

VORSORGEGUTHABEN ALS STARTKAPITAL (TEIL 2)

Follow up des gleichnamigen EXPERT-FOCUS-Artikels vom Dezember 2017

Wird im Zusammenhang mit der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit Vorsorgekapital bezogen, hat die Steuerbehörde die «Aufnahme» basierend auf den Gesamtumständen zu würdigen. Dabei sind die verschiedenen Qualifikationsmerkmale der selbstständigen Erwerbstätigkeit heranzuziehen – wobei der zeitlichen Dauer der Ausübung der selbstständigen Erwerbstätigkeit keine Beachtung zukommt.

1. EINLEITUNG

Ein vorzeitiger Bezug des Vorsorgekapitals aus der zweiten Säule ist u. a. bei Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit gesetzlich vorgesehen, sofern die versicherte Person der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht mehr untersteht. Die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit wird von den AHV- sowie den Steuerbehörden grundsätzlich separat beurteilt. Die fehlende Koordination hat u. U. zur Folge, dass die Steuerbehörden Jahre später im Veranlagungsverfahren zu einem anderen – für die Steuerpflichtigen äusserst nachteiligen – Resultat gelangen als die AHV-Behörden zum Zeitpunkt der Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit (vgl. dazu Widmer/Nazareno Expert Focus 2017/12, S. 975 ff.).

Die Publikation aus dem Jahr 2017 basierte auf einem laufenden Rechtsverfahren, welches durch die erste Gerichtsinstanz beurteilt wurde und in der Zwischenzeit in Rechtskraft erwachsen ist. Bestritten war die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit durch den Rekurrenten im Zusammenhang mit dem Vorbezug des Vorsorgekapitals. Nachfolgend wird auf das Urteil eingegangen.

2. SACHVERHALT

Im erwähnten Fall richtete die Pensionskasse Mitte 2012 eine Kapitalzahlung an den Rekurrenten aus. Dies nachdem die Sozialversicherungsbehörde den Sachverhalt aus vorsorge-rechtlicher Sicht geprüft hatte. Die Behörde hatte dem Rekurrenten bestätigt, dass eine selbstständige Erwerbstätig-

keit aus Sicht des Vorsorgerechts aufgenommen wurde und keine Unterstellung unter die berufliche Vorsorge im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (FZG) mehr gegeben war. Basierend darauf hat der Rekurrent anschliessend die Auszahlung bei der zuständigen Pensionskasse beantragt.

Mitte 2012 kündigte der Rekurrent das Arbeitsverhältnis mit seinem bisherigen Arbeitgeber. Im Mai 2012 hat er eine Einzelunternehmung gegründet, welche ins Handelsregister eingetragen wurde. Bereits 2011 wurden erste Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf die selbstständige Erwerbstätigkeit vorgenommen. So organisierte der Rekurrent nachweislich verschiedene Anlässe und Vorträge, die darauf abzielten, seine Geschäftsidee gegen aussen wahrnehmbar zu machen. Diese Massnahmen zur Kundengewinnung führten zu Kosten von mehreren zehntausend Franken, jedoch auch zu ersten Aufträgen der Einzelunternehmung. Die Einnahmen stammten von verschiedenen Auftraggebern für projektbasierte Beratungsleistungen, Verwaltungsrats-tätigkeiten sowie aus Advisory-Board-Mandaten. Das Honorar aus der Verwaltungsrats-tätigkeit machte den geringsten Anteil der Erträge aus und betrug nur wenige tausend Franken. Die gesetzliche Eintrittsschwelle für die berufliche Vorsorge wurde mit diesem Honorar nicht überschritten. Die Rechnungsstellung für die VR-/Advisory-Board-Mandate erfolgte – wie es bei freien Berufen (wie Anwalt, Treuhänder, Berater usw.) häufig anzutreffen ist – durch die Einzel-



DOMINIC NAZARENO,
M. A. HSG,
DIPL. STEUEREXPERTE,
ASSOCIATE PARTNER,
PRIMETAX



RALPH BISSIG,
MLAW UZH,
SENIOR CONSULTANT,
PRIMETAX

unternehmung. Insgesamt resultierte im Gründungsjahr 2012 ein Verlust aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, welcher mit dem übrigen Einkommen des Steuerpflichtigen verrechnet werden sollte.

Nebst dem stetigen Ausbau der bestehenden Mandate der Einzelunternehmung konnte der Rekurrent aufgrund seiner umfassenden Netzwerkarbeit eine Geschäftsbeziehung mit einer börsenkotierten Gesellschaft aufbauen. Voraussetzung für die Zusammenarbeit war jedoch, dass die Beratungsdienstleistungen von einer juristischen Person erbracht werden. Dies führte dazu, dass die Einzelfirma Mitte 2013 in eine juristische Person überführt wurde. Ende 2013 – rund 18 Monate nach der Eintragung der Einzelfirma im Handelsregister – liess sich der Rekurrent aufgrund der aussichtsreichen Geschäftsbeziehung mit der börsenkotierten Unternehmung rückwirkend auf den 1. Januar 2013 bei einer seiner Aktiengesellschaften anstellen.

3. ARGUMENTATION DER STEUERBEHÖRDEN

Für die Jahre 2012 und 2013 wurde vom kantonalen Steueramt bei der Einzelunternehmung eine Buchprüfung durchgeführt. Der zuständige Revisor kam zu folgenden Schlussfolgerungen:

- Aufgrund der Akten hat die Einzelunternehmung während ihres kurzen Bestehens nie eine als selbstständige Erwerbstätigkeit zu qualifizierende Tätigkeit aufgenommen.
- Aufgrund der gewählten Unternehmensstrukturen hatte die Einzelfirma während ihres Bestehens gemäss Bericht des Revisors nicht die Möglichkeit, eine nachhaltige und gewinnbringende Unternehmensstrategie zu entwickeln. Das Fortbestehen der vermeintlich geführten Einzelfirma war zu keinem Zeitpunkt vorgesehen. Es fehle der für den Betrieb und die Fortführung der Einzelunternehmung relevante Ertrag bzw. Umsatz.
- Die Gründung der Einzelfirma diene lediglich dazu, die Vorsorgegelder zu beziehen und die hohe Steuerlast aus der Abgangsentschädigung durch einen erheblichen fiktiven Verlust aus einer Scheinselbstständigkeit zu senken.
- Die Pauschalentschädigungen für Verwaltungsrats honorare sowie die Honorare als Mitglied eines Advisory Board und andere pauschale Entschädigungen seien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als unselbstständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren.

Das Resultat der Buchprüfung wurde als Antrag an die Veranlagungsbehörden weitergeleitet. Unter Berücksichtigung des Ergebnisses aus der Buchprüfung kam das Steueramt zum Schluss, dass der Barauszahlungsgrund nicht gegeben war, da sich der Rechtsgrund «Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit» nicht verwirklicht hatte. Dem Rekurrenten wurde anschliessend die Möglichkeit zur Rückzahlung des bezogenen Vorsorgekapitals eingeräumt, bevor das Vorsorgekapital mit der ordentlichen Einkommenssteuer erfasst wurde. Basierend darauf hat der Rekurrent eine Besprechung zur Klärung des Sachverhalts mit der Steuerkommission verlangt. Anlässlich der Besprechung wurde klar, dass die Position der Steuerbehörden bereits festigt war.

In der definitiven Veranlagungsverfügung wurde ausgeführt, dass bei der Buchprüfung festgestellt wurde, dass der Rekurrent keine selbstständige Tätigkeit aufgenommen hat, weshalb die Voraussetzungen für eine privilegierte Besteuerung des ausbezahlten Vorsorgeguthabens nicht erfüllt seien. Gegen die Veranlagung wurde Einsprache erhoben. In der Einsprache wurde der Sachverhalt detailliert ausgeführt und die einzelnen Qualifikationsmerkmale der selbstständigen Erwerbstätigkeit geprüft. Basierend darauf und unter Würdigung der Gesamtumstände kam der Rekurrent zum Schluss, dass eine selbstständige Tätigkeit aufgenommen wurde, womit die gesetzlichen Voraussetzungen des Kapitalbezugs erfüllt waren.

Nach einer erneuten Vorladung vor die Gesamtsteuerkommission zur Klärung des Sachverhalts wurde die Einsprache abgewiesen. Weder das kantonale Steueramt noch das Gemeindesteueramt haben die Qualifikationsmerkmale der selbstständigen Erwerbstätigkeit einzeln und im Detail geprüft. Nach Ansicht der Steuerkommission müssen nicht alle in der Einsprache verwendeten Erläuterungen und Begründungen im Einsprache-Entscheid detailliert aufgelistet werden, vielmehr wurden nur einzelne Passagen aufgegriffen. Anstelle einer Prüfung der Qualifikationsmerkmale gemäss Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG) hat die Steuerkommission die Position verteidigt, wonach aufgrund der kurzen Dauer der selbstständigen Erwerbstätigkeit und der Wiederanschluss an eine Pensionskasse die Voraussetzungen für den Kapitalbezug nicht erfüllt waren.

Somit qualifizierte die Vorinstanz den Vorbezug als steuerbares Einkommen, welches mit dem übrigen Einkommen erfasst und ordentlich besteuert werden muss. Die in der Steuerperiode deklarierten Beratungserträge aus VR-/Advisory-Board-Mandaten wurden als unselbstständiger Nebenwerb qualifiziert.

4. AUS DEN ERWÄGUNGEN

Entgegen der Vorinstanz prüfte das Gericht anhand der Qualifikationsmerkmale, ob eine selbstständige Erwerbstätigkeit gemäss Art. 18 Abs. 1 DBG aufgenommen wurde. Danach gelten jene natürlichen Personen als selbstständig erwerbend, die durch Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital in frei gewählter Organisation und auf eigenes Risiko, anhaltend, planmässig und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr zum Zweck der Gewinnerzielung teilnehmen. Ob eine Erwerbstätigkeit vorliegt, ist immer nach der Gesamtheit der Umstände zu beurteilen (vgl. BGE 125 II 113 E. 2).

Das Gericht ging für die Prüfung der Kriterien schrittweise vor. Zunächst wurde beurteilt, ob der Rekurrent im Jahr 2012 eine aktive, im Wirtschaftsverkehr wahrnehmbare und mit dem Zweck seiner Einzelfirma übereinstimmende Tätigkeit als Unternehmensberater aufgenommen hat.

4.1 Aktiver Marktauftritt. Unter Würdigung der Umstände kam das Spezialverwaltungsgericht zum Schluss, dass der in der Erfolgsrechnung verbuchte Werbeaufwand, welcher insbesondere für die Akquisetätigkeit des Rekurrenten im

Jahr 2012 entstanden ist, hinreichend ist, um einen aktiven Marktauftritt als selbstständig Erwerbender auszumachen (vgl. RGE vom 20. Februar 2020, 3-RV.2017.180 E 9.4.).

Mit dem aktiven Ansprechen von potenziellen Kunden sowie Anbieten seiner Dienstleistungen trat die Aufnahme einer Geschäftstätigkeit nach aussen in Erscheinung und wurde als solche im Wirtschaftsraum wahrnehmbar. Darüber hinaus waren die Bemühungen des Rekurrenten, neue Kunden zu gewinnen, erfolgreich, da es dadurch bereits zu ersten Aufträgen und Erträgen kam.

4.2 Frei bestimmte Selbstorganisation. Zur Differenzierung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit sei gemäss Gericht in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob der Rekurrent seine Tätigkeiten unabhängig in frei bestimmter Selbstorganisation ausgeübt hat (vgl. RGE vom 20. Februar 2020, 3-RV.2017.180 E 9.5.). Gemäss Gericht spricht für die Ausübung einer Tätigkeit in einer frei bestimmten Selbstorganisation, dass der Rekurrent das Einzelunternehmen im Handelsregister eingetragen hat, eine Buchhaltung führte und nachweislich für verschiedene Projekte und Vorhaben unterschiedliche Geschäftspartner involvierte.

Weiter wurde geprüft, ob die verbuchten Einnahmen der verschiedenen Auftraggeber für Beratungen im Zusammenhang mit Projekten sowie Verwaltungs- bzw. Advisory-Board-Mandaten als selbstständige oder unselbstständige Erwerbseinkünfte qualifizieren. Während die projektbasierten Honorare sowie die Advisory-Board-Mandate der selbstständigen Erwerbstätigkeit zuzuschreiben sind, wurde die Entschädigung für die Verwaltungsrats-tätigkeit als unselbstständiges Erwerbseinkommen qualifiziert. Dabei wies das Gericht auf die geltende Bundesgerichtspraxis (vgl. BGE 121 I 259 = ASA 65 S 424; BGE 105 V 113).

Betreffend die Tätigkeit des Rekurrenten als Mitglied eines Advisory Boards führte das Gericht aus, dass unter einem Advisory Board ein Beirat zu verstehen ist, welcher i. d. R. und auch im vorliegenden Fall als institutionelles Beratungsmandat ohne Abhängigkeitsverhältnis, Weisungsgebundenheit oder Einbindung in die Arbeitsorganisation ausgestaltet sei. Eine Legaldefinition des Beirats besteht jedoch nicht. Eine Gleichsetzung eines Advisory-Board- mit einem Verwaltungsrats-Mandat – wie durch die Vorinstanz vorgenommen – sei nicht angebracht (vgl. RGE vom 20. Februar 2020, 3-RV.2017.180 E 10.4.2.5.). Demzufolge kann nicht von einer grundsätzlich unselbstständigen Erwerbstätigkeit eines Verwaltungsrats auf eine ebenfalls grundsätzlich unselbstständige Erwerbstätigkeit eines Advisory-Board-Mitglieds geschlossen werden (vgl. RGE vom 28. April 2011, 3-RV.2010.30).

Zusätzlich wurden zwei weitere Engagements des Rekurrenten, welche von der Vorinstanz als VR-Tätigkeiten qualifiziert wurden, vom Gericht klar als projektbezogene Tätigkeiten angesehen, welche dem Zweck der Einzelunternehmung zugeordnet werden können.

Aus den Erwägungen ergibt sich, dass der Rekurrent seine Tätigkeiten unabhängig in frei bestimmter Selbstorganisation ausübte und Projekte von verschiedenen Auftraggebern

betreute, wodurch ein weiteres Indiz für eine selbstständige Erwerbstätigkeit besteht (vgl. RGE vom 20. Februar 2020, 3-RV.2017.180 E 10.6.).

4.3 Kapitaleinsatz und Unternehmensrisiko. Als weitere Kriterien wurde geprüft, ob der Rekurrent für die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit ein selbst zu tragendes Unternehmensrisiko eingegangen ist und einen gewissen Kapitaleinsatz benötigte. Für diese Beurteilung wurden insbesondere die verschiedenen Aufwendungen, welche mehrheitlich aus den bereits erwähnten Akquisitionskosten bestehen, berücksichtigt. Dass sich das Unternehmensrisiko und der Kapitaleinsatz in Grenzen hielten, vermag daran nichts zu ändern und ist, insbesondere im Fall von Einmannbetrieben, üblich bzw. bei der Unternehmensberatung typisch (vgl. VGE vom 27. Januar 2016, WBE.2015.348, BGE 110 V 72). Darüber hinaus geht aus den Akten nicht hervor, dass die Risiken und der Aufwand von Dritten übernommen wurden.

5. GESAMTWÜRDIGUNG – ZEITLICHER ASPEKT DER SELBSTSTÄNDIGEN ERWERBSTÄTIGKEIT

In Würdigung aller Umstände und mittels Prüfung sämtlicher Qualifikationsmerkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit kam das Gericht zum Schluss, dass der Rekurrent im Jahr 2012 unter Einsatz von Arbeit und Kapital, in einer frei gewählten Organisation und mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilgenommen und damit alle Merkmale der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit erfüllt hat – wenn auch in unterschiedlichem Ausmass.

Abschliessend würdigte das Gericht das Hauptargument der Vorinstanz, wonach die kurze Dauer der selbstständigen Erwerbstätigkeit und der Wiederanschluss an eine Pensionskasse nach wenigen Monaten dazu führt, dass kein Barauszahlungsgrund vorliegt. Hier vertritt das Gericht die Ansicht, dass die kurze Dauer der selbstständigen Erwerbstätigkeit eine solche Qualifikation nicht zu ändern vermag. Gemäss dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG sei es unmissverständlich, dass für die Barauszahlung kumulativ die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und das Fehlen eines Versicherungsobligatoriums vorausgesetzt wird (BGE 139 V 367). Wenn die Vorinstanz die steuerliche Anerkennung der Barauszahlung darüber hinaus von einer Mindestdauer der selbstständigen Erwerbstätigkeit abhängig macht, besteht hierfür keine gesetzliche Grundlage (vgl. RGE vom 20. Februar 2020, 3-RV.2017.180 E 12.1.).

6. WÜRDIGUNG UND FAZIT

Aufgrund der umfangreichen Rechtsprechung betreffend die Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit hätte man von der Vorinstanz eine saubere Aufarbeitung des Sachverhalts erwarten dürfen. Auch die unzähligen Beweisofferten, hätten eine systematische Prüfung der Qualifikationsmerkmale ohne Weiteres ermöglicht, weshalb es nur schwer nachvollziehbar ist, weshalb im Veranlagungs- und Einspracheverfahren an der ursprünglichen Argumentation festgehalten und starr auf den zeitlichen Aspekt der selbstständigen Erwerbstätigkeit abgestellt wurde.