

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Vorsitzenden und die weiteren Senatsmitglieder im Beisein der Schriftführerin in der Beschwerdesache Bf, gegen die Bescheide des Finanzamtes, vertreten durch Finanzamtsvertreter, vom 23.09.2014 betreffend Umsatz- und Einkommensteuer für die Jahre 2012 und 2013 in der Sitzung am 4.10.2017 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

1. Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2012 und 2013 richtet, als unbegründet abgewiesen.  
Diese Bescheide bleiben unverändert.
2. Der Beschwerde wird, soweit sie sich gegen die Umsatzsteuerbescheide für die Jahre 2012 und 2013 richtet, teilweise Folge gegeben.  
Diese Bescheide werden abgeändert.  
Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der festgesetzten Abgaben sind dem Ende der Entscheidungsgründe entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf), der über eine aufrechte Befugnis als Wirtschaftstreuhänder verfügt, erklärte für die Streitjahre gemäß § 4 Abs. 1 EStG ermittelte Einkünfte aus selbständiger Arbeit in Höhe von -89.182,37 € (2012) und -96.783,49 € (2013) sowie jeweils in gleicher Höhe nicht ausgleichsfähige Verluste im Sinne des § 2 Abs. 2a EStG. Dabei wies er negative Betriebseinnahmen in Höhe von -68.144,38 € (2012) und -74.115,91 € (2013) sowie Privateinlagen in Höhe von 142.096, 91 (2012) und 76.403,27 € (2013) aus; als Betriebsausgaben verzeichnete er u.a. AfA, Raumkosten und Pflichtversicherungsbeiträge. In seinen Umsatzsteuererklärungen machte er, bei einem Gesamtbetrag der Bemessungsgrundlagen von jeweils 0,00 €, Vorsteuern in Höhe von 679,32 € (2012) und 839,31 € (2013) geltend.

Nach einem Ergänzungersuchen teilte der Bf dem Finanzamt mit, die erklärten Verluste seien solche aus Differenzgeschäften (contract for difference; CFD), das sei ein Handel mit nicht depotfähigen Derivaten. Die Privateinlagen seien durch Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, selbständiger Arbeit, Kapitalvermögen und durch steuerlich nicht beachtliche Vermögenszuwächse im Privatvermögen erwirtschaftet worden. Dem Ergänzungersuchen beigelegt ist eine ca. dreißig Seiten umfassende Aufstellung der vom Bf im Jahr 2012 durchgeführten Transaktionen.

Das Finanzamt ordnete die Verluste aus den Differenzgeschäften in den angefochtenen Einkommensteuerbescheiden den Einkünften aus Kapitalvermögen, auf die der besondere Steuersatz von 25% nicht anwendbar sei, zu und behandelte die Verluste als nicht ausgleichsfähig; die geltend gemachten Betriebsausgaben berücksichtigte das Finanzamt nicht. Zur Begründung führt das Finanzamt aus, dass die Verwaltung des eigenen Vermögens keine Tätigkeit im Sinne des § 22 EStG darstelle. Es liege bloße Vermögensverwaltung und keine betriebliche Tätigkeit vor. Als Steuerberater habe der Bf keine Einkünfte erzielt, eine selbständige Tätigkeit liege nicht mehr vor, die geltend gemachten Betriebsausgaben seien daher nicht abzugsfähig; die Sozialversicherungsbeiträge seien als Sonderausgaben berücksichtigt worden.

Die Vorsteuern anerkannte das Finanzamt in den angefochtenen Umsatzsteuerbescheiden mangels Vorliegens einer Unternehmereigenschaft nicht.

In seiner Beschwerde wendet der Bf ein, dass er als Wirtschaftstreuhänder gemäß § 3 WTBG zur Verwaltung von Vermögenschaften berechtigt sei, wobei es nach dem Wortlaut des Gesetzes möglich sei, eigenes oder fremdes Vermögen zu verwalten. Ungeklärt sei die Frage, ob Einkünfte aus selbständiger Arbeit gemäß § 22 Z 1b EStG vorliegen (wofür der Wille des Gesetzgebers spreche, die freien Berufe nicht an gewerblichen Maßstäben zu messen) oder ob das Gesamtbild der Tätigkeit anhand der Kriterien des gewerblichen Wertpapierhandels im Sinne des § 23 EStG zu beurteilen sei. Die Abgabenbehörde habe bereits im September 2011 die entscheidungsrelevanten Grundlagen im Rahmen einer Außenprüfung selbst erhoben und nach einer Beurteilung des Gesamtbildes das Vorliegen von betrieblichen (selbständigen) Einkünften anerkannt.

Auch für den privaten Handel über das Internet sei eine Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und gewerblicher Tätigkeit nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien vorzunehmen. Er betreibe den Handel mit Differenzkontrakten über eine Web-basierte Trading Plattform, wobei Art und Umfang seiner Tätigkeit ein Gesamtbild ergäben, das der privaten Vermögensverwaltung fremd sei und deutlich jenes Ausmaß überschreite, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden sei. Der Handel mit Differenzkontrakten sei die einzige berufliche Tätigkeit des Bf und werde von ihm seit Jahren nachhaltig und in Gewinnerzielungsabsicht verfolgt; seine Bedarfsdeckung sei auf Dauer von diesen Einkünften abhängig.

Ein weiterer Beleg dafür, dass der Handel mit Differenzkontrakten zu betrieblichen Einkünften führe, liege in der Infrastruktur seines Wirtschaftstreuhandbetriebes, die er ausschließlich für den Handel mit Differenzkontrakten nutze. Seine Kanzlei

sei für jedermann zugänglich und er biete die Dienstleistung der Verwaltung von Vermögenschaften jedem Interessierten an. Er verfüge über die erforderliche betriebliche Organisation (kaufmännische Einrichtung) zur Verwaltung von Vermögenschaften sowie über ein betriebliches Rechnungswesen mit doppelter Buchhaltung. Diese betriebliche Organisation habe er auch in den Jahren 2012 und 2013 ausschließlich für den Handel mit Differenzkontrakten genutzt.

Er weise eine entsprechende Ausbildung und langjährige berufliche Erfahrung in einer internationalen Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft mit Klienten aus dem Banken- und Versicherungsbereich auf und handle mittlerweile langjährig und nachhaltig mit Differenzkontrakten. Die Ausnutzung des Marktes unter Einsatz einschlägiger beruflicher Erfahrung und Mittel, wie eben Branchenkenntnisse und Know-how, seien Kriterien einer gewerblichen Tätigkeit.

Der Differenzkontrakt werde nicht an der Börse, sondern über Finanzintermediäre gehandelt, sodass eine direkte Geschäftsverbindung zu institutionellen Vertragspartnern (im Jahr 2012 The Royal Bank of Scotland, Edinburgh, im Jahr 2013 zusätzlich die IG Markets Limited, London) bestünde, ebenfalls ein Indiz für betrieblichen Wertpapierhandel. Er verfüge über einen sogenannten „Direkten Marktzugang“, was ihm den direkten Handel ins Orderbuch der jeweiligen Referenzbörsen ermögliche und eine größere Transparenz und Flexibilität als der außerbörsliche Handel biete.

Andere Geschäftsverbindungen beträfen die Aufrechterhaltung der betrieblichen Infrastruktur (z.B.: Telekommunikations- und Internetdienstleistungen, Lieferanten von Strom und Erdgas, Versicherungen und Zahlungsverkehr), die Bereitstellung von Informationen (z.B.: Seminaranbieter, Bücherverlage, Börsen-Dienste) und seine sozialversicherungsrechtliche Absicherung als Unternehmer.

Er konzentriere sich bei seiner Handelstätigkeit auf Kontrakte mit dem Deutschen Aktienindex sowie ausgewählten Rohstoffen und Währungen. Zur Diversifikation setze er zunehmend Kontrakte auf Aktien ein. Er handle sowohl mit Kontrakten, die auf steigende Kurse setzen, als auch mit Kontrakten, die auf fallende Kurse setzen. Der Differenzkontrakt reflektiere damit die gehebelte Kursentwicklung des zugrunde liegenden Basiswerts. Differenzkontrakte seien professionelle Instrumente, bei denen das Risiko des Totalverlusts des ursprünglich eingesetzten Kapitals und von Nachschusspflichten bestehe. Beim Handel mit Differenzkontrakten müsse nicht der gesamte Preis für das Basisinstrument gezahlt werden, sondern der Anleger hinterlege lediglich einen Bruchteil des Wertes auf einem sogenannten Marginkonto (was mit Finanzierungskosten verbunden sei); der Betrag auf diesem Konto diene als Sicherheitshinterlegung für den institutionellen Vertragspartner. Die Hinterlegungspflicht für dieses Marginkonto liege dabei im Regelfall bei nur 1-10% des Basiswertes. Da der Eigenkapitalanteil so gering sei und nur einen sehr geringen Teil des eigentlichen Handelsvolumens ausmache, trete hier der sogenannte Hebeleffekt ein. Mit einem Hebeleffekt von zum Beispiel 50:1 in der Long-Position könne man bei einer Kurssteigerung des Basisinstruments von 1% einen Gewinn von 50% des eingesetzten Kapitals erzielen, wohingegen eine Kurssenkung um 1% auch einen

Verlust von 50% bedeute. Im Ergebnis liege der Eigenkapitalanteil beim Handel mit Differenzkontrakten bei nur 1-10% des Handelsvolumens.

Laut EStR stelle die planmäßige und nachhaltige Fremdfinanzierung der Anschaffung von Wertpapieren zur Ausnutzung von Kursdifferenzen einen Gewerbebetrieb dar. Da es sich bei dem Differenzkontrakt inhaltlich um eine Art kreditfinanzierten Kauf des Basiswertes handle und der Trader das Basisinstrument nicht besitze, sondern nur die Kursschwankungen ausnutzen wolle, fielen Finanzierungskosten in Form eines Zinssatzes an. Den Verkäufern hingegen würden Habzinsen gewährt. Gegenüber anderen derivativen Finanzinstrumenten, wie Optionen, Futures oder Swaps sei der Differenzkontrakt nicht an eine bestimmte Laufzeit gebunden bzw. verfüge über keinen Fälligkeitstermin, weswegen es sich um keinen Terminkontrakt handle.

Das von ihm bewegte Handelsvolumen mache eine engmaschige Beobachtung der Märkte und der von ihm eingegangenen Positionen unumgänglich. Wie er aus eigener Erfahrung wisse, sei die stetige Weiterentwicklung seines Risiko- und Money-Managements eine wichtige und zentrale Aufgabe. Unter diesem Gesichtspunkt befasse er sich auch mit dem Mentaltraining für Day-Trader.

Die Art und der Umfang seiner Tätigkeit ergäben damit insgesamt ein Bild, das der privaten Vermögensverwaltung völlig fremd und somit betrieblicher Natur sei. Der meiste Arbeitsaufwand sei für ihn mit der Analyse der Finanzmärkte und weiteren Recherchetätigkeiten verbunden. Er versuche, alle relevanten marktbeeinflussenden Faktoren zu untersuchen, um den inneren Wert eines Marktes zu bestimmen. Zu seinen Analysefeldern gehörten beispielsweise volkswirtschaftliche Kennzahlen und deren börsenrelevante Interpretation, die Konjunktur und Marktzyklen, die Identifikation von Marktmechanismen, Branchenvergleiche und der Versuch, Frühwarnindikatoren aufzuspüren, wobei er sich verschiedener Quellen bediene. Dazu kämen die Analyse von Unternehmensergebnissen und die marktorientierte Unternehmensbewertung. Die von ihm analysierte und verarbeitete Finanzberichterstattung umfasse beispielsweise Jahresabschlüsse und Zwischenberichte. Weiters versuche er, anhand von historischen Kursverläufen frühzeitig zukünftige Kursentwicklungen abzuleiten. Sein Ziel sei die Evaluierung von geeigneten Ein- und Ausstiegszeitpunkten eines in Betracht kommenden Handelsgeschäfts, besonderes Augenmerk lege er dabei auf den Ichimoku-Ansatz, der gleichzeitig Aussagen zu Trendrichtung und Trendstärke, Unterstützung und Widerstand sowie Kauf- und Verkaufssignalen liefere. Ergänzend führe er eine Analyse des Sentiments (Stimmung der Investoren) durch, um die Auswirkungen der Anlegerpsychologie auszuloten, nutze u.a. Wirtschaftsnachrichten, Börsen-Blogs und Newsticker. Insgesamt verbringe er täglich vier bis sechs Stunden alleine mit Analyse- und Recherchetätigkeiten. Gleichzeitig erfolge die Real-Time-Marktbeobachtung an den Börsen. Weiters beschäftige er sich seit Jahren mit der praktischen und theoretischen Weiterbildung. Dazu gehörten das Studium von Fachliteratur oder das Besuchen von Webinaren und Seminaren oder der enge Austausch mit anderen Tradern in diversen Blogs. Insgesamt sei sein Arbeitsaufwand mit dem eines Vollarbeitszeitverhältnisses vergleichbar.

Der Abgabenbehörde sei seit der Bearbeitung seiner Einkommensteuererklärung 2008 bekannt, dass er Finanzgeschäfte als berufliche Tätigkeit betreibe. Seit diesem Jahr habe er erstmals Einkünfte aus dem Handel mit Differenzkontrakten erzielt, seitdem sei er ohne Unterbrechung mit Einkünften aus selbständiger Arbeit veranlagt worden. Im Bericht einer im September 2011 durchgeföhrten, Einkommen- und Umsatzsteuer 2010 betreffenden Außenprüfung sowie in den anschließenden Steuerbescheiden seien die Einkünfte als solche aus selbständiger Arbeit anerkannt worden. Die nunmehrige Abkehr von der bisher vertretenen Auffassung stelle einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar. Im Wissen um die bislang vertretene Auffassung der Abgabenbehörde habe er konkrete Dispositionen getroffen, da durch die Anerkennung von betrieblichen Einkünften die Möglichkeit des Verlustvortrags bestehe. Deshalb habe er bewusst eine sehr risikoreiche Handelsstrategie gewählt. Die absolute Vermeidung von Verlusten pro Kalenderjahr habe für ihn deshalb keine Bedeutung gehabt. So habe er beim Handel mit Differenzkontrakten bewusst auf die Setzung von Stopp-Loss-Orders oder den Einsatz des Trading-Stopp-Loss oder auf Hedging-Strategien verzichtet. Wenn ihm die Abgabenbehörde willkürlich die Möglichkeit nehme, die aufgelaufenen Verluste zu verwerten, so füge sie ihm einen konkreten Schaden zu.

Weiters sei der Abzug von Betriebsausgaben - im Jahr 2012: 21.037,99 € und im Jahr 2013: 22.667,58 € - in jedem Fall zu gewähren, es liege eine unternehmerische Betätigung im Sinne des WTBG vor.

Schließlich führt der Bf verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einschränkung der Verlustausgleichsmöglichkeiten in § 27 Abs. 8 EStG und gegen den fehlenden Verlustvortrag im außerbetrieblichen Bereich an, diese könnten nicht durch das Regime der Endbesteuerung bzw. Sondersatzbesteuerung gerechtfertigt werden.

Das Finanzamt erließ abweisende Beschwerdevorentscheidungen (BVE). Bei der Tätigkeit eines Steuerberaters handle es sich um keinen auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Beruf (VwGH 24.3.04, 2003/ 14/0096). Es liege daher beim Handel mit Differenzkontrakten keine Tätigkeit i.S.d. § 22 Z 1b EStG vor.

Die Abgrenzung von Vermögensverwaltung und gewerblicher Vermögensverwertung sei immer anhand der Umstände des Einzelfalls zu treffen. Für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes würden das Ausüben der Tätigkeit als Hauptberuf und die Anzahl der getätigten An- und Verkäufe unter Ausnutzung von Hebeln sprechen. Gegen das Vorliegen eines Gewerbebetriebes würden sprechen: der Handel über Finanzintermediäre, kein Einfluss auf Preisgestaltung und Konditionen, keine Transaktionen auf fremde Rechnung, die Tätigkeit als Anlageberater werde nicht aktiv einer breiten Öffentlichkeit angeboten, keine Ausübung eines auf den Umsatz von Wertpapieren bezogenen Berufs bzw. Nichtausnutzen des Markts unter Einsatz beruflicher Erfahrungen. Dass für die Tätigkeit ein eigenes Büro verwendet werde, stelle zwar in der Regel ein Kriterium für die Gewerblichkeit dar, sei aber nicht entscheidend, weil sich die Räumlichkeiten der Kanzlei an der Wohnadresse des Bf befänden. Es werde nicht in Abrede gestellt, dass der Bf über besondere Kenntnisse im Wertpapierbereich verfüge und einen hohen Aufwand treibe. Dem sei allerdings zu entgegnen, dass der üblicherweise mit der Verwaltung

von Vermögen in Zusammenhang stehende Aufwand proportional mit dem Ausmaß des Vermögens anwachse. Das Gesamtbild der Verhältnisse spreche daher dagegen, dass der Handel des Bf mit Differenzkontrakten ein bankentypisches Ausmaß erreiche, betriebliche Einkünfte lägen damit nicht vor.

Eine Verletzung von Treu und Glauben sei nicht erfolgt, auch wenn eine vorangegangene Prüfung die Zuordnung zu den Einkünften aus selbständiger Arbeit nicht beanstandet habe. Gerade ein im steuerlichen Bereich ausgebildeter und tätiger Steuerpflichtiger werde sich im Allgemeinen nicht blind auf die Beurteilung der Finanzbehörde verlassen. Bei den Versicherungsbeiträgen des Bf handle es sich um eine freiwillige, als Sonderausgaben zu berücksichtigende Versicherung, da nach den eigenen Angaben des Bf keine Tätigkeit neben dem Handel mit Wertpapieren ausgeübt worden sei. Die Berufshaftpflichtversicherung sei nicht absetzbar, da derzeit keine Tätigkeit ausgeübt werde, deren Risiken damit abgedeckt würden.

In seinem Vorlageantrag wendet der Bf ein, dass der direkte Handel über Finanzintermediäre - diese ermöglichen als Mittler von Angebot und Nachfrage den unmittelbar den Handel zwischen den Marktteilnehmern - ein starkes Indiz für Gewerblichkeit sei. Die Aussage, dass kein Einfluss auf Preisgestaltung und Konditionen möglich sei, habe der VwGH in Bezug auf die Kaufabwicklung über eine depotführende Bank getroffen. Der Wertung seines Verhaltens als händlertypisch stehe nicht entgegen, dass seine Tätigkeit nicht auf die Ausnutzung des Preisgefälles auf verschiedenen Handelsstufen, sondern auf die Ausnutzung von Wertveränderungen der Ware am nämlichen Markt gerichtet sei. Weiters treffe es nicht zu, dass er keine Transaktionen auf fremde Rechnung abgewickelt habe. So habe er über viele Jahre Transaktionen für einen engen Personenkreis durchgeführt, was er bislang nicht erwähnt habe, da er keine Honorarnoten an diese (Anmerkung: insgesamt drei Personen mit Familienamen CD) gelegt habe. Er sei zur Vermögensverwaltung berechtigt und biete seinen Leistungen in branchenüblicher Form über seine Homepage, das Branchen- und Treuhänderverzeichnis sowie durch sein Geschäftsschild einem grundsätzlich unbeschränkten Personenkreis an. Der Handel mit Finanzinstrumenten sei sein Hauptberuf und diene seiner Existenzsicherung. Differenzgeschäfte seien ein hochriskantes, professionelles Anlageinstrument, die Bereitstellung betrieblicher Infrastruktur und umfangreiche Analysetätigkeit seien notwendig. In der österreichischen Judikatur werde hinsichtlich der Wertpapiergeschäfte vor allem auf die Fremdfinanzierung abgestellt, der planmäßige fremdfinanzierte Handel zur Erzielung von Kursdifferenzen sie laut BMF als Gewerbebetrieb einzustufen.

Betreffend die für einen Gewerbebetrieb sprechende Fremdfinanzierung verweise er auf den Fremdkapitalanteil der von ihm gehandelten Differenzkontrakte, der bei 90% und darüber gelegen sei. Zum Beispiel habe er im Dezember 2013 (bei einem Kontostand von rd. 200 TEUR) Differenzkontrakte auf den DAX (Eigenkapitalanteil 1,4 TEUR, Hebel 200, Handelsvolumen somit rd. 280 TEUR) und Differenzkontrakte auf Aktien (Eigenkapitalanteil rd. 45 TEUR, Hebel durchschnittlich 8, Handelsvolumen somit rd. 360 TEUR) innegehabt; bei einem Handelsvolumen von insgesamt 640 TEUR habe der

Fremdkapitalanteil somit rd. 594 TEUR bzw. 92,75% betragen. Die Verluste könnten das eingesetzte Kapital übersteigen, sodass eine Nachschusspflicht und damit ein unbegrenztes Verlustrisiko bestehe. Der Handel mit Differenzkontrakten sei zweifellos ein Geschäft, das der privaten Vermögensverwaltung völlig fremd sei.

Die sich aus der Gegenüberstellung des Geld-Umlaufvermögens seit Beginn seiner Betätigung im Juli 2008 (durchschnittlich 136.500,00 €) und dem Ergebnis aus dem Handel mit Differenzkontrakten zeige eine Rentabilität, die verdeutliche, dass er eine äußerst risikoreiche Handelsstrategie verfolgt habe, bei der er versucht habe, über eine hohe Fremdfinanzierung eine höhere Eigenkapitalrendite zu erreichen (Hebelwirkung); damit habe er auch hohe Risiken in Kauf genommen. Die hohe (positive wie negative) Rentabilität sei ein Kriterium für gewerbliche Einkünfte, sie zeige, dass die von ihm getroffenen Maßnahmen einen Zusatznutzen in Form höherer Rentabilität angestrebt hätten. Damit sei die Grenze zur Vermögensverwaltung überschritten. Da bei Differenzkontrakten nur eine Preisveränderung gehandelt werde, sei eine Fruchtziehung ausgeschlossen, weshalb auch aus diesem Grund die Vermögensverwaltung entscheidend in den Hintergrund trete. Für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes spräche auch, dass er ein - nicht im Wohnungsverband gelegenes - Büro unterhalte.

Ferner sei die von ihm ausgeübte Betätigung mit jenen Handelsgeschäften vergleichbar, welche für Banken und Finanzinstitute am gewerblich orientierten Kapitalmarkt üblich seien. Finanzunternehmen im Sinne des § 1 Abs. 3 dKWG seien Unternehmen, deren Haupttätigkeit darin bestehe, mit Finanzinstrumenten auf eigene Rechnung zu handeln.

Aus sei entgegen der Meinung des Finanzamtes der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt worden. Er habe nur im Vertrauen auf die nach der Betriebsprüfung ergangenen Bescheide, denen zufolge es sich bei seiner Betätigung um betriebliche Einkünfte handle, Maßnahmen getroffen, nur im Vertrauen auf diese Bescheide habe er weiterhin den Handel mit Differenzkontrakten betrieben und das Risiko nachhaltig in Kauf genommen. Im Vertrauen auf den Betriebsprüfungsbescheid habe er davon ausgehen könne, dass seine Verluste aus dem Handel mit Differenzkontrakten betriebliche Verluste seien, die gemäß § 2 Abs. 2a EStG frühestmöglich mit Gewinnen aus dieser Betätigung oder diesem Betrieb zu verrechnen seien. Auf Grund dieses Vertrauens habe er andere Möglichkeiten, etwa die Gründung einer GmbH zur Erzielung gewerblicher Einkünfte kraft Rechtsform oder die Zuführung der betrieblichen Geldmittel zu seinem privaten Wertpapierdepot, nicht ergriffen. Die unbegründete Abkehr von ihren rechtskonformen Bescheiden ausgerechnet im ersten Verlustjahr habe ihm einen konkreten Schaden in Höhe der Steuerersparnisse, die mittels Verlustvortrags künftig erzielbar gewesen wären, zugefügt.

Zu modifizieren sei sein Beschwerdevorbringen in Bezug auf die Zuordnung von Betriebsausgaben. Aufwendungen im Zusammenhang mit berufsrechtlichen Vorschriften laut WTBG und anderen gesetzlichen Erfordernissen beträfen Mitgliedsbeiträge zur Kammer für Wirtschaftstreuhänder, Fortbildungskosten, Fachliteratur, Versicherungsprämien, Kosten für Büroinfrastruktur sowie Pensions-, Kranken- und Unfallversicherung; es habe immer ein leistungsbereiter Wirtschaftstreuhandbetrieb

vorgelegen. Davon zu trennen sei der sonstige Aufwand aus dem Handel mit Differenzkontrakten, da die Umsatzsteuer im Zusammenhang mit diesen Aufwendungen zu nicht abzugsfähigen Vorsteuerbeträgen führe.

Demgemäß seien der selbständigen Tätigkeit als Wirtschaftstreuhänder Betriebsausgaben bzw. Verluste von 20.392,99 € (2012) und 21.377,58 € (2013) sowie den Differenzgeschäften Ausgaben bzw. Verluste von 68.918,38 € (2012) und 75.663,91 € (2013) zuzuordnen. Jene Aufwendungen, die für die Leistungsbereitschaft seiner Wirtschaftstreuhandkanzlei notwendig seien, beruhten auf einer gesetzlichen Verpflichtung. Der Betrieb sei in keiner Phase eingestellt worden, in den Jahren 2014 und 2015 seien Umsätze erzielt worden. Der Vorsteuerabzug - 550,32 € (2012) und 581,31 € (2013) - stehe ihm zu, da er stets der Regelbesteuerung unterworfen gewesen sei bzw. zur Regelbesteuerung optiert habe.

In einem ergänzenden Schreiben vom 15.12.2015 führt der Bf weiter aus, dass er bei einer verfassungskonformen Regelung des Verlustvortrags bzw. Verlustausgleichs im Jahr 2013, in welchem er u.a. mit dem Sondersteuersatz von 25% besteuerte Einkünfte aus Kapitalvermögen in Höhe von 126.522,04 € (KESt: 31.630,51 €) bezogen habe, keine Steuer bezahlen müsste. Sollte sich im Laufe des Verfahrens ergeben, dass die Bestimmungen des § 27 Abs. 8 EStG zum Verlustausgleich und die fehlende Möglichkeit zum Verlustvortrag im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen verfassungswidrig sind, dann wähle er für seine im Jahr 2013 erzielten Einkünfte aus Kapitalvermögen die Option zur Regelbesteuerung. In diesem Zusammenhang rege er einen Normenprüfungsantrag durch das Bundesfinanzgericht an.

In der am 4.10.2017 durchgeführten mündlichen Verhandlung führte der Bf aus, keine anderen Einkünfte zur Bestreitung seines Lebensunterhalts gehabt zu haben. Dass hier nicht von gewerblichen Einkünften ausgegangen werde, sei für ihn völlig unverständlich. Es sei nicht üblich, mit mehreren 100 TEUR in spekulative Finanzinstrumente zu investieren, ein solches Bild entspreche nicht mehr einer bloßen Vermögensverwaltung. Er habe im Laufe des Verfahrens auch immer wieder angeboten, dass dritte Personen seine Darstellung bestätigen könnten. Seit März 2017 sei er in einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei angestellt. Von 2012 bis 2015 habe der Gesamtverlust aus den Differenzkontrakten rd. € 300.000,-- betragen. Jetzt übe er den Handel mit Differenzkontrakten im Hinblick auf seine nichtselbständige Beschäftigung sehr reduziert aus. Hinzuweisen sei noch einmal darauf, dass es bei der Außenprüfung im Jahr 2011 kein anderes Thema als die Differenzkontrakte gegeben habe.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Die Beschwerde richtet sich zum einen gegen die Zuordnung der Einkünfte aus Differenzkontrakten zu den Einkünften aus Kapitalvermögen, zum anderen gegen die Nichtberücksichtigung von Betriebsausgaben bzw. Verlusten aus dem "leistungsbereiten Wirtschaftstreuhandbetrieb" als Einkünfte aus selbständiger Arbeit.

1. Die Qualifikation eines bestimmten wirtschaftlichen Erfolges unter eine bestimmte Einkunftsart ist kein Bestandteil des Spruches des Einkommensteuerbescheides. Es besteht daher keine Bindung an diese Qualifikation, die nur in der Begründung des Bescheides erfolgt. Bemessungsgrundlagen sind bei der veranlagten Einkommensteuer das Einkommen sowie für den Verlustvortrag die Höhe des Verlustes; über die Vortragsfähigkeit ist hingegen jeweils im Abgabenbescheid des Jahres des Verlustabzugs abzusprechen. Durch eine allenfalls unrichtige Qualifikation der genannten Einkünfte in einem Bescheid ohne Auswirkung auf die Besteuerung wird ein Abgabepflichtiger in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten nicht verletzt (vgl. Ritz, BAO Kommentar<sup>5</sup>, § 198 Tz 17 und die dort angeführte Judikatur).

Die Einkommensteuer der Jahre 2012 und 2013 oder deren Bemessungsgrundlage erfährt bei Qualifikation der Einkünfte aus den Differenzkontrakten als solche aus Gewerbebetrieb keine Änderung. Ordnet man die Einkünfte aus Differenzkontrakten, wie vom Bf beantragt, den gewerblichen Einkünften zu, so fallen diese unstrittig unter das Verlustausgleichs- und vortagsverbot des § 2 Abs. 2a EStG (der Bf geht in seinen Einkommensteuererklärungen und in seiner Beschwerde selbst vom Vorliegen eines Betriebes aus, dessen Unternehmensschwerpunkt im Verwalten unkörperlicher Wirtschaftsgüter gelegen ist), sodass ohnehin erst eine künftige Verrechnung mit positiven Einkünften aus diesem Betrieb möglich wäre.

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt daher schon deshalb als unbegründet, weil sich die Einkommensteuer der Streitjahre bzw. deren Bemessungsgrundlage bei der Annahme von Einkünften aus Gewerbebetrieb nicht ändern würde.

Darüber hinaus teilt das Bundesfinanzgericht die Meinung des Bf, seine aus den Differenzkontrakten erzielten Einkünfte wären solche aus Gewerbebetrieb, aus den im Folgenden dargelegten Gründen nicht.

Gemäß § 27 Abs. 1 EStG 1988 (in der in seit 1.4.2012 anzuwendenden Fassung durch das Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl. I Nr. 111/2010) sind Einkünfte aus Kapitalvermögen Einkünfte aus der Überlassung von Kapital (Abs. 2), aus realisierten Wertsteigerungen von Kapitalvermögen (Abs. 3) und aus Derivaten (Abs. 4), soweit sie nicht zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 4 gehören.

Zu den Einkünften aus Derivaten gehören gemäß § 27 Abs. 4 EStG 1988

1. der Differenzausgleich,
2. die Stillhalteprämie,
3. Einkünfte aus der Veräußerung und
4. Einkünfte aus der sonstigen Abwicklung

bei Termingeschäften (beispielsweise Optionen, Futures und Swaps) sowie bei sonstigen derivativen Finanzinstrumenten (beispielsweise Indexzertifikaten).

Der Bf hat in den Beschwerdejahren Verluste aus Differenzkontrakten erlitten. Ein Differenzkontrakt (contract for difference; CFD) ist ein derivatives Finanzinstrument, bei dem sich zwei Vertragsparteien zur Zahlung eines Barausgleichs verpflichten, welcher sich

aus der Differenz von Kauf- und Verkaufspreis des zugrunde liegenden Basiswerts ergibt (vgl. Leser/Leser/Habsburg-Lothringen, Finanzinstrumente, 201 f; VwGH 19.10.2016, Ro 2014/15/0014).

Die Einkünfte aus den vom Bf abgeschlossenen CFDs sind daher grundsätzlich unter den Tatbestand der Einkünfte aus Derivaten gemäß § 27 Abs. 4 EStG zu subsumieren. Eine Besteuerung nach § 27 EStG erfolgt allerdings nur, soweit die Einkünfte nicht zu den Einkünften im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 bis 4 EStG gehören. Der Bf vertritt dazu den Standpunkt, der von ihm betriebene "Handel mit Differenzkontrakten" sei den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnen.

Gewerblich ist eine Tätigkeit, die selbstständig, nachhaltig, mit Gewinnerzielungsabsicht und Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr unternommen wird, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erst dann, wenn sie den Rahmen der Vermögensverwaltung überschreitet. Dies ist dann der Fall, wenn das Tätigwerden des Steuerpflichtigen nach Art und Umfang deutlich jenes Ausmaß übersteigt, das üblicherweise mit der Verwaltung eigenen Vermögens verbunden ist, wenn also durch die Marktteilnahme nach Art und Umfang der Tätigkeit ein Bild erzeugt wird, das der privaten Vermögensverwaltung fremd ist. In Zweifelsfällen ist darauf abzustellen, ob die Tätigkeit, wenn sie in den gewerblichen Bereich fallen soll, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht (z.B. VwGH 24.3.2004, 2003/14/0096).

Auf dem Gebiet des An- und Verkaufs von Wertpapieren lassen folgende demonstrativ angeführte Indizien der Verkehrsauffassung nach - ausgehend vom Kriterium des "Umfanges der Tätigkeit bzw. des Ausmaßes" - auf einen Gewerbebetrieb schließen (Hofstätter/ Reichel, Die Einkommensteuer, § 23 Tz 94):

- Ausüben der Tätigkeit als Hauptberuf
- Unterhalten eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung von Geschäften
- Ausnutzung eines Marktes unter Einsatz beruflicher Erfahrungen
- Anbieten von Wertpapiergeschäften einer breiten Öffentlichkeit
- Abschluss von Geschäften auf fremde Rechnung
- Einsatz einschlägiger beruflicher Erfahrungen und Mittel
- Geschäftsverbindungen
- Einflussnahme auf Preishöhe und Konditionen
- Anzahl der getätigten An- und Verkäufe
- Planmäßige und nachhaltige Fremdfinanzierung der Wertpapiergeschäfte.

Auf verschiedenen Internetseiten (z.B. [www.finanz-seiten.com](http://www.finanz-seiten.com), [www.finanzen.net](http://www.finanzen.net)) kann zu CFDs im Wesentlichen Folgendes nachgelesen werden:

CFD's werden online über einen CFD-Broker abgeschlossen, der laufend Preise zum Kauf und Verkauf der CFD-Kontrakte stellt. Mittels Differenzkontrakt erwirbt der Käufer nicht den Basiswert, sondern partizipiert lediglich an dessen Kursentwicklung. Der Differenzkontrakt kann während der Handelszeiten vom Kunden jederzeit wieder veräußert werden. Der Kontrakt selbst ist kein Wertpapier, sondern lediglich eine

"Wette" zwischen CFD-Broker und CFD-Händler. Beim CFD-Handel können Anleger an Kursbewegungen von Indizes, Aktien, Währungen oder Rohstoffen mit Hebel partizipieren. Gehandelt wird die Kursdifferenz zwischen Ein- und Ausstiegszeitpunkt. Dabei können Anleger CFDs handeln, die von steigenden Kursen (Long-CFD), und solche, die von fallenden Notierungen des Basiswerts profitieren (Short-CFD). Anders als beim Aktienhandel müssen Anleger beim CFD-Trading für ihre Handelsposition nur einen Bruchteil der Investitionssumme aufbringen. CFD-Trader hinterlegen lediglich eine Sicherheitsleistung (Margin). Die Investitionskosten für das CFD-Trading liegen somit deutlich unter denen, die beim Direktinvestment in den Basiswert fällig wären. Meist liegen diese Kosten bei nur einem bis zehn Prozent der gehandelten Summe. Beim CFD-Trading handeln Anleger den Basiswert quasi auf Kredit, in der Regel müssen Käufer daher Finanzierungszinsen aufbringen. Es handelt sich um eine Art Kreditzins, den der Anleger dem Broker zahlen muss (Ausgleichsbetrag für das Halten offener Positionen über den Handelsschluss hinaus). Diese "Finanzierungszinsen" sind daher ein Kostenfaktor des CFD: Der Broker erwirbt den Wert vollständig, während der Anleger nur eine Sicherheitsleistung erbringen muss und den Effekt des Hebels nutzen kann. Jeder, der einen Internetzugang besitzt, kann bei einem Online-Broker ein Konto eröffnen und versuchen, Geld mit CFDs zu verdienen; CFDs sind in den vergangenen Jahren bei spekulationsfreudigen Privatanlegern zunehmend beliebt geworden, in Deutschland etwa gibt es zur Zeit rd. 50.000 aktive CFD-Anleger (Meldung in der Onlineausgabe der Presse vom 19.1.2017).

Nach Ansicht des erkennenden Gerichts entspricht diese Art und Weise, sein Kapital anzulegen bzw. der auf diese Art und Weise unternommene Versuch, sein Kapitalvermögen zu vermehren, nicht dem Bild, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht. Das zu der Intensität, mit dem er die Kapitalanlage in CFDs betrieben habe, erstattete Vorbringen des Bf gibt zu keiner anderen Beurteilung Anlass.

Beim CFD-Handel kann, wie sich auch aus der beispielhaften Erläuterung in der Beschwerde ergibt, mit wenig Einsatz auf große Summen gewettet werden. Der Bf selbst hat, auch wenn gemeinhin vom CFD-"Handel" oder CFD-"Trading" die Rede ist, keine Handelstätigkeit entfaltet. Er hat keine Produkte oder Leistungen auf dem Markt angeboten bzw. Preise und Konditionen hiefür festgesetzt, sondern als Anleger (Kunde) nur die von Online-Brokern angebotenen Dienstleistungen (Wetten auf Finanzprodukte) in Anspruch genommen (konsumiert); die Preishöhe und die Konditionen hat dabei der Broker vorgegeben.

Der Bf hat dies ferner ausschließlich auf eigene Rechnung und mit seinem eigenen Vermögen getan. Daraus, dass der Bf auch Transaktionen für einige (drei) Personen aus dem, wie die Namensgleichheit vermuten lässt, Familien- und Verwandtenkreis unentgeltlich durchgeführt habe, kann nicht abgeleitet werden, dass er einer breiten Öffentlichkeit angeboten hätte, ihr Vermögen (gegen Entgelt) in CFDs zu veranlagen. Dem Vorbringen des Bf, planmäßig und nachhaltig Finanzgeschäfte fremdfinanziert zu haben, kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Der von ihm angesprochene "Fremdkapitalanteil" (von

z.B. 90%) betrifft in Wahrheit den für CFDs charakteristischen Hebeleffekt: Gegen eine Sicherheitsleistung von z.B. 10% kann mit dem zehnfachen Hebel an der Wertentwicklung des Basiswerts partizipiert werden. Die dem Anleger vom Broker verrechneten Finanzierungszinsen röhren, wie bereits erwähnt, daher, dass der Broker den Basiswert selbst vollständig erwirbt (der Anleger erwirbt ja den Basiswert gar nicht, sodass von einem Fremdkapitalanteil, wie ihn der Bf vorgibt, nicht die Rede sein kann), den ihm aus dem Erwerb des Basiswerts resultierenden Zinsaufwand verrechnet der Broker dem Anleger. Dabei handelt es sich daher um Kosten für den Hebel bzw. eben für das Produkt CFD. Diese Kosten hat der Bf jedoch - wie auch sämtliche sonstigen im Zusammenhang mit den CFD-Kontrakten angefallenen Zahlungen - eigenfinanziert. Er hat, wie er dem Finanzamt in der Anfragebeantwortung vom 26.3.2014 mitteilte, ausschließlich seine Vermögenszuwächse im Privatvermögen für die Anlage in CFDs herangezogen.

Auch der Umstand, dass der Bf CFDs in erheblichem Umfang abgeschlossen und dabei Analyse- und Recherchetätigkeiten durchgeführt sowie sich mit einschlägiger Theorie befasst haben mag, lässt nicht eine Marktteilnahme erkennen, die nach Art und Umfang ein der privaten Vermögensverwaltung fremdes Bild erzeugt. Der Bf hat über seinen Computer, wie zahlreiche andere Anleger auch, sein Geld in spekulativen Finanzprodukten veranlagt. Es kann für die Beurteilung als bloße Vermögensverwaltung keinen Unterschied machen, ob er dies öfter oder weniger oft am Tag getan hat und ob er sich in diesem Zusammenhang auch spezielles Wissen angeeignet hat. Dem Bf stand offenkundig ein entsprechend großes Vermögen für den Abschluss der Differenzkontrakte zur Verfügung. Dass ihm die Größe seines Vermögens die Durchführung einer großen Anzahl von Transaktionen (unter jeweils hohen Einsätzen) erlaubte, spricht ebenso wenig für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes, wie der mit der Verwaltung bzw. Veranlagung eines großen Vermögens verbundene Aufwand. Auch kann darin, dass die Transaktionen mit hohem Risiko behaftet waren, kein ausschließlich bei gewerblicher Betätigung anzutreffendes Merkmal gesehen werden.

Mit dem Vorbringen, er habe den CFD-Handel als Hauptberuf ausgeübt, diese Betätigung habe der Sicherung seiner existenziellen Bedarfsdeckung gedient, zeigt der Bf ebenfalls kein für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes typisches Kriterium auf. Jemand, der ein derart umfangreiches Kapitalvermögen besitzt, dass er in der Lage ist, seinen Lebensunterhalt ausschließlich aus den Veranlagungserträgen dieses Vermögens zu bestreiten, ist allein deshalb nicht gewerblich tätig.

Davon abgesehen ist nicht ersichtlich, dass der Lebensunterhalt des Bf vom Ergebnis der Differenzkontrakte abhängig gewesen wäre. Im Gegenteil, es waren vielmehr seine offensichtlich überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnisse, die ihm das CFD-Trading im vorliegenden Umfang ermöglicht bzw. ihn in die Lage versetzt haben, allein in den Streitjahren rd. 220 TEUR dafür einzusetzen. Die daraus erlittenen Verluste von insgesamt rund 300 TEUR in einem Zeitraum von rund vier Jahren waren wohl eher geeignet, die Existenzgrundlage des Bf zu gefährden, als ihm eine solche zu schaffen.

Der Einwand des Bf, er übe eine Betätigung aus, die jenen Handelsgeschäften vergleichbar sei, wie sie für Banken und Finanzinstitute, die mit Finanzinstrumenten auf eigene Rechnung handeln, üblich seien, ist nicht zielführend. Differenzgeschäfte mögen zwar im Rahmen einer ohnehin gewerblichen Betätigung Bestandteil des Gewerbebetriebes eines Kredit- oder Finanzinstituts sein bzw. zu Einkünften aus Gewerbebetrieb kraft Rechtsform führen, das bedeutet aber nicht, dass bereits der Abschluss solcher Geschäfte für sich Einkünfte aus Gewerbebetrieb begründet.

Was den Hinweis auf das Unterhalten eines Büros und einer Organisation zur Durchführung von Geschäften betrifft, so handelt es sich dabei um das Büro und die Infrastruktur des (in den Beschwerdejahren nicht ausgeübten) Wirtschaftstreuhandbetriebes des Bf. Dass er in diesem Büro bzw. unter Nutzung der dortigen Infrastruktur seine privaten Vermögensveranlagungen abgewickelt hat, entspricht nicht dem, was die Verkehrsauffassung mit dem Unterhalten eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung von Geschäften im Rahmen eines Gewerbebetriebes verbindet.

Die Veranlagung des eigenen Vermögens hat schließlich auch nichts mit der beruflichen Tätigkeit eines Wirtschaftstreuhänders zu tun. Der Umstand, dass der Bf gemäß § 3 WTBG zur Verwaltung von Vermögenschaften berechtigt ist, lässt nicht erkennen, warum die Ergebnisse aus den von ihm unter Einsatz seines Vermögens abgeschlossenen Differenzgeschäften den Einkünften aus selbständiger Arbeit gemäß § 22 Z 1 lit. b EStG zuzuordnen wären.

Das Finanzamt hat daher die vom Bf aus dem Abschluss von Differenzkontrakten erzielten Verluste zu Recht als Einkünfte aus Kapitalvermögen behandelt, weshalb das Berufungsbegehren in diesem Punkt auch aus diesem Grund nicht berechtigt ist.

2. Der Bf rügt weiters, das Finanzamt sei in den angefochtenen Bescheiden von seiner in den Vorjahren - im Anschluss an eine Betriebsprüfung - getroffenen Feststellung, dass in seinem Fall der Handel mit Differenzkontrakten den betrieblichen Einkünften zuzuordnen sei, abgegangen und habe dadurch den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt. Dem ist zu erwidern, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Grundsatz von Treu und Glauben nicht ganz allgemein das Vertrauen des Abgabepflichtigen auf die Rechtsbeständigkeit einer unrichtigen abgabenrechtlichen Beurteilung in der Vergangenheit schützt. Die Behörde ist vielmehr verpflichtet, von einer als gesetzwidrig erkannten Verwaltungsübung abzugehen. Der Umstand, dass eine in der Vergangenheit erfolgte Überprüfung durch die Behörde eine bestimmte Vorgangsweise des Abgabepflichtigen unbeanstandet gelassen hat, hindert die Behörde daher nicht, diese Vorgangsweise als rechtswidrig zu beurteilen. Es müssten vielmehr besondere Umstände vorliegen, die ein Abgehen von der bisherigen Auffassung durch die Abgabenbehörde unbillig erscheinen ließen, wie dies z.B. der Fall sein kann, wenn ein Abgabepflichtiger von der Abgabenbehörde ausdrücklich zu einer bestimmten Vorgangsweise aufgefordert wurde und sich nachträglich die Unrichtigkeit dieser Vorgangsweise herausstellt (z.B. VwGH 22.3.2010, 2007/15/0256). Das Vorliegen eines solchen Falles hat der Bf mit

seinem Vorbringen, er habe im Hinblick auf die für die Vorjahre getroffene Beurteilung und die von ihm daraus gefolgte Möglichkeit, Verluste aus den Differenzgeschäften steuerlich vortragen zu können, besonders risikoreich veranlagt, nicht aufgezeigt. Insbesondere ist nicht hervorgekommen, dass ihn das Finanzamt unter Zusicherung der Verlustverwertungsmöglichkeit ausdrücklich dazu aufgefordert hätte, sein Vermögen besonders risikoreich zu veranlagen. Davon abgesehen könnte der Grundsatz von Treu und Glauben auch nur insoweit Auswirkungen zeitigen, als das Gesetz der Vollziehung einen Vollzugsspielraum einräumt (z.B. VwGH 26.4.2006, 2004/14/0076). Bei der Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte Betätigung als gewerblich einzustufen ist oder ob sie den Rahmen der Vermögensverwaltung nicht überschreitet, besteht für die Abgabenbehörde jedoch kein Vollzugsspielraum. Die belangte Behörde war daher nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, in den Beschwerdejahren von der von ihr als unrichtig erkannten Würdigung abzugehen.

3. Gemäß § 27 Abs. 8 Z 3 EStG in der in den Beschwerdejahren anzuwendenden Fassung können Einkünfte aus Kapitalvermögen, auf die der besondere Steuersatz gemäß § 27a Abs. 1 anwendbar ist, nicht mit Einkünften aus Kapitalvermögen ausgeglichen werden, für die dieser gemäß § 27a Abs. 2 nicht gilt. Gemäß § 27 Abs. 8 Z 4 EStG dürfen nicht ausgeglichene Verluste aus Kapitalvermögen nicht mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden. Die Regelungen über den Verlustausgleich gelten gemäß § 27 Abs. 8 letzter Satz EStG auch im Falle der Regelbesteuerung gemäß § 27 Abs. 5 EStG.

Gemäß § 27a Abs. 2 Z 7 EStG gilt der besondere Steuersatz des Abs. 1 nicht für Einkünfte aus nicht verbrieften Derivaten im Sinne des § 27 Abs. 4. Dass die in Rede stehenden CFDs nicht als Wertpapiere verbrieft sind, steht nicht in Streit.

Der Bf hat in den Beschwerdejahren neben den Verlusten aus Derivaten auch (positive) Einkünfte aus Kapitalvermögen, auf welche der besondere Steuersatz des § 27a Abs. 1 EStG anwendbar ist, erzielt. Er erachtet die Bestimmung des § 27 Abs. 8 Z 3 EStG, die einem Ausgleich der Verluste aus Derivaten mit seinen mit dem besonderen Steuersatz besteuerten Kapitaleinkünften entgegensteht, als verfassungswidrig, ebenso die fehlende Möglichkeit, Verluste aus Kapitalvermögen vorzutragen. Er hat aus diesem Grund die Beantragung eines Normenprüfungsverfahrens durch das Bundesfinanzgericht angeregt.

Gemäß Artikel 89 Abs. 1 B-VG, der gemäß Artikel 135 Abs. 4 B-VG auf die Verwaltungsgerichte sinngemäß anzuwenden ist, hat ein ordentliches Gericht, wenn es u.a. gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken hat, den Antrag auf Aufhebung dieser Rechtsvorschrift beim Verfassungsgerichtshof zu stellen. Das erkennende Gericht hat solche Bedenken nicht.

Differenzgeschäfte waren bereits vor der Neuordnung der Besteuerung von Kapitaleinkünften durch das Budgetbegleitgesetz 2011 ohne zeitliche Einschränkung - als Einkünfte aus Spekulationsgeschäften gemäß § 30 EStG - steuerpflichtig (gesetzlich

verankert mit dem Steuerreformgesetz 2000) und unterlagen - nach dem damaligen § 30 Abs. 4 EStG - einer Verlustausgleichsbeschränkung. Diese - schon damals für den betrieblichen Bereich nicht geltende - Verlustausgleichsbeschränkung hat der Verfassungsgerichtshof als nicht bedenklich eingestuft (vgl. Jakom/Kanduth-Kristen, EStG, 2012, § 30 Rz 64, unter Hinweis auf VfGH 2.12.2008, B 816/08). Da sich durch die Überführung der Differenzgeschäfte in das System der Einkünfte aus Kapitalvermögen an deren steuerlichen Erfassung nichts geändert hat, kann weiterhin von der verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit der diese Geschäfte treffenden Verlustausgleichsbeschränkung ausgegangen werden.

Im Hinblick darauf, dass CFDs besonders risikobehaftete, nicht nur ein hohes Gewinnpotential, sondern ein hohes bis nicht kalkulierbares Verlustrisiko bergende Finanzwetten darstellen, erscheint es auch sachlich gerechtfertigt, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums die Möglichkeit der steuerlichen Verlustverwertung in diesem Bereich ausgeschlossen bzw. eingeschränkt hat (ein Verlustausgleich innerhalb der Derivate ist weiterhin möglich und wurde vom Bf auch vorgenommen), weil damit eine Verminderung des Steueraufkommens aus der Kapitalertragsteuer durch derart risikoreiche Anlageformen (vgl. Schlager, RdW 2010, 800) und damit letztlich eine unerwünschte Spekulation unterbunden werden. Dass die Vermeidung unerwünschter Spekulation ein Rechtfertigungsgrund für ein Verlustausgleichsverbot sein kann, ergibt sich auch aus dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27.9.1969, B 57/69, zu dem in § 31 Abs. 5 EStG in der Fassung vor dem Budgetbegleitgesetz 2011 verankerten Verlustausgleichsverbot (vgl. Kempf, Die Berücksichtigung von Verlusten aus Spekulationsgeschäften, RdW 2009, 141, Fußnote 8).

Bemerkt wird, dass auf die von 1.1.2012 bis zum 31.3.2012 abgewickelten CFDs, die insgesamt eine Wertsteigerung erbracht haben, noch die Bestimmungen des § 30 EStG in der Fassung vor dem Budgetbegleitgesetz 2011 anzuwenden waren (§ 124b Z 184 EStG). Die Höhe der sich per Saldo für das Jahr 2012 ergebenden negativen Kapitaleinkünfte ist aber nicht strittig.

4.1. Der Bf bringt weiters vor, es habe immer ein leistungsbereiter Wirtschaftstreuhandbetrieb vorgelegen, die damit zusammenhängenden Aufwendungen - Mitgliedsbeiträge, Fortbildungskosten, Fachliteratur, Pensions-, Kranken- und Unfallversicherungsbeiträge, Haftpflichtversicherung, Kosten für Büroinfrastruktur - seien vom Handel mit Differenzkontrakten zu trennen und als Verluste aus selbständiger Tätigkeit als Wirtschaftstreuhänder zu berücksichtigen. Der Betrieb sei in keiner Phase eingestellt worden, seine Berufsbefugnis sei aufrecht, die kaufmännische Ausstattung, die Berufshaftpflichtversicherung und sein Sozialversicherungsverhältnis ließen nicht den Schluss zu, dass eine Beendigung der unternehmerischen Betätigung vorgelegen habe.

Gemäß § 4 Abs. 4 EStG sind Betriebsausgaben die Aufwendungen oder Ausgaben, die durch den Betrieb veranlasst sind. Auch die während des Ruhens anfallenden

Betriebsausgaben sind - als Verlust - zu berücksichtigen (Quantschnigg/ Schuch, § 24 Tz 15).

Von einem ruhenden Betrieb ist zu sprechen, wenn ein Betrieb bzw. die werbende Tätigkeit vorübergehend in der objektiv erkennbaren Absicht eingestellt wird, ihn wieder aufzunehmen. Es muss nach den nach außen erkennbaren Umständen wahrscheinlich sein, dass der Betrieb in ähnlicher Weise und in einem relativ kurzen Zeitraum – von etwa drei Jahren – wieder aufgenommen wird, sodass der stillgelegte mit dem wieder aufgenommenen Betrieb ident ist (Hofstätter/ Reichel, EStG Kommentar, § 24 Tz 55).

Laut den vorliegenden Steuerbescheiden hat der Bf vor dem Streitzeitraum zuletzt im Jahr 2008 Einnahmen aus seinem Wirtschaftstreuhandbetrieb erzielt (rd. 23.000,00 € im Jahr 2008, rd. 38.000,00 € im Jahr 2007 und rd. 44.000,00 € im Jahr 2006). Er hat von 2009 bis 2014 lediglich Einkünfte aus Differenzkontrakten erklärt.

Zu Beginn des Streitzeitraums lagen somit die letzten Aktivitäten, die der Bf im Rahmen seines Wirtschaftstreuhandbetriebs gesetzt hat, bereits drei Jahre zurück, weder im Streitzeitraum noch im folgenden Jahr 2014 hat der Bf Leistungen als Wirtschaftstreuhänder erbracht. Über einen Klientenstock hat der Bf offenkundig nicht mehr verfügt; die im Bereich der freien Berufe wesentliche Betriebsgrundlage musste der Bf damit erst wieder schaffen bzw. erwerben. Damit ist aber die Wahrscheinlichkeit, dass der Bf den bis Ende 2008 geführten Wirtschaftstreuhandbetrieb in einem relativ kurzen Zeitraum wieder aufzunehmen gedachte, nicht gegeben.

Davon abgesehen wären die geltend gemachten Ausgaben auch dann nicht anzuerkennen, wenn in ertragsteuerlicher Hinsicht ein bloßes Ruhen des Wirtschaftstreuhandbetriebs vorliegen würde. Auch ein ruhender Betrieb kann nämlich nur dann als Einkunftsquelle angesehen werden, wenn Gewinnabsicht und Gewinnerzielungsmöglichkeit bestehen; ist dies nicht der Fall, liegt Liebhaberei vor (Doralt/ Kirchmayr/ Mayr/ Zorn, EStG Kommentar, § 24 Tz 150; § 2 Tz 438).

Gemäß § 1 Abs. 1 Liebhabereiverordnung (LVO) liegen Einkünfte vor bei einer Betätigung, die durch die Absicht veranlasst ist, einen Gesamtgewinn oder einen Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen und nicht unter Abs. 2 fällt. Voraussetzung ist, dass die Absicht anhand objektiver Umstände (§ 2 Abs. 1 und 3) nachvollziehbar ist.

Gemäß § 2 Abs. 1 LVO ist, wenn bei Betätigungen im Sinn des § 1 Abs. 1 Verluste anfallen, das Vorliegen der Absicht, einen Gesamtgewinn oder Gesamtüberschuss der Einnahmen über die Werbungskosten zu erzielen, insbesondere anhand der dort aufgezählten Kriterien zu beurteilen. Dabei kommt dem Kriterium der Bemühungen zur Verbesserung der Ertragslage durch strukturverbessernde Maßnahmen besondere Bedeutung zu (z.B. VwGH 23.2.2010, 2006/15/0314).

Die Beurteilung, ob Liebhaberei vorliegt, ist eine für jeden Bemessungszeitraum zu lösende Rechtsfrage. Im Rahmen der Kriterienprüfung ist das Schwergewicht auf die

bis zum jeweiligen Veranlagungsjahr eingetretene Entwicklung zu legen (z.B. VwGH 22.10.2015, Ra 2014/15/0019).

Aus der seit dem Jahr 2009 bis einschließlich der beiden Streitjahre eingetretenen Entwicklung kann nicht darauf geschlossen werden, dass das Streben des Bf in diesem Zeitraum, in dem er sich auf die "Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft" beschränkte, darauf gerichtet gewesen wäre, einen Gewinn aus seiner Tätigkeit als Wirtschaftstreuhänder zu erzielen. Der Bf hat sich seit dem Jahr 2009 völlig der Veranlagung seines privaten Vermögens gewidmet - der Handel mit Differenzkontrakten war, so der Bf, seine einzige berufliche Tätigkeit - und damit seinen Beruf als Wirtschaftstreuhänder offenkundig gänzlich vernachlässigt. Er betont selbst, die Infrastruktur seines Wirtschaftstreuhandbetriebes ausschließlich für den Handel mit Differenzkontrakten genutzt zu haben. Auf die Gewinnung von Kunden und damit das Erzielen von Einnahmen für seinen Wirtschaftstreuhandbetrieb hatte es der Bf sichtlich nicht angelegt. Dass er auch in diesem Zeitraum die aufrechte Berufsbefugnis besessen hat, im Standesverzeichnis der Wirtschaftstreuhänder eingetragen war und seinen Internetauftritt weiterbestehen ließ, reicht nicht aus, ein Bemühen zur Verbesserung der Ertragslage darzutun.

Diese Art der Wirtschaftsführung, die nur Ausgaben verursachte und kein Streben nach Einnahmen erkennen lässt, konnte objektiv gesehen niemals Erfolg bringend sein. Die strittigen Ausgaben können daher, weil für den Streitzeitraum nicht vom Vorliegen einer Einkunftsquelle ausgegangen werden kann, steuerlich nicht berücksichtigt werden.

Die für Büro und Infrastruktur des Wirtschaftstreuhandbetriebes anfallenden Ausgaben sind darüber hinaus auch deshalb nicht abzugsfähig, weil der Bf diese in den Streitjahren ausschließlich privat, für Zwecke seiner Vermögensveranlagung, verwendet hat.

4.2. Gemäß § 6 LVO kann Liebhaberei im umsatzsteuerlichen Sinn nur bei Betätigungen im Sinne des § 1 Abs. 2, nicht hingegen bei anderen Betätigungen vorliegen.

Der Vorsteuerabzug steht gemäß § 12 UStG nur Unternehmern zu. Die Unternehmereigenschaft muss im Zeitpunkt der Leistung gegeben sein. Da die Unternehmereigenschaft nicht voraussetzt, dass der Unternehmer bereits Leistungen ausgeführt hat, ist ein Vorsteuerabzug auch in Zeiträumen möglich, in denen Umsätze noch nicht getätigt wurden. Vorsteuern können daher auch im Zusammenhang mit Leistungen geltend gemacht werden, die lediglich der Vorbereitung der unternehmerischen Tätigkeit dienen (Ruppe/Achatz, Umsatzsteuergesetz Kommentar<sup>4</sup>, § 12 Tz 24).

Der Bf hat in den Streitjahren u.a. Ausgaben für Fortbildung (Fachliteratur, Seminare) getätigt. Derartige Fortbildungsmaßnahmen weisen einen Zusammenhang mit dem Wirtschaftstreuhänderberuf des Bf auf. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die berufliche Fortbildung der Vorbereitung (bzw. der Vorbereitung der Wiederaufnahme) der Leistungserstellung im Rahmen einer selbständig ausgeübten Tätigkeit des Bf gedient hat, was dadurch, dass der Bf in den Jahren 2015 und 2016 tatsächlich (wenn auch in geringer Höhe) Umsätze als Wirtschaftstreuhänder getätigt hat, erhärtet wird. Die für die

Fortbildung angefallenen Vorsteuern von insgesamt 215,71 € (2012) und 210,14 € (2013) werden daher als abzugsfähig anerkannt.

Die für das Büro bzw. die Infrastruktur seines (ehemaligen) Wirtschaftstreuhandbetriebes angefallen Vorsteuern sind aber jedenfalls nicht abzugsfähig, weil der Bf Büro und Infrastruktur seinem Vorbringen zufolge im Streitzeitraum ausschließlich für den Handel mit Differenzkontrakten genutzt hat. Die entsprechenden Leistungen wurden in den Streitjahren somit von vornherein nicht für Zwecke seines Unternehmens, sondern ausschließlich für private Zwecke des Bf ausgeführt.

Die Umsatzsteuer wird dementsprechend für das Jahr 2012 mit -215,71 € und für das Jahr 2013 mit -210,14 € festgesetzt.

### **Zur Frage der Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Einer Rechtsfrage kann nur dann grundsätzliche Bedeutung zukommen, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt (z.B. VwGH 17. 9.2014, Ra 2014/04/0023).

In der gegenständlichen Entscheidung wurde die bloß einzelfallbezogene Beurteilung getroffen, unter welche Einkunftsart die vom Bf aus dem Abschluss von Differenzkontrakten erzielten Einkünfte zu subsumieren sind und ob der Bf berechtigt ist, Aufwendungen und Vorsteuern für seinen (ruhenden) Wirtschaftstreuhandbetrieb steuerlich geltend zu machen. Diese Beurteilung erfolgte im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung lag damit nicht vor, weshalb die Revision spruchgemäß nicht zuzulassen war.

Wien, am 9. Oktober 2017