

# VORSORGE GUTHABEN ALS STARTKAPITAL

## Fallstricke beim Vorbezug von Vorsorgegeldern bei Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit

Der Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit wird durch die Sozialversicherungs- und Steuerbehörden oft verschieden interpretiert. So gibt es nicht wenige Fälle, in denen die Sozialversicherungsbehörden bei der Auszahlung das Vorliegen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit bejahen, die Steuerbehörden im Einschätzungsverfahren eine solche aber verneinen.

### 1. EINLEITUNG

Der Vorbezug von Pensionskassengeldern für den Erwerb von Wohneigentum ist ein stark verbreitetes Thema und insbesondere dessen Beschränkung immer wieder Gegenstand intensiver politischer Auseinandersetzungen. Die Barauszahlung von Austrittsleistungen bei der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit findet in der öffentlichen Wahrnehmung hingegen weniger Beachtung. Dies trotz des Umstands, dass bei diesem Barauszahlungsgrund das Alles-oder-nichts-Prinzip gilt. Mit anderen Worten ist bei der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit kein Teilbezug möglich, womit das gesamte angesparte Vorsorgevermögen zur Auszahlung gelangt. Folglich ist die steuerliche Behandlung dieser Auszahlung von erheblicher Bedeutung.

Das Ziel des vorliegenden Artikels besteht hauptsächlich darin, auf die steuerlichen Besonderheiten und Fallstricke bei der Auszahlung des Pensionskassenguthabens im Zusammenhang mit der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit hinzuweisen. Insbesondere werden die quantitativen und qualitativen Anforderungen für die Verwirklichung des Rechtsgrunds «Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit» aufgezeigt und wird auf die kritischen Aspekte eingegangen. Interessant ist dabei vor allem die Schnittstelle zwischen Sozialversicherungs- und Steuerrecht, die teilweise zu widersprüchlichen Interpretationen führt.

### 2. BARAUSZAHLUNG DER AUSTRITTSLEISTUNG NACH DEM FREIZÜGIGKEITSGESETZ

**2.1 Im Allgemeinen.** Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (*Freizügigkeitsgesetz, FZG*) regelt im Rahmen der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge die Ansprüche der Versicherten im Freizügigkeitsfall.

Versicherte, welche die Einrichtung der beruflichen Vorsorge verlassen, bevor ein Vorsorgefall eintritt (Freizügigkeitsfall), haben Anspruch auf eine Austrittsleistung (Art. 2 Abs. 1 FZG). Die Barauszahlung dieser Austrittsleistung kann u. a. verlangt werden, wenn der Versicherte eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt (Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG). Der Barauszahlungsgrund wird an zwei Bedingungen geknüpft:

→ Wegfall der Unterstellung unter die obligatorische berufliche Vorsorge sowie → die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.

Der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht unterstellt sind Selbständigerwerbende, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit im Haupterwerb ausüben (Art. 1j Abs. 1 lit. c der *Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVV2*). Wer hingegen eine selbstständige Erwerbstätigkeit nur im Nebenerwerb ausübt und im Haupterwerb Arbeitnehmer ist, untersteht für den aus dem Arbeitsverhältnis erzielten Lohn der obligatorischen Versicherung



STEFAN WIDMER,  
LIC. OEC. PUBL.,  
DIPL. STEUEREXPERTE,  
PARTNER,  
PRIMETAX AG,  
ZÜRICH



DOMINIC NAZARENO,  
M.A. HSG,  
DIPL. STEUEREXPERTE,  
MANAGER,  
PRIMETAX AG,  
ZÜRICH

und hat folglich keinen Anspruch auf eine Barauszahlung (Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 137, Rz 904). Zu beachten ist, dass Personen, die eine eigene Kapitalgesellschaft gründen (insb. *Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*, oder *Aktiengesellschaft, AG*) und sich bei dieser anstellen lassen, keinen Vorbezug tätigen können. In einem solchen Fall bleibt der Gründer der Gesellschaft aufgrund des Arbeitsvertrags mit der Unternehmung im Sinne des AHV-Rechts angestellt (Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 103, Rz 621).

Die Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen haben demnach abzuklären, ob es sich beim auszuübenden Erwerb um eine selbstständige Tätigkeit handelt, die als Haupterwerb angesehen werden kann. Dafür muss die versicherte Person bei der zuständigen AHV-Ausgleichskasse eine Bestätigung beantragen, welche die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit bescheinigt. Die Vorsorgeeinrichtung darf sich nicht ausschliesslich auf die Bestätigung der AHV-Ausgleichskasse abstützen, sondern sollte sich vergewissern, dass die betreffende Person die zur Ausübung ihrer neuen Tätigkeit als Selbstständigerwerbende notwendigen Schritte unternommen hat. Bei der Beurteilung können gewisse Nachweise eingefordert werden, die auf die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit hindeuten: Mietvertrag für Geschäftsräumlichkeiten, bereits vorhandene Verträge mit Kunden, Geschäftsplan, Werbeunterlagen usw. Durch diese Unterlagen muss der Gesuchsteller überzeugend darlegen können, dass er die selbstständige Erwerbstätigkeit auch tatsächlich aufnehmen wird. Bei einem noch in keiner Weise konkretisierten, in ungewisser Zukunft liegenden Vorhaben verweigert die zuständige Behörde regelmässig die entsprechende Bescheinigung respektive die Barauszahlung (Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 25, Rz 153).

**2.2 Zeitliche Begrenzung der Barauszahlung.** Weiter gilt es die zeitliche Begrenzung einer möglichen Beantragung der Barauszahlung zu beachten. Die Barauszahlung muss innerhalb eines Jahres nach Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit bei der zuständigen Vorsorgeeinrichtung beantragt werden. Ein Begehren auf Barauszahlung zu einem späteren Zeitpunkt ist nicht mehr möglich. Ratio legis von Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG ist die finanzielle Unterstützung beim Aufbau eines Unternehmens. Wer bereits selbstständig erwerbstätig ist, hat die Möglichkeit einer Auszahlung des angesparten Alterskapitals nicht mehr (vgl. *Bundesgerichtsentcheid [BGE] 139 V 367, E. 2.2*).

Für Personen, die in Teilschritten eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen, beginnt die Jahresfrist für die Beantragung der Barauszahlung erst in jenem Zeitpunkt zu laufen, in dem die versicherte Person nicht mehr der obligatorischen Versicherung unterstellt ist (vgl. Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 118, Rz 744).

### 3. STEUERLICHE FALLSTRICKE BEIM VORBEZUG VON VORSORGE GELDERN

**3.1 Steuerliche Behandlung einer Vorsorgeleistung.** Kapitalleistungen aus Vorsorge unterliegen bei der direkten Bundessteuer einer gesonderten Besteuerung (Art. 38 Abs. 1

#### Abbildung: BEISPIEL FÜR GESONDERTE BESTEUERUNG ZUM VORSORGETARIF

Privilegierte Besteuerung (Beispiel Stadt Zürich) Tarif für Alleinstehende, reformiert 2016	
BVG-Vorbezug <sup>1</sup>	CHF 950 000
Zusätzliches (übriges) steuerbares Einkommen <sup>2</sup>	CHF 100 000
<sup>1</sup> Sondersteuer zu 1/5 des Tarifs gemäss Art. 38 DBG (Vorsorgetarif)	
Tarif für CHF 950 000 gemäss Art. 38 DBG 11,5% 1/5 dieses Tarifs 2,3%	CHF 21 850
Kapitalleistungen werden gesondert zu dem Steuersatz berechnet, der sich ergäbe, wenn anstelle der einmaligen eine jährliche Leistung von einem Zehntel der Kapitalleistung ausgerichtet würde.	CHF 133 857
<sup>2</sup> Ordentliches Einkommen – Tarif für 100 000 gemäss Art. 36 DBG 2,874%	CHF 2 874
Ordentliches Einkommen gemäss Art. 35 Abs. 1 StG ZH Tarif für 100 000	CHF 14 442
<b>Total Steuerbelastung mit Privilegierung</b>	<b>CHF 173 020</b>
<b>Total Steuerbelastung ohne Privilegierung</b>	<b>CHF 411 430</b>

des *Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer, DBG*). Die Steuer wird zu einem Fünftel des ordentlichen Tarifs berechnet (Art. 38 Abs. 2 DBG). Eine privilegierte Besteuerung greift grundsätzlich auch bei der Kantons- und Gemeindesteuer. Die Sonderbesteuerung kommt insbesondere dann zur Anwendung, wenn eine Kapitalleistung aus der 2. Säule im Rahmen der Wohneigentumsförderung zum Erwerb von Wohneigentum verwendet oder als Freizügigkeitsleistung im Hinblick auf die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit ausbezahlt wird. Die gesonderte Besteuerung zum Vorsorgetarif führt regelmässig zu einer deutlichen steuerlichen Entlastung des entsprechenden Einkommens (*Abbildung*).

Im Gegensatz zum Vorbezug für Wohneigentum ist der Einsatz der frei werdenden Gelder des *Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)* für geschäftliche Zwecke keine Voraussetzung für eine privilegierte Besteuerung. Eine rechtliche Verpflichtung zur Investition des frei gewordenen Vorsorgegeldes in das Geschäftsvermögen wäre namentlich dann unzweckmässig, wenn der Vorsorgebezug als Kompensation für das wegfallende Arbeitseinkommen vorerst für den Lebensunterhalt herangezogen wird oder wenn die selbstständige Erwerbstätigkeit nur auf bescheidene Betriebsmittel angewiesen wäre (BGE 2C\_248/2015, E. 5.5).

**3.2 Die «Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit» als Voraussetzung für eine privilegierte Besteuerung der Austrittsleistung.** Obwohl für die privilegierte Besteuerung zwingend die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen (siehe Kapitel 1) erfüllt sein müssen, ist die Steuerbehörde grundsätzlich befugt, von der Qualifikation der AHV-Ausgleichskasse respektive Vorsorgeeinrichtung

abzuweichen und die Rechtmässigkeit der Barauszahlung in eigener Kompetenz zu überprüfen. Dies erfolgt regelmässig dann, wenn die Steuerbehörde entgegen der Sozialversicherungsbehörde die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit verneint (vgl. BGE 2C\_156/2010).

In einem solchen Fall kann die Steuerbehörde eine privilegierte Besteuerung der Kapitalleistung verweigern, wodurch der Steuerpflichtige den Vorbezug entweder zurückzahlen oder ggf. zusammen mit den übrigen Einkünften der Steuerperiode der ordentlichen Besteuerung unterwerfen muss (BGE 2C\_156/2010 E. 4.3). Diese differenzierte und abweichende Qualifikation ist für eine steuerrechtliche Person meist überraschend und in vielen Fällen mit einer erheblichen Mehrbelastung verbunden.

Im steuerrechtlichen Sinne gelten jene natürlichen Personen als selbstständig erwerbend, die auf eigene Rechnung und Risiko, unter Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital, in einer frei gewählten Organisation planmässig und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen und eine Gewinnerzielung beabsichtigen. Die Planmässigkeit des Vorgehens ist zu bejahen, wenn die steuerpflichtige Person nicht nur eine sich ihr zufällig bietende Gelegenheit wahrnimmt, sondern gezielt Einkommen zu vermehren versucht. Ob eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, ist nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Zudem ist zu beachten, dass diese Merkmale nicht kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. BGE 125 II 113 E. 2).

In der Praxis spielen oft auch andere Kriterien eine wesentliche Rolle. Dies beispielsweise beim gewerbmässigen Wertschriften- oder Liegenschaftshandel. Bei Handelstätigkeiten sind oft bereits die Höhe des Transaktionsvolumens sowie der Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte ausreichend, um eine selbstständige Erwerbstätigkeit zu begründen. Das Bundesgericht geht in einem sehr umstrittenen Urteil noch einen Schritt weiter und begründete die Steuerbarkeit einer Handelstätigkeit bereits mit der Grösse des veräusserten Warenbestands (BGE 2A.66/2002). Beim fraglichen Fall baute eine Person – ohne entsprechende berufliche Erfahrung – über Jahrzehnte einen privaten Weinkeller auf, der später teilweise veräussert wurde. Obwohl es gerade in der Natur eines Sammlers liegt, erhebliche Mengen eines bestimmten Gutes anzuhäufen, argumentierte das Bundesgericht, dass die Dimension der Sammlung nicht durch den eigenen Konsum, sondern nur durch eine Veräusserung abgebaut werden konnte, was im vorliegenden Fall stark für eine gewerbliche Tätigkeit spricht.

Die Vielzahl von Kriterien und Indizien zur Begründung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit führt in der Praxis leider oft dazu, dass die Selbstständigkeit je nach Situation unterschiedlich ausgelegt wird. Während bei steuerbegründenden Tatsachen von den Steuerbehörden relativ schnell eine selbstständige Erwerbstätigkeit angenommen wird (bspw. bei einer Handelstätigkeit), liegt die Messlatte bei steuermindernden Situationen wie etwa bei der privilegierten Besteuerung eines Vorbezugs wesentlich höher. Diese Asymmetrie der Rechtsprechung führt in der Praxis oft zu einer situativen Anwendung des Steuerrechts und somit zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Steuerpflichtigen.

## Weiterbildung nah an der Praxis

first.seminare bietet Ihnen:

- fundierte Fachkenntnisse
- praxisorientierte Wissensvermittlung
- Auffrischung Ihres Know-hows
- Updates zu relevanten Entwicklungen im Steuer- und Finanzbereich

### Seminare | Kurse | Tagungen im Frühjahr 2018

#### Besteuerung von Unternehmen

ab 1. März 2018 | Zürich

4-Tages-Kurs mit Kursbescheinigung

#### Besteuerung von Privatpersonen

ab 6. März 2018 | Zürich

4-Tages-Kurs mit Kursbescheinigung

#### Verrechnungssteuer & Stempelabgaben

2. Mai und 16. Mai 2018 | Zürich

2-Tages-Kurs mit Kursbescheinigung

#### + Steuerpraktikus

30. Mai 2018 | Zürich

1-tägiger Ergänzungskurs

#### 8. MWST-Update

22. Mai 2018 | Zürich

Tagung

**3.3 Die «Scheinselbstständigkeit».** Wie bereits erwähnt, gilt eine Person als selbstständig erwerbend, wenn sie auf eigene Rechnung und Risiko, unter Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital, in einer frei gewählten Organisation planmässig nach aussen sichtbar mit der Absicht zur Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Je nach Bedeutung kann im konkreten Fall ein einzelnes Kriterium ausreichend sein, um das Pendel Richtung Selbstständigkeit ausschlagen zu lassen. Sollten hingegen mehrere Indizien dafür sprechen, dass keine Selbstständigkeit vorliegt, besteht die Gefahr, dass die Aufnahme der Selbstständigkeit durch die Steuerbehörden negiert wird (Vorliegen einer «Scheinselbstständigkeit»), wodurch eine privilegierte Besteuerung der Austrittsleistung abgelehnt wird. In der Praxis ist insbesondere bei den nachfolgenden Konstellationen Vorsicht geboten.

**3.3.1 Wiederaufnahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit.** Das Bundesgericht hat sich zur Auslegung des Begriffs «Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und zeitnahe Wiederaufnahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit»

insbesondere in einem Urteil geäussert. Aufgrund der spezifischen Umstände kann dieses Urteil jedoch kaum als Leitentscheid dienen.

Beim fraglichen Fall nahm der Beschwerdeführer nur einen Monat nach der Aufgabe seiner unselbstständigen Erwerbstätigkeit resp. Gründung seiner Personenunternehmung, ohne während der Dauer der Selbstständigkeit irgendwelche nachweisbaren Aufwände oder Erträge generiert zu haben, eine neue unselbstständige Erwerbstätigkeit auf. In der Folge entschied das Bundesgericht, dass die blosser Aufgabe einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und die Gründung einer Personengesellschaft nicht ausreichen, um im steuerrechtlichen Sinne die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zu begründen (vgl. BGE 2C\_156/2010). Entsprechend handelt es sich um einen Missbrauchsfall im Sinne einer «Scheinselbstständigkeit», weshalb das Bundesgericht den Barauszahlungsgrund der erhaltenen Kapitalleistung verneinte.

Das Gericht legte jedoch in seiner Entscheidung keine Mindestdauer für die selbstständige Erwerbstätigkeit fest. Damit folgt das Urteil dem Wortlaut des Gesetzes, das nebst dem



## Wo Karrieren im Bereich der Wirtschaftsprüfung, Steuern und Treuhand ihren Anfang nehmen und kontinuierlich weitergehen.

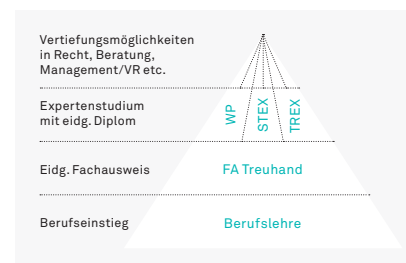
Durch unser breit gefächertes Angebot von der Grundausbildung über das Expertenstudium bis hin zur Weiterbildung deckt EXPERTsuisse die Bedürfnisse der Branche ab.

Der Abschluss als **Treuhandler/in mit eidgenössischem Fachausweis** legt die Basis für Ihren beruflichen Erfolg. Mit einem Expertenstudium zum **dipl. Wirtschaftsprüfer** und **dipl. Steuerexperten** vervollständigen Sie Ihr Wissen und sind gefragte Experten in vielen Branchen des Wirtschaftslebens. In Ihrem beruflichen Alltag setzen Sie sich mit unseren **Weiterbildungsangeboten** intensiv mit den Themen der Rechnungslegung, Wirtschaftsprüfung sowie Steuer- und Wirtschaftsberatung auseinander.

Als schweizweit grösster Anbieter in diesen Bereichen bietet Ihnen EXPERTsuisse

- fundiertes Wissen zum frühestmöglichen Zeitpunkt
- anwendungsorientiert vermittelter Inhalt
- networking mit Experten der Branchen
- sowie weitere hochinteressante Themen aus den Fachgebieten

### Bildungswege



Der Verantwortung verpflichtet. Weitere Informationen zu unseren aktuellen Bildungsangeboten finden Sie unter: [www.expertsuisse.ch/kurskalender](http://www.expertsuisse.ch/kurskalender)

Fehlen eines Versicherungsobligatoriums lediglich die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit und nicht etwa eine langfristige Fortsetzung der Tätigkeit voraussetzt. Mit anderen Worten ist die tatsächliche Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit an keine Mindestdauer gebunden, wodurch eine Wiederanstellung für den Barauszahlungsgrund per se nicht schädlich ist, solange eine selbstständige Erwerbstätigkeit effektiv und nachweislich aufgenommen worden ist. Weiter ist zu erwähnen, dass auch eine allfällige Verlustsituation – wie sie in der Aufbauphase einer Unternehmung relativ häufig anzutreffen ist – nicht zur Verneinung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit führen darf, sofern ein erfolgreicher Nachweis einer gewerblichen Tätigkeit gelingt (vgl. BGE 115 V 161, E. 9).

**3.3.2 Umwandlung einer Personengesellschaft in eine juristische Person.** Für die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine juristische Person sprechen in der Praxis meist zahlreiche betriebswirtschaftliche oder haftungsrechtliche Gründe. Per Definition ermöglicht eine Kapitalgesellschaft die Verbreiterung der Kapitalbasis. Vor allem in Wachstumsphasen, in denen eine Dienstleistungs- oder Produktionserweiterung stattfinden soll, bietet die Ausgestaltung der Unternehmung als juristische Person gegenüber einer Personengesellschaft eine erhöhte Flexibilität, um weitere Gesellschafter aufnehmen zu können. Zudem wird durch das zusätzliche Kapital gleichzeitig die Kreditwürdigkeit der Unternehmung verbessert. Des Weiteren kann der Unternehmer durch die Umwandlung das finanzielle Risiko durch Beschränkung seiner persönlichen Haftung vermindern. Auch wenn nach der Umwandlung und Weiterbeschäftigung des Unternehmers bei der Kapitalgesellschaft per vorsorge- und steuerrechtlicher Definition eine unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, empfindet der Steuerpflichtige die Umwandlung oft als eine Fortsetzung seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit.

Im Zusammenhang mit dem Vorbezug von Vorsorgekapital gibt es im spezifischen Fall der Umwandlung interessanterweise eine offizielle sozialversicherungsrechtliche Publikation des *Staatssekretariats für Wirtschaft (Seco)*. Diese hält fest, dass es dem selbstständig Erwerbenden – der die Gelder der beruflichen Vorsorge beim Schritt in die Selbstständigkeit bezogen hat – grundsätzlich freisteht, seine Personengesellschaft in eine AG oder GmbH umzuwandeln. Erfolgt eine Weiterbeschäftigung, tritt der selbstständig Erwerbende nach der Umwandlung als arbeitnehmende Person der Vorsorgeeinrichtung seiner eigenen Gesellschaft bei, wodurch er mit der Äufnung des Alterskapitals neu beginnt. Die vorbezogenen BVG-Gelder müssen nicht in die Vorsorgeeinrichtung der Kapitalgesellschaft zurückgezahlt werden (vgl. KMU-Portal des Seco).

Natürlich ist diese Publikation des Bundes, die lediglich das geltende Recht konkretisiert, keine rechtsetzende steuerliche Bestimmung, die für eine Steuerbehörde eine verbindliche Wirkung hat. Somit kann das Risiko, dass die Steuerbehörde bei einer zeitnahen Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft eine andere Auffassung vertritt und der betroffenen Person möglicherweise eine «Scheinselbstständigkeit» vorwirft, nicht ausgeschlossen

werden. In Analogie des vorerwähnten BGE ist dies u. E. nur haltbar, wenn der einzige Grund für die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit darin bestanden hat, das Vorsorgekapital zu beziehen, und vor der Umwandlung der Gesellschaft nachweislich nie eine gewerbliche Tätigkeit aufgenommen worden ist.

**3.3.3 Fehlende Absicht der Gewinnerzielung.** Erst im Dezember 2016 publizierte das Bundesgericht (2C\_204/2016) ein weiteres Urteil, bei dem beurteilt werden musste, ob zum fraglichen Zeitpunkt des Kapitalbezugs (7. April 2009) eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen wurde. Da der Steuerpflichtige mit seiner Tätigkeit als Vermögensverwalter in den Jahren 2009 bis 2013 stets Verluste generierte, war strittig, ob das Merkmal «Teilnahme am Wirtschaftsverkehr mit der Absicht der Gewinnerzielung» gegeben war. Im Unterschied zum bereits erörterten BGE, in welchem erst kurze Zeit nach der Kapitaleistung eine Wiederanstellung erfolgte, lagen dem Bundesgericht bei der Prüfung des vorliegenden Sachverhalts insgesamt vier Jahresrechnungen vor.

Die Komplexität des zu beurteilenden Sachverhalts und der abzuklärenden Rechtsfragen wurde durch den Wohnsitzwechsel des Steuerpflichtigen und seiner Familie während des Kapitalbezugs erhöht. Nur eine Woche vor der Auszahlung der Kapitaleistung verlegte der Steuerpflichtige seinen Wohnsitz vom Kanton Aargau (seinem bisherigen Wohnort und Sitz seiner Einzelunternehmung) in den Kanton Graubünden. Fünf Monate später meldete sich die Familie in Graubünden ab und kehrte in den Aargau zurück. Dieser Wohnsitzwechsel führte dazu, dass die Kapitaleistung aufgrund des Stichtagsprinzips in die Besteuerungskompetenz des Kantons Graubünden fiel, während der Kanton Aargau für die Prüfung des Vorliegens einer «Scheinselbstständigkeit» und die damit verbundene allfällige ordentliche Besteuerung resp. Rückzahlung des Kapitalbezugs zuständig war. Zusätzlich ist zu erwähnen, dass der Steuerpflichtige nur drei Jahre vor Geltendmachung des Barauszahlungsgrunds einen Einkauf im Umfang von CHF 250 000 in die berufliche Vorsorge getätigt und steuerlich geltend gemacht hatte.

Das Bundesgericht führte bei der Beurteilung, ob der Steuerpflichtige wirklich eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hatte, aus, dass die Gewinnstrebigkeit einerseits ein subjektives und andererseits ein objektives Moment aufweist. Demnach muss nicht nur die Tätigkeit selbst geeignet sein, um nachhaltig einen Gewinn zu erzielen (objektives Merkmal), sondern es wird auch vorausgesetzt, dass im zu beurteilenden Fall eine subjektive Gewinnabsicht vorliegt. So müsse angenommen werden, dass derjenige, der sich trotz andauernder beruflicher Misserfolge nicht von der Zwecklosigkeit seiner Tätigkeit überzeugen lässt, andere Motive als den Erwerbszweck verfolge (subjektives Merkmal). Dies trifft beispielsweise bei einer Tätigkeit aus blosser Liebhaberei oder bei einem Hobby zu (vgl. 2C\_375/2015 E. 7.4.1).

Wie das Bundesgericht richtig ausführt, ist die Tätigkeit als Vermögensverwalter nicht ohne Weiteres vergleichbar mit den in der Rechtsprechung teilweise als Liebhaberei oder Hobby bezeichneten Tätigkeiten wie bspw. in den Bereichen

der Landwirtschaft, Malerei oder des Weinhandels. Insofern scheint es gemäss Bundesgericht fraglich, ob dem Beschwerdeführer eine fehlende subjektive Gewinnstrebigkeit unterstellt werden kann. Weiter führt es aus, dass die mangelnden Unterlagen zu den behaupteten Umsätzen mit Familienmitgliedern sowie die fehlenden Nachweise zu den Bemühungen, neue Kunden zu gewinnen (bspw. belegbare Reise- und Fahrzeugkosten), in Kombination mit der mehrjährigen Verbuchung von Verlusten Zweifel an der subjektiven Gewinnerzielungsabsicht rechtfertigen (2C\_204/2016 E. 3.4).

Basierend darauf hält das Bundesgericht fest, dass vorliegend keine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen worden ist und somit kein Barauszahlungsgrund im Sinne des Freizügigkeitsgesetzes vorliegt. Zur Vermeidung einer effektiven Doppelbesteuerung hob es die bereits rechtskräftig veranlagte privilegierte Besteuerung des Kantons Graubünden auf (ohne Vergütungszinsfolgen) und wies die Prüfung, ob der Steuerpflichtige die Barauszahlung wieder ihrem ursprünglichen Zweck zurückführen will bzw. kann, zurück an das kantonale Steueramt Aargau. Dabei sei das Steueramt Aargau angehalten, die Kapitaleistung nur dann als übriges Einkommen ordentlich zu veranlagern, wenn eine Wiedereinzahlung nicht möglich sein sollte (2C\_204/2016 E. 3.6).

Die Frage, ob der getätigte Einkauf drei Jahre vor der Ausrichtung der Kapitaleistung als Steuerumgehung qualifizieren könnte, lässt das Bundesgericht offen (zu dieser Thematik siehe nachfolgend).

**3.4 Scheinselbstständigkeit als Steuerumgehung?** In keinem der vorangehend erwähnten letztinstanzlichen Urteile prüfte das Bundesgericht, ob im Kontext des Vorbezugs von Vorsorgegeldern eine Steuerumgehung vermutet werden kann, wenn der Kapitaleistungsempfänger nachweislich zu keinem Zeitpunkt selbstständig war. Demzufolge soll nachfolgend analysiert werden, ob die Scheinselbstständigkeit allenfalls auch als Steuerumgehung qualifiziert werden könnte. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt nach dem Urteil 2A.535/2003 vom 28. 1. 2005 eine Steuerumgehung vor, wenn:

→ eine von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint (objektives Element), → und die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären (subjektives Element), und → wenn das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von der Steuerbehörde hingegenommen würde (effektives Element).

Sind diese drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt, so wird der Besteuerung auch dann, wenn die gewählte Rechtsform unter dem Blickwinkel des Zivilrechts als gültig und wirksam erscheint, nicht diese Gestaltung zugrunde gelegt, sondern die Ordnung, welche der sachgemässe Ausdruck des von den Beteiligten erstrebten wirtschaftlichen Zwecks gewesen wäre (BGE 131 III 635 ff.). Die Beweislast für das Vorliegen sämtlicher objektiver und subjektiver Voraussetzungen

der Steuerumgehung tragen grundsätzlich die Steuerbehörden (vgl. BGE 121 II 273 E. 3c).

**3.3.4 Objektives Element der Steuerumgehung.** Der Begriff der Scheinselbstständigkeit beinhaltet inhärent den Vorwurf, dass die Geltendmachung des Barauszahlungsgrunds als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls

### «Die Beweislast für das Vorliegen der Steuerumgehung tragen die Steuerbehörden.»

den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint.

Kann der Fiskus nachweisen, dass der Steuerpflichtige zu keiner Zeit die Absicht hatte, eine Selbstständigkeit aufzubauen, respektive dass der Steuerpflichtige die selbstständige Erwerbstätigkeit einzig aufnahm, um sich das Pensionskassengeld auszahlen zu lassen, ist die Annahme eines unangemessenen Verhaltens, das nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten entspricht, nicht leichthin zu verneinen. Im spezifischen Fall der Wiederanstellung müsste u. E. zusätzlich bewiesen werden, dass der Steuerpflichtige bereits bei der Beantragung des Vorbezugs beabsichtigte, ein erneutes Angestelltenverhältnis einzugehen – sei es bei der eigenen umgewandelten Einzelunternehmung oder einer anderen Unternehmung.

Geht eine Person beispielsweise aufgrund einer gescheiterten Aufnahme einer Selbstständigkeit oder aus anderen nachvollziehbaren betriebswirtschaftlichen Motiven ein erneutes Anstellungsverhältnis ein, kann nach Meinung der Autoren eine absonderliche, den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessene Rechtsgestaltung ausgeschlossen werden, sofern im Auszahlungszeitpunkt mehrere Indizien für die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Sinne des Steuerrechts sprechen respektive eine Reihe von Handlungen wie das Organisieren von Kundenanlässen, die Erstellung von Konzepten und Offerten etc. vorgenommen worden sind. Dasselbe gilt auch für die bereits kurz nach der Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit erfolgte Einbringung der Einzelfirma in eine juristische Person, sofern dies vordergründig betriebswirtschaftlich motiviert ist.

Interessanterweise wurde auch beim erst kürzlich publizierten Urteil (2C\_204/2016, E. 2) das Vorliegen einer Steuerumgehung durch das Bundesgericht nicht thematisiert. Dies, obwohl die mehrmalige Wohnsitzverlegung des Steuerpflichtigen zwecks «Teilung» der Besteuerungskompetenz des Kapitalbezugs resp. des übrigen Einkommens durchaus absonderlich erscheint.

**3.3.5 Subjektives Element der Steuerumgehung.** Liegt der subjektive Grund für die Aufnahme der Selbstständigkeit nachweislich darin, eine Geschäftsidee durch Einbringung der eigenen Erfahrung zu entwickeln und zu vermarkten, gibt es starke Argumente dafür, dass andere Gründe als die blosse

Steuerersparnis zum Entscheid zur Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit geführt haben.

**3.3.6 Effektives Element der Steuerumgehung.** Die Frage der Steuerumgehung und somit der rein steuerlich motivierten Gestaltung stellt sich im Kontext von Kapitalleistungen insbesondere in zwei Sachverhaltskonstellationen: zum einen, wenn zwischen dem ordentlich abziehbaren Einkauf und dem privilegiert besteuerten Kapitalbezug lediglich eine kurze Zeitspanne liegt, und zum anderen, wenn nach einem Bezug aus der beruflichen Vorsorge kurze Zeit später erneut Einzahlungen getätigt werden. Um derartige Vorgehensweisen, welche als Steuerumgehung qualifiziert wurden, zu un-

*«Die zahlreichen Gerichtsurteile machen deutlich, dass in diesem Bereich eine Harmonisierung zwischen den verschiedenen Behörden überfällig ist.»*

terbinden, erfolgte per 1. Januar 2006 eine entsprechende gesetzliche Normierung durch Art. 79b Abs. 3 BVG, mit der innerhalb der nächsten drei Jahre nach dem getätigten Einkauf keine entsprechende Rückzahlung erfolgen kann (vgl. BGE 2C\_20/2011, E. 2.1).

Im Kontext der Scheinselbstständigkeit wäre das beispielsweise dann denkbar, wenn der selbstständig Erwerbende kurz vor der Aufnahme der simulierten selbstständigen Erwerbstätigkeit einen Einkauf getätigt hätte oder kurze Zeit danach wiederum einen steuerlich abziehbaren Einkauf geltend macht (wie bspw. in BGE 2C\_204/2016). Liegt nachweislich weder die eine noch die andere Sachverhaltsvariante vor, ist die Realisierung einer effektiven Steuerersparnis und damit das effektive Element der Steuerumgehung aus folgenden Gründen selbst beim Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit zumindest zweifelhaft:

→ Wird der Barauszahlungsgrund nicht geltend gemacht, unterliegt ein Kapitalbezug des Pensionskassenguthabens bei Erreichung des Rentenalters derselben privilegierten Besteuerung; → Durch die Auszahlung respektive den Wegfall der Versicherungspflicht können keine steuerlich abziehbaren ordentlichen Beiträge bzw. Einkäufe in die berufliche Vorsorge mehr geleistet werden.

Die Barauszahlung führt zu einer Überführung des Kapitals von einer steuerfreien Sphäre in einen steuerbaren Bereich. Dadurch unterliegt das Vorsorgekapital jährlich der Vermögensteuer. Auch entsprechende Erträge/Zinsen sind nach dem Vorbezug neu Bestandteil des steuerbaren Einkommens.

**3.3.7 Gesamtwürdigung der Steuerumgehung.** Daraus ergibt sich, dass eine ungewöhnliche Rechtsgestaltung zur Erzielung einer Steuerersparnis und somit das Vorliegen einer Steuerumgehung insbesondere dann denkbar wäre, wenn die Auf-

nahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit einzig dazu diene, auf das Pensionskassengeld zuzugreifen, und kurz vor der Barauszahlung (innert dreier Jahre) ein Einkauf geleistet worden ist oder dieser nach Wiederaufnahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit erfolgt.

Nach Meinung der Autoren hätte das Bundesgericht im erst kürzlich publizierten Urteil 2C\_204/2016 aufgrund des vor der Barauszahlung getätigten Einkaufs sowie der absonderlichen gewählten Dispositionen des Steuerpflichtigen – insbesondere die kurzfristigen Wohnsitzwechsel – durch eine Steuerumgehung annehmen können.

#### 4. FAZIT

Der erste Schritt, um das angesparte Vorsorgekapital beziehen zu können, besteht darin, eine Bescheinigung der AHV-Ausgleichskasse zu erhalten, welche die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit bestätigt. Diese Bescheinigung ist dann an die zuständige Pensionskasse weiterzuleiten, welche prüft, ob die Person zum Zeitpunkt der Auszahlung des Vorsorgeguthabens keiner obligatorischen beruflichen Vorsorge unterstellt ist und effektiv eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat. Diese sozialversicherungsrechtliche Prüfung erfolgt demzufolge zu einem anderen Zeitpunkt als jene des Steueramts.

In eigener Kompetenz und meist einige Jahre später beurteilt die Steuerbehörde, ob die vorzeitige Ausrichtung der Leistung einer separaten und privilegierten Besteuerung unterworfen werden soll. Entgegen der Beurteilung der Ausgleichskasse und der Vorsorgebehörde kommt die Steuerbehörde in manchen Fällen zu einem anderen Resultat und verneint die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und die damit verbundene privilegierte Besteuerung. Dieses Risiko ist vor allem bei einer zeitnahen Wiederaufnahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit oder etwa bei der Umwandlung der Personengesellschaft in eine AG oder GmbH hoch.

Gerade in diesen Fällen ist eine vollständige und schlüssige Dokumentation betreffend die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit von grosser Bedeutung. Kommt das Steueramt zum Schluss, dass keine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen worden ist, gibt es für die betroffene Person grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Entweder wird der BVG-Vorbezug ordentlich besteuert oder die ausbezahlten Vorsorgegelder sind innert nützlicher Frist an eine BVG-Behörde zurückzuzahlen. Wenn das bezogene Vorsorgekapital zwischenzeitlich investiert oder zur Überbrückung des wegfallenden unselbstständigen Einkommens verwendet worden ist, sind die finanziellen Folgen oft existenzbedrohend.

Die zahlreichen Gerichtsurteile und auch die Unsicherheiten innerhalb der Branche machen deutlich, dass in diesem Bereich eine Harmonisierung zwischen den verschiedenen Behörden überfällig ist. Dabei sollte sichergestellt werden, dass die AHV-Ausgleichskasse, die Vorsorgeeinrichtung sowie die zuständige Steuerbehörde einen aufeinander abgestimmten Prüfungsprozess implementieren, um eine einheitliche Auslegung des Begriffs «Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit» sicherzustellen. ■