirkungen mit sich.

2.2.1 Gewinnermittlung

Die Gewinnermittlung erfolgt bei einem Gewerbebetrieb grundsätzlich als Einnahmen- Ausgaben-Rechnung nach § 4 Abs 3 EStG oder bei freiwilliger Buchführung durch Vermögensvergleich gem § 4 Abs 1 EStG. Übersteigen die Umsätze die Umsatzgrenze des § 189 UGB¹², liegt Rechnungslegungspflicht nach UGB vor und es ist zwingend ein Vermögensvergleich nach § 5 EStG vorzunehmen. Weiters ist in gewissen Fällen eine Pauschalierung möglich.¹³ Da für die in dieser Arbeit thematisierten Fallgruppen in der Regel nur die Einnahmen- Ausgaben-Rechnung und der freiwillige Vermögensvergleich relevant sind, soll nur auf diese Gewinnermittlungsarten eingegangen werden.

Beim Betriebsvermögensvergleich wird der Vermögensstand zu zwei in der Regel ein Jahr auseinanderliegenden Stichtagen verglichen. Zum Betriebsvermögen gehören einerseits das Anlage- und Umlaufvermögen als Aktiva und andererseits das Eigenkapital und Fremdkapital als Passiva. Es werden daher auch Forderungen und Verbindlichkeiten periodengerecht berücksichtigt. Damit sämtliche Einnahmen bzw Ausgaben periodengerecht berücksichtigt werden können, sind auch der Ansatz von Rechnungsabgrenzungsposten und Rückstellungen vorgesehen. Das Anlagevermögen muss auf die gewöhnliche Nutzungsdauer verteilt abgeschrieben werden.¹⁴

¹⁰ Nähere Erläuterungen dazu in Kapitel 3.

¹¹ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 1; Doralt/Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 6.

¹² Unternehmensgesetzbuch – UGB dRGBI S 219/1897 idF BGBI I 63/2019.

¹³ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 4 Rz 22; Zorn in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 4 EStG Rz 4.

¹⁴ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 4 Rz 66 ff.

Die Einnahmen- Ausgaben-Rechnung ist deshalb eine vereinfachte Gewinnermittlungsart, weil ihr kein Betriebsvermögensvergleich zugrunde liegt. Einnahmen und Ausgaben werden mit geringfügigen Ausnahmen entsprechend dem Zeitpunkt ihres Zuflusses bzw Abflusses berücksichtigt. Für das Anlagevermögen gilt bei der Einnahmen- Ausgaben- Rechnung das- selbe wie für den Betriebsvermögensvergleich.¹⁵

2.2.2 Ansatz des Umlaufvermögens

Während sich der Kauf von Umlaufvermögen beim Betriebsvermögensvergleich erst bei der Veräußerung bzw gegebenenfalls im Rahmen einer Teilwertabschreibung steuerlich auswirkt, gilt der Zukauf von Umlaufvermögen bei der Einnahmen- Ausgaben-Rechnung im Zeitpunkt des Zahlungsflusses als Betriebsausgabe. Eine Teilwertabschreibung ist im Fall der Einnah- men- Ausgaben-Rechnung nicht möglich.¹⁶ Eine Ausnahme vom Abflussprinzip bei der An- schaffung von Umlaufvermögen besteht lediglich im Zusammenhang mit Grundstücken iSd § 30 EStG und gewissen Edelmetallen. Bei diesen sind die Anschaffungs- oder Herstellungs- kosten erst bei der Veräußerung als Betriebsausgabe anzusetzen.¹⁷

2.2.3 Verlustabzug (Verlustvortrag)

Im Rahmen der betrieblichen Einkunftsarten steht Steuerpflichtigen der Verlustabzug als Sonderausgabe zu. Im Zuge dessen werden Verluste, die aus vergangenen Jahren resultieren, im Rahmen der Veranlagung berücksichtigt. Daher wird der Verlustabzug auch Verlustvor- trag genannt. Der Verlustabzug ist zwingend und im ehest und höchst möglichen Ausmaß zu berücksichtigen. Wird der Verlustabzug in einem Jahr trotz vorhandener Möglichkeit nicht in Anspruch genommen, verfällt er. Zwar können nur Verluste aus einer betrieblichen Tätigkeit vorgetragen werden, diese können allerdings in den Folgejahren auch mit außerbetrieblichen Einkunftsarten verrechnet werden. Voraussetzung für den Verlustvortrag ist, dass sich der Verlust aus einer ordnungsmäßigen Buchführung bzw Einnahmen- Ausgaben-Rechnung ergibt und überprüfbar ist. Der Verlustabzug ist ein persönliches Recht, das auf einen Rechts- nachfolger nur übergeht, wenn die Rechtsnachfolge unentgeltlich von Todes wegen erfolgt und der verlusterzeugende Betrieb zu Buchwerten übernommen wird.¹⁸

Im Gegensatz zum deutschen Einkommensteuergesetz kennt das österreichische EStG grund- sätzlich keinen Verlustrücktrag. Im Zuge der Covid-19-Krise wurde allerdings für die Veran-

¹⁵ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 4 Rz 236 ff; Zorn in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 4 EStG Rz 179.

¹⁶ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 4 Rz 244; Zorn in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 4 EStG Rz 179.

¹⁷ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 4 Rz 245; Zorn in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 4 EStG Rz 180.

¹⁸ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 18 Rz 166 ff; EStR 2000 Rz 4502 ff.

lagung 2020 die Möglichkeit geschaffen, Verluste bis zu einer Höhe von 5 Millionen Euro auf das Jahr 2019 und unter besonderen Voraussetzungen sogar auf das Jahr 2018 rückzutragen. Um in der Krise kurzfristig Unternehmen mit Liquidität zu versorgen, ist in dem entsprechenden Gesetz auch eine Verordnungsermächtigung vorgesehen, wonach ein etwaiger Verlustrücktrag bereits vor der Veranlagung 2020 Berücksichtigung finden kann. Dabei handelt es sich um die pauschale Berücksichtigung eines Prozentanteils des voraussichtlichen Gewinnes. Uneingeschränkt wird dies aber nur für das Jahr 2019 möglich sein.¹⁹

2.3 Außerbetriebliche Einkunftsarten

Zu den außerbetrieblichen Einkunftsarten gehören die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, aus Kapitalvermögen, aus Vermietung und Verpachtung und die sonstigen Einkünfte. Den außerbetrieblichen Einkünften gemeinsam ist ihre Ermittlung mittels Überschussrechnung der Einnahmen über die Werbungskosten gem §§ 15 und 16 EStG.²⁰ Die Veräußerung der Einkunftsquelle ist lediglich dann steuerbar, wenn das Gesetz dies vorsieht. Dies ist der Fall bei Einkünften aus realisierten Wertsteigerungen, bei der Veräußerung von Derivaten, der Veräußerung von Miet- und Pachtzinsforderungen, Veräußerungen gegen wiederkehrende Bezüge oder Renten, privaten Grundstücksveräußerungen und Spekulationsgeschäften.²¹ Für diese Arbeit sind lediglich die Einkünfte aus Kapitalvermögen und die sonstigen Einkünfte relevant.

Bei der Überschussrechnung werden die Einnahmen den Werbungskosten gegenübergestellt. Zu den Einnahmen zählt der tatsächliche Zufluss von Geld, sowie der Zufluss von geldwerten Vorteilen. Die Einnahmen werden wie bei der Einnahmen- Ausgaben-Rechnung im Zeitpunkt ihres Zuflusses steuerwirksam.²² Der Begriff der Werbungskosten ist mit dem der Betriebsausgaben weitgehend insofern deckungsgleich, als beide durch die Einkünfteerzielung veranlasst sein müssen. Allerdings ist bei den Werbungskosten der Ansatz von Ausgaben für den Erwerb der Einkunftsquelle und von Wertminderungen nur erlaubt, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist.²³ Daneben bestehen bei einzelnen Einkunftsarten Werbungskostenabzugsverbote, wenn ein besonderer Steuersatz zur Anwendung kommen könnte.²⁴

¹⁹ *Mayr*, Beschleunigter Verlustrücktrag für raschen Liquiditätseffekt, RdW 2020/351.

²⁰ *Jakom/Laudacher*, EStG, 2020, § 2 Rz 108.

²¹ *Jakom/Lenneis*, EStG, 2020, § 15 Rz 1 f.

²² *Kirchmayr/Bodis/Hammerl* in *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I¹² Rz 481.

²³ *Jakom/Lenneis*, EStG, 2020 § 16 Rz 2 f; *Zorn/Stanek* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²⁰ § 16 Rz 5.

²⁴ *Kirchmayr/Bodis/Hammerl* in *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I¹² Rz 490.

2.3.1 Einkünfte aus Kapitalvermögen

Unter Einkünften aus Kapitalvermögen sind gem § 27 EStG Einkünfte aus der Überlassung von Kapital, aus realisierten Wertsteigerungen, und aus Derivaten zu verstehen. Zu den Einkünften aus der Überlassung von Kapital gehören hauptsächlich Beteiligungserträge, Zinsen und die Gewinnanteile von echten stillen Gesellschaften.²⁵ Unter Zinsen sind alle Vergütungen für die Überlassung zum Gebrauch von Geld- oder Sachkapital zu verstehen. In der Regel wird der Zinsatbestand an das Bestehen einer Kapitalforderung geknüpft. Unerheblich ist dabei, in welcher Höhe und in welchem Abstand die Zinsen entrichtet werden.²⁶ Daneben zählen dazu die in § 27 Abs 5 EStG genannten Nebentatbestände, wie besondere Zuwendungen, die neben oder anstatt der in § 27 Abs 2 genannten Erträge gewährt werden, die vom Abzugsverpflichteten oder Dritten übernommene KESt, Unterschiedsbeträge zwischen der eingezahlten Prämie und der Leistung bei bestimmten im Gesetz genannten Versicherungsverträgen, Ausgleichszahlungen und Leihgebühren bei einer Verleihung von Wertpapieren oder Pensionsgeschäften und Zuwendungen von inländischen Privatstiftungen bzw vergleichbaren ausländischen Stiftungen.²⁷ Als Bemessungsgrundlage dienen hierbei die bezogenen Kapitalerträge.²⁸

Mit Wirkung 1. April 2012 wurde die Besteuerung von Kapitalvermögen neu geregelt. Insbesondere erfolgten die Abkehr von der Steuerfreiheit von Substanzgewinnen im Privatvermögen und die Einführung des besonderen Steuersatzes. Vermögen des sog Altbestands, welches abhängig von der Art des Wirtschaftsgutes bis zu einem gewissen Stichtag angeschafft worden war, verblieb im alten Besteuerungssystem. Besitzt ein Steuerpflichtiger Alt- und Neuvermögen, ist zwischen diesen zu differenzieren.²⁹

Zu den Einkünften aus realisierten Wertsteigerungen gehören die Erlöse aus der Realisierung von Wirtschaftsgütern, deren Erträge zu Einkünften gem § 27 Abs 2 EStG führen, unabhängig davon ob es je zu einer Besteuerung solcher Erträge gekommen ist.³⁰ Zur Realisierung zählen neben der tatsächlichen Realisierung, also dem Verkauf des Wirtschaftsguts auch fingierte Realisierungen, wie der Wegzug, wenn es dabei zu einer Einschränkung des Besteuerungs-

²⁵ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 3; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27 Rz 1.

²⁶ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 57; EStR 2000 Rz 6121; Mühlechner in Hofstätter/Reichel (Hrsg), EStG⁵⁹ § 27 Abs 2 EStG Rz 23.

²⁷ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 241.

²⁸ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 21.

²⁹ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 1 f; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27 Rz 1 f.

³⁰ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 127; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27 Rz 143.

rechts Österreichs kommt, weiters die Entnahme oder Übertragung aus dem Depot und die Liquidation von Kapitalgesellschaften. Bemessungsgrundlage ist der Unterschiedsbetrag zwischen den Anschaffungskosten einerseits und im Fall der tatsächlichen Realisierung des Verkaufserlöses bzw im Fall der fingierten Realisierung des gemeinen Werts und im Fall der Liquidation des Abwicklungsguthabens andererseits. Bei der Ermittlung der Anschaffungskosten haben die Anschaffungsnebenkosten im außerbetrieblichen Bereich außer Ansatz zu bleiben.³¹ Aus Sicht des BMF zählt auch die Veräußerung von zinstragend veranlagten Kryptowährungen zu den Einkünften aus realisierten Wertsteigerungen.³²

Zuletzt zählen zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch die Einkünfte aus Derivaten. Unter Derivaten sind Termingeschäfte und sonstige derivative Finanzinstrumente zu verstehen, die in der Zukunft fällig werden und denen ein Basiswert, auch genannt „underlying“, zugrunde liegt. Der Basiswert kann neben Finanzvermögen auch andere Wirtschaftsgüter wie Rohstoffe, Währungen o.Ä darstellen, unabhängig davon, ob diese der Besteuerung nach § 27 EStG oder einer anderen Einkunftsart unterliegen. Zu den Derivaten zählen alle Arten von Termingeschäften, egal ob bedingt oder unbedingt, standardisiert gehandelt oder nicht, verbrieft oder unverbrieft.³³ Allerdings kommt der besondere Steuersatz gem § 27a EStG nur für verbrieft Derivate zur Anwendung.³⁴ Das Gesetz führt als sonstige derivative Finanzinstrumenten ausdrücklich auch Indexzertifikate an. Dabei handelt es sich um Finanzinstrumente, deren Erträge von der Entwicklung des zugrundeliegenden Index abhängen.³⁵ § 27 Abs 4 EStG führt zu den Formen der Erträge abschließend den Differenzausgleich, die Stillhalterprämie und die Einkünfte aus der Veräußerung oder aus der sonstigen Abwicklung von Derivaten an.³⁶ Einkünfte aus diesen vier Tatbeständen liegen somit nur vor, wenn der Basiswert nicht tatsächlich geliefert wird. Kommt es zur tatsächlichen Lieferung ist die Steuerpflicht anhand des jeweiligen Wirtschaftsguts zu beurteilen. Wenn es sich bei dem Basiswert nicht um Kapitalvermögen handelt, ist die Steuerpflicht gegebenenfalls nach § 30 EStG zu beurteilen.³⁷ Der Differenzausgleich ist der Unterschiedsbetrag, zwischen dem aktuellen Kurswert

³¹ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 22 ff.

³² EStR 2000 Rz 6143, 6201; Salzburger Steuerdialog 2014, Erlass des BMF vom 03.10.2014, BMF-010203/0312-VI/6/2014; ablehnend Wimmer, Grundsatzaspekte der ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Kryptowährungen in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg), Kryptowährungen (2019) 211 f.

³³ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 186; *Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG¹⁹ § 27 Rz 162 f.

³⁴ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 188; *Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 27a Rz 65.

³⁵ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 214; *Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 27 Rz 178.

³⁶ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 191 ff; *Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 27 Rz 181 ff.

³⁷ *Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG¹⁹ § 27 Rz 169; EStR 2000 Rz 6174a.

des Basiswerts und dem Preis, den der Ausübende einer Option aufgrund der Option zu zahlen hätte, abzüglich der Anschaffungskosten für die Option. Bei der Gewährung eines Differenzausgleichs wird der Basiswert, wie bereits erwähnt, also nicht tatsächlich geliefert, sondern nur die Zahlung des Differenzausgleichs vereinbart.³⁸ Die Besteuerung der Stillhalterprämie entspricht dem umgekehrten Fall eines Differenzausgleichs. Der Verkäufer einer Option erhält für die Einräumung der Option eine Stillhalterprämie. Der Verkäufer macht mit der Stillhalterprämie in jenen Fällen einen Gewinn, in denen der Optionsberechtigte auf die Ausübung derselben verzichtet, oder es aufgrund der Wertentwicklung des Basiswerts zu keiner oder einer zu geringen Zahlung eines Differenzausgleichs kommt. Kommt es zur Lieferung des Basiswerts, wird die Stillhalterprämie bei den Anschaffungskosten zum Zeitpunkt der Realisierung berücksichtigt, sofern die Veräußerung steuerpflichtig ist.³⁹ Der Gewinn bzw. Verlust aus der Veräußerung eines Derivats errechnet sich aus dem Unterschiedsbetrag zwischen dem Erlös und den Anschaffungskosten.⁴⁰ Zur sonstigen Abwicklung nennt § 27a Abs 3 Z 3 lit c EStG insbesondere die Glattstellung. Die Glattstellung dient der Realisierung der bisherigen Wertsteigerung durch das Abschließen eines gegenläufigen Geschäfts. In diesem Fall wird wiederum der Unterschiedsbetrag zwischen dem Erlös aus der Einräumung des gegenläufigen Geschäfts und der, aus dem ersten Geschäft gewährten, Stillhalterprämie besteuert.⁴¹ Auch bei Derivaten ist zwischen Altbestand und Neubestand zu unterscheiden, weil diese bis 2012 zu den Einkünften aus Spekulation zählten, wenn sie innerhalb eines Jahres verkauft wurden und, unter diesen Umständen, unter den progressiven Steuersatz fielen. Da Derivate idR eher kurzfristig ausgestaltet sind, hat diese Unterscheidung allerdings mit fortschreitender Zeit weniger Relevanz.⁴²

Neben der Besteuerung mit dem besonderen Steuersatz von 27,5% bzw 25% für Einlagen bei Kreditinstituten und der Ermittlung der Bemessungsgrundlage und der Anschaffungskosten, regelt § 27a EStG weiters die Ausnahmen von der Besteuerung mit dem besonderen Steuersatz und die Gleichstellung von Einkünften aus Kapitalvermögen im betrieblichen Bereich.⁴³ Die Erhebung der Steuer erfolgt entweder durch Abzug der Kapitalertragsteuer (=KESt) oder

³⁸ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 191; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27 Rz 182.

³⁹ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 192; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27 Rz 183.

⁴⁰ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 194; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27 Rz 184 f.

⁴¹ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 195; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27 Rz 184 f.

⁴² Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 183; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁶ § 27 Rz 162.

⁴³ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 1; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27a Rz 21.

durch Veranlagung. Die Besteuerung durch Abzug der KEST erfolgt über die depotführende Stelle durch Einbehalt. Ist dies nicht möglich, etwa weil es sich um eine ausländische depotführende Stelle handelt, hat gem § 41 Abs 1 Z 9 EStG verpflichtend eine Veranlagung zum besonderen Steuersatz zu erfolgen.⁴⁴

Bei der Ermittlung der Einkünfte und der Anwendung des besonderen Steuersatzes bleiben Werbungskosten, wie Transaktions- oder Depotgebühren, aufgrund des Abzugsverbots gem § 20 Abs 2 EStG außer Ansatz. Das Abzugsverbot kann auch nicht durch einen Regelbesteuerungsantrag ausgehebelt werden.⁴⁵ Sofern der besondere Steuersatz, unabhängig ob durch Abzug oder Veranlagung, zur Anwendung gelangt ist, tritt für diese Einkünfte Abgeltungswirkung ein. Das bedeutet, dass diese für die Besteuerung aller anderen Einkünfte unberücksichtigt bleiben.⁴⁶ Ausgenommen von der Besteuerung mit dem besonderen Steuersatz sind Einkünfte aus Darlehen oder Forderungen, die nicht über eine Bank abgewickelt werden, wozu beispielsweise Privatdarlehen zählen, Einkünfte aus Wertpapieren, die ein Forderungsrecht verbriefen oder aus Immobilien-Investmentfonds, soweit diese nicht einem öffentlichen Adressatenkreis zugänglich sind, Einkünfte aus stillen Gesellschaften, Diskontbeiträge von Wechseln und Anweisungen, Ausgleichszahlungen und Leihgebühren, die nicht von Kreditinstituten gewährt werden, Versicherungsleistungen und nicht verbrieft Derivate. Unverbrieft Derivate unterliegen allerdings dann dem besonderen Steuersatz, wenn diese in ein Depot eingelegt werden können und die depotführende Stelle freiwillig einen KEST-Abzug vornimmt.⁴⁷ Sowohl die Früchte, als auch Substanzgewinne sind von der Ausnahme erfasst. Im Rahmen der Ausnahmen können bei der Ermittlung der Einkünfte Werbungskosten in Ansatz gebracht werden.⁴⁸

§ 27a Abs 5 EStG eröffnet dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit einen Regelbesteuerungsantrag zu stellen. Aufgrund eines solchen Antrags werden sämtliche dem besonderen Steuersatz unterliegende Einkünfte aus Kapitalvermögen der progressiven Besteuerung unterworfen, wobei die bereits entrichtete KEST angerechnet wird. Damit einhergehend erfolgt auch der Verlustausgleich nach den Bestimmungen des § 27 Abs 8 EStG, soweit dieser nicht bereits durch die depotführende Stelle vorgenommen wurde. Die Verlustausgleichsbeschränkung

⁴⁴ Jakom/Marschner, EStG, 2020 § 27a Rz 4.

⁴⁵ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 5; siehe dazu im Vergleich die Möglichkeit des Werbungskostenabzugs im Rahmen einer Regelbesteuerung bei privaten Grundstücksveräußerungen.

⁴⁶ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 6.

⁴⁷ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 11 ff; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27a Rz 21 ff.

⁴⁸ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 11; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27a Rz 21.

wird allerdings nicht aufgehoben.⁴⁹ Daneben steht dem Steuerpflichtigen auch noch die Verlustausgleichsoption gem § 97 Abs 2 EStG im Rahmen der Veranlagung offen, mittels welchem der Verlustausgleich gem § 27 Abs 8 und die Anrechnung ausländischer Quellensteuer vorgenommen werden kann. Bei dieser Option wird die Besteuerung mit dem besonderen Steuersatz beibehalten.⁵⁰

2.3.2 Sonstige Einkünfte

Zu den sonstigen Einkünften zählen Einkünfte aus wiederkehrenden Bezügen, aus privaten Grundstückveräußerungen, aus Spekulationsgeschäften, aus Leistungen und Funktionsgebühren.⁵¹ Für diese Arbeit relevant sind die Einkünfte aus privaten Grundstücksveräußerungen, aus Spekulationsgeschäften und aus Leistungen.

2.3.2.1 Einkünfte aus privaten Grundstücksveräußerungen

Wie die Überschrift bereits aussagt, handelt es sich bei Einkünften aus privaten Grundstücksveräußerungen gem § 30 EStG um die Erlöse aus Veräußerungsvorgängen von Grundstücken, die nicht dem Betriebsvermögen zuzuordnen sind. Zu dem Begriff Grundstück zählen unbebaute und bebaute Grundstücke, Superädifikate und grundstücksgleiche Rechte. Wirtschaftsgüter, die zwar steuerlich als selbständig betrachtet werden, jedoch nicht getrennt von Grund und Boden übertragen werden können, zählen ebenso zum Grundstücksbegriff. Unter grundstücksgleichen Rechten sind Rechte zu verstehen, die den Vorschriften des Zivilrechts für Grundstücke unterliegen. Dazu zählen insbesondere Baurechte, Fischereirechte an fremden Gewässern und Bergwerksberechtigungen.⁵² Voraussetzung für die Steuerbarkeit ist die Entgeltlichkeit des Veräußerungsvorgangs, somit fallen beispielsweise Schenkungen nicht unter § 30 EStG.⁵³

Die wichtigsten Ausnahmen von der Besteuerung sind die Hauptwohnsitzbefreiung und die Herstellerbefreiung. Die Hauptwohnsitzbefreiung greift bei der Veräußerung eines Eigenheims oder einer Eigentumswohnung gem § 18 Abs 1 Z 3 lit b EStG und kennt zwei Sachverhalte: Entweder muss der Veräußerer ab der Anschaffung oder Herstellung mindestens zwei Jahre das Objekt als Hauptwohnsitz genutzt haben oder innerhalb einer zehnjährigen Frist

⁴⁹ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 46 f; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 27a Rz 180 f.

⁵⁰ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 97 Rz 18.

⁵¹ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 29 Rz 1.

⁵² Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 11f; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁷ § 30 Rz 52 f.

⁵³ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 17; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 12.

mindestens fünf Jahre. In jedem Fall muss die Veräußerung mit der Aufgabe des Hauptwohnsitzes einhergehen.⁵⁴ Ein Gebäude ist als Eigenheim einzustufen, wenn es sich um ein Wohnhaus mit höchstens zwei Wohnungen handelt, und wenn mindestens zwei Drittel der gesamten Nutzfläche Wohnzwecken dienen. Eigentumswohnungen sind Wohnungen, an denen Wohnungseigentum iSd WEG⁵⁵ begründet wurde. Diese müssen wiederum zu mindestens zwei Dritteln Wohnzwecken dienen. Dient ein Eigenheim oder eine Eigentumswohnung zu weniger als zwei Dritteln Wohnzwecken, so steht die Befreiung nicht zu. Innerhalb des zulässigen, nicht Wohnzwecken dienenden Drittels ist dieser Anteil nicht von der Befreiung umfasst.⁵⁶ Für die Aufgabe des Hauptwohnsitzes ist die Bestimmung des Wohnsitzes nach § 26 Abs 1 BAO⁵⁷, also die tatsächlichen Umstände relevant.⁵⁸ Beim ersten Tatbestand muss der Hauptwohnsitz direkt nach Anschaffung bzw Herstellung begründet werden, wobei etwaige Instandsetzungsarbeiten berücksichtigt werden können. Allgemein ist eine Toleranzfrist von höchstens zwölf Monaten ab Anschaffung befreiungsschädlich. Ebenso besteht eine Toleranzfrist von zwölf Monaten für die Aufgabe des Hauptwohnsitzes vor und nach dem Veräußerungszeitpunkt. Der Hauptwohnsitz muss aber jedenfalls mindestens zwei Jahre durchgehend bestehen.⁵⁹ Der zweite Tatbestand greift, wenn innerhalb der letzten zehn Jahre vor Veräußerung das Eigenheim bzw die Eigentumswohnung mindesten fünf Jahre durchgehend als Hauptwohnsitz genutzt wurde.⁶⁰

Die Herstellerbefreiung begünstigt Veräußerer, die ein Gebäude entweder selbst gebaut oder unter Tragung des Risikos bauen haben lassen und dieses innerhalb der letzten zehn Jahre nicht zur Erzielung von Einkünften genutzt haben. Anders als bei der Hauptwohnsitzbefreiung, ist bei der Herstellerbefreiung lediglich das Gebäude und nicht auch der Grund und Boden begünstigt.⁶¹ Laut den Richtlinien genießt die Hauptwohnsitzbefreiung Vorrang gegenüber der Herstellerbefreiung.⁶²

⁵⁴ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 26; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 130.

⁵⁵ Wohnungseigentumsgesetz 2002 BGBl I 70/2002 idF BGBl I 58/2018.

⁵⁶ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 27; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 131 ff; EStR 2000 Rz 6633.

⁵⁷ Bundesabgabenordnung BGBl 194/1961 idF BGBl I 44/2020.

⁵⁸ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 28.

⁵⁹ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 29 f; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 154 f.

⁶⁰ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 32; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 162.

⁶¹ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 36 ff; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 165.

⁶² EStR 2000 Rz 6634.

Zu den weiteren, für diese Arbeit nicht beachtlichen Ausnahmen zählen Veräußerungen aufgrund eines behördlichen Eingriffs und aufgrund von Zusammenlegungs- oder Flurbereinigerungsverfahren.

Für die Ermittlung der Einkünfte ist aufgrund der 2012 erfolgten Gesetzesänderung zwischen Altvermögen und Neuvermögen zu unterscheiden. Zum Altvermögen zählen Grundstücke, die vor dem 1. April 2012 angeschafft wurden und am 31. März 2012 nicht steuerverfangen waren. Nicht steuerverfangen waren Grundstücke für die, die Spekulationsfrist gem § 30 EStG aF bereits abgelaufen war. Alle anderen Grundstücke gelten als Neuvermögen.⁶³ Bei Neuvermögen ergibt sich der Überschuss aus dem Unterschiedsbetrag zwischen Veräußerungserlös und Anschaffungskosten inklusive Nebenkosten, wobei nachträgliche Anschaffungs- und Herstellungskosten, sofern sie nicht schon bei der Ermittlung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt wurden, zu den Anschaffungskosten hinzuzurechnen und etwaige angesetzte Abschreibungen abzuziehen sind.⁶⁴ Bei Altvermögen sind die Anschaffungskosten pauschal mit 86% des Veräußerungserlöses bzw mit 40%, wenn eine Umwidmung nach dem 31. Dezember 1987 stattgefunden hat, zu berücksichtigen.⁶⁵ Zu dem Unterschiedsbetrag zwischen den pauschalen Anschaffungskosten und dem Veräußerungserlös sind weiters die Hälfte der gem § 28 Abs 3 angesetzten Abschreibungsbeträge hinzuzurechnen, soweit sie innerhalb von fünfzehn Jahren vor der Veräußerung geltend gemacht wurden. Dies kann unterbleiben, wenn gem § 30 Abs 5 zur Regeleinkünfteermittlung optiert wird. In diesem Fall entfällt der pauschale Ansatz der Anschaffungskosten, und die tatsächlichen Anschaffungskosten können in Ansatz gebracht werden.⁶⁶

Gem § 30 Abs 7 EStG ist ein allfälliger Verlust aus privaten Grundstückveräußerungen, die dem besonderen Steuersatz unterliegen, innerhalb eines Jahres auf 60% zu kürzen und auf fünfzehn Jahre abzuschreiben und mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gem § 28 Abs 1 Z 1 und 4 zu verrechnen. Auf Antrag kann dieser gekürzte Verlust auch zur Gänze im Verlustentstehungsjahr mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ausgeglichen werden. Ein verbleibender Verlustüberhang könnte in diesem Fall allerdings nicht vorgetra-

⁶³ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 47; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 1 ff.

⁶⁴ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 48; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 218.

⁶⁵ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 71 f; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 261.

⁶⁶ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 81; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 287 ff.

gen werden. Diese Regelungen zum Verlustausgleich gelten auch bei Inanspruchnahme der Regelbesteuerungsoption gem § 30a Abs 2 EStG.⁶⁷

Ähnlich der Besteuerung von Kapitalvermögen werden private Grundstücksveräußerungen mit einem besonderen Steuersatz von 30% besteuert. Die dem besonderen Steuersatz unterliegenden Einkünfte wirken nicht progressionserhöhend, es dürfen allerdings auch keine Werbungskosten abgezogen werden.⁶⁸ Alternativ dazu kann die Regelbesteuerungsoption ausgeübt werden. In diesem Fall unterliegen private Grundstücksveräußerungen der progressiven Einkommensteuer. Vorteile der Regelbesteuerung sind die Abzugfähigkeit von Werbungskosten und die Möglichkeit von vorteilhaften Auswirkungen bei Bestehen von Verlusten aus anderen Einkunftsarten.⁶⁹

Der besondere Steuersatz kommt grundsätzlich auch im betrieblichen Bereich zur Anwendung. Davon ausgenommen sind Grundstücksveräußerungen allerdings, wenn Grundstücke dem Umlaufvermögen zuzurechnen sind, die Überlassung und Veräußerung einen Schwerpunkt der betrieblichen Tätigkeit darstellt oder, wenn vor dem 1. April 2012 eine Teilwertabschreibung oder Übertragung von stillen Reserven vorgenommen wurde. Weiters ausgenommen sind Veräußerungen gegen Rente.⁷⁰ Wird die Steuerlast im Rahmen der Selbstberechnung durch einen Parteienvertreter als Immobilienertragssteuer entrichtet, gilt die Steuer damit als abgegolten. Die Steuer kann dennoch veranlagt werden, um beispielsweise positive und negative Einkünfte aus verschiedenen Grundstücksveräußerungen miteinander auszugleichen. Wird die Selbstberechnung durch den Parteienvertreter nicht vorgenommen, hat der Steuerpflichtige eine besondere Vorauszahlung in Höhe der Steuer zu leisten und muss die Einkünfte im Veranlagungsweg versteuern.⁷¹

2.3.2.2 *Spekulationsgeschäfte*

Die Einkünfte aus Spekulationsgeschäften dienen als Auffangtatbestand, wenn von den übrigen Einkunftsarten nicht umfasste Wirtschaftsgüter im Privatvermögen zu Spekulationszwecken gehalten und innerhalb des Tatbestands des § 31 EStG veräußert werden. Dabei kommt

⁶⁷ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30 Rz 86; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 30 Rz 296 ff.

⁶⁸ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30a Rz 1 f; Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁸ § 30a Rz 1.

⁶⁹ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30a Rz 6 f; Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁸ § 30a Rz 11 f.

⁷⁰ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30a Rz 17 ff.

⁷¹ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30b Rz 3 ff; Bodis/Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁸ § 30b Rz 9 f.

es nicht auf den subjektiven Willen zur Spekulation des Veräußerers an, sondern lediglich auf das Erfüllen des im Gesetz genannten Tatbestandes.⁷² Vom Tatbestand eines Spekulationsgeschäfts umfasst sind Veräußerungsvorgänge dann, wenn Veräußerung und Anschaffung innerhalb eines Jahres geschehen. Die Frist beginnt mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts zu laufen und wird von Tag zu Tag berechnet.⁷³ Als Bemessungsgrundlage wird der Unterschiedsbetrag zwischen Veräußerungserlös und Anschaffungskosten herangezogen, Werbungskosten sind abzugsfähig. Es besteht eine Freigrenze von 440 Euro pro Jahr.⁷⁴ Verluste aus Spekulationseinkünften sind nur mit anderen Spekulationsgeschäften ausgleichsfähig, also weder mit Überschüssen aus den anderen Tatbeständen der sonstigen Einkunftsarten, noch mit solchen der anderen sechs Einkunftsarten.⁷⁵

2.3.2.3 *Einkünfte aus Leistungen*

Leistungen bestehen aus einem Tun, Unterlassen oder Dulden, welches einem anderen, einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen soll. Davon ausgenommen sind private Vermögensübertragungen, weil diese abgesehen von den im Gesetz vorgesehenen Fällen, der nicht steuerbaren Privatsphäre zuzuordnen sind. Das Verhalten muss willentlich und zielgerichtet gesetzt werden. Die Einkünfte sind subsidiär zu allen anderen Einkunftsarten, und erfassen Tätigkeiten, die den anderen Einkunftsarten ähnlich sind, allerdings nicht zur Gänze entsprechen. Jedenfalls vorhanden sein, für das Vorliegen von Einkünften aus Leistungen, muss eine Gegenleistung für die Leistung, die allerdings nicht auf einem vertraglichen Verhältnis beruhen muss. Die Höhe der Gegenleistung bzw die wirtschaftliche Angemessenheit spielen dabei keine Rolle. Daher fallen beispielsweise Preise nur unter die Einkünfte aus Leistungen, wenn diese für eine Leistung im Zusammenhang mit einer beruflichen Leistung vergeben werden und nicht aufgrund einer Auslosung. Beispielhaft werden im Gesetz die gelegentliche Vermittlung und die Vermietung von beweglichen Wirtschaftsgütern genannt. Die gelegentliche Betätigung darf dabei kein solches Maß erreichen, dass die Tätigkeit aufgrund Nachhaltigkeit zu Einkünften aus Gewerbebetrieb führt. Häufige Anwendungsfälle sind der Verzicht auf einem zustehende Rechte, Provisionen oder Vergütungen für die Übernahme eines Risikos. Dabei ist allerdings stets zu prüfen, ob nicht etwa bei einem Verzicht auf ein Recht, tatsächlich eine nicht steuerbare Vermögensübertragung vorliegt. Bei der Ermittlung der Einkünfte können Werbungskosten nach dem Zufluss-Abfluss-Prinzip in Abzug gebracht werden, wobei

⁷² Jakom/*Kanduth-Kristen*, EStG, 2020, § 31 Rz 2 f; *Kirchmayr/Perl* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG¹⁷ § 31 Rz 4.

⁷³ Jakom/*Kanduth-Kristen*, EStG, 2020, § 31 Rz 10 f; *Kirchmayr/Perl* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG¹⁷ § 31 Rz 19 f.

⁷⁴ Jakom/*Kanduth-Kristen*, EStG, 2020, § 31 Rz 21.

⁷⁵ Jakom/*Kanduth-Kristen*, EStG, 2020, § 31 Rz 41.

bei einmaligen oder gelegentlichen Leistungen sogar Werbungskosten berücksichtigt werden können, die bereits in früheren Jahren abgeflossen sind. Es gibt eine jährliche Freigrenze von 220 Euro und Verluste sind nicht ausgleichsfähig.⁷⁶

⁷⁶ *Hayden/Mayr* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²⁰ § 29 Rz 89; *Jakom/Kanduth-Kristen*, EStG, 2020, § 29 Rz 39 ff; *Reither* in *Wiesner/Grabner/Knecht/Wanke*, EStG § 29 Rz 51 ff.

3 Kriterien Gewerbebetrieb

§ 23 EStG legt zunächst nur fest, dass Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen, wenn die Tatbestandsmerkmale eines Betriebs erfüllt sind und keine Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft oder aus selbständiger Arbeit vorliegen. Eine Abgrenzung gegenüber den außerbetrieblichen Einkünften lässt sich aus § 23 nicht entnehmen. Inhaltlich entspricht dem § 23 EStG dem § 28 BAO.⁷⁷ Auch in dieser Bestimmung ist keine Abgrenzung gegenüber den außerbetrieblichen Einkunftsarten enthalten. Erst aus den §§ 31 und 32 BAO ergibt sich, dass eine Einkünfteerzielung sowohl in den außerbetrieblichen als auch in den betrieblichen Rahmen eingeordnet werden kann. Aus anderen Rechtsgebieten lässt sich, laut VwGH⁷⁸ keine Abgrenzung eines Gewerbebetriebs ableiten, es sind lediglich die Vorschriften des Steuerrechts maßgeblich, wobei die Beurteilung den Abgabenbehörden überlassen ist.⁷⁹ Ebenso wenig als Abgrenzungskriterium tauglich, ist das Vorliegen einer Gewerbeberechtigung, Eintragung im Firmenbuch oder eine Kammermitgliedschaft.⁸⁰ Soweit subjektiv der Entschluss feststeht, einen Betrieb zu eröffnen, fallen bereits Vorbereitungshandlungen unter die Einkünfte aus Gewerbebetrieb, wenn nach außen sichtbar wird, dass auf die Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit abgezielt wird.⁸¹

3.1 Vorliegen eines Betriebs

Allen betrieblichen Einkunftsarten gemeinsam ist, dass jedenfalls die Tatbestandsmerkmale eines Betriebs erfüllt sein müssen. Dazu zählen die Merkmale der Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnerzielungsabsicht und der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr. Werden außerbetriebliche Einkünfte erzielt, werden dieselben Merkmale in der Regel in unterschiedlich starker Ausprägung auch erfüllt sein, weshalb es eines zusätzlichen Abgrenzungsmerkmals bedarf.

3.1.1 Selbständigkeit

Selbständigkeit liegt zunächst vor, wenn kein Dienstverhältnis iSd § 47 Abs 2 EStG vorliegt. Zu den wichtigsten Merkmalen eines Dienstverhältnisses in Abgrenzung zu einem Werkvertrag zählen einerseits die organisatorische Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers und

⁷⁷ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 6; EStR 2000 Rz 5401.

⁷⁸ VwGH 15.12.1992 92/14/0189 VwSlg 6743 F; *Schubert-Pokorny-Schuch-Quantschnigg*, Einkommensteuer Handbuch², Tz 4 zu § 23.

⁷⁹ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 7.

⁸⁰ *Kauba* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 23 Rz 10; *Ritz*, BAO⁶ § 28 Rz 1.

⁸¹ Jakom/Peyerl EStG, 2020, § 23 Rz 13; *Kauba* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 23 Rz 15/1.

andererseits die Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber. Wenn sich aus diesen Kriterien kein eindeutiges Bild ergibt, wird auf die Tragung des Unternehmerrisikos abgestellt. Das Unternehmerrisiko trägt derjenige, der auf eigene Kosten und Verantwortung arbeitet und keinen, von der Arbeitsleistung losgelösten Entgeltanspruch hat.⁸² Das Unternehmerrisiko kommt unter anderem auch dadurch zum Ausdruck, dass es in der Hand des Unternehmers liegt, wie hoch seine Einnahmen ausfallen und es in seiner Entscheidungsgewalt liegt, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen. Ein weiteres Indiz ist das Wegfallen der persönlichen Arbeitspflicht, also die selbstbestimmte Möglichkeit sich vertreten zu lassen.⁸³ Unschädlich ist es, wenn der Steuerpflichtige auch nur für einen Auftraggeber arbeitet, und sich daraus eine Bindung entwickelt, die für die Erbringung der jeweiligen Leistung nicht untypisch ist.⁸⁴ Ausschlaggebend für eine Einordnung ist das Überwiegen der Argumente.⁸⁵

3.1.2 Nachhaltigkeit

Die Tätigkeit muss nachhaltig erfolgen. Zunächst ist eine Tätigkeit nachhaltig, wenn sie wiederholt wird und die Wiederholung sich auf denselben Sachverhalt stützt. Nachhaltigkeit liegt allerdings auch bereits vor, wenn lediglich Wiederholungsabsicht besteht. Auf die tatsächliche Wiederholung kommt es daher nicht an. Es kommt vielmehr darauf an, ob objektiv auf Wiederholungsabsicht geschlossen werden kann. Daher können auch einmalige Tätigkeiten als nachhaltig eingestuft werden. Indizien für eine Nachhaltigkeit sind eine länger andauernde Tätigkeit, auch wenn sie nur gegenüber einem Auftraggeber ausgeführt wird und wenn der Steuerpflichtige sie auf Basis bestimmter Fähigkeiten oder Kenntnisse ausübt.⁸⁶ Jedenfalls nicht nachhaltig wird eine Tätigkeit ausgeübt, wenn sie nur gelegentlich erfolgt und sich der Steuerpflichtige auch nicht um die Erschließung derartiger Gelegenheiten bemüht.⁸⁷ Im Bereich von Veräußerungen dient die Nachhaltigkeit der Abgrenzung zwischen steuerpflichtigen und steuerfreien Einnahmen, soweit keine Spekulationseinkünfte vorliegen, im Bereich der Leistungen wird zwischen zwei verschiedenen Einkunftsarten abgegrenzt.⁸⁸ Fehlt Veräußerungen im Privatvermögen allerdings der innere Zusammenhang zwischen den Veräußerungsvorgängen, liegt keine Nachhaltigkeit vor.⁸⁹

⁸² Jakom/Peyerl EStG, 2020, § 23 Rz 16.

⁸³ Fellner in Hofstätter/Reichel, EStG⁶⁶ § 23 Rz 34 f.

⁸⁴ Jakom/Peyerl EStG, 2020, § 23 Rz 18.

⁸⁵ EStR 2000 Rz 5407; Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 21.

⁸⁶ Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 43 ff; Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 22; Peth/Wanke/Wiesner in Wiesner/Grabner/Wanke, EStG § 23 Rz 14; VwGH 26.7.2000, 95/14/0161.

⁸⁷ Jakom/Peyerl EStG, 2020, § 23 Rz 25.

⁸⁸ Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 53.

⁸⁹ Fellner in Hofstätter/Reichel, EStG⁶⁶ § 23 Rz 59.

3.1.3 Gewinnabsicht

Gewinnabsicht liegt vor, wenn mit der Tätigkeit Gewinne erzielt werden können. Dabei kommt es nicht auf den subjektiven Willen des Steuerpflichtigen an, sondern darauf, ob die Tätigkeit nach objektiven Maßstäben dazu taugt, auf Dauer einen Überschuss zu erwirtschaften. Liegt diese Tauglichkeit nicht vor, handelt es sich um eine steuerlich unbeachtliche Liebhaberei-Tätigkeit. Daher lässt das Auftreten von Verlusten nicht automatisch auf das Vorliegen von Liebhaberei schließen, wenn die Tätigkeit grundsätzlich dem typischen Bild eines Gewerbebetriebs entspricht. Als Gegenstück dazu umschreibt die Liebhaberei-VO⁹⁰ das typische Bild von Tätigkeiten, bei denen Liebhaberei vermutet wird.⁹¹ Rein zufällige Gewinne oder die subjektive Gewinnabsicht reichen noch nicht, um eine Liebhaberei-Tätigkeit gewerblich zu machen. Der subjektiven Absicht Gewinne erzielen zu wollen, kommt dann Bedeutung zu, wenn sich aus der objektiven Beschaffenheit der Tätigkeit kein einheitliches Bild ergibt.⁹²

3.1.4 Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr

Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liegt vor, wenn der Steuerpflichtige seine Leistung bzw sein Wirtschaftsgut einem generellen Adressatenkreis anbietet und am allgemeinen Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Indizien dafür sind, wenn jemand für seine Leistung oder sein Angebot Werbung macht bzw sich darauf vorbereitet gegenüber einem Auftraggeber tätig zu werden. Wenn der Steuerpflichtige nur gegenüber einem Auftraggeber tätig wird, ist dies unschädlich, soweit grundsätzlich die Möglichkeit und Bereitschaft besteht, die Leistung auch anderen gegenüber zu erbringen.⁹³ Keine Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr liegt vor, wenn die Tätigkeit objektiv nicht geeignet ist, gegenüber anderen als dem einzigen Partner erbracht zu werden.⁹⁴ Einer anderen Meinung zufolge, ist es allerdings unsachlich die Steuerpflicht eines Auftragnehmers am Mangel möglicher Auftraggeber festzumachen bzw sind derartige Fallkonstellationen ohnehin wenig praxisnah. Deshalb soll auch bei Steuerpflichtigen, die ihre Leistung am Markt anbieten, es jedoch lediglich einen einzigen Abnehmer gibt, die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gegeben sein.⁹⁵

⁹⁰ Liebhabereiverordnung BGBl 33/1993 idF BGBl II 15/1999.

⁹¹ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 31 f; VwGH 23.10.1984, 84/14/0055; VwGH 30.1.1991, 90/13/0058.

⁹² Fellner in Hofstätter/Reichel, EStG⁶⁶ § 23 Rz 62 ff.

⁹³ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 36 f; Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 73 f; EStR 2000 Rz 5415 f; VwGH 06.03.1973, 1032/72; VwGH 24.4.1996, 92/15/0092.

⁹⁴ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 37; VwGH 26.7.2000, 95/14/0161; Fellner in Hofstätter/Reichel, EStG⁶⁶ § 23 EStG Rz 68.

⁹⁵ Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 75.

3.2 Allgemeingültige Abgrenzungskriterien Vermögensverwaltung

Da die Kriterien eines Betriebes in der Regel auch bei einem Tätigwerden im Rahmen der außerbetrieblichen Einkunftsarten erfüllt sind, muss für das Vorliegen von Einkünften aus einem Gewerbebetrieb – wie in § 31 BAO festgehalten – die Tätigkeit über die reine Vermögensverwaltung hinausgehen.⁹⁶ Da Vermögensverwaltung iSd Steuerrechts vorliegt, wenn Vermögen genutzt wird und die Einkünfte aus den Früchten des zugrundeliegenden Vermögensgegenstandes bestehen, liegt Gewerblichkeit vor, wenn die Tätigkeit über das Gebrauchen hinaus geht.⁹⁷ Dies ist insbesondere der Fall, wenn nach der Verkehrsauffassung die Tätigkeit nach Art und Umfang die reine Vermögensverwaltung deutlich übersteigt und aufgrund dieser zusätzlichen Leistungen höhere Einkünfte zu erwarten sind. Dabei ist jeweils auf den Einzelfall abzustellen, und nach dem Gesamtbild der Tätigkeit und je nach Tätigkeit unterschiedlich zu urteilen. In der Judikatur wird darauf abgestellt, ob die Tätigkeit dem typischen Bild eines Gewerbebetriebs entspricht.⁹⁸

Eine andere Meinung zur korrekten Abgrenzung ist, dass nicht vorrangig auf Art und Umfang der zusätzlichen Leistungen zu achten ist, sondern, dass diese Zusatzleistungen hauptsächlich danach zu gewichten sind, ob sie dazu dienen, einen höheren Überschuss zu erzielen. Demnach würden Zusatzleistungen nicht ins Gewicht fallen, sofern diese keine höheren Erträge erwarten lassen.⁹⁹

Die Richtlinien nennen als weitere Kriterien für den Gewerbebetrieb Wiederholungsabsicht und Planmäßigkeit der Ausnützung von Vermögen. Zur Planmäßigkeit der Ausnützung werden die Umschichtung, Veräußerung und die Wiederbeschaffung und Wiederveräußerung genannt. Die Vermögensgegenstände nehmen dadurch die Form von Umlaufvermögen an, weil ihnen unterstellt wird, dass sie nur zum kurzfristigen Vermögen des Steuerpflichtigen gehören.¹⁰⁰

Unter Umschichtung ist der Austausch einzelner Vermögensgegenstände zu verstehen. Soweit es sich dabei lediglich um einzelne Transaktionen, vor dem Hintergrund das Vermögen besser nutzen zu können, und es sich nicht um eine planmäßige Verwertung des Vermögens handelt,

⁹⁶ Jakom/Peyerl EStG, 2020, § 23 Rz 6.

⁹⁷ Ritz, BAO⁶ § 32 Rz 3.

⁹⁸ Jakom/Peyerl EStG, 2020, § 23 Rz 46; EStR 2000 Rz 5419 f; VwGH 17.12.1998, 97/15/0060; VwGH 24.6.2010, 2007/15/0033.

⁹⁹ Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 106.

¹⁰⁰ EStR 2000 Rz 5423.

liegt noch kein Gewerbebetrieb vor. Nimmt die Intensität in der Form zu, dass nicht mehr von der reinen Nutzung vorhandenen Vermögens und gelegentlicher Umschichtung, sondern von planmäßigem Zukauf und anschließender Verwertung ausgegangen werden kann, liegt ein Gewerbebetrieb vor.¹⁰¹ Davon abzugrenzen sind Veräußerungen im Rahmen des Abschlusses der privaten Nutzung und sich rein zufällig ergebende Veräußerungen.¹⁰²

Als allgemeingültige Kriterien lassen sich daher folgende zusammenfassen:

- Vordergründigkeit der Vermögensverwertung
- Zusätzliche Leistungen mit dem Zweck, höhere Einkünfte zu erzielen
- Planmäßigkeit des Vorgehens
- Wiederholungsabsicht

¹⁰¹ EStR 2000 Rz 5421; *Peth/Wanke/Wiesner* in *Wiesner/Grabner/Wanke*, EStG § 23 Rz 46.

¹⁰² *Fellner* in *Hofstätter/Reichel*, EStG⁶⁶ § 23 Rz 87.

4 Grundstückshandel

Überschreiten Grundstücksgeschäfte die bloße Vermögensverwaltung, und liegen daher Einkünfte aus Gewerbebetrieb vor, spricht man von gewerblichem Grundstückshandel. Liegt kein gewerblicher Grundstückshandel vor, fallen Erträge aus Grundstücksverkäufen unter die sonstigen Einkünfte aus privaten Grundstücksveräußerungen.¹⁰³

4.1 Vorliegen eines Betriebs

Für das Vorliegen eines gewerblichen Grundstückshandels müssen zunächst die Kriterien der Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnabsicht und der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr gegeben sein. Insbesondere das Fehlen der Nachhaltigkeit und der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr kann ausschlaggebend dafür sein, dass kein gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, wenn nur vereinzelt Grundstücke aus dem Privatvermögen veräußert werden.¹⁰⁴

4.2 Indizien für Gewerblichkeit

Bereits aus den allgemeingültigen Abgrenzungskriterien ergibt sich, dass ein Gewerbebetrieb nur vorliegen kann, wenn die Vermögensverwertung im Vordergrund steht und die Tätigkeit planmäßig und mit Wiederholungsabsicht ausgeführt wird. Diese Kriterien wurden vom VwGH in mehreren Entscheidungen präzisiert. Bei der Beurteilung ob gewerblicher Grundstückshandel vorliegt, ist in jedem Fall ein mehrjähriger Beobachtungszeitraum heranzuziehen. Dies ist einerseits nötig, weil sich Immobilien und Grundstücke in der Regel nicht so leicht wie andere Wirtschaftsgüter innerhalb kurzer Zeit verkaufen lassen und andererseits, weil auch längere Zeiträume zwischen Anschaffung und Veräußerung für die Einordnung als gewerblicher Grundstückshandel unschädlich sind.¹⁰⁵

4.2.1 Planmäßigkeit

Planmäßigkeit liegt vor, wenn der Steuerpflichtige Grundstücke anschafft, mit dem Plan diese mit Gewinn weiterzuverkaufen. Die Richtlinien geben dazu vor, dass bereits zum Zeitpunkt der Anschaffung Verkaufsabsicht vorliegen muss.¹⁰⁶ Diese Ansicht kann allerdings wohl nur zutreffen, wenn Grundstücke lediglich gekauft und verkauft werden, ohne dass weitere Leis-

¹⁰³ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 81.

¹⁰⁴ Fellner in Hofstätter/Reichel, EStG⁶⁶ § 23 Rz 87.

¹⁰⁵ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 85; Fellner in Hofstätter/Reichel, EStG⁶⁶ § 23 Rz 117; VwGH 13.5.1986, 84/14/0077; VwGH 24.2.2005, 2001/15/0159.

¹⁰⁶ EStR 2000 Rz 5443 unter Berufung auf VwGH 31.5.1983, 82/14/0188.

tungen erbracht werden. Werden neben dem Verkauf weitere Aktivitäten gesetzt, die geeignet sind, den Verkaufserlös zu erhöhen, kommt es auf das ursprüngliche Motiv für den Kauf nicht an.¹⁰⁷ So wurde vom VwGH auch der Verkauf von Wohnungen, die ursprünglich zu Vermietungszwecken angeschafft, in weiterer Folge aber verkauft wurden, als gewerblicher Grundstückshandel eingestuft.¹⁰⁸ Das BFG hat dazu festgehalten, dass Verkaufsabsicht bereits im Zeitpunkt der Errichtung keine unbedingte Voraussetzung für das Vorliegen von gewerblichem Grundstückshandel ist, und es unschädlich ist, wenn die Verkaufsabsicht erst nach der Errichtung entsteht.¹⁰⁹ Als Vorbereitungs- bzw Zusatzleistungen kommen insbesondere Maßnahmen zur Aufschließung und Baureifmachung oder das Betreiben eines Bebauungsplans in Frage. Unter Aufschließung sind sämtliche Vorbereitungsarbeiten zu verstehen, die es ermöglichen ein Grundstück baulich zu nutzen. Eine schlichte Parzellierung, auch wenn sich eine hohe Anzahl an Parzellen ergibt, spricht allein noch nicht für einen gewerblichen Grundstückshandel.¹¹⁰ Dasselbe gilt, wenn in einem Gebäude Wohnungen parafiziert werden, um diese bei Gelegenheit zu veräußern.¹¹¹ Werden Maßnahmen zur Aufschließung und Baureifmachung getätigt, kann dies auch beim Verkauf von anderen als entgeltlich erworbenen Grundstücken zu einer Qualifizierung als gewerblich führen.¹¹²

Bei der Beurteilung der Planmäßigkeit ist auch das Motiv für den Verkauf miteinzubeziehen. Als mögliche Motive für den Verkauf, die auf den ersten Blick gegen gewerblichen Grundstückshandel sprechen, sind die Enteignung und Notverkäufe zur Tilgung von Schulden zu nennen. Enteignungen sprechen dann nicht gegen einen gewerblichen Grundstückshandel, wenn die betroffenen Grundstücke in Erwartung der Enteignung angeschafft wurden.¹¹³ Bei Notverkäufen ist zu prüfen, ob der Verkauf tatsächlich auf dieser Notwendigkeit basiert, keine anderen Maßnahmen zur Tilgung der Schulden zur Verfügung standen und ob nicht bereits bei Aufnahme der Schulden absehbar war, dass Verkäufe zur Tilgung der Schulden notwendig sein würden. Weiters darf sich der Notverkauf nicht in eine Reihe anderer Verkäufe einreihen.¹¹⁴

¹⁰⁷ VwGH 14.11.1984, 82/13/0242.

¹⁰⁸ VwGH 28.6.2012, 2009/15/0113, ÖStZB 2013/315, 610.

¹⁰⁹ BFG 11.6.2018, RV/1100486/2016 mit Verweis auf VwGH 24.02.2005, 2001/15/0159.

¹¹⁰ VwGH 22.09.1992, 92/14/0064; VwGH 26.04.1989, 89/14/0004.

¹¹¹ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 93; VwGH 16.2.1988, 87/14/0044; bei gelegentlichen Verkäufen fehlt überdies das Kriterium der Nachhaltigkeit.

¹¹² VwGH 22.9.1992, 92/14/0064; VwGH 26.4.1989, 89/14/0004.

¹¹³ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 105; VwGH 7.11.1978, 0727/76.

¹¹⁴ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 104; VwGH 31.5.1983, 82/14/0188.

Ein weiteres Indiz für die Planmäßigkeit des Vorgehens des Steuerpflichtigen ist, wenn dieser werbend auftritt. Unterlässt er es werbend aufzutreten spricht dies gegen die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels, insbesondere wenn es sich um nicht entgeltlich erworbene Objekte handelt. Nimmt der Steuerpflichtige allerdings deutlich erkennbar am wirtschaftlichen Verkehr teil, ist der unterlassene werbende Auftritt irrelevant.¹¹⁵ Die gleiche Wirkung wie Werbung durch den Steuerpflichtigen selbst, hat es, wenn sich der Steuerpflichtige eines Fremden bedient, um für seine Tätigkeit Werbung zu machen bzw den Verkauf abzuwickeln.¹¹⁶

4.2.2 Eigenschaften des Verkäufers

Übt der Steuerpflichtige neben dem Verkauf von Grundstücken einen Beruf aus, der mit Immobilien zu tun hat, spricht dies nicht nur für die Nachhaltigkeit der Tätigkeit, sondern auch für die Planmäßigkeit. Dies ergibt sich aus der mit dem Fachwissen verbundenen Möglichkeit, günstige Gelegenheiten zu erkennen und auszunutzen. Die Judikatur nennt als Beispiele explizit Immobilienmakler und -vermittler, in der Literatur werden noch Notare und Rechtsanwälte genannt und gegebenenfalls auch deren Arbeitnehmer miteinbezogen. Jedenfalls ist bei diesen Personen ein strenger Maßstab anzulegen, und die Trennung zwischen Privat- und Berufssphäre hat eindeutig zu sein.¹¹⁷

4.2.3 Anzahl der Transaktionen

Da die häufige Umschichtung von Vermögen ein Hauptindiz für das Vorliegen von gewerblichem Grundstückshandel ist, kommt der Anzahl der Transaktionen wichtige Bedeutung zu. Zunächst ist vorweg festzuhalten, dass es keine klare Grenze etwa im Sinne der oftmals genannten drei Objekt-Grenze, ab der dann definitiv gewerblicher Grundstückshandel vorliegen soll, gibt. Die Rechtsprechung stellt viel mehr auf das sich ergebende Gesamtbild im Einzelfall ab.¹¹⁸ Dementsprechend hat der VwGH beispielsweise den innerhalb kurzer Zeit stattgefundenen Abverkauf von neun Garconnieren¹¹⁹ in einem neu errichteten Gebäude nicht als gewerblichen Grundstückshandel qualifiziert. Dies mit der Begründung, dass es selbst beim Verkauf von mehreren Wohnungen an verschiedene Käufer an der Wiederholungsabsicht mangeln kann und daher keine Nachhaltigkeit gegeben war und andererseits, dass es im kon-

¹¹⁵ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 104; VwGH 24.6.2010, 2007/15/0033.

¹¹⁶ EStR 2000 Rz 5445.

¹¹⁷ VwGH 09.7.1965, 0028/65; VwGH 25.3.1999, 94/15/0171 VwSlg 7376 F.

¹¹⁸ VwGH 24.2.2005, 2001/15/0159; Jakom/Peyerl, EStG, 2020 § 23 Rz 84; im Gegensatz dazu gibt es in der deutschen Rechtsprechung eine Grenze von drei Veräußerungen innerhalb von weniger als fünf Jahren, der Indizwirkung zukommt.

¹¹⁹ Garconniere ist ein überwiegend in Österreich gebräuchlicher Begriff für eine Einzimmerwohnung.

kreten Fall an der nötigen Planmäßigkeit bzw an zusätzlichen Leistungen mangelte.¹²⁰ Andererseits wurden bei Zusammentreffen mit anderen Indizien für den gewerblichen Grundstückshandel, wie einer beruflichen Nahebeziehung des Verkäufers bereits Veräußerungen von nur zwei Immobilien als gewerblich eingestuft, weil der Steuerpflichtige nicht darlegen konnte, dass seine Tätigkeit nur auf die Vermögensverwaltung abzielte.¹²¹ Dementsprechend ist die Auswirkung der Anzahl der Transaktionen abhängig vom Zutreffen der anderen Indizien. Bei geringen bis gar keinen zusätzlichen Indizien liegt die vertretbare Anzahl von Transaktionen höher, im umgekehrten Fall niedriger.¹²² Meines Erachtens nach, kommt bei der Berücksichtigung der Anzahl der Transaktionen, der Ausgangslage des Steuerpflichtigen große Bedeutung zu. Handelt es sich um ein zufälliges Ausnutzen einer günstigen Gelegenheit, wie beispielsweise der Kauf eines Hauses mit mehreren Einheiten, sollten auch mehrere Transaktionen, die auch nicht alle gleichzeitig stattfinden müssen, verbunden mit zusätzlichen Leistungen unbeachtlich sein, während aktives Bemühen um adäquate Objekte eher für Gewerblichkeit spricht.

Mit der Anzahl der Grundstückstransaktionen in engem Zusammenhang steht auch der Zeitraum in dem die Transaktionen stattfinden. Insbesondere wenn Ankauf und Verkauf innerhalb kurzer Zeit erfolgen, ist dies ein Indiz für gewerblichen Grundstückshandel, weil die Vermutung naheliegt, dass der Steuerpflichtige planmäßig vorgeht und bereits beim Ankauf Veräußerungsabsicht vorlag. Unter kurzer Zeit sind bei Grundstücksverkäufen mitunter auch mehrere Jahre zu verstehen. Diese Vermutung wird verstärkt, wenn die Tätigkeit auch noch mit anderen, mit der Gewerblichkeit im Zusammenhang stehenden Faktoren zusammentrifft. Dazu sind insbesondere bauliche Maßnahmen an den gekauften Grundstücken und werbende Maßnahmen für den Verkauf zu nennen. Bei Zusammentreffen einiger oder mehrerer dieser Faktoren kann ein gewerblicher Grundstückshandel schon bei einer geringen Anzahl von Objekten vorliegen.¹²³

Auch längere Zeiträume zwischen Ankauf und Verkauf sprechen per se nicht gegen die Annahme eines gewerblichen Grundstückshandels. Für das Vorliegen eines gewerblichen

¹²⁰ VwGH 30.9.1980, 0317/80 VwSlg 5511 F.

¹²¹ VwGH 28.5.2008, 2008/15/0025 VwSlg 8339 F mit Verweis auf VwGH 9.7.1965, 0028/65

¹²² Petritz, Der notwendige Umfang für das Vorliegen von gewerblichem Grundstückshandel, SWK 2005, 631 (634).

¹²³ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 87; VwGH 25.3.1999, 94/15/0171 VwSlg 7376 F im Zusammenhang mit einer beruflichen Nahebeziehung.

Grundstückshandels müssen sich Ankaufs- und Verkaufsphase auch nicht überschneiden, weshalb auch eine getrennte Ankaufs- und Verkaufsphase unschädlich ist.¹²⁴

Bei der Beurteilung der Anzahl der Transaktionen bleibt lediglich das als Hauptwohnsitz genutzte Objekt außen vor. Gibt der Steuerpflichtige an, dass Objekte als Zweitwohnsitze angeschafft wurden, wird bei diesen vermutet, dass auch diese zu anderen Zwecken als für Wohnzwecke angeschafft wurden, weshalb diese bei der Bewertung des Sachverhalts miteinbezogen werden.¹²⁵

Miteinbezogen in Gesamtbetrachtung werden auch Veräußerungen von Miteigentumsgemeinschaften, an denen der Steuerpflichtige beteiligt ist und wenn der Steuerpflichtige Anteile an Miteigentumsgemeinschaften veräußert. Umgekehrt färbt die Tätigkeit als gewerblicher Grundstückshändler eines Steuerpflichtigen nicht auch automatisch auf die Miteigentumsgemeinschaft ab, was auch bei dieser zu Einkünften aus Gewerbebetrieb führen würde.¹²⁶ Werden Optionen auf den Erwerb von Grundstücken gehandelt, gelten dafür dieselben Maßstäbe wie für den normalen Grundstückshandel.¹²⁷

4.2.4 Zusammentreffen mit Vermietung

Werden Objekte neben dem Grundstückshandel vermietet, ist, wenn diese tatsächlich dauerhaft dazu dienen sollen, im Privatvermögen Mieteinkünfte zu erzielen, eine genaue Abgrenzung und Glaubhaftmachung notwendig. Diese muss auch objektiv nachvollziehbar sein. Ein Grundstück kann nämlich laut VwGH selbst dann dem gewerblichen Grundstückshandel zugerechnet werden, und daher Umlaufvermögen darstellen, wenn es vorübergehend der Fruchtziehung dient. Dies liegt an der hohen Nutzungsdauer von Immobilien und der damit verbundenen Einschätzung, ob es dem Betrieb dauerhaft dienen soll. Die Glaubhaftmachung, dass ein Grundstück tatsächlich dauerhaft der Vermietung dienen hätte sollen, ist umso nötiger, wenn das Grundstück – aus Sicht des ehrlichen Steuerpflichtigen – dennoch überraschend veräußert wird. Bezüglich der Zuordnung des Grundstücks ist zunächst auch in diesem Fall auf die Betrachtung des Gesamtbildes zu verweisen und erst wenn sich aus dieser Betrachtung kein eindeutiges Ergebnis ergibt, ist auf die subjektive Zuordnung des Steuerpflichtigen zurückzugreifen, wobei diesem hierfür die Glaubhaftmachung obliegt.¹²⁸ Daher ist eine genaue

¹²⁴ VwGH 31.5.1983, 82/14/0188; VwGH 9.7.1965, 0028/65.

¹²⁵ VwGH 31.5.1983, 82/14/0188.

¹²⁶ *Kauba* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 23 Rz 128.

¹²⁷ *Fellner* in *Hofstätter/Reichel*, EStG⁶⁶ § 23 Rz 116; VwGH 26.07.2000, 95/15/0161.

¹²⁸ VwGH 13.4.2005, 2001/13/0028 VwSlg 8022 F; VwGH 31.05.1983, 82/14/0188; *Hammerl* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG¹⁷ § 30a Rz 22; *Fellner* in *Hofstätter/Reichel*, EStG⁶⁶ § 23 Rz 122.

Dokumentation, von Anfang an, dringend angeraten.¹²⁹ Werden zur Finanzierung einer Vermietung einzelne Objekte aus einem Immobilienprojekt verkauft, spricht auch der in Relation zum Gesamtbestand an Immobilien geringe Anteil von verkauften Objekten nicht gegen einen Gewerbebetrieb. Wird dieses Finanzierungsmodell, bei dem einzelne Objekte eines Projekts verkauft werden, um die spätere Vermietung der verbliebenen Objekte zu finanzieren wiederholt angewandt, werden die Verkäufe zusammengerechnet und die Wiederholung wirkt erschwerend.¹³⁰ Ist in einem Verkauf von Grundstücken lediglich der Abschluss der privaten Nutzung zu sehen, liegt auch bei einem Verkauf mehrerer Objekte innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit, kein Gewerbebetrieb vor.¹³¹

Neben dem endgültigen Verkauf aller Objekte, kann bei einer dauerhaften Überführung in das Privatvermögen des Steuerpflichtigen, um Immobilien nur noch privat oder zur Vermietung zu nutzen, auch eine Betriebsaufgabe vorliegen. In diesem Fall liegt eine Entnahme vor.¹³²

4.2.5 Finanzierung

Elementarer Bestandteil jedes Handels mit Immobilien, egal ob gewerblich oder nicht, ist die Finanzierung desselben. Während die Finanzierung auf Eigenkapitalbasis eher für Vermögensverwaltung spricht, spricht eine mit Fremdkapital finanzierte Anschaffung von Grundstücken eher für ein planmäßiges Vorgehen und Ausnutzen von günstigen Gelegenheiten. Müssen Grundstücke zur Rückzahlung des aufgenommenen Fremdkapitals verkauft werden, spricht dies, wie bereits erwähnt, nicht nur nicht gegen einen Grundstückshandel, sondern wird vom VwGH viel mehr als ein Indiz für gewerblichen Grundstückshandel gewertet. Dies umso mehr, wenn die laufenden Einnahmen aus dem Objekt nicht ausreichen, um die Fremdkapitalkosten zu decken und daher von vornherein Verkaufsabsicht unterstellt werden kann.¹³³ Meiner Meinung nach ist das Argument der Fremdfinanzierung im Zusammenhang mit Grundstücken derzeit aus zweierlei Gründen gegenüber anderen Indizien abgeschwächt: Einerseits ist Fremdkapital aufgrund der niedrigen Zinsen billig, andererseits erscheint es zur Zeit durch die Besicherung des Fremdkapitals mit der erworbenen Immobilie und der grundsätzlichen Wertbeständigkeit, ja sogar in den letzten Jahren zu beobachtenden rasanten Wert-

¹²⁹ *Fuhrmann*, Die Tücken des gewerblichen Grundstückshandels, immolex 2020, 95.

¹³⁰ VwGH 3.9.2019, 2018/15/0015; *Fuhrmann*, Gewerblicher Grundstückshandel oder Vermögensverwaltung, wenn teilweise Kauf- und Wohnungseigentums-Verträge abgeschlossen, teilweise Wohnungen vermietet werden, immolex 2020, 27.

¹³¹ *Fellner* in *Hofstätter/Reichel*, EStG⁶⁶ § 23 Rz 87.

¹³² VwGH 31.5.1983, 82/14/0188.

¹³³ VwGH 20.12.2000, 98/13/0236; VwGH 24.6.2010, 2007/15/0033; *Jakom/Peyerl*, EStG, 2020, § 23 Rz 95; *Kauba* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG²¹ § 23 Rz 128.

steigerung, insbesondere von urbanen Immobilien einfach, das benötigte Fremdkapital zu erhalten.¹³⁴

Jedenfalls für einen gewerblichen Grundstückshandel spricht es, wenn der Erlös aus der Veräußerung eines Objekts dazu genutzt wird, ein anderes zu erwerben.¹³⁵

4.2.6 Zusammenfassung der Kriterien

Aus den genannten Indizien lässt sich folgender Katalog von Kriterien, die für einen Gewerbebetrieb sprechen, zusammenfassen:

- Je intensiver die zusätzlichen Leistungen, desto eher liegt ein gewerblicher Grundstückshandel vor
- Werbung für den Verkauf
- Berufliche Nahebeziehung zum Immobilienwesen bzw der Bauwirtschaft
- Zeit- bzw Transaktionsbezug: Je kürzer der Abstand zwischen Transaktionen und je öfter, desto eher liegt ein gewerblicher Grundstückshandel vor, es gibt aber keine starre Objekt-Grenze
- Fremdfinanzierung

4.3 Indizien gegen Gewerblichkeit

Die Indizien gegen das Vorliegen eines Gewerbebetriebs ergeben sich überwiegend im Umkehrschluss zu den Indizien für das Vorliegen eines gewerblichen Grundstückshandels. Daher spricht es gegen das Überschreiten der bloßen Vermögensverwaltung, wenn keine zusätzlichen Leistungen erbracht werden, ein passives Verkaufsverhalten an den Tag gelegt wird und lediglich bestehendes Vermögen nach langjähriger Vermögensnutzung verkauft wird. In diesem Fall kann der Verkauf auch in verhältnismäßig kurzer Zeit stattfinden und planmäßig in einzelne Transaktionen aufgeteilt werden, wenn dies gegenüber einer einzigen Transaktion günstiger erscheint. Gegen Gewerblichkeit spricht weiters, wenn der Grund für die Veräußerung lediglich auf äußeren Umständen beruht oder zwischen wertsteigernden Umständen bzw Maßnahmen des Steuerpflichtigen kein zeitlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang besteht.¹³⁶ Meines Erachtens nach, sollte die Einordnung eines gewerblichen Grundstückshandels daran bemessen werden, wieviel Aufwand der Steuerpflichtige tatsächlich betreibt. Bei einem vermögenden Menschen, der öffentlich angebotene Objekte kauft, Architekten, Bau-

¹³⁴ Siehe dazu auch die Ausführungen zur Finanzierung im Zuge eines Wertpapierhandels und der dazu ergangenen Judikatur des VwGH.

¹³⁵ VwGH 25.3.1999, 94/15/0171 VwSlg 7376 F; Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 96.

¹³⁶ EStR 2000 Rz 5447 f.

firmen und Makler beauftragt, der Einsatz also nur in Form von Kapital erfolgt, sollte im Zweifel eher noch Vermögensverwaltung vorliegen, obwohl mehrere Transaktionen vorliegen und Planmäßigkeit vorliegen.

4.4 Auswirkungen der Gewerblichkeit

Wie bereits erwähnt, zählen Grundstücke im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels anstatt wie bei der Vermietung und Verpachtung nicht zum Anlagevermögen, sondern zum Umlaufvermögen. Ausschlaggebend ist die Zuordnung im Zeitpunkt der Veräußerung. Durch die Sonderregelung für Grundstücke und bestimmte Edelmetalle im § 4 Abs 3 EStG sind die Gewinnermittlung mittels Betriebsvermögensvergleich und Einnahmen- Ausgaben-Rechnung gleichgestellt und die Anschaffungskosten sind erst im Zeitpunkt der Veräußerung steuerwirksam.¹³⁷ Da der Steuerpflichtige Einkünfte aus Gewerbebetrieb bezieht, unterliegt er unabhängig davon, ob er einen Gewerbeschein besitzt, der Pflichtversicherung nach GSVG¹³⁸.

Da bei einem gewerblichen Grundstückshandel die Grundstücke Umlaufvermögen darstellen, ist gem § 30a Abs 3 EStG der besondere Steuersatz in Höhe von 30% nicht anwendbar, sondern der Veräußerungserlös zur Gänze dem progressiven Einkommensteuertarif zu unterwerfen.¹³⁹ Da die Zuordnung zum Anlage- oder Umlaufvermögen auf den Veräußerungszeitpunkt abstellt, sind auch Grundstücke, die zunächst zur Vermietung genutzt wurden, und daher Anlagevermögen darstellten, zur Gänze vom besonderen Steuersatz ausgenommen.¹⁴⁰ Dementsprechend sind daher im betrieblichen Bereich auch die Entnahme und die Zuschreibung steuerwirksam.

Die Einlage von Grundstücken erfolgt gem § 6 Z 5 lit b EStG entweder mit Anschaffungs- oder Herstellungskosten, erhöht um Herstellungskosten, die noch nicht berücksichtigt wurden bzw vermindert um bereits berücksichtigte Abschreibungen oder mit dem niedrigeren Teilwert¹⁴¹. Altvermögen ist jedenfalls mit dem Teilwert einzulegen. Werden Grundstücke zum Teilwert in den Betrieb eingelegt, liegt bei der späteren Veräußerung sowohl eine private Veräußerung, unter Anwendung des besonderen Steuersatzes und der pauschalen Ein-

¹³⁷ Zorn/Varro in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁷ § 4 Rz 210.

¹³⁸ Gewerbliches Sozialversicherungsgesetz BGBl 560/1978 idF BGBl 73/2020.

¹³⁹ Grund für die Ausnahme vom besonderen Steuersatz ist, dass ein Grundstückshandel gleichgestellt sein soll, wie ein sonstiger Handelsbetrieb; kritisch dazu *Beiser*, Die Ertragsbesteuerung von Immobilien im Licht des Gleichheitssatzes, SWK 2012, 826: Da auch Veräußerungen eines gewerblichen Grundstückshändlers zahlreichen weiteren Kosten unterliegen, gibt es keinen Grund für die Ausnahme.

¹⁴⁰ Unger in Wiesner/Grabner/Wanke, EStG § 30a Rz 7.

¹⁴¹ Der Teilwert entspricht dem Erlös, der für einen Vermögensgegenstand im Zuge der Veräußerung des ganzen Betriebes erzielt werden könnte.

künftigermittlung, als auch eine betriebliche Veräußerung vor. Es wird daher zwischen den angewachsenen stillen Reserven vor und nach der Einlage differenziert.¹⁴² Dasselbe gilt auch bei einer Einlage zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten.

Es ist daher in jedem Fall der Teilwert zum Zeitpunkt der Einlage zu ermitteln. Der Zeitpunkt der Einlage ist anhand des Beginns der Tätigkeiten, die einen gewerblichen Grundstückshandel begründen, zu ermitteln.¹⁴³ In der Praxis empfiehlt es sich, den Zeitpunkt ab dem Verwertungsabsicht besteht, genau zu dokumentieren.¹⁴⁴ Anders als im außerbetrieblichen Bereich, ist bei Altvermögen die pauschale Ermittlung der Einkünfte nur für den Grund und Boden und nicht auch für Gebäude anwendbar. Die Hauptwohnsitzbefreiung oder die Herstellerbefreiung sind nicht anwendbar.¹⁴⁵ Nutzungsbedingte Wertverminderungen können nur durch eine Teilwertabschreibung und nicht durch eine planmäßige AfA, wie es bei einer Vermietung im Rahmen des § 28 EStG möglich ist, berücksichtigt werden. Bei einer Einnahmen- Ausgaben-Rechnung können Wertverminderungen gleich wie bei privaten, nicht vermieteten Immobilien überhaupt erst bei Veräußerung oder Entnahme berücksichtigt werden. Aus diesem Grund ist bei einer Vermietung auf die Unterscheidung zwischen dauerhafter und zwischenzeitiger Vermietung zu achten und dies entsprechend zu dokumentieren.¹⁴⁶ Zusätzlich zur ohnehin bei betrieblichen Grundstückveräußerungen fehlenden Abgeltungswirkung und damit verbundenen Pflicht zur Veranlagung von Grundstückveräußerungen, entfällt bei der Ausnahme vom besonderen Steuersatz auch die Pflicht zur Selbstberechnung und Entrichtung der Immobilienertragssteuer bzw zur Entrichtung einer besonderen Vorauszahlung.¹⁴⁷

Aus Sicht des Steuerpflichtigen vorteilhaft auswirken, können sich die Möglichkeit des Abzugs von Werbungskosten und die Möglichkeit der vorzeitigen Berücksichtigung von Wertänderungen durch die Vornahme einer Teilwertabschreibung und die erweiterte Möglichkeit Verluste auszugleichen und vorzutragen. Sowohl Verlustausgleich als auch Verlustvortrag stehen, im Unterschied zu Verlusten aus privaten Grundstückveräußerungen, uneingeschränkt zu. Diese Besserstellung von betrieblichen Grundstückveräußerungen gegenüber privaten, bei denen Verluste nur eingeschränkt mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung verrechnet werden können, wird mitunter kritisch gesehen, weil sich aus der neuen

¹⁴² Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁷ § 30a Rz 26.

¹⁴³ Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁷ § 30a Rz 28 f.

¹⁴⁴ Fuhrmann, Die Tücken des gewerblichen Grundstückshandels, immolex 2020, 95.

¹⁴⁵ Zorn/Varro in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁷ § 4 Rz 213; Hammerl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁷ § 30a Rz 28.

¹⁴⁶ Jakom/Peyerl EStG, 2020, § 23 Rz 109.

¹⁴⁷ Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2020, § 30b Rz 14.

Rechtslage keine sachliche Rechtfertigung dafür ergibt.¹⁴⁸ Vorteilhaft wirkt sich weiters aus, dass der Gewinnfreibetrag gem § 10 EStG geltend gemacht werden kann.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Jakom/*Kanduth-Kristen*, EStG, 2020, § 30a Rz 16; *Bodis/Hammerl* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG¹⁷ §30 Rz 299.

¹⁴⁹ *Kirchmayr/Bodis/Hammerl* in *Doralt/Ruppe*, Steuerrecht I¹² Rz 462.

5 Wertpapierhandel

Grundsätzlich ist die Ausgangssituation bei der Abgrenzung zwischen Einkünften aus Kapitalvermögen und gewerblichem Wertpapierhandel ähnlich der bei der Abgrenzung zwischen privaten Grundstücksveräußerungen und gewerblichem Grundstückshandel. Zunächst müssen die allgemeinen Kriterien für das Vorliegen eines Betriebes, also Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr vorliegen, und die Tätigkeit muss über die bloße Vermögensverwaltung hinausgehen. Die Abgrenzung zur Vermögensverwaltung beruht beim Wertpapierhandel auf ähnlichen Gesichtspunkten wie beim Grundstückshandel. Entsprechend der Unterschiedlichkeit der zugrundeliegenden Wirtschaftsgüter, weichen die Abgrenzungskriterien allerdings voneinander ab bzw haben mitunter einen anderen Stellenwert. Obwohl die Anzahl von Privatpersonen, die ihr Vermögen – auch aufgrund der niedrigen Zinsen auf herkömmliche Sparprodukte – in Wertpapieren veranlagen in den letzten Jahren stark gestiegen ist, ist bei Privatpersonen gewerblicher Wertpapierhandel eher selten anzutreffen. Weiters kann es, insbesondere bei Auftreten von Verlusten, eher vorteilhaft sein, wenn die Tätigkeit als gewerblich eingestuft wird.

5.1 Indizien für die Gewerblichkeit

Während der VwGH in seiner frühen Rechtsprechung das Hauptaugenmerk noch auf den Grad der Fremdfinanzierung der Tätigkeit gelegt hat, haben sich im Lauf der Zeit weitere Kriterien herausgebildet.¹⁵⁰ Ein Überschreiten der Vermögensverwaltung liegt vor, wenn die Tätigkeit nach Art und Umfang derart ausgeübt wird, dass nicht mehr von Vermögensverwaltung gesprochen werden kann und sich das Bild eines Gewerbebetriebs ergibt. Im Fall des Wertpapierhandels entspricht das Bild eines Gewerbebetriebs einer bankentypischen Tätigkeit. Dazu ist eine Gesamtbetrachtung der Umstände anzustellen.¹⁵¹ Die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr tritt als Abgrenzungsmerkmal eher in den Hintergrund. Dies umso mehr als sich der Steuerpflichtige im Rahmen seiner Tätigkeit Vertreter oder Kommissionäre, wie beispielsweise Banken bedienen kann und ihm dies als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr zugerechnet wird.¹⁵² In diesem Fall ist allerdings klar

¹⁵⁰ VwGH 26.7.2005, 2003/14/0050, ecolex 2005/413, 862.

¹⁵¹ EStR 2000 Rz 5427; Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 49.

¹⁵² VwGH 29.07.1997, 96/14/0115; Göth, Börsengeschäfte als Gewerbebetrieb, ecolex 1992, 440 (443); Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 82.

zu unterscheiden, ob die Bank als Berater oder als reiner Vermittler fungiert. Im ersten Fall ist Vermögensverwaltung naheliegend, im zweiten kann auch Gewerblichkeit vorliegen.¹⁵³

5.1.1 Fremdfinanzierung

Werden Wertpapiertransaktion durch Fremdkapital finanziert, spricht dies für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs. Begründet wird dies einerseits damit, dass mithilfe des Fremdkapitals eine Basis für eine dauernde Erwerbsquelle geschaffen werden kann und andererseits, dass das mit der Aufnahme von Fremdkapital verbundene Risiko für planmäßiges Handeln des Steuerpflichtigen spricht, das über die reine Vermögensverwaltung hinaus geht.¹⁵⁴ Der VwGH hat allerdings klargestellt, dass dem Einsatz von Fremdkapital nur eingeschränkte Indizwirkung zukommt, weil sich der Einsatz von Fremdkapital insbesondere am Anfang einer Tätigkeit auch im außerbetrieblichen Bereich etabliert hat.¹⁵⁵ Das BFG hat diese Rechtsansicht erst kürzlich bestätigt.¹⁵⁶ Von der Rechtsprechung außer Acht gelassen wurde, dass einigen Finanzinstrumenten, etwa im Bereich der Derivate, von vornherein ein Fremdkapitalanteil in Form des Hebels innewohnt, woraus sich in der Folge auch das hohe Risiko dieser Instrumente ergibt. Ein Risiko, das nicht nur aus dem drohenden Totalverlust besteht, sondern eben auch aus einer etwaigen Auffüllverpflichtung. Das mit der Aufnahme von Fremdkapital verbundene Risiko wird im Fall des Wertpapierhandels allerdings dadurch verschärft, dass zur Besicherung des Fremdkapitals in der Regel das Kapitalvermögen herangezogen wird, und unvorhergesehene Kursschwankungen den Steuerpflichtigen dazu zwingen können, dass er weitere Sicherheiten bereitstellen muss.

5.1.2 Umfang der Tätigkeit

Im Gegensatz zum Grundstückshandel, ist die regelmäßige Umschichtung des zugrundeliegenden Vermögens im Rahmen der Vermögensveranlagung in Kapitalvermögen grundsätzlich auch Teil der Vermögensverwaltung. Es liegt laut VwGH nämlich in der Natur des Wertpapierbesitzes, den Bestand zu optimieren und Kursgewinne zu realisieren. Liegt die Anzahl der jährlichen Transaktionen im Durchschnitt unter 30, so hat der VwGH dies noch nicht als gewerblich angesehen.¹⁵⁷ Auch hat der VwGH bei insgesamt 146 Transaktionen, mit erhebli-

¹⁵³ *Beiser/Farmer*, Die Verwaltung von Wertpapieren im Sinne des § 2 Abs 2 EStG Zur Abgrenzung von (Gewerbe)Betrieb und Vermögensverwaltung, RdW 1997, 100 (108).

¹⁵⁴ VwGH 26.6.1953, 1862/52 VwSlg 792 F; *Beiser/Farmer*, Die Verwaltung von Wertpapieren im Sinne des § 2 Abs 2 EStG Zur Abgrenzung von (Gewerbe)Betrieb und Vermögensverwaltung, RdW 1997, 100 (106).

¹⁵⁵ *Jakom/Peyerl*, EStG, 2020, § 23 Rz 51; VwGH 26.7.2005, 2003/14/0050 VwSlg 8047 F; VwGH 24.3.2004, 98/14/0179.

¹⁵⁶ BFG 15.6.2018, RV/7103132/2013 hier wurden über 2 Jahre verteilt zwischen 90 und 145 An- und Verkäufe vorgenommen.

¹⁵⁷ *Jakom/Peyerl*, EStG, 2020, § 23 Rz 51; VwGH 29.7.1997, 96/14/0115.

chem Einsatz von Fremdkapital das Vorliegen von Vermögensverwaltung bestätigt.¹⁵⁸ Wird eine hohe Anzahl von Transaktionen mit einer höheren Fremdkapitalquote bzw mehr zusätzlichem Aufwand verbunden, spricht dies wiederum eher für einen gewerblichen Wertpapierhandel.¹⁵⁹ Der Umfang des verwalteten Vermögens hat keine Auswirkungen, sofern der Verwaltungsaufwand im Verhältnis zum verwalteten Vermögen im Rahmen bleibt. Der Verwaltungsaufwand kann daher entsprechend proportional zum verwalteten Vermögen mit ansteigen. Die Richtlinien erlauben hier einen Vergleich mit Investmentfonds. Ist die Tätigkeit des Steuerpflichtigen mit der eines Investmentfonds vergleichbar, ist von Vermögensverwaltung auszugehen, weil Investmentfonds jedenfalls nach den Regeln der Vermögensverwaltung besteuert werden.¹⁶⁰ In diesem Licht werden auch sog „Daytrader“, die mithilfe der Möglichkeiten des Internets, täglich An- und Verkäufe tätigen, um Kursschwankungen auszunutzen, trotz der hohen Anzahl an Transaktionen, oder Personen, die sich eingehend mit dem Handel von Kapitalvermögen beschäftigen, unter Umständen als vermögensverwaltend einzustufen sein. Dies sieht das BFG ähnlich.¹⁶¹ Anders gelagert ist der Fall allerdings, wenn das „Daytrading“ hauptberuflich ausgeübt wird und sich objektiv das Bild eines Gewerbebetriebs entwickelt. In diesem Fall ist bei Zusammentreffen mit anderen Kriterien von einem Gewerbebetrieb auszugehen.¹⁶² Davon zu unterscheiden ist der professionelle Hochfrequenzhandel, bei dem aufgrund des dahinterstehenden Aufwands und Know-hows jedenfalls Gewerbebetrieb vorliegen wird.

Das Risiko der getätigten Transaktionen spielt für sich genommen keine Rolle. Sowohl eine gewerbliche als auch eine vermögensverwaltende Betätigung kommen in diesem Zusammenhang in Frage, weil risikobehaftete Investitionen unter beide Bereiche subsumiert werden können.¹⁶³

5.1.3 Organisation der Tätigkeit

In das Gesamtbild miteinzubeziehen ist auch die Art und Weise, wie der Steuerpflichtige die Tätigkeit betreibt. Bedient sich der Steuerpflichtige in Ausübung seiner Tätigkeit Banken als Kommissionäre, ist dies zwar für die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unschädlich, aufgrund der Einschränkungen bei einer Beziehung von Banken müssen aller-

¹⁵⁸ VwGH 25.2.1998, 98/14/0005 ÖStZB 1999, 36.

¹⁵⁹ Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 53 f.

¹⁶⁰ EStR 2000 Rz 5429 f; Jakom/Peyerl, EStG, 2020, § 23 Rz 54.

¹⁶¹ BFG 9.10.2017, RV/7105453/2015.

¹⁶² Thiele, Privater Wertpapierhandel via Internet, ÖStZ 2001, 503.

¹⁶³ Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 112; VwGH 24.3.2004, 2003/14/0096 VwSlg 7922 F.

dings weitere Kriterien für das Vorliegen eines gewerblichen Wertpapierhandels erfüllt sein. Begründet wird dies damit, dass der Steuerpflichtige auf die Abwicklung und die Kosten der Transaktionen nur sehr eingeschränkt Einfluss nehmen kann und sich nicht aktiv um einen Käufer oder Verkäufer bemühen muss, weil dies von der Bank organisiert wird.¹⁶⁴ Dass der Steuerpflichtige von der Bank darüber hinaus als Privatkunde eingestuft und daher einem höheren Schutzniveau unterliegt, kommt erschwerend dazu.¹⁶⁵ Verstärkt wird dies durch die modernen Möglichkeiten mit einem PC und einem Internetanschluss ohne Beiziehung einer Bank mit Wertpapieren zu handeln.¹⁶⁶ Dies wird allerdings auf jene Fälle einzuschränken sein, in denen sich der Steuerpflichtige darüber hinaus von der Bank betreuen lässt, indem er sich beispielsweise auch bezüglich der Zusammenstellung des Depots beraten lässt bzw sich seiner „Hausbank“ bedient, ohne Vergleiche zu billigeren Instituten bzw Anbietern anzustellen.¹⁶⁷ Daraus lässt sich ableiten, dass die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Abwicklung der Transaktionen und die damit verbundenen Kosten ein Kriterium zur Abgrenzung darstellen, wenn sich der Steuerpflichtige nicht um die kosteneffizienteste Möglichkeit bemüht.

Der VwGH nennt zu den weiteren Kriterien neben der Fremdfinanzierung und der Anzahl der Transaktionen, besonders, dass der Steuerpflichtige Transaktionen auf fremde Rechnung ausführt, das Unterhalten eines Büros zur Ausübung der Tätigkeit und überhaupt eine berufliche Nahebeziehung.¹⁶⁸

Übt der Steuerpflichtige seine Tätigkeit zumindest teilweise auf fremde Rechnung aus, spricht dies für Gewerblichkeit. Dabei handelt der Steuerpflichtige wie ein Händler, indem er Wertpapiere oder ähnliche Finanzinstrumente wie eine Ware anbietet und verkauft. Zu diesem händlertypischen Verhalten zählen auch das Anbieten der Händlerdienste und die aktive Werbung für die Tätigkeit. Geringfügige Tätigkeiten für Fremde sind in der Regel unschädlich, wenn sie nur gelegentlich passieren. In diesem Fall können aus derselben Tätigkeit zwei unterschiedliche Einkunftsarten entstehen, nämlich einerseits Einkünfte aus Kapitalvermögen und für die auf fremde Rechnung ausgeführten Transaktionen sonstige Einkünfte aus Leistun-

¹⁶⁴ *Steinhauser*, Die Abgrenzung der Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb bei einer beteiligungsverwaltenden Tätigkeit am Beispiel von Risikokapitalfonds, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2017, 77 (96).

¹⁶⁵ BFG 15.6.2018, RV/7103132/2013.

¹⁶⁶ *Thiele*, Privater Wertpapierhandel via Internet, ÖStZ 2001, 503.

¹⁶⁷ Dazu sei bereits auf die Ausführungen in Kapitel 5.1 hingewiesen.

¹⁶⁸ *Fellner* in *Hofstätter/Reichel*, EStG⁶⁶ § 23 Rz 95; VwGH 29.7.1997, 96/14/0115; VwGH 21.12.2005, 2003/14/0046.

gen gem § 29 Z 3 EStG.¹⁶⁹ Die Anzahl der Vertragspartner spielt allerdings keine eigenständige Rolle.¹⁷⁰

Eng mit dem Ausführen der Tätigkeit auf fremde Rechnung verbunden ist das Betreiben eines Büros bzw einer Organisation für die gewerbliche Tätigkeit im Bereich des Wertpapierhandels. Dazu zählen der Aufbau von effektiven Strukturen, Überlegungen zur Rechtsformgestaltung und der Zusammenschluss mit anderen Personen mit fachlich einschlägigem Wissen zur Nutzung von Synergien und Erweiterung des Geschäftsbereichs.¹⁷¹ Der Verweis darauf, dass die Abwicklung ausschließlich online erfolgt und daher kein Büro betrieben wird, wurde vom VwGH als unbedeutend eingestuft.¹⁷² Inwieweit dieser Rechtsprechung allerdings durch die in den letzten Jahren stattgefundene Digitalisierung und dem vielfältigen Onlineangebot weiterhin zu folgen ist, ist allerdings fraglich.¹⁷³ Meines Erachtens nach, ist der Handel mit Wertpapieren geradezu dazu prädestiniert, auch ohne Bürostrukturen ausgeübt zu werden, weshalb das tatsächliche Vorliegen eines Büros umso mehr für einen Gewerbebetrieb spricht.

Wie beim gewerblichen Grundstückshandel, ist auch beim gewerblichen Wertpapierhandel eine berufliche Nahebeziehung bzw eine hauptberufliche Betätigung im Wertpapierhandel ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs. Laut VwGH spricht insbesondere die Ausübung des Berufs des Wertpapiermaklers für einen gewerblichen Wertpapierhandel.¹⁷⁴

5.1.4 Zusammenfassung der Kriterien

Zusammenfassend lassen sich folgende Kriterien zusammenfassen. Großteils überschneiden sich die Kriterien bezüglich Wertpapierhandel und Grundstückshandel, die Kriterien für den Wertpapierhandel sind aber eher von technologischen Entwicklungen betroffen, als jene für den Grundstückshandel.

- Gesamtbetrachtung
- Anzahl der Transaktionen und zeitlicher Einsatz
- Händlertypisches Verhalten (bankentypische Vorgangsweise)
- Möglichkeit der Einflussnahme auf Transaktionsabwicklung und -kosten
- Tätigkeit auf fremde Rechnung

¹⁶⁹ Jakom/Peyerl, EStG¹³, § 23 Rz 51; VwGH 24.3.2004, 98/14/0179.

¹⁷⁰ Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 111.

¹⁷¹ Beiser/Farmer, Die Verwaltung von Wertpapieren im Sinne des § 2 Abs 2 EStG Zur Abgrenzung von (Gewerbe)Betrieb und Vermögensverwaltung, RdW 1997, 100 (108).

¹⁷² VwGH 26.7.2005, 2003/14/0050 VwSlg 8047 F.

¹⁷³ Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 109.

¹⁷⁴ VwGH 19.3.2002, 2000/14/0018.

- Berufliche Nahebeziehung
- Grad der Organisiertheit des Steuerpflichtigen, insbesondere Betrieb eines Büros
- Fremdfinanzierung

5.2 Indizien gegen die Gewerblichkeit

Wird der Steuerpflichtige lediglich auf eigene Rechnung und überwiegend mit eigenem Vermögen tätig und bietet er seine Tätigkeit auch keinen anderen Personen an, hat also dementsprechend auch nicht den Willen auf fremde Rechnung tätig zu werden, wird in der Regel Vermögensverwaltung vorliegen. Da es laut VwGH in der Natur von Wertpapiergeschäften gelegen ist, den Bestand regelmäßig zu verändern, ist auch eine größere Anzahl an Transaktionen unschädlich. Unter diesen Umständen ist es auch unschädlich, wenn der Steuerpflichtige eine berufliche Nahebeziehung zu Wertpapiergeschäften hat oder hauptberuflich mit der Verwaltung von Kapitalvermögen befasst ist.¹⁷⁵ Dies zeigt sich auch daran, dass die meisten Erkenntnisse des VwGH aufgrund von Revisionen ergingen, die sich gegen die Aberkennung der Gewerblichkeit durch die Finanzämter richteten. Dies hängt mit den möglichen steuerlichen Vorteilen zusammen, den die Einstufung als gewerblicher Wertpapierhandel mit sich bringen kann. Da die Tätigkeit naturgemäß risikobehaftet ist, gilt dies vor allem für das Thema Verlustverwertung.

5.3 Auswirkungen der Gewerblichkeit

Grundsätzlich sind Einkünfte aus Kapitalvermögen im Privat- und Betriebsvermögen gleich zu behandeln. Das bedeutet, dass insbesondere auch im betrieblichen Bereich der besondere Steuersatz zur Anwendung kommt. Während Werbungskosten, wie im außerbetrieblichen Bereich, dem Abzugsverbot unterliegen, ist der Ansatz von Anschaffungsnebenkosten im betrieblichen Bereich explizit vorgesehen. Weiters ist es möglich Teilwertabschreibungen vorzunehmen. Abgesehen von den im folgenden behandelten Ausnahmen sind im betrieblichen Bereich der Verlustausgleich gem § 6 Z 2 lit c EStG und auch ein Verlustvortrag möglich. Verluste sind vorrangig mit positiven Einkünften aus realisierten Wertsteigerungen und Veräußerungen von Derivaten zu verrechnen. Ein verbleibender Verlustüberhang darf zu 55% mit anderen Einkünften verrechnet werden, sofern der besondere Steuersatz anwendbar ist.¹⁷⁶ Daher ist die Möglichkeit der Verlustverwertung iHv 55% nicht für Einkünfte aus realisierten Wertsteigerungen gegeben, wenn gem § 27a Abs 6 EStG der Schwerpunkt in der Erzielung

¹⁷⁵ Kauba in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²¹ § 23 Rz 110; EStR 2000 Rz 5431.

¹⁷⁶ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 53 f.

solcher Einkünfte liegt, und der besondere Steuersatz daher nicht anwendbar ist.¹⁷⁷ Im Privatvermögen ist der Verlustausgleich nur zwischen den Einkünften, die mit dem besonderen Steuersatz besteuert werden einerseits möglich, und andererseits zwischen den Einkünften die dem Tarif unterliegen. Betriebliche und außerbetriebliche Einkünfte dürfen nicht miteinander verrechnet werden. Ein Verlustvortrag ist nicht zulässig.¹⁷⁸

Liegt der Schwerpunkt der betrieblichen Tätigkeit in der Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen, unterliegen realisierte Wertsteigerungen und Einkünfte aus Derivaten nicht dem besonderen Steuersatz. Früchte unterliegen dem besonderen Steuersatz. Bei einem gewerblichen Wertpapierhandel liegt der Schwerpunkt jedenfalls im Erzielen solcher Einkünfte. Die Finanzverwaltung geht analog zum Grundstückshandel bei 20% Anteil Wertpapierhandel von einem Schwerpunkt aus.¹⁷⁹ Zu beachten ist weiters, dass gem § 2 Abs 2a TS 2 EStG Betriebe, deren Schwerpunkt in der Verwaltung von unkörperlichen Wirtschaftsgütern liegt, vom Verlustausgleich und -vortrag ausgeschlossen sind. Diese Verluste sind mit Gewinnen aus derselben Tätigkeit frühestmöglich zu verrechnen. Es handelt sich daher um Wartetastenverluste. Dazu zählt der gewerbliche Wertpapierhandel und es ist unerheblich, ob die Wirtschaftsgüter im Anlage- oder Umlaufvermögen gehalten werden. Dies wurde mittels Verordnung¹⁸⁰ festgestellt und vom VfGH¹⁸¹ als verfassungskonform bestätigt.¹⁸² Damit soll verhindert werden, dass verlustbringende Betriebe nur zum Zweck der Reduktion der Steuerlast betrieben werden.¹⁸³ Dem wird entgegengehalten, dass es sich beim Wertpapierhandel eben nicht um Verwaltung handelt, sondern um einen Handel, weshalb dieser nicht unter das Verlustverwertungsverbot fallen soll.¹⁸⁴ Vor der Anwendung des Verlustverwertungsverbots ist allerdings zu prüfen, ob aufgrund der entstehenden Verluste nicht ohnehin Liebhaberei bzw überhaupt Gewerblichkeit vorliegt, weil das Verbot nur für betriebliche Einkünfte gilt.¹⁸⁵ Bei konsequenter Beachtung des Verlustverwertungsverbots verfallen somit auch Anlaufverluste und Verluste, die sich aus einem vorübergehenden Einbruch oder einer einmaligen Fehlinvestition ergeben. Da gerade die Preise von Wertpapieren Kursschwankungen unterliegen und bereits hochdotierte Konzerne aufgrund von Bilanzfälschungen von heute auf morgen völlig ihren

¹⁷⁷ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 56.

¹⁷⁸ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27 Rz 412 ff.

¹⁷⁹ Jakom/Marschner, EStG, 2020, § 27a Rz 56; Kirchmayr in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG¹⁶ § 27a Rz 191.

¹⁸⁰ VO BGBl 734/1996.

¹⁸¹ VfGH 2.10.1998, B 553/98.

¹⁸² Hofstätter/Reichel, EStG⁶⁶ § 2 Rz 129; EStR 2000 Rz 160; VwGH 24.10.2002, 2002/15/0080.

¹⁸³ Neuber, Gewerblicher Wertpapierhandel, ÖStZ 1998, 98.

¹⁸⁴ Beiser/Farmer, Die Verwaltung von Wertpapieren im Sinne des § 2 Abs 2 EStG Zur Abgrenzung von (Gewerbe)Betrieb und Vermögensverwaltung, RdW 1997, 100.

¹⁸⁵ Toifl in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, EStG²⁰ § 2 Rz 177/1.

Wert verloren haben, ist das völlige Verlustverwertungsverbot meiner Meinung nach überzogen und zwingt risikobewusste Steuerpflichtige quasi in die Sicherheit einer GmbH.

6 Kryptowährungen

Seit der Erfindung der Blockchain kommt ihrer Anwendung als Kryptowährung die überwiegende Bedeutung zu. Prominentester Vertreter der Kryptowährungen ist Bitcoin. Angeheizt wird das Thema durch Ankündigungen großer Unternehmen eigene Kryptowährungen etablieren zu wollen.¹⁸⁶ Neben dem, von vielen Seiten gelobten, Anwendungsbereich als mehr oder weniger anonyme Parallelwährung ohne staatliche Aufsicht, werden Kryptowährungen auch ob ihrer, in der Vergangenheit hohen, Kursschwankungen als lukratives Spekulationsobjekt geschätzt. Aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche werden Kryptowährungen vielfach auch Krypto-Assets genannt bzw statt des Begriffs Kryptowährungen hat sich auch der Begriff der virtuellen Währungen etabliert. Aufgrund des steigenden öffentlichen Interesses gibt es bereits verschiedene Versuche, sowohl des Gesetzgebers als auch der Lehre, Kryptowährungen rechtlich einzuordnen und der Besteuerung zu unterwerfen. Judikatur gibt es, abgesehen von unionsrechtlichen Entscheidungen bezüglich einzelner Aspekte in der Umsatzsteuer, noch keine. Um eine fundierte Einordnung in das österreichische Rechts- und Besteuerungssystem vorzunehmen, lohnt es sich zunächst die technischen Grundlagen zu erörtern, aus denen sich die spezifischen Eigenheiten einer Kryptowährung ergeben und anhand derer Vergleiche zu anderen Wirtschaftsgütern gezogen werden können.

Für die Betrachtung im Kontext der Einordnung als Gewerbebetrieb oder Vermögensverwaltung ist zunächst zu klären, welcher Einkunftsart im Rahmen der außerbetrieblichen Einkunftsarten eine Tätigkeit zuzuordnen ist. Sodann ist klar zwischen den einzelnen Möglichkeiten im Zusammenhang mit einer Kryptowährung tätig zu werden, zu differenzieren. Diese sind zunächst auf das Vorliegen der Kriterien eines Betriebs zu überprüfen und dann auf das Überschreiten der Vermögensverwaltung in Richtung Gewerblichkeit. Hierfür sind die aus dem gewerblichen Grundstückshandel und dem gewerblichen Wertpapierhandel entwickelten Kriterien heranzuziehen.

6.1 Technische Grundlagen

Den in dieser Arbeit behandelten Kryptowährungen eigen ist, dass sie auf einer Blockchain basieren. Davon gibt es unterschiedliche Spielarten. Neben der Anwendung als Kryptowährung, gibt es Tendenzen zur Anwendung im juristischen Bereich zur Beglaubigung von Ver-

¹⁸⁶ Zum Beispiel hat das Unternehmen Facebook 2019 verkündet, eine eigene digitale Währung erschaffen zu wollen.

trägen und zum Schutz geistigen Eigentums, in der Industrie und in der Medizin, etwa zur Speicherung von Patientendaten. Jedenfalls wird der Blockchain-Technologie in den kommenden Jahren größere Bedeutung zukommen.¹⁸⁷ Sofern die Ausführungen dieser Arbeit auf andere virtuelle Währungen umgelegt werden sollen, ist darauf zu achten, dass diese mit den auf einer Blockchain basierenden vergleichbar sind.

6.1.1 Blockchain

Die Blockchain, auch Distributed-Ledger-Technologie¹⁸⁸ genannt, ist eine Kette von Datensätzen, die öffentlich und dezentral geführt wird und kryptographisch abgesichert ist. Die Datensätze, die Blöcke genannt werden, stellen in den meisten Fällen Transaktionen dar, die zunächst noch bestätigt werden müssen. Die Transaktion kann beispielweise die Überweisung einer virtuellen Währung oder eine andere Übertragung, für die die Blockchain genutzt wird, darstellen. Bei der Bestätigung wird festgestellt, ob die Transaktion im Widerspruch zu den bereits in der Blockchain enthaltenen Transaktionen steht. Dies geschieht im Fall von Bitcoin durch einen Validator, der in Zuge dessen eine komplexe Rechenaufgabe zu lösen hat, deren Lösung durch Ausprobieren erfolgt und es oftmals vorgesehen ist, dass sich der Schwierigkeitsgrad abhängig von der Anzahl der aktiven Validatoren verändert. Der Validator hat somit einerseits festzustellen, ob die Transaktion korrekt ist und andererseits die Rechenaufgabe zu lösen. Die Fähigkeit zur Lösung der Rechenaufgabe ist somit Voraussetzung für die Betätigung als Validator. Am Beispiel von Bitcoin und vielen anderen Altcoins¹⁸⁹ wird der Validator „Miner“ genannt. Das mining erfolgt in der Regel mithilfe aufwändiger Computertechnologie unter erheblichem Stromverbrauch. Bei der Erstellung einer Blockchain gibt es somit zwei Arten von Beteiligten: Die Validatoren, die Transaktionen bestätigen und in die Blockchain einfügen und die Clients, die Transaktionen zur Verfügung stellen. Die Lösung der Rechenaufgabe erfolgt durch alle Validatoren zeitgleich und derjenige Block, der als erstes errechnet wurde, wird an die Blockchain angehängt. Werden zwei Blöcke zeitgleich errechnet, erhält die Blockchain zwei Enden, an denen weitergerechnet wird. Dasjenige Ende, das allerdings zuerst erweitert wird, wird schließlich zum einzig gültigen Ende. Das andere Ende und die in der Zwischenzeit errechneten Erweiterungen werden in diesem Fall wieder als unbestätigt eingestuft und müssen später erneut bestätigt und in die Blockchain eingefügt werden. Durch diesen Prozess wird sichergestellt, dass alle in der Blockchain enthaltenen Transaktionen gültig sind und nicht nachträglich verändert werden können. Dies wird Konsensverfahren

¹⁸⁷ Rinderle-Ma/Klas, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 40 f.

¹⁸⁸ Distributed ledger in deutsch übersetzt bedeutet so viel wie verteiltes Kassenbuch.

¹⁸⁹ Als Altcoins werden andere virtuelle Währungen als Bitcoin bezeichnet, die aber auf ähnlichen Grundsätzen wie Bitcoin basieren.

genannt.¹⁹⁰ Andererseits ergibt sich durch die mögliche Spaltung der Blockchain und der Möglichkeit, dass bereits bestätigte Transaktionen wieder zurück in den Pool der unbestätigten Transaktionen fallen, zumindest für eine kurze Zeit ein gewisser Grad an Unsicherheit.¹⁹¹ Würde ein Miner eine unrechtmäßige Transaktion in die Blockchain aufnehmen, würden in der Theorie, die anderen Miner diesen Block ignorieren und dem betrügerischen Miner würde keine Gegenleistung zukommen, während er die Kosten für das Mining weiterhin tragen muss.¹⁹²

Die Blockchain ist öffentlich, weil sämtliche Transaktionen abgespeichert werden und öffentlich zugänglich sind. Dezentral bedeutet, dass die Blockchain nicht zentral gespeichert wird, sondern jeder Nutzer in einem Peer-to-Peer System eine Kopie der Blockchain abspeichert, diese gegebenenfalls erweitert und an alle anderen Nutzer verteilt. Für eine Transaktion werden ein Public Key, das ist die Adresse des Empfängers und ein Private Key, der als Passwort für den Public Key darstellt bzw. als Adresse fungiert. Der Private Key kann entweder von einem Nutzer persönlich verwahrt werden oder in einer sog. „Wallet“ hinterlegt werden. Ein Nutzer besitzt daher in Wahrheit kein Konto mit einem Guthaben, sondern eine Adresse auf der Transaktionen eingegangen sind und die durch den Private Key geschützt werden, bis eine Weiterüberweisung stattfindet.¹⁹³ Neben dem skizzierten Bestätigungsverfahren, welches Proof-of-Work Verfahren genannt wird, gibt es auch andere Verfahren, die teilweise wesentlich effizienter und ressourcenschonender sind. Bei diesen ist kein Mining-Prozess in der aufwändigen Lösung einer Rechenaufgabe vonnöten, sondern nur die Validation, weshalb Blockchains die auf diesem Verfahren beruhen, oft gar keine virtuelle Währung enthalten und nur für andere Anwendungen benutzt werden. Daneben gibt es aber auch Kryptowährungen, die nicht auf einer Blockchain im eigentlichen Sinn basieren, sondern Systeme benutzen, die einer Blockchain ähnlich sind.¹⁹⁴

Als Anreiz die Bestätigung von Transaktionen durchzuführen, erhält der Miner eine Gegenleistung. Diese kann entweder direkt aus der virtuellen Währung bestehen oder aus einer in-

¹⁹⁰ Rinderle-Ma/Klas, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 23 ff; *Völkel*, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385 (386 f); *Brauneis/Mestel*, Finanzwissen – allgemein verständlich: Kryptowährungen, ÖBA 2018, 711 (713 f).

¹⁹¹ *Schmidt*, Kryptowährungen und Blockchains (2019) 32.

¹⁹² *Schmidt*, Kryptowährungen und Blockchains 39.

¹⁹³ Rinderle-Ma/Klas, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 23 ff; *Völkel*, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385.

¹⁹⁴ Rinderle-Ma/Klas, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 35 f.

ternen Verrechnungseinheit und besteht in der Regel aus einer von vorherein pro Block festgelegten Vergütung und den Transaktionskosten. Die Transaktionskosten, soweit solche vorgesehen sind, können von den Clients frei gewählt werden, womit sie Einfluss auf die Geschwindigkeit der Bestätigung haben, weil Miner in der Regel jene Bestätigungen zuerst vornehmen werden, bei denen sie den meisten Profit machen. Im Fall von Bitcoin erhält der Miner neben den Transaktionskosten für jeden Block eine bestimmte Anzahl von Bitcoins, die sich alle 210.000 Blöcke halbiert. Dieser Zeitpunkt wird Halving genannt.¹⁹⁵

6.1.2 Anwendungsbereiche der Blockchain

Wie bereits erwähnt, deckt die Anwendung der Blockchain-Technologie im Zusammenhang mit virtuellen Währungen bereits jetzt nur einen Teilbereich der Anwendungsmöglichkeiten der Blockchain ab. Speziell die Themenkomplexe der smart contracts und der Initial Coin Offerings können steuerrechtliche Implikationen mit sich bringen.

6.1.2.1 *Smart contracts*

Bei smart contracts handelt es sich um die automatische Abwicklung von Verträgen über die Blockchain. Wirtschaftsgüter, die mittels smart contracts gehandelt werden, werden als smart property bezeichnet. Durch die Eigenschaften der Blockchain sollen die abgeschlossenen Verträge sicherer und effizienter als herkömmliche Vertragsabschlüsse sein. Smart contracts können auch dazu genutzt werden, Verträge abzuschließen, die aufgrund der mangelnden Möglichkeiten den Vertragspartner im Rahmen von herkömmlichen Vertragsabschlüssen zu überprüfen, nicht durchführbar wären. Die rechtliche Einordnung solcher Vertragsabschlüsse hängt hierbei auch erheblich davon ab, inwieweit sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft derart abgewickelt werden. Bekanntester Anbieter solcher smart contracts ist Ethereum.¹⁹⁶

6.1.2.2 *Initial Coin Offerings*

Initial Coin Offerings (kurz: ICO) sind, ähnlich eines Initial Public Offerings von Aktien am Kapitalmarkt, eine blockchainbasierte Methode Kapital zu beschaffen. Dabei wird von einem Unternehmen oder einer Person auf einer Blockchain ein sog Token zum Verkauf gegen eine virtuelle oder echte Währung angeboten. Als Basis für den Kauf kommt beispielsweise ein smart contract in Frage, weshalb sehr viele ICOs über Ethereum laufen. Das ICO ähnelt daher

¹⁹⁵ Rinderle-Ma/Klas, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 30.

¹⁹⁶ Schmidt, Kryptowährungen und Blockchains 50, 57; Buchleitner/Rabl, Blockchain und Smart Contracts Revolution oder alter Wein im digitalen Schlauch? *ecolex* 2017, 4 (6).

einer Finanzierung mittels Crowdfunding, wobei die Funktion des ausgegebenen Tokens unterschiedlich sein kann.¹⁹⁷

Zum einen gibt es sog Utility Token, die ähnlich einem Gutschein, den Anspruch auf ein Wirtschaftsgut oder eine Dienstleistung des emittierenden Unternehmens vermitteln. Diesen ähnlich sind Currency oder Payment Tokens, die als Zahlungsmittel für die Güter oder Dienstleistungen fungieren sollen. Asset backed Tokens vermitteln einen Anspruch auf ein Wirtschaftsgut, das bei Einlösung des Tokens herausgegeben werden soll. Die letzte Art von Tokens sind sog Security Tokens, die ähnlich einer Aktie, einen Anteil am herausgebenden Unternehmen und Beteiligung am Gewinn vermitteln. Mitunter gibt es auch Mischformen oder Tokens, die gar keinen Anspruch vermitteln. Zwar vermitteln ICOs eine relativ unkomplizierte Methode zur Kapitalbeschaffung, die insbesondere für Start-ups oder risikobehaftete Unternehmungen attraktiv sein können, allerdings gibt es auch sehr viele unseriöse Anbieter, deren Tokens wenig bis gar keinen Wert haben.¹⁹⁸ Eine Möglichkeit solche Tokens zu bewerben sind Airdrops und Bounties. Im Falle von Airdrops werden zu Werbezwecken Besitzern von coins der Blockchain auf der, der ICO stattfindet oder stattfinden wird, Tokens gratis überlassen. Eine Bounty erhalten dagegen nur jene, die aktiv Werbemaßnahmen für den entsprechenden ICO durchführen.¹⁹⁹

6.1.2.3 Unterscheidung Coin und Token

Damit eine Unterscheidung zwischen Coin und Token innerhalb eines Systems einer virtuellen Währung stattfinden kann, muss das jeweilige System beides vorsehen bzw die Emission von Token, also ICOs vorsehen. Bestes Beispiel hierfür ist Ethereum. Bei Ethereum gibt es einerseits den Coin Ether, der mit Bitcoin vergleichbar ist und beliebig viele verschiedene Tokens. Ether ist hierbei die der Blockchain immanente Währung, die durch das mining erschaffen wird. Token sind das oben beschriebene Ergebnis von ICOs, die nicht durch mining erschaffen und vermehrt werden können. Beiden gemeinsam ist ihre Eigenschaft als Wertträger und ihre Übertragbarkeit über die Blockchain.²⁰⁰

6.2 Anwendung von Kryptowährungen

Ausgehend von den Ausführungen zu den technischen Grundlagen und den umgangssprachlichen Ähnlichkeiten zu einer echten Währung, liegt die Versuchung nahe, Analogien zu echten

¹⁹⁷ Brauneis/Mestel, Finanzwissen – allgemein verständlich: Kryptowährungen, ÖBA 2018, 711 (717).

¹⁹⁸ Schmidt, Kryptowährungen und Blockchains 61.

¹⁹⁹ Schmidt, Kryptowährungen und Blockchains 66; Pischel, Steuerliche Beurteilung von Einkünften aus Airdrops und Bounties bei Kryptowährungen, eolex 2020, 129.

²⁰⁰ Völkel, Initial Coin Offerings aus kapitalmarktrechtlicher Sicht, ZTR 2017, 103 (104).

Währungen in Form von Bankeinlagen zu ziehen. Bankeinlagen, auch genannt Buchgeld verbriefen allerdings eine Forderung gegenüber einem Bankinstitut. Kryptowährungen liegen aber keine Forderungen zugrunde, sondern beziehen ihren Wert aus der Möglichkeit zwischen Nutzern übertragen werden zu können. Um diese Übertragbarkeit im Kontext des österreichischen Zivilrechts rechtssicher möglich machen zu können, muss die rechtliche Natur von Kryptowährungen bestimmt werden.²⁰¹ Der Großteil der Lehre widmet sich in ihren Publikationen der virtuellen Währung Bitcoin, weil diese die höchste Bekanntheit besitzt. Soweit eine virtuelle Währung allerdings Bitcoin gleichartig ist, sind die rechtlichen Ausführungen dazu übertragbar. Die wichtigsten Merkmale sind, dass die Währung auf einer Blockchain oder einem vergleichbaren System beruht, in diesem, sämtliche stattgefundenen Transaktionen gespeichert sind, diese unveränderlich sind und es eines Schlüssels bzw Passworts bedarf um eine Transaktion durchzuführen.²⁰²

Bei Transaktionen von Kryptowährungen kommt der Unterscheidung zwischen dem Handel „on chain“ und dem Handel „off chain“ große Bedeutung zu. Beim Handel „on chain“ handelt es sich um die oben beschriebene Transaktion, die tatsächlich nach erfolgreicher Bestätigung in der Blockchain festgehalten wird. Als Handel „off-chain“ wird der Handel auf einem Marktplatz wie beispielsweise einer Kryptobörse bezeichnet, im Zuge dessen der Käufer lediglich eine Forderung gegenüber dem Marktplatz innehat, der das Guthaben verwaltet. Eine Transaktion „on-chain“ liegt in weiterer Folge erst dann vor, wenn der Kunde sein Guthaben in der Kryptowährung etwa in Euro konvertieren möchte.²⁰³

6.2.1 Rechtliche Einordnung

Kryptowährungen sind in zivilrechtlicher Hinsicht unter den Sachbegriff des ABGB zu subsumieren, weil sie sich erstens vom Menschen unterscheiden und zweitens beherrschbar sind. Innerhalb des Sachbegriffs des ABGB wird allerdings in weiteren Kategorien unterschieden, wovon es abhängig ist, ob einzelne Regelungen anwendbar sind oder nicht. Konkret handelt es sich bei Kryptowährungen daher um unkörperliche, bewegliche, verbrauchbare und vertretbare Sachen. Wesentlich ist hier insbesondere die Einordnung als unkörperlich, weil das ABGB aus historischen Gründen eher auf körperliche Sachen zentriert ist. Daraus ergibt sich, dass Kryptowährungen Inhalt von Rechtsgeschäften sein können. Nach dem österreichischen Zivilrecht ist hierfür ein Verpflichtungs- und ein Verfügungsgeschäft nötig. Das Verpflichtungs-

²⁰¹ *Völkel*, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385 (387).

²⁰² *Völkel*, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385 (385 f).

²⁰³ *Weilinger/Miernicki*, Kryptowährungen im Zivil- und Verbraucherschutzrecht in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 97; *Brauneis/Mestel*, Finanzwissen – allgemein verständlich: Kryptowährungen, ÖBA 2018, 711 (716).

tungsgeschäft stellt den Titel des Rechtsgeschäfts dar. Dieses kann etwa ein Kauf, ein Tausch oder eine Schenkung sein. Im Rechtsverkehr mit virtuellen Währungen liegt, wenn diese gegen Geld getauscht werden, ein Kaufvertrag, wenn Kryptowährungen gegen Waren gehandelt werden, ein Tauschvertrag vor. Diesbezüglich ergeben sich keine Probleme. Problematisch wird erst das Verfügungsgeschäft bzw der Modus. Grundsätzlich sieht das Zivilrecht als Regelfall die Übergabe bzw die Einverleibung in das Grundbuch bei Grundstücken vor. Dies ist bei virtuellen Währungen allerdings aufgrund ihrer technischen Ausgestaltung nicht möglich. In Frage kommt auch die Zession, welche allerdings nicht möglich ist, weil einer virtuellen Währung in der Regel keine Forderung innewohnt, die abgetreten werden könnte. Als Modus kommt daher lediglich die Übergabe durch Erklärung in Frage. Diese erfolgt im Fall von virtuellen Währungen durch die Anweisung der Transaktion innerhalb des Systems der jeweiligen Währung.²⁰⁴ Damit in Zusammenhang steht auch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs. Diese wird in analoger Anwendung der §§ 367 und 371 ABGB bejaht. Begründet wird dies mit dem Rechtsschein, der auf der Unveränderlichkeit der Blockchain beruht und der Ähnlichkeit virtueller Währungen mit tatsächlichem Geld. Für die Übertragbarkeit dieser Ergebnisse auf andere Kryptowährungen als Bitcoin, ist es allerdings, wie bereits erwähnt, nötig, dass diese auf denselben Prinzipien wie Bitcoin beruht.²⁰⁵

Eine andere Meinung wird mitunter bezüglich der Einordnung von virtuellen Währungen vertreten, deren Schlüssel auf einem physischen Medium gespeichert wurde. Als Beispiele werden dazu Rubbellose oder gravierte Münzen genannt. In diesem Fall soll die Währung als körperliche Sache betrachtet werden. Dem wird entgegengehalten, dass trotz Speicherung des Schlüssels auf einem physischen Medium, diese auch losgelöst von diesem Medium und nach der Zerstörung desselben übertragen werden kann.²⁰⁶

ICOs können zivilrechtlich als *invitatio ad offerendum* angesehen werden, bei denen bei Zustandekommen des Vertrags ein Kauf- oder Tauschvertrag vorliegt. Bei Übertragung eines Tokens ist zu unterscheiden ob der Token eine Forderung verbrieft oder nicht. Verbrieft der Token eine Forderung ist zu beurteilen, ob die Forderung unabhängig von dem Token abgetreten werden kann oder ob der Token, ähnlich einem Inhaberpapier, die Forderung verbrieft

²⁰⁴ *Fleißner*, Eigentum von unkörperlichen Sachen am Beispiel Bitcoin, ÖJZ 2018/56, 437; *Vonkilch/Knoll*, Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB, JBI 2019, 139.

²⁰⁵ *Vonkilch/Knoll*, Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB, JBI 2019, 139; *Weilinger/Miernicki*, Kryptowährungen im Zivil- und Verbraucherschutzrecht in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 101 f.

²⁰⁶ *Zust Völkel*, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385 (388); abl *Fleißner*, Eigentum von unkörperlichen Sachen am Beispiel Bitcoin, ÖJZ 2018/56, 437; ebenso *Vonkilch/Knoll*, Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB, JBI 2019, 139.

und die Übertragung der Forderung daher an die Übertragung des Tokens gebunden ist. In letzterem Fall und in dem Fall, dass der Token keine Forderung verbrieft, sind die zivilrechtlichen Ausführungen bezüglich der Übertragung von Coins einschlägig.²⁰⁷

6.2.2 Einordnung als Zahlungsmittel

Gegenstand zahlreicher Diskussionen ist die Einordnung von virtuellen Währungen als Zahlungsmittel. Hierfür sind diese mit konventionellem Geld zu vergleichen. Dass es sich bei virtuellen Währungen um kein Buchgeld, wie es Bankeinlagen darstellen, handelt, wurde bereits erörtert.

In der Wirtschaftstheorie muss Geld drei Kriterien erfüllen: Es muss als Zahlungsmittel tauglich sein, die Funktion einer Recheneinheit erfüllen und als Wertaufbewahrungsmittel dienen können. Die Tauglichkeit von virtuellen Währungen als Zahlungsmittel zu dienen ist an ihrer Akzeptanz zu messen. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass im Unterscheid zu staatlich ausgegebenen Geld, kein Annahmezwang besteht und es sich bei einer Bezahlung mit einer virtuellen Währung um eine Leistung an Zahlungs statt handelt, die einer Annahme bedarf. Einer anderen Interpretation zufolge, handelt es sich um eine Leistung zahlungshalber, bei der Schuldbefreiung erst eintritt, wenn der Gläubiger sich daraus befriedigt hat. Gegen die Einordnung als Zahlungsmittel spricht auch die Tatsache, dass es in Österreich nicht möglich ist, Abgaben in einer virtuellen Währung zu entrichten. Während die Funktion als Recheneinheit definitiv gegeben ist, ist die Funktion als Wertaufbewahrungsmittel umstritten. Dies liegt an den hohen Wertschwankungen, die virtuelle Währungen derzeit vor allem als Spekulationsobjekt attraktiv machen. Dazu ist erneut zu erwähnen, dass eine Kryptowährung kein intrinsischer Wert zukommt, sondern dieser sich aus ihrer Seltenheit und dem Aufwand des minings ergibt. Um eine inflationäre Entwertung von Bitcoin zu verhindern hat diese eine Obergrenze von 21 Millionen Einheiten einprogrammiert. Diese Obergrenze wird allerdings durch die Vielzahl an anderen virtuellen Währungen relativiert. Die Wertentwicklung von Bitcoin nach Erreichen der Obergrenze wird sich in der Zukunft zeigen. Aus diesen Gründen liegt aus wirtschaftstheoretischer Sicht kein Geld im herkömmlichen Sinn vor.²⁰⁸ In der Lehre wird aufgrund dieser Überlegungen und dem Fehlen einer staatlich und gesetzlich festgelegten Ausgabe- bzw Aufsichtsstelle für eine Einordnung unter das Eigentumsrecht bzw unionsrechtlich unter die Warenverkehrsfreiheit argumentiert. Aufgrund der Komplexität von virtuellen Währungen kann diese Einordnung allerdings nicht pauschal für jedes Rechtsgebiet herangezogen

²⁰⁷ Schmidt, Kryptowährungen und Blockchains 123 f.

²⁰⁸ Schmidt, Kryptowährungen und Blockchains 8 ff; Diwok/Gritsch, Bitcoin, Geldbegriffe und Zahlungsmittel, ZFR 2020, 64 (64).

werden, sondern muss für jeden Themenkomplex eine individuelle Betrachtung angestellt werden.²⁰⁹ Für die Zwecke des Steuerrechts ist jedenfalls die Einordnung als Sache iSd des Zivilrechts maßgebend.

Der EuGH²¹⁰ stuft Bitcoin als alternatives Zahlungsmittel iSd Mehrwertsteuersystem-RL²¹¹ ein. Daher ist der Umtausch von herkömmlichen Währungen in Bitcoin und umgekehrt von der Umsatzsteuer befreit. Der EuGH tat dies trotz der Tatsache, dass Bitcoin überwiegend als Spekulationsobjekt genutzt wird. Dies wird als Schritt in Richtung einer Akzeptanz als Zahlungsmittel gewertet.²¹²

6.2.3 Anwendungsteilbereiche

Im Folgenden sollen die Themenbereiche eingegrenzt und erörtert werden, die für die steuerrechtliche Beurteilung relevant sind.

6.2.3.1 Mining

Die technischen Grundlagen des minings und der damit verbundene Aufwand durch Hardware- und Energieverbrauch wurden bereits erörtert. Unklar ist allerdings noch die rechtliche Einordnung der Vergütung. Diese setzt sich in den meisten Fällen aus der „Belohnung“ für die Bestätigung, dem sog block reward und den Transaktionskosten zusammen. Auf den ersten Blick scheint es naheliegend zwischen diesen beiden Bestandteilen komplett zu differenzieren, als die Belohnung vom miner quasi selbst erstellt wird, die Transaktionskosten hingegen als Entgelt für eine Vorziehung der Bestätigung einer Transaktion gewertet werden könnten.²¹³

Bei dem block reward handelt es sich zivilrechtlich um einen originären Erwerb, weil die neuen Coins erst durch die erfolgreiche Verkettung eines neuen Blocks entstehen. Insbesondere in Frage kommt der Erwerb durch Zuwachs, genauer gesagt der künstliche Zuwachs durch Verarbeitung gem § 414ff ABGB. Hierbei entsteht durch Verarbeitung einer Sache eine neue Sache, wobei im Fall des minings die verarbeiteten Sachen die Rechenleistung und die

²⁰⁹ *Diwok/Gritsch*, Bitcoin, Geldbegriffe und Zahlungsmittel, ZFR 2020, 64 (65); *Piska*, Kryptowährungen und ihr Rechtscharakter – eine Suche im Bermuda-Dreieck, *ecolx* 2017, 632; *Rirsch/Tomanek*, Sind Crypto-Assets Waren? – Ja und Nein! ZFR 2018, 553.

²¹⁰ EuGH C-264/14, *Hedqvist*, ECLI:EU:C:2015:718.

²¹¹ RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, AB L 2006/347, 1-118.

²¹² *Diwok/Gritsch*, Bitcoin, Geldbegriffe und Zahlungsmittel, ZFR 2020, 64 (74).

²¹³ *Gorzala/Hanzl*, Glückauf! Mining von Kryptowährungen zwischen GesbR und Glücksvertrag, ÖJZ 2018, 845.

verbrauchte Energie sind.²¹⁴ Eine andere Rechtsansicht sieht in der Gemeinschaft aller miner eine GesbR, für die kaum formale Voraussetzungen gelten und stufen den block reward als Gewinnausschüttung derselben ein. Wiederum eine andere Meinung sieht im block reward eine Auslobung, welche aber, wie im Folgenden dargestellt, eher zu der Transaktionsgebühr passt.²¹⁵

Da es sich bei den Transaktionsgebühren um einen, von einem Anwender festgelegten, Betrag handelt, liegt ein derivativer Eigentumserwerb vor. Da aufgrund des technischen Ablaufs des minings der Erfolg zum einen in hohem Maß vom Zufall abhängt und der miner zu keiner Zeit in einem Vertragsverhältnis zum Anwender steht, fällt die mögliche Einordnung als Entgelt iSd Zivilrechts weg. Trotz des Zufallsfaktors ist das mining nicht als Glücksspiel einzustufen, weil vertreten wird, dass es für ein Glücksspiel einen Gewinner und einen Verlierer geben muss, was beim mining nicht der Fall ist. Die überwiegende Mehrheit in der Literatur stuft die Transaktionsgebühren als Auslobung iSd § 860 ABGB ein. Hierbei handelt es sich um ein einseitiges Rechtsgeschäft, das durch seine öffentliche Bekanntmachung verbindlich wird. Der Anwender verspricht für die Erfüllung einer Leistung, im Fall des minings die Bestätigung einer Transaktion, eine Belohnung in Form der Transaktionsgebühr.²¹⁶

Das mining kann entweder alleine oder als Gemeinschaft betrieben werden. In zweiterem Fall spricht man von pool-mining im Gegensatz zum solo-mining. Beim pool-mining schließen mehrere miner ihre Rechenleistung zusammen und teilen sich die erwirtschafteten Einnahmen gleichmäßig auf. Ein ähnliches Konzept verfolgt das sog cloud-mining bei der ein Anbieter gegen Entgelt eine gewisse Zeit lang eine gewisse Menge an Rechenleistung zur Verfügung stellt. Die erwirtschafteten Einnahmen fließen dem Investor zu. Dieser kauft sich also lediglich eine gewisse Menge an Rechenleistung und hofft, dass mit dieser Coins erwirtschaftet werden können.²¹⁷

6.2.3.2 *Handel/Spekulation/Geldanlage*

Der Handel mit virtuellen Währungen kann auf verschiedenen Wegen stattfinden. Zunächst können Kryptowährungen von einer Person im Rahmen eines physischen Treffens weitergegeben werden, bei dem der Austausch einer konventionellen Währung gegen die Durchfüh-

²¹⁴ *Völkel*, Privatrechtliche Einordnung der Erzeugung virtueller Währungen, *ecolex* 2017, 639.

²¹⁵ *Gorzala/Hanzl*, Glückauf! Mining von Kryptowährungen zwischen GesbR und Glücksvertrag, *ÖJZ* 2018, 845 (848).

²¹⁶ *Völkel*, Mining von virtuellen Währungen als Alternativer Investmentfonds? *ZFR* 2018, 317 (319); *Gorzala/Hanzl*, Glückauf! Mining von Kryptowährungen zwischen GesbR und Glücksvertrag, *ÖJZ* 2018, 845 (849).

²¹⁷ *Schmidt*, Kryptowährungen und Blockchains 41 f.

nung einer Transaktion vorgenommen wird. Dem ähnlich ist der Kauf an einem Automaten, dem entweder Bar- oder Buchgeld zugeführt wird und welcher dafür entweder eine neue Adresse mit dem passenden Schlüssel ausgibt bzw eine Transaktion auf eine bestehende Adresse durchführt. Hierbei fallen in der Regel Gebühren für die Benützung an. Daneben können virtuelle Währungen über Kryptobörsen oder von Eigenhändlern erworben werden.²¹⁸ Der Handel an Kryptobörsen ist dem an Wertpapierbörsen nachempfunden. Es können daher, wie am normalen Aktienmarkt Orders aufgegeben werden und abhängig vom Angebot, Kryptowährungen zu einem bestimmten Preis gekauft werden. Besonders am Handel an Kryptobörsen ist, dass der Handel bzw die Veranlagung an diesen in der Regel off-chain erfolgt. Erst wenn ein Guthaben auf eine andere Adresse transferiert werden soll, erfolgt eine on-chain Transaktion. Für den Handel an Kryptobörsen fallen meistens geringe Gebühren an, der Investor verliert aber, ähnlich wie bei der Veranlagung in Wertpapieren an Bankinstituten, die Möglichkeit, in die Abwicklung und die Kosten aktiv einzugreifen.²¹⁹

Eine weitere Art in Kryptowährungen zu investieren und von Wertschwankungen zu profitieren ist, über spezielle Kryptofonds oder Indexzertifikate, die am Wertpapiermarkt gehandelt werden.²²⁰

6.3 Steuerliche Einordnung

Aus Sicht des Steuerrechts ist einerseits zu klären, in welche Einkunftsart Einkünfte im Zusammenhang mit Kryptowährungen fallen und andererseits ob gegebenenfalls eine Differenzierung zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb geboten ist und welche Kriterien dafür anwendbar sind.

6.3.1 Mining

Das BMF stuft das mining in steuerrechtlicher Hinsicht grundsätzlich als Einkünfte aus Gewerbebetrieb ein, weil das mining der Herstellung sonstiger Wirtschaftsgüter gleichzusetzen ist.²²¹ In der Literatur wird diese pauschale Einordnung zunehmend angezweifelt und auf die unterschiedlichen Ausformungen des minings und den Unterschied zwischen block reward und Transaktionskosten hingewiesen.²²² Damit ein Gewerbebetrieb vorliegt, müssen die Kriterien der Selbständigkeit, Nachhaltigkeit, Gewinnerzielungsabsicht und der Beteiligung am

²¹⁸ *Schmidt*, Kryptowährungen und Blockchains 14 ff.

²¹⁹ *Brauneis/Mestel*, Finanzwissen – allgemein verständlich: Kryptowährungen, ÖBA 2018, 711 (716).

²²⁰ *Brauneis/Mestel*, Finanzwissen – allgemein verständlich: Kryptowährungen, ÖBA 2018, 711 (718).

²²¹ <https://www.bmf.gv.at/themen/steuern/sparen-veranlagen/Steuerliche-Behandlung-von-Krypto-Assets.html> (zuletzt abgerufen am 12.7.2020).

²²² *Varro*, Bitcoin-Mining: nicht steuerbares Glücksspiel? taxlex 2017, 399.

allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr vorliegen. Selbständigkeit wird jedenfalls in der Form des solo-minings und abhängig von der Art der Beteiligung auch beim pool-mining gegeben sein, weil der miner das volle Unternehmerwagnis trägt und in keiner Art von Dienstverhältnis steht. Wird das pool-mining oder cloud-mining allerdings nur zu Veranlagungszwecken betrieben, bei dem regelmäßig Vergütungen fließen, wird aufgrund fehlenden Unternehmerwagnisses, die Selbständigkeit in der Literatur eher verneint.²²³ Da sich allerdings die Abgrenzungsfrage zum Dienstverhältnis aufgrund fehlender Merkmale eines Dienstverhältnisses meiner Ansicht nach nicht stellt, ist die mangelnde Selbständigkeit vernachlässigbar und die Argumentation sollte sich vielmehr auf das Bild eines Gewerbebetriebs konzentrieren. Da das mining mit erheblichem Aufwand und Anfangsinvestitionen verbunden ist, wird in der Regel auf Wiederholungsabsicht und daher Nachhaltigkeit geschlossen werden können. Fehlt das Kriterium der Nachhaltigkeit kommen sonstige Einkünfte aus Leistungen in Frage. Auch Gewinnerzielungsabsicht wird in der Regel vorliegen, wenngleich es auch denkbar wäre, dass ein miner sich nicht vorrangig um des Gewinnes wegen betätigt, sondern schlicht um das System der virtuellen Währung, für welches er schließlich einen elementaren Beitrag leistet, zu unterstützen. Nachdem ein miner allerdings nur mit den entsprechenden Ressourcen einen Beitrag leisten kann und in diesem Fall in jedem Fall eine Vergütung erhält, wird in der Regel Gewinnerzielungsabsicht vorliegen. Andernfalls wäre Liebhaberei denkbar.²²⁴ Dazu ist festzuhalten, dass sich ein miner anhand seiner Ressourcen ausrechnen kann, wie hoch seine Einnahmen im Durchschnitt sein werden und darauf seine Unternehmung aufbauen kann.²²⁵ Die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr wird zum einen mit der Begründung bejaht, dass der miner seine Leistung einem unbegrenzten Personenkreis anbietet, andererseits wird in der Literatur auch zwischen dem block reward und den Transaktionskosten differenziert. Die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr wird im Fall des block rewards verneint, weil es keinen Partner am Markt gibt und die Belohnung einzig vom Zufall abhängig sei. In diesem Zusammenhang werden Einkünfte aus dem block reward als nicht steuerbares Glücksspiel eingestuft. Dem wird entgegengehalten, dass beim mining eben nicht das aleatorische Element überwiegt und jeder miner zum einen eine Leistung erbringt und zum anderen durch seine Teilnahme die Sicherheit des Systems stärkt, indem er die Dominanz eines Individuums oder einer Gruppe beim mining verhindert.²²⁶ Folgt man der Rechts-

²²³ *Inreiter/Marschner*, Steuerrechtliche Überlegungen zu „KRYPTO“ – einem Mining-Geschäftsmodell, taxlex 2018, 19 (22).

²²⁴ *Petutschnig*, Sind Bitcoins ertragsteuerpflichtig? ÖStZ 2014, 353 (356 f).

²²⁵ *Schmidt*, Kryptowährungen und Blockchains 38 f.

²²⁶ *Petutschnig*, Sind Bitcoins ertragsteuerpflichtig? ÖStZ 2014, 353 (357), das Fehlen eines expliziten Partners wird für unschädlich gehalten; ebenso *Schmidt*, Kryptowährungen und Blockchains 135 f; aA *Varro*, Bitcoin-Mining: nicht steuerbares Glücksspiel? taxlex 2017, 399 = *Varro/Sturma*, Ertragsteuerliche Beurteilung von

ansicht, dass die Gemeinschaft aller miner eine GesbR bildet und die block reward eine Ausschüttung darstellt²²⁷, würden meiner Meinung nach, gemäß der Abfärbetheorie, gemäß der bei einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft, die auch nur im geringsten Ausmaß gewerbliche Einkünfte erzielt, immer Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen, jedenfalls immer Einkünfte aus Gewerbebetrieb bei jedem miner vorliegen, weil zumindest ein miner immer entsprechende Aufwände tätigen muss, um als gewerblich eingestuft werden zu können. Da dieser Meinung allerdings ohnehin, meiner Meinung nach, nicht zu folgen ist, ist dieses Gedankenspiel vernachlässigbar.

Schlussendlich muss für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs die reine Vermögensverwaltung überstiegen werden. Dies ist beim mining jedenfalls der Fall, weil es sich nicht um reine Fruchtziehung handelt.²²⁸

Zusammenfassend kann daher, der Sicht des BMF und der überwiegenden Literatur folgend, davon ausgegangen werden, dass beim solo-mining oder in der Regel auch beim pool-mining Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen. Anders im Fall des cloud-minings, welches eher dem Bild der Vermögensverwaltung entspricht und daher keinen Gewerbebetrieb darstellt. In diesem Fall liegen sonstige Einkünfte aus Leistungen gem §§ 29 iVm 31 EStG vor, weil der Steuerpflichtige zwar für eine Leistung eine Gegenleistung erhält, diese aber in keine andere Einkunftsart eingeordnet werden kann.²²⁹

Da es sich bei virtuellen Währungen um unkörperliche Wirtschaftsgüter handelt, ist zu prüfen ob diese vom Aktivierungsverbot für selbst hergestellte bzw unentgeltlich erworbene unkörperliche Wirtschaftsgüter umfasst sind. Dies wird verneint, weil es sich nicht um einen unentgeltlichen Erwerb handelt, sondern diese als Gegenleistung für die Dienstleistung des miners in dessen Vermögen übergehen.²³⁰

Kryptowährungen und ICOs in *Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler*, Digitalisierung im Konzernsteuerrecht (2018) 134.

²²⁷ Siehe Kapitel 6.3.2.1.

²²⁸ *Wimmer*, Grundsatzaspekte der ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Kryptowährungen in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 218.

²²⁹ *Wimmer*, Grundsatzaspekte der ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Kryptowährungen in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 219.

²³⁰ *Petutschnig*, Sind Bitcoins ertragsteuerpflichtig? ÖStZ 2014, 353 (358); *Wimmer*, Grundsatzaspekte der ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Kryptowährungen in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 210.

6.3.2 Zinstragende Veranlagung/grundlegende Einordnung

Da es sich bei virtuellen Währungen um unkörperliche Wirtschaftsgüter, und nicht um Finanzinstrumente handelt, erfolgt die Besteuerung im Privatvermögen grundsätzlich im Rahmen der Spekulationseinkünfte gem § 31 EStG, wenn diese innerhalb der Spekulationsfrist verkauft werden. Zur Ermittlung des Anschaffungszeitpunkts empfiehlt sich die Dokumentation über die Anschaffung und die Anwendung der FIFO-Methode. Im Betriebsvermögen erfolgt die tarifmäßige Besteuerung.²³¹ Diese Ansicht ist auch durch das BMF gedeckt, allerdings sieht das BMF dann eine Ausnahme vor, wenn Krypto-Assets zinstragend veranlagt werden. In diesem Fall soll die virtuelle Währung ein Wirtschaftsgut iSd § 27 Abs 3 EStG darstellen, wobei der Vergleich zu einer Fremdwährungsforderung gezogen wird. Dies hätte zur Folge, dass sowohl die Früchte, als auch die Realisation Einkünfte aus Kapitalvermögen darstellen und immer der tarifmäßigen Besteuerung unterliegen.²³²

Dem wird entgegengehalten, dass zum einen Kryptowährungen per se keine Früchte generieren und nicht unter den Begriff der Wirtschaftsgüter iSd § 27 EStG subsumiert werden können und zum anderen, dass diesen keine Kapitalforderung iSd § 27 Abs 2 Z 2 EStG inneohnt und sie auch nicht unter die Überlassung von Sachkapital subsumiert werden können. Darüber hinaus stellt die Überlassung von virtuellen Währungen, um daraus Zinsen zu erhalten die Ausnahme dar, deren rechtliche Einordnung aufgrund der technischen Eigenheiten der Blockchain nicht unproblematisch erscheint.²³³ Auch eine Übertragung von virtuellen Währungen zum Zwecke der Veranlagung und Generierung von Zinsen stellt keine Überlassung von Kapital gem § 27 Abs 2 EStG dar, weshalb lediglich Einkünfte aus Leistungen gem § 29 Z 3 EStG vorliegen.²³⁴ In der Regel werden daher, sofern nicht die Voraussetzungen für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs gegeben sind, Einkünfte aus Spekulationsgeschäften vorliegen.

Einer anderen Meinung zufolge, sollen Kryptowährungen (in besagtem Artikel werden explizit Bitcoins genannt) Derivate darstellen, weil sie eine Option auf Eintauch in eine gesetzlich anerkannte Währung beinhalten. In diesem Fall wären Kryptowährungen Wirtschaftsgüter iSd

²³¹ *Polivanova-Rosenauer/Linder*, Besteuerung von Kryptowährungen im Privatvermögen in Österreich und der Schweiz, RdF 2018, 239 (240 f).

²³² EStR 2000 Rz 6143, 6201.

²³³ *Polivanova-Rosenauer*, Kryptowährung – eine weitere Anlageklasse oder ein Wirtschaftsgut sui generis? taxlex 2017, 376; *Gewessler/Heilinger*, Steuerliche Einordnung von Kryptowährungen – eine neverending Story? taxlex 2018, 145; *Steinhauser/Egger*, Unternehmens- und steuerbilanzielle Einordnung von Kryptowährungen am Beispiel des Bitcoins in *Urnik/Fritz-Schmied*, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018, 31 (54 ff).

²³⁴ *Polivanova-Rosenauer*, Kryptowährung – eine weitere Anlageklasse oder ein Wirtschaftsgut sui generis? taxlex 2017, 380.

§ 27 EStG. Dem ist entgegenzuhalten, dass Kryptowährungen kein underlying zugrunde liegt und überdies kein Annahmewang herrscht und die Möglichkeit der Einlösung der Option daher unsicher ist.²³⁵

6.3.3 Handel/Spekulation

Da die grundlegende Einordnung von Einkünften im Zusammenhang mit Kryptowährungen geklärt ist, stellt sich die Frage, ab wann ein Handel mit Kryptowährungen, auch genannt Krypto-trading, die bloße Vermögensverwaltung übersteigt und ein Gewerbebetrieb vorliegt. Unter Handel mit Kryptowährungen ist sowohl der Kauf und Verkauf von Kryptowährungen gegen Geld, als auch der Eintausch gegen andere virtuelle Währungen zu verstehen. Was das nötige Vorliegen eines Betriebes betrifft, ist auf die diesbezüglichen Ausführungen zu verweisen. Die Kriterien der Selbständigkeit, Gewinnabsicht und der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr werden in der Regel gegeben sein, für die benötigte Nachhaltigkeit darf der Handel nicht nur gelegentlich stattfinden.

Als Vergleichsthematiken sind die in dieser Arbeit behandelten Bereiche des Grundstücks-handels und des Wertpapierhandels heranzuziehen und die aus diesen herausgearbeiteten Argumente anzuwenden. Insbesondere der Vergleich zum Wertpapierhandel bietet sich aufgrund der thematischen Nähe an, während die Überschneidungen bei Grundstücken und Kryptowährungen weniger groß sind, weil sich die zugrundeliegenden Wirtschaftsgüter größer unterscheiden und sich bei Kryptowährungen nicht dieselben Möglichkeiten für zusätzliche Leistungen bieten.²³⁶

Mitunter wird als Vergleichsmaterie auch der Handel mit Edelmetallen bzw Münzen herangezogen, zu dem Judikatur insbesondere vonseiten des deutschen BFH²³⁷ vorhanden ist. Der VwGH²³⁸ äußerte sich zu diesem Thema im Zusammenhang mit der Frage, ob Nachhaltigkeit vorliegt derart, dass Nachhaltigkeit gegeben ist, wenn es sich nicht um gelegentliche Veräußerungen von aus angespartem Vermögen finanzierten Edelmetallen handelt. Daher sind insbesondere die Anzahl der Transaktionen, der Zusammenhang zwischen Anschaffung und Veräußerung und die Art der Finanzierung relevant. Ähnliche Kriterien hat auch der BFH heran-

²³⁵ *Beiser*, Sind Bitcoins Derivate? ÖStZ 2018, 3; abl *Wimmer*, Grundsatzaspekte der ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Kryptowährungen in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 205.

²³⁶ *Bramshuber/Steinhauser*, Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung beim Handel mit Krypto-Assets in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 231.

²³⁷ BFH 19.1.2017, IV R 50/14.

²³⁸ VwGH 12.12.1988, 87/15/0107.

gezogen.²³⁹ Die Übertragbarkeit dieser Kriterien auf den Krypto-Handel wird in der Literatur verneint, weil die zugrundeliegenden Wirtschaftsgüter aufgrund des verbundenen Risikos und der Handlungsoptionen nicht vergleichbar sind.²⁴⁰ Dem ist meiner Meinung nach zuzustimmen, weil die zugrundeliegenden Wirtschaftsgüter, abgesehen von der Ähnlichkeit der Bezeichnung, kaum Ähnlichkeiten aufweisen.

Aus den allgemeingültigen Abgrenzungskriterien lässt sich jedenfalls bereits ableiten, dass die Vermögensverwertung gegenüber der Vermögensverwaltung im Vordergrund stehen muss, der Handel planmäßig stattfinden muss und Wiederholungsabsicht gegeben sein muss. Art und Umfang von zusätzlichen Leistungen wird im Zusammenhang mit Kryptowährungen eher geringere Bedeutung zukommen.

6.3.3.1 *Vergleich Grundstückshandel*

Der Vergleich mit dem gewerblichen Grundstückshandel hinkt vor allem aus dem Grund, dass die zugrundeliegenden Wirtschaftsgüter grundverschieden sind. Während Grundstücke sich nicht so leicht veräußern lassen und der Betrachtungszeitraum daher eher langfristig ausgelegt ist, können Kryptowährungen kurzfristig und auf entsprechenden Marktplätzen gehandelt werden. Zudem können Grundstücke auch nur zur Fruchtziehung genutzt werden, während dies bei Kryptowährungen nur in speziellen Fällen möglich ist. Dennoch können einige Kriterien übernommen werden.

Der beim Grundstückshandel dominierende Faktor der Planmäßigkeit, welches sich allen voran durch zusätzliche Leistungen auszeichnet, ist für den Handel mit Kryptowährungen wenig tauglich, weil sich dabei keine ähnlichen Möglichkeiten bieten, wie beispielsweise die Baureifmachung beim Grundstückshandel. Zwar kämen die Überwachung und Evaluierung des verwalteten Vermögens als zusätzliche Leistungen in Frage, allerdings sind diese Tätigkeiten auch im privaten Bereich üblich. Beim Motiv für die Veräußerung wird allerdings wie beim Grundstückshandel danach zu unterscheiden sein, ob die Kryptowährungen tatsächlich zur spekulativen Geldvermehrung oder aus anderen Gründen, wie beispielsweise tatsächlich zur Nutzung als Zahlungsmittel, angeschafft wurden. Jedenfalls auf den Handel mit Kryptowährungen übertragbar ist das werbende Auftreten. Werbung ist jedenfalls ein Indiz für gewerbli-

²³⁹ *Brameshuber/Steinhauser*, Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung beim Handel mit Krypto-Assets in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 234 f.

²⁴⁰ *Brameshuber/Steinhauser*, Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung beim Handel mit Krypto-Assets in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 238 f.

ches Krypto-trading. Eine berufliche Nahebeziehung ist meiner Ansicht nach bei Kryptowährungen derzeit noch schwer vorstellbar, weil bei jenen Steuerpflichtigen die sich in derartiger Intensität mit Kryptowährungen beschäftigen, von einer hauptberuflichen Tätigkeit ausgegangen wird können. Dazu sei auf den Vergleich zum Wertpapierhandel verwiesen. Bei jenen Steuerpflichtigen, die sich hauptberuflich mit Kryptowährungen beschäftigen, wird das Argument der beruflichen Nahebeziehung von der hauptberuflichen Tätigkeit konsumiert.

Das zweite beim Grundstückshandel dominierende Kriterium, die Anzahl der Transaktionen, ist aufgrund der eingangs beschriebenen Unterschiedlichkeit der betroffenen Wirtschaftsgüter selbst schwer auf den Handel mit Kryptowährungen übertragbar. Dazu ist der Vergleich zum Wertpapierhandel jedenfalls zielführender. Unbestritten übertragbar ist allerdings der Grundsatz, der auch beim Wertpapierhandel zur Anwendung kommt, dass auf das Gesamtbild im Einzelfall abzustellen ist. Bezüglich des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung ist schwer ein Vergleich zu ziehen, weil sich im Fall von Kryptowährungen bei längeren Zeiträumen zwischen der Anschaffung und der Veräußerung eher nicht die Frage nach einem Gewerbebetrieb stellen wird.

Die Fremdfinanzierung wird beim Handel mit Kryptowährungen eine größere Rolle zur Einordnung als Gewerbebetrieb spielen als beim Handel mit Grundstücken, weil Kryptowährungen normalerweise keine Früchte abwerfen, aus denen sich etwaige Zinsen und Spesen decken lassen, weshalb in diesem Fall von vornherein von Verkaufsabsicht auszugehen ist.

In Summe lässt sich sagen, dass es jedenfalls auch im Fall von Krypto-trading für einen Gewerbebetrieb sprechen wird, wenn der Steuerpflichtige werbend auftritt und seine Tätigkeit mittels Fremdkapitals mitfinanziert. Dabei ist auf eine Gesamtbetrachtung der Umstände abzustellen.

6.3.3.2 *Vergleich Wertpapierhandel*

Eine hohe Umschichtungshäufigkeit wird wie beim Wertpapierhandel allein noch nicht für eine Einordnung als Gewerbebetrieb ausreichen. Auch beim Handel mit Kryptowährungen liegt es in der Natur der Sache den Bestand zu optimieren. Bei Kryptowährungen wird dies zusätzlich durch den spekulativen Charakter verstärkt. Werden sich schlecht entwickelnde Coins und Tokens nicht rechtzeitig abgestoßen, bzw auf eine veränderte Marktlage nicht rechtzeitig reagiert, kann der Verlust mitunter ungleich höher ausfallen als bei klassischen

Wertpapieren.²⁴¹ Auch der Umfang des in Kryptowährungen veranlagten Vermögens und die Anzahl der Transaktionen können für sich nicht ausschlaggebend sein. Zum Umfang des verwalteten Vermögens ist das zum Wertpapierhandel Gesagte bezüglich des Verwaltungsaufwands zu übernehmen. Aus den gleichen Gründen wie bei der Umschlagshäufigkeit ist die Anzahl der Transaktionen für sich nicht ausschlaggebend.²⁴² Da bereits beim Wertpapierhandel das Risiko der Anlagestrategie für die Frage der Gewerblichkeit keine Auswirkungen hat, gilt dies für den risikoreicheren Handel mit Kryptowährungen umso mehr.

Nachdem der Fremdfinanzierung auch beim Wertpapierhandel nur eingeschränkte Indizwirkung zugunsten gewerblichen Handelns zukommt und eine anfängliche Fremdfinanzierung generell toleriert wird, wird dies auch auf den Handel mit Kryptowährungen zutreffen, wobei dies im Zusammenhang mit dem höheren Risiko eines Kursabsturzes bei Kryptowährungen kritisch zu sehen ist und auf die Argumentation bezüglich des Mangels an laufenden Erträgen zur Deckung der Zinsen und Spesen zu verweisen ist.²⁴³

Im Fall des Wertpapierhandels gilt es für die Frage der Gewerblichkeit als schädlich, wenn der Steuerpflichtige nicht auf die Kosten und die Abwicklung von Transaktionen Einfluss nehmen kann. Dies liegt insbesondere vor, wenn er sich Banken als Kommissionäre bedient. Hier kann der Vergleich zum Handel an Kryptobörsen bzw zum Handel on-chain und off-chain gezogen werden. Handelt der Steuerpflichtige an Kryptobörsen und daher in den meisten Fällen off-chain hat er keinen Einfluss auf einerseits die Modalitäten der Transaktion und andererseits den erzielten Preis, weil sich der Preis anhand von Angebot und Nachfrage ergibt. Dies spricht daher eher für eine vermögensverwaltende Tätigkeit.²⁴⁴ Anders ist dies beim Handel on-chain, wenn der Steuerpflichtige sich um einen direkten Handel mit anderen Besitzern von Kryptowährungen bemüht. In diesem Fall ist eher von einem Gewerbebetrieb auszugehen, umso mehr, als dies mit ungleich höherem Aufwand, einem größeren Netzwerk innerhalb der Krypto-Community und auch noch höherem Risiko – nicht nur in Form des

²⁴¹ *Brameshuber/Steinhauser*, Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung beim Handel mit Krypto-Assets in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 240.

²⁴² *Brameshuber/Steinhauser*, Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung beim Handel mit Krypto-Assets in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 241.

²⁴³ *Brameshuber/Steinhauser*, Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung beim Handel mit Krypto-Assets in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 242.

²⁴⁴ *Brameshuber/Steinhauser*, Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung beim Handel mit Krypto-Assets in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 240 f.

Risikos eines Wertverlusts, sondern auch durch das Restrisiko, das bei jeder Transaktion vorhanden ist – verbunden ist.

Direkt übertragbar als Indizien für einen Gewerbebetrieb sind das Handeln auf fremde Rechnung und das Unterhalten eines Büros bzw betrieblicher Organisationsstrukturen zur Ausübung der Tätigkeit. Dabei ist darauf abzustellen, ob der Steuerpflichtige ein händlertypisches Verhalten an den Tag legt. Im Fall des Wertpapierhandels wird auf eine bankenähnliche Tätigkeit abgestellt. Als entsprechendes Pendant würde bei virtuellen Währungen beispielsweise eine Kryptobörse in Frage kommen. Fraglich ist ob nicht mit fortschreitender Digitalisierung das Unterhalten eines physischen Büros in den Hintergrund tritt und bereits das Unterhalten einer Website für eine gewerbliche Tätigkeit spricht.²⁴⁵ Das tatsächliche Unterhalten von Büro-Strukturen, wird im umgekehrten Fall daher umso mehr für eine gewerbliche Ausübung sprechen. Auch eine berufliche Nahebeziehung deutet auf einen Gewerbebetrieb hin. Tätigkeiten, die dafür in Frage kämen, wären beispielsweise sog Coin-Analysten oder Betreiber von Krypto-Börsen. Wird die Tätigkeit hauptberuflich, das bedeutet, ähnlich einem Beruf, mit hohem (Zeit-)aufwand, Investitionen in Hard- und Software und Weiterbildung, ausgeübt, spricht dies für einen Gewerbebetrieb. Dazu ist auf die Ausführungen zum „Daytrading“ zu verweisen, wobei diesbezüglich ein anderer Maßstab als beim Wertpapierhandel anzulegen ist, weil es meiner Meinung nach, sicher schwieriger ist, mit Kryptowährungen langfristig Geld zu verdienen, als mit Wertpapieren. Dazu ist allerdings anzumerken, dass die Anzahl der im Zusammenhang mit Kryptowährungen tätigen Personen und Unternehmen stetig zunimmt, was dafürspricht, dass sich damit ein geregeltes Einkommen erzielen lässt.

6.3.3.3 *Fazit*

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Feststellung eines gewerblichen Kryptohandels anhand einer Beurteilung des Gesamtbildes der Tätigkeit im Einzelfall stattfinden muss. Gewerblichkeit wird dann vorliegen, wenn der Steuerpflichtige hauptberuflich ein händlertypisches Verhalten an den Tag legt. Dazu gehören das planmäßige Unterhalten von Bürostrukturen, eigenständiges Bemühen um Handelsabschlüsse und damit verbunden eine werbende Tätigkeit. Erfolgt der Handel direkt, ohne die Einschaltung von Intermediären spricht dies für einen Gewerbebetrieb. Weiters spricht es für eine gewerbliche Tätigkeit, wenn zum einen Fremdkapital eingesetzt wird und zum anderen Geschäfte auf fremde Rechnung abgeschlos-

²⁴⁵ Gegenteilig dazu allerdings VwGH 26.07.2005, 2003/14/0050; eine Online-Abwicklung spricht nicht automatisch für einen Gewerbebetrieb.

sen werden. Für sich alleine keine tauglichen Indizien stellen die Umschichtungshäufigkeit und die Anzahl der Transaktion bzw die Höhe des verwalteten Vermögens dar.

6.3.3.4 Auswirkungen der Gewerblichkeit

Veräußerungen und der Eintauch von virtuellen Währungen im Privatvermögen werden aus oben genannten Gründen nur im Rahmen der Spekulationseinkünfte besteuert, wenn die Behaltdauer von einem Jahr unterschritten und zusätzlich der Freibetrag von 440 € überschritten wird.²⁴⁶ Anders gelagert wäre der Fall, wenn man der Auffassung der Finanzverwaltung iZm der zinstragenden Veranlagung folgen würde. In diesem Fall würden Einkünfte aus Kapitalvermögen vorliegen, und sowohl Früchte als auch die Realisierung von Wertsteigerungen in jedem Fall besteuert werden.²⁴⁷

Dem gegenüber sind Einkünfte im Zusammenhang mit dem Handel von Kryptowährungen bei Vorliegen von Einkünften aus Gewerbebetrieb jedenfalls steuerpflichtig, unabhängig von der Behaltdauer, und unterliegen der tarifmäßigen Besteuerung. Andererseits können etwaige Verluste genutzt werden. Werden virtuelle Währungen im Betriebsvermögen gehalten, sind diese als nicht abnutzbare, unkörperliche Wirtschaftsgüter, die dem Finanzvermögen ähnlich sind, je nachdem wie lange diese gehalten werden sollen, dem Anlage- oder Umlaufvermögen zuzuordnen. Eine Zuordnung hat jedenfalls zu erfolgen. Der Ansatz erfolgt mit den Anschaffungs- oder Herstellungskosten, wobei im Fall eines Einnahmen- Ausgaben-Rechners bereits im Zeitpunkt des Geldflusses zur Anschaffung eine Betriebsausgabe vorliegt und Teilwertabschreibungen nicht möglich sind. Auch im Betriebsvermögen wird der Einfachheit halber die Anwendung des FIFO-Verfahrens empfohlen.²⁴⁸

Liegt der Schwerpunkt eines Steuerpflichtigen in der Verwaltung von virtuellen Währungen, wird dieser, wie auch der gewerbliche Wertpapierhändler vom Verlustausgleichs- und -vortragsverbots des § 2 Abs 2a EStG umfasst sein.²⁴⁹

²⁴⁶ Doralt/Putschek, Ertragsteuerliche Aspekte in *Anderl*, Blockchain in der Rechtspraxis (2020), 235 f.

²⁴⁷ Wimmer, Grundsatzaspekte der ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Kryptowährungen in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 212.

²⁴⁸ Wimmer, Grundsatzaspekte der ertragssteuerrechtlichen Behandlung von Kryptowährungen in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger*, Kryptowährungen 206 ff.

²⁴⁹ Jakom/Laudacher EStG, 2020, § 2 Rz 163.

7 Conclusio

Zwar wurde mit dem Abgehen von der Quellentheorie im außerbetrieblichen Bereich die Bedeutung der Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb etwas entschärft, diese hat allerdings immer noch Relevanz, weil abhängig von der jeweiligen Einkunftsart, Vorteile wie auch Nachteile an die Einordnung geknüpft sind. Auch die große Anzahl an Entscheidungen dazu zeugt von praktischer Bedeutung und Konfliktpotential. Während die Richtlinien einige bedeutsame Spezialfälle erläutern, kann die Abgrenzungproblematik bei jeder Tätigkeit relevant werden, sofern sie in einer gewissen Intensität ausgeübt wird und umso mehr, wenn sie mit entsprechenden Gewinnen einhergeht, für die sich der Fiskus interessiert. Auf der anderen Seite kann bei Auftreten von Verlusten die Einordnung als Gewerbebetrieb aufgrund der Möglichkeiten Verluste ausgleichen und vortragen zu können, von Interesse sein.

Aus der Judikatur zum Grundstückshandel wurde der Grundsatz abgeleitet, dass sich kein pauschales Regelwerk zur Abgrenzung erstellen lässt. Viel mehr hat eine Gesamtbetrachtung bezogen auf den Einzelfall stattzufinden. Aus den Richtlinien lässt sich zur generellen Abgrenzung entnehmen, dass ein Gewerbebetrieb eher dann vorliegt, wenn die Vermögensverwertung gegenüber der Fruchtziehung in den Vordergrund rückt, zusätzliche Leistungen zur Erwirtschaftung eines höheren Ertrags erbracht werden und Planmäßigkeit und Wiederholungsabsicht vorliegen. Dazu lässt sich nach der Erörterung von Spezialfällen sagen, dass die Anwendbarkeit dieser Kriterien davon abhängt, um was für ein Wirtschaftsgut sich die Streitfrage dreht. Dies zum einen deshalb, weil eine Fruchtziehung nur bei bestimmten Wirtschaftsgütern möglich ist, weshalb bei Wirtschaftsgütern bei denen dies nicht möglich ist, die Verwertung keine eigenständige Rolle spielt, sondern schlicht die Tätigkeit darstellt. Zum anderen ist es beispielsweise bei unkörperlichen Wirtschaftsgütern unmöglich zusätzliche Leistungen anzubieten bzw werden denkmögliche zusätzliche Leistungen in der Regel auch bei privater Ausübung üblich sein. Die Planmäßigkeit und Wiederholungsabsicht lässt sich allerdings auf alle Bereiche umlegen, wobei Wiederholungsabsicht ohnehin schon für die Nachhaltigkeit einer Tätigkeit gegeben sein muss.

Der Handel mit Grundstücken dient als Paradebeispiel für einen Handel mit Wirtschaftsgütern, die einerseits aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht so leicht verkauft werden können und bei denen zusätzliche Leistungen erbracht werden können und die andererseits auch als Ein-

kunftsquelle zur schlichten Fruchtziehung dienen können. Die Schwierigkeit Grundstücke zu verkaufen, bedingt es einerseits, dass bei der Beurteilung ob Gewerblichkeit vorliegt auch die zeitliche Komponente berücksichtigt werden muss, weshalb auch länger auseinanderliegende Ankäufe und Verkäufe gemeinsam beurteilt werden müssen und andererseits, dass steigender Umfang immer ein klares Indiz für die Einordnung der Tätigkeit als gewerblicher Grundstückshandel bildet. Die Nähe zur Vermietung gebietet zunächst eine klare Abgrenzung zwischen der Vermietung und etwaigen Verkäufen, kann allerdings bei geringem Umfang auch eine Unterordnung von Transaktionen als Teil der Vermögensverwaltung bedingen. Der Grundstückshandel bietet auch zahlreiche Beispiele für zusätzliche Leistungen, die als planmäßige Wertsteigerung für einen Gewerbebetrieb sprechen.

Der Wertpapierhandel hat zwar mit dem Grundstückshandel gemeinsam, dass auch nur mit dem Halten der Vermögensgegenstände ein Einkommen generiert werden kann, allerdings ist der Verkauf von Wertpapieren in der Regel wesentlich einfacher möglich und Wertpapieren wohnt auch nicht dieselbe grundsätzliche Wertbeständigkeit wie Immobilien inne. Deshalb kommt der Umschichtung nicht so große Bedeutung zu wie beim Grundstückshandel, weil es, wie es der VwGH ausdrückt, in der Natur der Sache liegt, sein Portfolio zu optimieren. Beim Wertpapierhandel kommt es vielmehr darauf an, auf welche Art und Weise der Handel erfolgt, ob Geschäfte auf fremde Rechnung abgeschlossen werden und welches Bild sich nach außen hin ergibt. Dabei ist zu berücksichtigen, ob sich der Steuerpflichtige eines Vertreters oder Banken bedient und ob die Tätigkeit hauptberuflich ausgeübt wird. Ist es dem Steuerpflichtigen in der Art der Ausübung möglich, auf die Kosten und die Abwicklung von Transaktionen Einfluss zu nehmen, spricht dies für einen Gewerbebetrieb. Daneben lässt das Bestehen einer Organisation zur Ausübung, die dem typischen Bild eines Gewerbebetriebes entspricht, wie das Bestehen von Büroräumlichkeiten Schlüsse zur Abgrenzung zu.

Dem Grundstücks- und Wertpapierhandel gemeinsam ist, dass Werbung und eine berufliche Nahebeziehung für Gewerblichkeit sprechen und Fremdfinanzierung im Vergleich zu früherer Rechtsprechung eher in den Hintergrund getreten ist. Der VwGH vertritt diesbezüglich in seiner neueren Rechtsprechung die Ansicht, dass insbesondere in der Anfangsphase einer Tätigkeit auch bei reiner Vermögensverwaltung eine teilweise Fremdfinanzierung unschädlich ist. Daher kommt der Fremdfinanzierung im Zusammenspiel mit anderen Kriterien Indizwirkung zu, für sich alleine betrachtet ist diese allerdings unschädlich.

Bislang hat sich der VwGH noch nicht eindeutig dazu geäußert, wie es zu beurteilen ist, wenn jemand seine Tätigkeit ausschließlich über das Internet ausübt. Fraglich ist, ob dies die Schwelle zur Gewerblichkeit noch verringern kann, weil es bereits bei einer Ausübung über das Internet zur Gewerblichkeit kommen kann. In Zeiten, in denen einerseits sehr viele Dienstleistungen hauptsächlich über das Internet abgewickelt werden und andererseits das Homeoffice zunehmend auf Akzeptanz stößt und deshalb das typische Bild eines Gewerbebetriebs im Wandel begriffen ist, werden viele der von der Rechtsprechung bisher entwickelten Kriterien neu beurteilt werden müssen.

Daher lassen sich folgende allgemeingültige und spezielle Kriterien auflisten:

Allgemeingültige Kriterien:

- Planmäßigkeit
- Wiederholungsabsicht
- Strukturen entsprechend dem Bild eines Gewerbebetriebes
- Hauptberufliche Ausübung bzw berufliche Nahebeziehung
- Werbender Auftritt

Spezielle Kriterien

- Zusätzliche Leistungen
- Umfang der Tätigkeit
- Möglichkeit der Einflussnahme auf Kosten und Abwicklung von Transaktionen.

Abschließend lässt sich, wie am Handel mit Kryptowährungen gut erkennbar, zusammenfassen, dass jeder Abgrenzung zunächst erstens eine genaue Analyse des zugrundeliegenden Wirtschaftsguts und zweitens des vorliegenden Sachverhalts voranzugehen hat.

Der Themenkomplex der Kryptowährungen veranschaulicht den umfassenden Bedarf an wissenschaftlicher Aufarbeitung, wenn im Zuge des technologischen Fortschritts neue Wirtschaftsgüter auf den Markt kommen und sich neue Möglichkeiten zur Erwerbstätigkeit entwickeln. Aufbauend auf die rechtlichen und technischen Grundlagen kann die Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung anhand der vorangehend genannten Kriterien erfolgen. Die umfangreiche Diskussion um die steuerliche Einordnung von Kryptowährungen untermauert auch die Notwendigkeit, die bestehenden Kriterien neu zu interpretieren.

Es bleibt abzuwarten ob und inwiefern sich der Gesetzgeber des Themas Kryptowährungen und der Blockchain allgemein annehmen wird. Ein etwaiger Gesetzgebungsprozess hat sich aber nicht nur auf die sachen-, schuld- und steuerrechtlichen Implikationen zu beschränken, sondern auch gesellschafts- oder aufsichtsrechtliche Aspekte zu umfassen. Dazu ist zu erwähnen, dass bisherige Versuche, zumindest im Steuerrecht, wenig erfolgreich waren. In Puncto Kryptowährungen bleibt aber auch noch abzuwarten, in welche Richtung sich das Thema in Zukunft entwickeln wird. Ob es dabei bleibt, dass Kryptowährungen hauptsächlich als spekulatives Investment gesehen werden oder ob die Entwicklung in Richtung einer tatsächlichen Währungsfunktion geht. Spannend werden in diesem Zusammenhang auch die umfassenden Möglichkeiten sein, die sich im Zusammenhang mit smart contracts ergeben.

8 Literaturverzeichnis

8.1 Monografien und Kommentare

Axel Anderl (Hrsg), Blockchain in der Rechtspraxis, Wien 2020

Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn (Hrsg), Kommentar zum EStG (Loseblatt)

Doralt/Ruppe, Grundriss des österreichischen Steuerrechts, Band I, 12. Auflage, Wien 2019

Hofstätter/Reichel (Hrsg), Die Einkommensteuer (EStG 1988)

Kanduth-Kristen/Laudacher/Lenneis/Marschner/Peyerl, Jakom Einkommensteuergesetz, 13. Auflage, Wien 2020

Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Ehrke-Rabel/Kofler, Digitalisierung im Konzernsteuerrecht, Wien 2018

Quantschnigg/Schuch, Einkommensteuer-Handbuch, Wien 1993

Wiesner/Grabner/Wanke (Hrsg), EStG (Loseblatt)

8.2 Beiträge in Sammelwerken

Elisabeth Steinhauser, Die Abgrenzung der Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb bei einer beteiligungsverwaltenden Tätigkeit am Beispiel von Risikokapitalfonds, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2017, 77

Elisabeth Steinhauser und *Alexandra Egger*, Unternehmens- und steuerbilanzielle Einordnung von Kryptowährungen am Beispiel des Bitcoins in *Urnik/Fritz-Schmied*, Jahrbuch Bilanzsteuerrecht 2018, 31

Stefanie Rinderle-Ma und *Wolfgang Klas*, Technische Grundlagen & Entwicklungstendenzen der Blockchain-Technologie in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg), Kryptowährungen, Wien 2019

Arthur Weilinger und *Martin Miernicki*, Kryptowährungen im Zivil- und Verbraucherschutzrecht in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg), Kryptowährungen, Wien 2019

Alexander Wimmer, Grundsatzaspekte der ertragssteuerlichen Behandlung von Kryptowährungen in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg), Kryptowährungen, Wien 2019

Georg Brameshuber und *Elisabeth Steinhauser*, Zur Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und Vermögensverwaltung beim Handel mit Krypto-Assets in *Kirchmayr-Schliesselberger/Klas/Miernicki/Rinderle-Ma/Weilinger* (Hrsg), Kryptowährungen, Wien 2019

8.3 Beiträge in Fachzeitschriften

Reinhold Beiser, Die Ertragsbesteuerung von Immobilien im Licht des Gleichheitssatzes, SWK 2012, 826

Reinhold Beiser, Sind Bitcoins Derivate? ÖStZ 2018, 3

Reinhold Beiser und *Peter Farmer*, Die Verwaltung von Wertpapieren im Sinne des § 2 Abs 2 EStG Zur Abgrenzung von (Gewerbe)Betrieb und Vermögensverwaltung, RdW 1997, 100

Alexander Brauneis und *Roland Mestel*, Finanzwissen – allgemein verständlich: Kryptowährungen, ÖBA 2018, 711

Georg Diwok und *Daniel Gritsch*, Bitcoin, Geldbegriffe und Zahlungsmittel, ZFR 2020, 64

Lisa Fleißner, Eigentum von unkörperlichen Sachen am Beispiel Bitcoin, ÖJZ 2018/56, 437

Karin Fuhrmann, Gewerblicher Grundstückshandel oder Vermögensverwaltung, wenn teilweise Kauf- und Wohnungseigentums-Verträge abgeschlossen, teilweise Wohnungen vermietet werden, immolex 2020, 27

Karin Fuhrmann, Die Tücken des gewerblichen Grundstückshandels, immolex 2020, 95

Katharina Gewessler und *Daniela Heilinger*, Steuerliche Einordnung von Kryptowährungen – eine neverending Story? 2018, 145

Jeanette Gorzala und *Martin Hanzl*, Glückauf! Mining von Kryptowährungen zwischen GesbR und Glücksvertrag, ÖJZ 2018, 845

Philip Göth, Börsengeschäfte als Gewerbebetrieb, ecolex 1992, 440

Andrea Inreiter und *Ernst Marschner*, Steuerrechtliche Überlegungen zu „KRYPTO“ – einem Mining-Geschäftsmodell taxlex 2018, 19

Gunter Mayr, Beschleunigter Verlustrücktrag für raschen Liquiditätseffekt, RdW 2020/351

Thomas Neuber, Gewerblicher Wertpapierhandel, ÖStZ 1998, 98

Michael Petritz, Der notwendige Umfang für das Vorliegen von gewerblichem Grundstückshandel, SWK 2005, 631

Matthias Petutschnig, Sind Bitcoins ertragsteuerpflichtig? ÖStZ 2014, 353

Felix Pischel, Steuerliche Beurteilung von Einkünften aus Airdrops und Bounties bei Kryptowährungen, ecolex 2020, 129

Christian Piska, Kryptowährungen und ihr Rechtscharakter – eine Suche im Bermuda-Dreieck, ecolex 2017, 632

Tatjana Polivanova-Rosenauer, Kryptowährung – eine weitere Anlageklasse oder ein Wirtschaftsgut sui generis? taxlex 2017, 376

Tatjana Polivanova-Rosenauer und *Thomas Linder*, Besteuerung von Kryptowährungen im Privatvermögen in Österreich und der Schweiz, RdF 2018, 239

Ralph Rirsch und Stefan Tomanek, Sind Crypto-Assets Waren? – Ja und Nein! ZFR 2018, 553
Clemens Thiele, Privater Wertpapierhandel via Internet, ÖStZ 2001, 503
Daniel Varro, Bitcoin-Mining: nicht steuerbares Glücksspiel? taxlex 2017, 399
Oliver Völkel, Privatrechtliche Einordnung virtueller Währungen, ÖBA 2017, 385
Oliver Völkel, Initial Coin Offerings aus kapitalmarktrechtlicher Sicht, ZTR 2017, 103
Oliver Völkel, Privatrechtliche Einordnung der Erzeugung virtueller Währungen, ecolex 2017, 639
Oliver Völkel, Mining von virtuellen Währungen als Alternativer Investmentfonds? ZFR 2018, 317
Andreas Vonkilch und Matthias Knoll, Bitcoins und das Sachenrecht des ABGB, JBI 2019, 139.

8.4 Judikatur

8.4.1 BFG

BFG 09.10.2017 RV/7105453/2015
BFG 11.06.2018 RV/1100486/2016
BFG 15.06.2018 RV/7103132/2013

8.4.2 BFH

BFH 19.1.2017, IV R 50/14

8.4.3 EuGH

EuGH C-264/14, *Hedqvist*, ECLI:EU:C:2015:718

8.4.4 VfGH

VfGH 02.10.1998 B 553/98

8.4.5 VwGH

VwGH 26.06.1953, 1862/52 VwSlg 792 F
VwGH 09.07.1965, 0028/65
VwGH 06.03.1973, 1032/72
VwGH 30.09.1980, 0317/80 VwSlg 5511 F
VwGH 31.05.1983, 82/14/0188
VwGH 23.10.1984, 84/14/0055
VwGH 14.11.1984, 82/13/0242

VwGH 13.05.1986, 84/14/0077
VwGH 12.12.1988, 87/15/0107
VwGH 26.04.1989, 89/14/0004
VwGH 30.01.1991, 90/13/0058
VwGH 22.09.1992, 92/14/0064
VwGH 15.12.1992, 92/14/0189 VwSlg 6743 F
VwGH 24.04.1996, 92/15/0092
VwGH 29.07.1997, 96/14/0115
VwGH 25.02.1998, 98/14/0005 ÖStZB 1999, 36
VwGH 17.12.1998, 97/15/0060
VwGH 25.03.1999, 94/15/0171 VwSlg 7376 F
VwGH 26.07.2000, 95/14/0161 VwSlg 7527 F
VwGH 19.03.2002, 2000/14/0018
VwGH 24.10.2002, 2002/15/0080
VwGH 24.03.2004, 98/14/0179
VwGH 24.03.2004, 2003/14/0096 VwSlg 7922 F
VwGH 24.02.2005, 2001/15/0159 VwSlg 8007 F
VwGH 13.04.2005, 2001/13/0028 VwSlg 8022 F
VwGH 26.07.2005, 2003/14/0050 VwSlg 8047 F
VwGH 28.05.2008, 2008/15/0025 VwSlg 8339 F
VwGH 28.06.2012, 2009/15/0113 ÖStZB 2013/315, 610
VwGH 03.09.2019, 2018/15/0015 immolex 2020, 27

8.5 Erlässe und Richtlinien

Erllass des BMF vom 03.10.2014, BMF-010203/0312-VI/6/2014, Salzburger Steuerdialog 2014

BMF, Einkommensteuerrichtlinien 2000, GZ 06 0104/9-IV/6/00 idF GZ BMF-010200/0024-IV/6/2019 vom 14. Mai 2019

BMF-Info Steuerliche Behandlung von Krypto-Assets (Stand: 01. Jänner 2020)

Zusammenfassung / Abstract

Der Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb kommt, aufgrund zahlreicher Auswirkungen, große Bedeutung zu. Sowohl an die Einordnung als Gewerbebetrieb, als auch an die Einordnung als Vermögensverwaltung sind massive steuerliche Auswirkungen gebunden. Dazu zählen unterschiedliche Vorschriften zur Ermittlung der Einkünfte, die Geltung von Ausnahmen, unterschiedliche Steuersätze und teilweise sogar die Steuerpflicht bzw Steuerfreiheit von Einkünften. Zum Grundstückshandel sind zahlreiche Erkenntnisse ergangen, aus denen sich Grundsätze zur Abgrenzung einerseits genereller Natur und andererseits spezieller Natur ableiten lassen. Ähnlich gelagert ist es beim Wertpapierhandel, aus dem sich ähnliche Grundsätze ableiten lassen. Dabei ist auf die unterschiedliche Natur der zugrundeliegenden Wirtschaftsgüter hinzuweisen. Diese Grundsätze können auf den Themenkomplex der Kryptowährungen übertragen werden. Dazu werden auch die technischen und rechtlichen Grundlagen von Kryptowährungen aufgearbeitet und auf die verschiedenen Anwendungsbereiche hingewiesen.

The distinction between asset management and commercial operations is of great importance due to the numerous effects of the classification. Both the classification as a commercial operation and the classification as asset management have massive tax implications. These include different regulations for determining income, the applicability of exceptions, different tax rates and sometimes even the tax liability or tax exemption of income. Numerous judgments have been gained on property trading, from which principles for the distinction on the one hand of a general nature and on the other hand of a special nature can be derived. The situation is similar in securities trading, from which similar principles can be derived. It is important to note the different nature of the underlying assets. These principles can be applied to the complex of cryptocurrencies. The technical and legal foundations of cryptocurrencies are also processed and the various areas of application are pointed out.