

WIRTSCHAFTLICHE HANDÄNDERUNG IM GRUNDSTEUERRECHT

von Dr. iur. Tobias F. Rohner und lic. iur. Andrea B. Bolliger,
beide dipl. Steuerexperten und Rechtsanwälte bei Baker & McKenzie Zürich

I.	Einleitung	95
II.	Rechtsnatur der Grundstückgewinnsteuer	96
III.	Zivilrechtliche Handänderungen	97
IV.	Wirtschaftliche Handänderungen	98
	A. Entstehungsgeschichte	98
	B. Begriff der wirtschaftlichen Verfügungsmacht	102
	C. Arten der wirtschaftlichen Handänderungen	104
	1. Kettengeschäfte	104
	2. Übertragung einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft	106
	a) Charakteristika einer Immobiliengesellschaft	106
	b) Übertragung einer Mehrheitsbeteiligung	108
	c) Gesamtheitliche Betrachtungsweise	112
	d) Entgeltlichkeit/Berechnung Grundstückgewinn	121
V.	Fazit	126

I. EINLEITUNG

Der vorliegende Aufsatz soll die Erfahrung widerspiegeln, welche die Autoren im Zusammenhang mit zahlreichen Grundstückstransaktionen sammeln durften. Er konzentriert sich auf die wirtschaftliche Handänderung und dabei auf die Grundstückgewinnsteuer unter dem Zürcher Steuerrecht. Auf die grundstückgewinnsteuerrechtlichen Bestimmungen und die Praxis anderer Kantone wird nur am Rande eingegangen, vorwiegend deshalb, um die Unterschiede zum zürcherischen Recht

aufzuzeigen. Entsprechend sei der Leser davor gewarnt, davon auszugehen, dass die dargestellte Praxis in anderen Kantonen gleich gehandhabt werde.

Die wirtschaftliche Handänderung lässt sich nur auf der Basis der entsprechenden Grundlagen verstehen: die Rechtsnatur der Grundstückgewinnsteuer und die zivilrechtliche Handänderung. Entsprechend sind die Abschnitte II und III einleitender und vorwiegend theoretischer Natur. Der Abschnitt IV bildet den Schwerpunkt dieses Aufsatzes.

II. RECHTSNATUR DER GRUNDSTÜCKGEWINNSTEUER

Das Verwaltungsgericht Zürich versteht die Grundstückgewinnsteuer als Spezialeinkommenssteuer und als Objektsteuer.¹ Auch das Bundesgericht betrachtet die Grundstückgewinnsteuer in konstanter Praxis als direkte Einkommens- oder Ertragssteuer.²

Die Grundstückgewinnsteuer ist deshalb eine Spezialeinkommenssteuer, weil die allgemeine Einkommenssteuer auf dem Grundsatz der Gesamtreineinkommensbesteuerung basiert und damit konzeptionell an sich auch die Besteuerung von Gewinnen auf Grundstückenveräußerungen als Reinvermögenszuflüsse umfasst.³ Lediglich gestützt auf die Ausnahmebestimmungen von Art. 16 Abs. 3 DBG bzw. § 16 Abs. 3 StG ZH unterliegen Veräußerungsgewinne auf beweglichem Privatvermögen nicht der Einkommenssteuer.⁴

Der Grund für die separate, den Kantonen zwingend vorgeschriebene Erfassung von Gewinnen auf Grundstücken im Privatvermögen mit der Grundstückgewinnsteuer⁵ – statt mit der ordentlichen Einkommenssteuer – ist einerseits darin zu sehen, dass ein Grundstückge-

¹ RB 2002 Nr. 120; VGr ZH, 9.7.2014, SB.2014.19, E. 3.3.

² BGE 121 II 138; 106 II 88; 100 Ib 235.

³ Vgl. BGr, 26.4.2019, 2C_719/2017, E. 2.5.2.

⁴ Eine Befreiung der Grundstückgewinne von der Besteuerung wurde im Unterschied zur Steuerbefreiung von Kapitalgewinnen auf beweglichem Privatvermögen nie ernsthaft erwogen (vgl. REICH MARKUS, Steuerrecht, 3. A. 2020, 511).

⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. d StHG.

schäft in der Regel ein einmaliges Geschäft im Leben eines Steuerzahlers ist. Der Grundstücksgewinn fällt deshalb in aller Regel aperiodisch an und kann das normal erzielte Einkommen einer steuerpflichtigen Person um ein Vielfaches übersteigen, weshalb die Anwendung des Einkommenstarifs zu Verzerrungen führen würde. Die Erfassung des Grundstücksgewinns durch eine Spezialeinkommenssteuer vermeidet die nachteiligen steuerlichen Auswirkungen dieser Schwankung und die damit verbundene Anwendung einer unangemessenen Progressionsstufe.

Als Objektsteuer belastet die Grundstücksgewinnsteuer ein Steuersubjekt, soweit im einzelnes Objekt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zum Ausdruck kommt.⁶ Insbesondere werden Grundstücksgewinne auch dann besteuert, wenn das Steuersubjekt aus seiner gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit einen Verlust erzielt.⁷ Kommt hinzu, dass der Gewinnbegriff im Grundstücksgewinnsteuerrecht sehr formalisiert ist. Der Gewinn wird definiert als der die Anlagekosten übersteigende Mehrwert, unabhängig davon, ob unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ein solcher tatsächlich erzielt worden ist.⁸

III. ZIVILRECHTLICHE HANDÄNDERUNGEN

Art. 2 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 12 StHG verpflichtet die Kantone, eine Grundstücksgewinnsteuer zu erheben und somit die Mehrwerte, die bei der Veräusserung von Grundstücken realisiert werden, zu besteuern.

⁶ VAN DER HAEGEN-GRABER BEATRICE, *Wirtschaftliche Handänderung im Grundsteuerrecht – Going Public einer Immobiliengesellschaft*, 2003, 14.

⁷ VAN DER HAEGEN-GRABER (Fn. 6), 14. Dies ist allerdings seit dem Inkrafttreten von § 224a per 1. Januar 2019 zu relativieren. So können Grundstücksgewinne, soweit sie auf Grundstücken im Geschäftsvermögen erzielt wurden, mit Verlusten verrechnet werden.

⁸ Ein Beispiel soll dies illustrieren: Eine von einem Alleinaktionär gehaltene Gesellschaft kauft eine Liegenschaft zum Preis von CHF 5 Mio. am Zürichberg im Jahr 2019. Die Liegenschaft wird anschliessend umfassend zum Preis von CHF 2 Mio. saniert und der Aufwand in der Bilanz aktiviert. Im Jahr 2021 wird die Liegenschaft zum Preis von CHF 7 Mio. an den Alleinaktionär veräussert. Dieser Preis gilt als marktkonform, weshalb keine geldwerte Leistung an den Alleinaktionär angenommen werden kann. Da die Sanierungskosten aus Sicht der Grundstücksgewinnsteuern mehrheitlich als werterhaltende Kosten gelten, erhöhen diese die Anlagekosten nicht. Die Folge davon ist, dass ein Grundstücksgewinn resultiert, obwohl die veräussernde Gesellschaft weder einen Gewinn erzielte noch eine Erhöhung der Liquidität erfuhr

Die Grundstückgewinnsteuer setzt ein Rechtsgeschäft voraus, bei dem der Veräusserer einem Dritten gegen Entgelt ein Grundstück veräussert. Eine Veräusserung ohne Entgelt ist keine Veräusserung im Sinne der Grundstückgewinnsteuer, denn nur entgeltliche Eigentumsübertragungen können überhaupt einen Gewinn bewirken.⁹ Folglich kann beispielsweise das Vererben eines Grundstücks keine Veräusserung i.S. von Art. 12 StHG darstellen und kann daher gar nicht in den Anwendungsbereich der Grundstückgewinnsteuer fallen.

Die der Grundstückgewinnsteuer unterliegende zivilrechtliche Handänderung muss folgende Tatbestandselemente erfüllen:

1. Übertragung von sachenrechtlichem Eigentum an einem Grundstück vom bisherigen Rechtsträger auf einen anderen;
2. Grundbucheintrag;¹⁰
3. Veräusserung (d.h. entgeltlicher Vorgang);
4. Realisierung eines Gewinns.

Die Besteuerung der entgeltlichen zivilrechtlichen Handänderung erfolgt ungeachtet des wirtschaftlichen Gehalts des Geschäfts. Entsprechend löst bspw. ein gewinnbringender Verkauf eines Grundstücks an den Treuhänder des Veräusserers auch dann Grundstückgewinnsteuern aus, wenn der Treuhänder dieses treuhänderisch für den Veräusserer hält.¹¹

IV. WIRTSCHAFTLICHE HANDÄNDERUNGEN

A. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Der Kanton Zürich führte im Jahre 1919 eine allgemeine Einkommensteuer ein. Das «Gesetz betreffend die direkten Steuern» vom 25.

⁹ ZWAHLEN BERNHARD/NYFFENEGGER NATALIE, Zweifel/Beusch (Hrsg.), Kommentar zum StHG, 12 N 32 und 33.

¹⁰ ZWAHLEN/NYFFENEGGER (Fn. 9), 12 N 34.

¹¹ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. A. 2013, § 216 N 75.

November 1917 (StG 1917) umfasste alle direkten Steuern für Staat und Gemeinden mit Ausnahme der Erbschaftssteuer.¹²

Das StG 1917 gliederte sich in drei Teile:

Erster Teil: Staatssteuer

Zweiter Teil: Gemeindesteuern

Dritter Teil: Übergangsbestimmungen

Der zweite Teil (Gemeindesteuern) unterschied u.a. zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Steuern. Zu letzteren zählten die Liegenschaftssteuer, die Grundstückgewinnsteuer und die Handänderungssteuer.¹³

§ 119 StG 1917 lautete wie folgt: *«Die Grundstückgewinnsteuer ist innerhalb der nachfolgenden Bestimmungen bei allen Handänderungen von Grundstücken im Gemeindegebiet von dem Gewinn zu erheben, der sich gegenüber dem letzten Eigentumswechsel ergibt.»* Die politischen Gemeinden waren aber nicht verpflichtet, sondern lediglich berechtigt, zivilrechtliche Handänderungen von Grundstücken zu besteuern.

Eine Bestimmung über die Besteuerung von wirtschaftlichen Handänderungen war dem StG 1917 nicht zu entnehmen. § 159 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz betreffend die direkten Steuern vom 24. Juni/18. November 1918 enthielt aber folgende Regelung:

«Der Grundstückgewinnsteuer unterliegt jeder nicht ausdrücklich als steuerfrei erklärte Gewinn bei Eigentumswechsel von Liegenschaften im Gemeindegebiet, gleichgültig welcher Art das der Eigentumsübertragung zugrundeliegende Rechtsgeschäft ist. Die Steuerpflicht besteht auch dann, wenn ein nach den Bestimmungen dieser Verord-

¹² Zürcher Kantonsratsprotokoll vom 29.3.1915, 329. Vor der Einführung einer allgemeinen Einkommenssteuer wurde der Staatshaushalt vorwiegend durch die Vermögenssteuer finanziert. Sie war ursprünglich die Haupteinnahmequelle des Staates. Erst im Jahre 1910 warf die Einkommenssteuer dem Staat CHF 1.5 Millionen mehr als die Vermögenssteuer ab (vgl. Zürcher Kantonsratsprotokoll vom 29.3.1915, S. 335). Mit dem Steuergesetz von 1917 wurde die Einkommenssteuer zur Hauptsteuer und die Vermögenssteuer zur Ergänzungssteuer (vgl. RICHNER FELIX, 100 Jahre Allgemeine Einkommenssteuer in Zürich, ZStP 3/2019, 198).

¹³ Die Liegenschaftssteuer durfte maximal 0.5 Promille des Verkehrswertes betragen (§ 116 und § 117 StG 1917); die Grundstückgewinnsteuer durfte maximal 25% des Grundstückgewinnes betragen (§ 122 StG 1917).

nung und der massgebenden Gemeindesteuerordnung steuerpflichtiges Rechtsgeschäft durch eine nicht steuerbare Form der Eigentumsübertragung verdeckt wird, oder wenn an Stelle der förmlichen Eigentumsübertragung einer Drittperson auf andere Weise ermöglicht wird, über eine Liegenschaft wie ein Eigentümer zu verfügen. Insbesondere sind Handänderungen, die in der Zeit zwischen dem 25. November 1917 und dem Inkrafttreten der Steuerverordnung stattgefunden haben, nicht als letzte Handänderungen zu betrachten, wenn sie nur auf Scheingeschäften zum Zwecke der Umgehung der Grundstückgewinnsteuer beruhen.»

Dass unter § 119 StG 1917 auch «verdeckte Eigentumsübertragungen» fallen können, wurde von BGE 47 I 232 bestätigt. Diesem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Zwei Kaufleute kauften in Seen bei Winterthur ein bewaldetes Grundstück im Herbst 1918 zum Preis von CHF 112'000. Ein Jahr später, nachdem sie den Wald geschlagen hatten, veräusserten sie das Grundstück zum Preis von CHF 109'800 und das geschlagene Holz zum Preis von CHF 34'000. Die Gemeinde rechnete den Erlös aus dem geschlagenen Holz dem Verkaufspreis der Liegenschaft zu. Diese Berechnungsweise wurde von der Ober-Rekurskommission des Kantons Zürich bestätigt. Begründet wurde dies damit, dass der nackte Boden und das Grundstück mit dem stehenden Wald weder natürlich noch wirtschaftlich die gleichen Sachen seien. Um für die Berechnung der Grundstückgewinnsteuer vergleichbare Verhältnisse beim Kauf und Verkauf herzustellen, müsse man die Verkaufspreise für den Boden und für das Holz zusammenzählen und ihre Summe dem Erwerbspreis der Grundstücke gegenüberstellen. Diese Erwägungen betrachtete das Bundesgericht als nicht willkürlich und wies deshalb die staatsrechtliche Beschwerde der beiden Kaufleute ab.

Auch wenn aus dem obigen Urteil nicht zu weitgehende Schlüsse gezogen werden dürfen, zeigt es immerhin auf, dass der Fiskus und die Gerichte schon vor über hundert Jahren es nicht bei der zivilrechtlichen Betrachtungsweise bewenden liessen, sondern Steuerminde- rungs- und Steuerumgehungstaktiken mit wirtschaftlichen und v.a. steuerfreundlichen Überlegungen zu bekämpfen wussten.

Die Übertragung von Anteilscheinen an Immobiliengesellschaften war unter dem StG 1917 ein probates Mittel, um die Grundstückgewinnsteuer zu umgehen. So ist dem Kantonsratsprotokoll vom

25.6.1928 folgendes zu entnehmen: «*Unserer gegenwärtigen Gesetzgebung über diese Steuer haften einige Mängel an. Es sind Steuerumgehungsmanöver möglich, die nun zur täglichen Erscheinung geworden sind. Hierher gehört die Gründung von Pseudogesellschaften, die den Liegenschaftenhandel mit grossem Gewinn betreiben, ohne dass sie steuerpflichtig erklärt werden können.*»¹⁴ Oder: «*... in der Stadt Zürich, wo ungefähr 15 Prozent der Liegenschaften, in einzelnen Hauptspekulationsgebieten, wie zum Beispiel an der Bahnhofstrasse, sogar 30 bis 50% auf Immobiliengenossenschaften und andere Korporationen eingetragen sind.*»¹⁵

Diese Steuerumgehungsmanöver wurden später durch ein Urteil des Bundesgerichts in die Schranken gewiesen. Gemäss diesem ist die Übertragung aller Anteilsscheine einer Liegenschafts-Genossenschaft auf den Erwerber unter § 119 StG 1917 zu subsumieren.¹⁶ Die Besteuerung der wirtschaftlichen Handänderung liesse sich direkt aus § 119 herauslesen, weshalb man nicht auf die Verordnung (§ 159) abstellen müsse.¹⁷

Am 2. Dezember 1928 hat das Volk die Vorlage für eine Teilrevision des StG 1917 angenommen. Damit wurde auch § 119 StG 1917 revidiert. Neu wurde festgehalten, dass den Handänderungen an Grundstücken Rechtsgeschäfte, die bezüglich der Verfügungsmacht über Grundstücke tatsächlich und wirtschaftlich wie Handänderungen wirken, gleichgestellt sind.¹⁸

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Besteuerung der wirtschaftlichen Handänderung schon seit über 100 Jahren Tatsache ist. Sie wurde deshalb der zivilrechtlichen Handänderung gleichgestellt, weil mittels Umgehungsgeschäften (v.a. durch Übertragung von Anteilen an Immobiliengesellschaften) versucht wurde, die Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer zu umgehen.

Mit dem Erlass von gesetzlichen Vorschriften zur wirtschaftlichen Handänderungen erübrigte sich die Prüfung der Steuerumgehung, die

¹⁴ Kantonsratsprotokoll vom 25.6.1928, 1082.

¹⁵ Kantonsratsprotokoll vom 25.6.1928, 1082.

¹⁶ Auf diesen Entscheid wird im Kantonsratsprotokoll vom 25.6.1928, 1088 verwiesen.

¹⁷ Kantonsratsprotokoll vom 25.6.1928, 1089.

¹⁸ ZUPPINGER FERDINAND, Die wirtschaftliche Handänderung im Steuerrecht, StR 24/1969, 466.

stets Schwierigkeiten bereitete, weil der Fiskus die Absicht der Steuerumgehung zu beweisen hatte.¹⁹ Eine wirtschaftliche Handänderung liegt gemäss dieser Bestimmung auch dann vor, wenn keine Absicht besteht, Grundstückgewinnsteuern zu umgehen.²⁰ Die wirtschaftliche Handänderung ist also ein gesetzlicher Ersatztatbestand, der einen Vorgang als rechtsmissbräuchlich sanktioniert.²¹ Es ist daher lediglich zu fragen, ob ein Rechtsgeschäft in Bezug auf die Verfügungsgewalt über ein Grundstück wie eine Veräusserung wirkt.

Dass wirtschaftliche Handänderungen den zivilrechtlichen gleichgestellt sind, gilt nicht nur im Kanton Zürich, sondern qua Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG in allen Kantonen. Doch bereits vor Inkrafttreten des StHG (am 1. Januar 1993) hatten die Kantone mehrheitlich die Besteuerung der wirtschaftlichen Handänderung ausdrücklich gesetzlich geregelt, wobei damals wie heute der Begriff der wirtschaftlichen Handänderung von den Kantonen unterschiedlich interpretiert wird.

B. BEGRIFF DER WIRTSCHAFTLICHEN VERFÜGUNGSMACHT

Die wirtschaftliche Handänderung ist ein Rechtsgeschäft, das bezüglich der Übertragung der Verfügungsmacht über Grundstücke auf einen Dritten tatsächlich und wirtschaftlich wie eine zivilrechtliche Handänderung wirkt, ohne dass sich die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse am Grundstück ändern.²²

Der zivilrechtliche Eigentümer kann gemäss Art. 641 Abs. 1 ZGB in den Schranken der Rechtsordnung nach seinem Belieben über seine Sache verfügen. Diese Verfügungsmacht hat zwei Komponenten: die tatsächliche Verfügungsmacht und die rechtliche Verfügungsbefugnis. Erstere umfasst die Befugnis auf Besitz, Gebrauch, Fruchtgenuss,

¹⁹ ROHNER TOBIAS F., Immobilien- oder Betriebsgesellschaft aus Sicht der Grundstückgewinnsteuern, Eine Analyse anhand des Bundesgerichtsentscheids 2C_1044/2014 vom 26.11.2015, ZStP 2016, 299 f.

²⁰ Statt vieler: BGE 102 Ia 342, E. 2; PEDROLI ANDREA, Wirtschaftliche Handänderung von Liegenschaften, ASA 88, 11.

²¹ Vgl. BGr, 4.1.2012, 2C_351/2011, E. 3.4 betreffend den Mantelhandel als Beispiel eines Ersatztatbestands.

²² VAN DER HAEGEN-GRABER (Fn. 6), 78 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur.

Änderung, Verschlechterung und Zerstörung der Sache.²³ Die rechtliche Verfügungsbefugnis beschreibt das Recht des Eigentümers, einem anderen Rechtssubjekt dingliche oder obligatorische Rechte einzuräumen.

Beispielsweise kann der Eigentümer sein Eigentum durch rein obligationenrechtliche Verpflichtungen so stark beschränken, dass der Eigentümer wirtschaftlich nicht mehr Herr über die Sache ist und ihm nur noch das nackte Eigentum bleibt, wie dies bei der Einräumung eines Wohnrechts der Fall ist.

Doch in diesem Fall liegt keine wirtschaftliche Handänderung vor, denn durch die obligationenrechtliche Verpflichtung wird nicht das Eigentum selbst beschränkt (der Verpflichtete bleibt Eigentümer), sondern bloss die Ausübung des Eigentumsrechts. Der Wohnrechtsberechtigte kann über das Grundstück nicht wie ein Eigentümer verfügen. Insbesondere ist das Wohnrecht von Gesetzes wegen unübertragbar und unvererblich.²⁴ Entsprechend wird dieser Sachverhalt nicht von Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG, sondern durch Art. 12 Abs. 2 lit. c StHG erfasst.

Daraus darf aber nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass zur Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht alle Befugnisse eines zivilrechtlichen Eigentümers eines Grundstückes übertragen werden müssten. Müssten alle Befugnisse vollumfänglich übertragen werden, damit eine wirtschaftliche Handänderung vorliegt, wäre der Begriff der wirtschaftlichen Handänderung mit demjenigen der zivilrechtlichen gleichzusetzen und somit sinnlos.²⁵

Für die wirtschaftliche Handänderung ist vielmehr entscheidend, dass dem Berechtigten tatsächlich und wirtschaftlich eine eigentümerähnliche Stellung eingeräumt wird.²⁶ Dies soll nach der gefestigten Rechtsprechung und Lehre gelten, wenn wesentliche Teile der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über ein Grundstück vom bisherigen Verfügungsberechtigten (wirtschaftlichen Eigentümer) auf einen Dritten übergehen.²⁷ Doch was sind diese wesentlichen Teile der wirtschaftlichen Verfügungsmacht?

²³ VAN DER HAEGEN-GRABER (Fn. 6), 78 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur.

²⁴ Art. 776 Abs. 2 ZGB.

²⁵ VAN DER HAEGEN-GRABER (Fn. 6), 82.

²⁶ VGr ZH, 10.1.2001, SB.2000.42, E. 3a).

²⁷ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn.11), § 216 N 60; BGr, 26.11.2015, 2C_1044/204, E. 2.2; VGr ZH, 23.8.2006, SB.2006.17, E. 2.1.

Die Tatsache, dass bei der Übertragung eines obligatorischen Wohnrechts das Recht auf den Besitz, den Gebrauch und die Nutzung der Sache übertragen wird und dennoch keine Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht vorliegt, schränkt den Anwendungsbereich von wirtschaftlichen Handänderungen erheblich ein. Unseres Erachtens kann eine wirtschaftliche Handänderung nur dann vorliegen, wenn dem Berechtigten die rechtliche oder tatsächliche Position verschafft wird, das Grundstück zu veräußern oder zu belasten. Ob und wie der Berechtigte das Grundstück nutzen kann, ist nicht massgeblich.

C. ARTEN DER WIRTSCHAFTLICHEN HANDÄNDERUNGEN

Es gibt zwei Hauptanwendungsfälle der wirtschaftlichen Handänderung: Einerseits Kettengeschäfte und andererseits die Übertragung von Anteilen an Immobiliengesellschaften. Daneben sind aber noch weitere Sachverhaltskonstellationen denkbar, welche in Bezug auf die Verfügungsmacht über ein Grundstück als wirtschaftliche Handänderung einzustufen sind.

1. Kettengeschäfte

Bei Kettengeschäften wird die Verfügungsmacht über ein Grundstück aufgrund eines oder mehrerer Verträge mehrfach übertragen, bevor eine zivilrechtliche Eigentumsübertragung im Grundbuch vollzogen wird.²⁸ Voraussetzung für einen steuerpflichtigen Kettenhandel ist aber in jedem Falle, dass der Ersterwerber die wirtschaftliche Verfügungsmacht zugunsten eines Dritten, welcher den Kauf grundbuchamtlich vollzieht, auch tatsächlich ausübt. Diese wirtschaftliche Be-

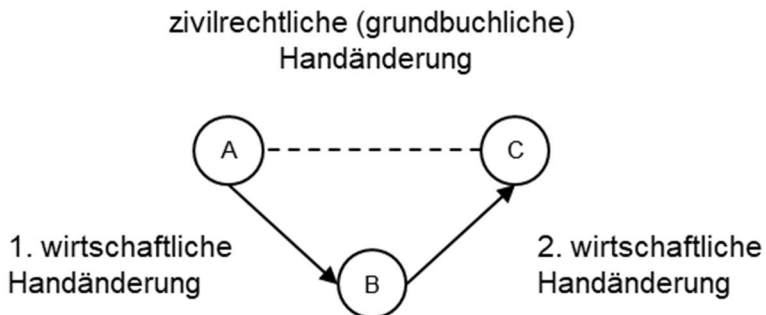
²⁸ BGr, 12.12.2014, 2C_138/2014, E. 2.2.2.

trachtungweise führt dazu, dass die wirtschaftlichen Handänderungen innerhalb der Kette besteuert werden, nicht aber die im Grundbuch vollzogene Handänderung.²⁹

Der in der Praxis bedeutendste Anwendungsfall ist der Kaufvertrag mit Substitutionsklausel, nach welcher der Käufer das Recht hat, innerhalb der vereinbarten Frist einen Dritten in den Kaufvertrag eintreten zu lassen. Der Vertrag kann unter Umständen mehrfach übertragen werden, im Grundbuch als zivilrechtlicher Eigentümer eingetragen wird jedoch nur der Enderwerber.³⁰

Beispiel: A ist Eigentümer einer Wohnung (Stockwerkeigentum) in der Stadt Zürich. Er schliesst mit B einen öffentlich beurkundeten Kaufvertrag über den Kauf der Wohnung ab. Der Kaufvertrag sieht die Möglichkeit vor, dass B das Recht hat, einen Dritten in den Vertrag eintreten zu lassen (Substitutionsklausel). B macht von dieser Möglichkeit Gebrauch und lässt C in den Vertrag eintreten, welcher dann den Kauf grundbuchamtlich vollzieht. Vorliegend werden zwei wirtschaftliche Handänderungen besteuert:

Zuerst der Übertrag der wirtschaftlichen Verfügungsmacht von A auf B (Berechtigter/Zwischenerwerber) und danach die Übertragung von B auf C (Enderwerber).



²⁹ Statt vieler: RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 78-81.

³⁰ CHRISTEN PETER, Die Grundstückgewinnsteuer des Kantons Basel-Landschaft, Diss. Basel 1997, 113 f.

2. Übertragung einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft

Um den Tatbestand einer grundstücksgewinnsteuerpflichtigen wirtschaftlichen Handänderung bei der Übertragung von Beteiligungsrechten an einer Gesellschaft gemäss Zürcher Steuerpraxis zu erfüllen, müssen zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- a) Vorliegen einer Immobiliengesellschaft;
- b) Übertragung einer Mehrheitsbeteiligung an dieser.³¹

a) *Charakteristika einer Immobiliengesellschaft*

Von einer Immobiliengesellschaft ist dann auszugehen, wenn diese aufgrund ihres tatsächlichen Verhaltens oder nach den Statuten ausschliesslich oder zumindest überwiegend die Nutzbarmachung der Wertsteigerung ihres Grundbesitzes oder deren Verwendung als sichere und nutzbringende Kapitalanlage bezweckt, wobei dies durch Veräusserung, Vermietung, Verpachtung oder Überbauung geschehen kann.³²

Die Übertragung von Beteiligungen an Betriebsgesellschaften, d.h. Gesellschaften deren Liegenschaften lediglich die sachliche Grundlage für einen Fabrikations-, Handels- oder sonstigen Geschäftsbetrieb bilden oder bei denen die Verwaltung der Grundstücke als Nebenzweck erscheint, stellen keine wirtschaftliche Handänderung gemäss § 216 Abs. 2 lit. a StG ZH dar.³³ Dies liegt einerseits darin begründet, dass beim Verkauf einer Beteiligung an einer Betriebsgesellschaft der Betrieb und nicht die Immobilie im Vordergrund steht. Beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft erschöpft sich der wirtschaftliche Gehalt dieser Transaktion im Verkauf von Immobilien.

Das Bundesgericht verneinte eine wirtschaftliche Handänderung beim Verkauf der Mehrheit an einer Aktiengesellschaft, die nebst dem Umschlags- und Lagergeschäft auch die Liegenschaft vermietete und

³¹ Statt vieler: RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 93.

³² VGr ZH, 18.12.2013; ZStP 2014, 61 (72); RB 1998 Nr. 154; RB 1992 Nr. 50; RB 1989 Nr. 21 = StE 1990 B 24.4 Nr. 18; RB 1964 Nr. 70).

³³ Statt vieler: RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 94.

deren Immobilien ca. 90% der Aktiven ausmachten.³⁴ Das höchste Gericht stellte auf den statutarischen Zweck und auf die Jahresrechnung der Gesellschaft ab. Gemäss der letzten vor dem Aktienverkauf abgeschlossenen Jahresrechnung entfiel der grösste Teil des Rohertrages, nämlich rund CHF 611'000 von insgesamt rund CHF 678'000, auf die Lager- und Umschlagsgebühren, dagegen nur ein Betrag von rund CHF 65'000 auf den Mietertrag aus dem Lagergebäude. Entsprechend qualifizierte es das Unternehmen als Betriebsgesellschaft, weshalb keine Grundstückgewinnsteuer erhoben werden durfte.

Für die Qualifikation einer Gesellschaft als Immobilien- oder Betriebsgesellschaft sind sämtliche Umstände zu würdigen.³⁵ Zu berücksichtigen sind etwa die tatsächliche Tätigkeit der Gesellschaft, der statutarische Zweck, die Wert- und Gewinnverhältnisse zwischen Betrieb und Immobilien, die Nutzung der Immobilien etc.³⁶ Da das Subjekt der Grundstückgewinnsteuer der Verkäufer ist, ist grundsätzlich auf die Sicht des Verkäufers anlässlich des Verkaufs abzustellen.³⁷ Jedoch können die Absichten des Käufers ausnahmsweise Gegenstand der Würdigung sein. Liegt z.B. im Zeitpunkt des Verkaufs eine Betriebsliegenschaft vor, wird aber der zugehörige Betrieb zeitnah durch die Käufer liquidiert, ist davon auszugehen, dass der Verkaufspreis vornehmlich durch den Bodenpreis bestimmt worden ist. Auch zeigt sich in der zeitnahen Liquidation des Betriebs, dass der Betrieb nicht auf die Immobilie angewiesen ist. Deshalb kann der Erwerber wirtschaftlich über die Immobilie verfügen. In einem solchen Fall hat das Rechtsgeschäft wirtschaftlich gesehen den Grund und Boden zum Gegenstand gehabt, weshalb von einer steuerbaren wirtschaftlichen Handänderung auszugehen ist.³⁸

³⁴ BGE 104 Ia 251.

³⁵ Das BGr hat in seiner Rechtsprechung denn auch nie nur auf ein einziges Merkmal abgestellt, sondern stets die gesamten Umstände berücksichtigt (BGr, 15.1.2019, 2C_643/2017, E. 2.4 mit Hinweis auf Urteil 19.11.2009, 2C_355/2009).

³⁶ Vgl. BGr, 26.11.2015, 2C_1044/2014, E. 2.4.3 mit vielen Hinweisen; BGE 104 Ia 251; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 13), § 216 N 96.

³⁷ ROHNER (Fn. 19), 302 mit Hinweis auf BGr, 26.11.2015, 2C_1044/2014.

³⁸ BGE 91 I 467: Dem BGr lag folgender Sachverhalt vor: Die Gotthard AG war Eigentümerin des gleichnamigen, seit 1870 bestehenden Hotels in der Stadt Luzern. Am 29.6.1962 verkaufte die Eigentümerin der Gotthard AG die Gesamtheit der Aktien dem Schweizerischen Bankverein. Das Hotel wurde bis Ende 1963 weitergeführt. Im Jahre 1964 wurde das Hotel

b) Übertragung einer Mehrheitsbeteiligung

Beim Verkauf von Anteilen an Immobiliengesellschaften, liegt gemäss Zürcher Steuerpraxis lediglich dann eine wirtschaftliche Handänderung vor, wenn eine Mehrheitsbeteiligung übertragen wird.³⁹ Bei einer Übertragung von mehr als 50% (50% genügt nicht) der gesamten Beteiligungen an der Immobiliengesellschaft wird die wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Grundstück vom Veräusserer preisgegeben und auf einen Dritten übertragen. Massgebend sind die Stimmrechtsverhältnisse im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Handänderung.⁴⁰

Die Übertragung einer Minderheitsbeteiligung (einschliessend einer Beteiligung von genau 50%) führt im Kanton Zürich nicht zu einer Übertragung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht, weshalb auch keine wirtschaftliche Handänderung vorliegt.⁴¹ Der Kanton Zürich hat – anders als andere Kantone – von Art. 12 Abs. 2 lit. d StHG nicht Gebrauch gemacht, der die Besteuerung jeder Übertragung von Betei-

abgebrochen und durch ein Bankgebäude ersetzt. Das Bundesgericht qualifizierte die Gotthard AG im Zeitpunkt der Handänderung als Betriebsgesellschaft. Da aber der Betrieb des Hotels beim Verkauf keine oder eine vernachlässigbare Rolle gespielt habe, sei der Verkaufspreis vornehmlich durch den Bodenwert bestimmt worden. Das Rechtsgeschäft habe wirtschaftlich gesehen den Grund und Boden zum Gegenstand gehabt, weshalb der Gewinn der Grundstückgewinnsteuer unterliege.

³⁹ VGr ZH, 21.3.2001, SB.2001.2, E. 1a; RB 1998 Nr. 154, mit weiteren Hinweisen; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 100.

⁴⁰ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 100-101.

⁴¹ Gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. d StHG können die Kantone vorsehen, dass auch eine Übertragung einer Minderheitsbeteiligung als wirtschaftliche Handänderung besteuert wird. Insbesondere in den westschweizerischen Kantonen VD, NE und GE wird auch die Veräusserung von Minderheitsbeteiligungen besteuert; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 102. Allerdings wird die westschweizerische Ordnung bereits in den Materialien zum StHG kritisiert: In der Botschaft zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer, BBl 1983 III 101, ist nachzulesen, dass es für die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer die Übertragung der zivilrechtlichen oder der wirtschaftlichen Verfügungsgewalt über ein Grundstück bedürfe. Dies schliesse die Grundstückgewinnsteuer bei Übertragung von Minderheitsbeteiligungen an Immobiliengesellschaften aus. Eine Erfassung aller Gewinne aus Beteiligungen an Immobiliengesellschaften mit der Grundstückgewinnsteuer würde sachlich den Geltungsbereich der Besteuerung von Beteiligungsgewinnen ungebührlich ausdehnen, erhebliche verwaltungstechnische Schwierigkeiten verursachen und auch im interkantonalen Verhältnis aus Gründen des Doppelbesteuerungsrechts kaum durchsetzbar sein.

ligungsrechten (auch Minderheitsbeteiligungen) an Immobiliengesellschaften zulassen würde, sofern der Kanton dies auch so legiferieren würde.⁴²

Nach der zürcherischen Praxis liegt auch dann keine wirtschaftliche Handänderung vor, wenn durch den Erwerb der Minderheitsbeteiligung der Erwerber eine beherrschende Stellung und somit die Verfügungsmacht erlangt. Beispielsweise liegt keine wirtschaftliche Handänderung vor, wenn der eine Aktionär einer Immobiliengesellschaft, der 50% an dieser hält, vom anderen Aktionären die restlichen 50% erwirbt.⁴³ Dies wird damit begründet, dass das Vorliegen einer wirtschaftlichen Handänderung aus Sicht des Veräusserers zu beurteilen ist.⁴⁴ Die Sicht des Erwerbers ist somit grundsätzlich irrelevant. Übertragen mehrere Beteiligte insgesamt eine Mehrheitsbeteiligung auf einen Dritten, so ist dann von einer wirtschaftlichen Handänderung auszugehen, sofern die Veräusserer bewusst zusammenwirken.⁴⁵ Ein Zusammenwirken wurde beispielsweise angenommen, wenn mehrere Aktionäre gemeinsam einen Dritten mit dem Verkauf ihrer Anteile beauftragen.⁴⁶ Folglich bedarf es einer Absprache der Aktionäre im Vorfeld des Verkaufs.⁴⁷ Ein lediglich paralleles Verhalten eines Verkäufers sollte nicht als Mitwirkung gelten.

Überträgt ein Mehrheitsbeteiligter eine Beteiligung von insgesamt mehr als 50% in mehreren Etappen an einen Dritten, liegt eine wirtschaftliche Handänderung lediglich dann vor, wenn die einzelnen Übertragungen als einheitliches Rechtsgeschäft angesehen werden müssen. Dies ist der Fall, wenn aus Sicht des Veräusserers beim Abschluss des ersten Verkaufes einer Minderheitsbeteiligung bereits feststeht, dass der Erwerber in nachfolgenden Transaktionen insgesamt eine Mehrheitsbeteiligung vom Veräusserer erwerben wird.⁴⁸ Dass diese Praxis zu Lücken in der Besteuerung führt, ist hinzunehmen,

⁴² RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 102.

⁴³ ZUPPINGER (Fn. 18), 473.

⁴⁴ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 104; andere Kantone (z.B. BL und SG) sehen in der Übertragung einer Minderheitsbeteiligung von bisher Mehrheitsbeteiligten auf einen neuen Mehrheitsbeteiligten als wirtschaftliche Handänderung an.

⁴⁵ BGE 103 Ia 159; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 102 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁴⁶ BGE 103 Ia 159.

⁴⁷ PEDROLI (Fn. 20), 13.

⁴⁸ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn.11), § 216 N 100.

denn wird vom Grundsatz ausgegangen, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht übertragen werden muss, kann es keine teilweise Steuerpflicht, bspw. nach Massgabe der übertragenen Beteiligung geben.⁴⁹

Auch wenn die Sicht des Erwerbers grundsätzlich nicht entscheidend ist, geht gemäss unserer Erfahrung das Steueramt der Stadt Zürich, Abteilung Grundsteuern, nicht von einer wirtschaftlichen Handänderung aus, wenn die Verfügungsmacht über ein Grundstück vom Veräusserer zwar preisgegeben wird, aber nicht auf den Erwerber übergeht.⁵⁰ Überträgt beispielsweise ein Mehrheitsbeteiligter seine Mehrheitsbeteiligung an mehrere Erwerber, welche danach jeweils nur eine Minderheitsbeteiligung halten, liegt keine wirtschaftliche Handänderung vor. Der Erwerber hat in diesem Fall nicht die wesentlichen Teile der dem Grundeigentum innewohnenden Verfügungsmacht erworben. Sind hingegen die Erwerber bei einem solchen Rechtsgeschäft verbunden (z.B. als einfache Gesellschaft) oder wirken sie auf andere Art zusammen, ist von einer wirtschaftlichen Handänderung auszugehen, denn in diesem Falle sind die Erwerber als eine Einheit anzusehen.⁵¹ Diese Praxis ist vor dem Hintergrund, dass die wirtschaftliche Handänderung ursprünglich dazu diente, Steuerumgehungen, also missbräuchliche Rechtsgestaltungen zu verhindern, die in casu kaum vorstellbar sind, und des bundesgerichtlichen Postulats, dass das Institut der wirtschaftlichen Handänderung restriktiv anzuwenden ist,⁵² unseres Erachtens sachgerecht

Regelmässig stellen sich Fragen, wenn mehrere Veräusserer involviert sind. Übertragen mehrere Veräusserer, die zusammen – aber nicht einzeln – eine Mehrheit an der Immobiliengesellschaft halten, ihre Beteiligung, kann eine wirtschaftliche Handänderung vorliegen, sofern die Veräusserer als eine Einheit aufzufassen sind. Unseres Erachtens bedarf es einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise der Veräusserer, damit von einer Einheit gesprochen werden kann. Verhalten sich die Parteien lediglich parallel, liegt kein aufeinander

⁴⁹ ZUPPINGER (Fn. 18), 473.

⁵⁰ Vgl. auch BAUER-BALMELLI MAJA/KUNZ-SCHENK NOËMI, Going Public einer Immobiliengesellschaft, ST 2014/9, 815, mit Hinweis auf einen entsprechenden Steuervorabbescheid (Steuerruling) mit dem Grundsteueramt der Stadt Zürich. Vgl. auch VGr ZH, 21.3.2001, SB.2001.2, E. 1b.

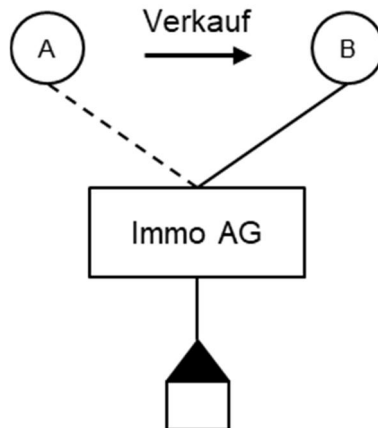
⁵¹ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 222 N 100 und 102 mit Verweis auf BGr, 29.6.1961, ASA 31, 47).

⁵² BGr, 12.12.2014, 2C_138/2014, E. 2.3.2.

abgestimmtes Verhalten und somit auch keine Einheit vor. Verkauften beispielsweise zwei Veräusserer ihre Minderheitsbeteiligungen an einer Immobiliengesellschaft von je 30%, sind die beiden Minderheitsbeteiligungen nicht zusammenzurechnen, wenn sie sich zufälligerweise gleichzeitig zu diesem Schritt entschieden haben und keine vertragliche Vereinbarung zwischen den Verkäufern eine Verkaufspflicht begründet.

Die grundsätzliche Funktionsweise der wirtschaftlichen Handänderung in Bezug auf eine Immobiliengesellschaft wird nachfolgend mit einem einfachen Beispiel illustriert.

Sachverhalt: Die Immo AG hat ihren Sitz in Zürich und hält eine Liegenschaft in Zürich. A verkauft die Immo AG an B.



Lösungsansatz: A ist Veräusserer einer Immobiliengesellschaft. Gemäss § 216 StG ZH liegt eine wirtschaftliche Handänderung vor. Der Wertzuwachs des Grundstückes unterliegt der Grundstückgewinnsteuer in Zürich. Steuerpflichtig ist A. Die latenten Gewinnsteuern (auf allfällig vorgenommenen Abschreibungen; auf Bundesebene zusätzlich latente Gewinnsteuern auf dem Wertzuwachs) verbleiben in

der Gesellschaft. Für nachfolgende Handänderungen wird für die Grundstücksgewinnsteuer auf den Verkaufs- bzw. Erwerbspreis der Liegenschaft der wirtschaftlichen Handänderung zwischen A und B abgestellt. Dies gilt sowohl für den Fall das B einen Mehrheitsanteil an der Immo AG überträgt, als auch für den Fall, dass die Immo AG die Liegenschaft veräussert.

Variante: Die Immo AG hat ihren Sitz in Zug und hält eine Liegenschaft in Zug. A verkauft die Immo AG an B.

Lösungsansatz: Der Kanton Zug kennt das sog. dualistische System bei der Grundstücksgewinnsteuer. Diese Tatsache ist aber hier irrelevant, denn A ist Veräusserer. Daher stellt sich die Frage der wirtschaftlichen Handänderung, welche zu bejahen ist.

c) Gesamtheitliche Betrachtungsweise

Überträgt eine Konzerngesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft auf eine andere Konzerngesellschaft, wird nach herrschender Lehrmeinung und Rechtsprechung von einer wirtschaftlichen Handänderung ausgegangen.⁵³ Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass das Schweizer Steuerrecht kein Konzernsteuerrecht kenne.⁵⁴ Entsprechend wird bei Konzernverhältnissen nicht danach gefragt, ob die Immobiliengesellschaft innerhalb des Konzern verbleibt, sondern lediglich untersucht, ob eine wirtschaftliche Handänderung einer Immobiliengesellschaft aus Sicht der veräussernden Konzerngesellschaft vorliegt. Ist dies zu bejahen, liegt gemäss der Praxis eine wirtschaftliche Handänderung vor. Erfreulicherweise ist in der Praxis diese Beurteilung oft nur von untergeordneter Bedeutung, da die Übertragung der Mehrheitsbeteiligung im Konzern oft als steuerneutrale Umstrukturierung ausgestaltet werden kann.⁵⁵

⁵³ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 106; RB 2001 Nr. 108 = ZStP 2001, 205; VGr GR, 23.10.2001, StR 2002, 25 sowie StGr SO, .3.2002, KSGE 2003 Nr. 1; auch ein Kettenhandel zwischen Konzerngesellschaften ist nach herrschender Lehrmeinung und Rechtsprechung möglich. Vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 80 mit Verweis auf BGr, 15.6.1989, 2P.55/1989; VGr ZH, 20.12.1988, SR.88.22.

⁵⁴ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn.11), § 216 N 106 mit Verweis auf Rechtsprechung.

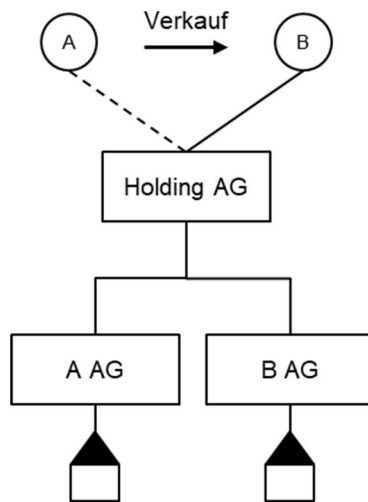
⁵⁵ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 216 N 106 mit Verweis auf die Rechtsprechung.

Unseres Erachtens ist aber bei Übertragungen von Immobiliengesellschaften innerhalb eines Konzerns bereits das Vorliegen einer wirtschaftlichen Handänderung zu verneinen: Zwar kennt das Schweizer Steuerrecht kein eigentliches Konzernsteuerrecht, doch eine wirtschaftliche Betrachtung der Handänderung führt konsequenterweise zu einer gesamtheitlichen Betrachtung.⁵⁶ Es lässt sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen, weshalb bei der Veräusserung von Holdinggesellschaften, welche Immobiliengesellschaften halten, eine gesamtheitliche (konsolidierte) Betrachtung, bei anderen Konzernverhältnissen diese aber nicht gelten soll. Die gesamtheitliche Betrachtung betreffend die Frage, ob eine Immobiliengesellschaft oder eine Betriebsgesellschaft vorliegt, führt dazu, dass der Konzern wirtschaftlich als ein Ganzes erscheint und entsprechend als Ganzes zu behandeln ist. Die einzelne veräussernde Konzerngesellschaft ist somit nicht mehr massgeblich. Folglich sollte u.E. bei einer konzerninternen Übertragung einer Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft generell keine wirtschaftliche Handänderung vorliegen; die Verfügungsmacht wird weder preisgegeben noch auf einen Dritten übertragen, sondern verbleibt innerhalb des Konzerns.

Dies soll an folgenden Beispielen illustriert werden:

Sachverhalt: Aktionär A mit Wohnsitz in Zürich verkauft seine Beteiligung an der Holding AG an B. Die Holding AG hält ihrerseits Beteiligungen an der A AG sowie der B AG. Bei der A AG und B AG handelt es sich um Immobiliengesellschaften. A und die Gesellschaften sind alle im Kanton Zürich steuerlich ansässig, wo sich auch die Immobilien befinden.

⁵⁶ Vgl. auch ROHNER (Fn.19), 303 mit Verweis auf BGE 103 Ia 159, E. 4a mit klarer Bekenntnis für eine gesamtheitliche Betrachtungsweise; zudem wird auch bei anderen Steuertatbeständen eine gesamtheitliche Betrachtungsweise vorgenommen: Beispielsweise wird das Vorliegen von nicht betriebsnotwendiger Substanz bei einer indirekten Teilliquidation nicht nur anhand der Zielgesellschaft, sondern auch aller weiteren Gesellschaften unter einheitlicher Leitung beurteilt (KS EStV Nr. 14 Ziff. 4.6.3.); vgl. auch Konzernbetrachtung nach Art. 61 Abs. 3 DBG sowie § 67 Abs. 3 StG ZH.



Lösungsansatz: Vorliegend veräußert A die Holding AG. Wird lediglich die von A veräußerte Holding AG alleine betrachtet, wäre das Vorliegen einer Immobiliengesellschaft zu verneinen. Eine wirtschaftliche Handänderung wird nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber auch dann bejaht, wenn die Beteiligung an einer Holdinggesellschaft, die eine Immobiliengesellschaft beherrscht, die Hand wechselt.⁵⁷ Begründet wurde dies damit, dass der Erwerber der Aktien der Holdinggesellschaft in die Lage versetzt werde, die Tochtergesellschaften zu kontrollieren und zu leiten; er erhalte also durch den Kauf auch die Verfügungsmacht über die Grundstücke der Tochtergesellschaften, gleich wie wenn er deren Aktien unmittelbar erworben hätte.⁵⁸ Somit wird beim Verkauf der Holding AG die Verfügungsmacht über die Grundstücke dem Aktionär A zugeordnet (und nicht etwa der Holding AG). Durch den Verkauf der Holding AG geht die

⁵⁷ BGE 103 Ia 159; vgl. auch BGr, 26.11.2015, 2C_1044/2014, E. 2.4.3 mit Hinweis auf BGr, 11.02.2004, E. 4, StR 59/2004 S. 457; anderer Ansicht: Baselbieter Steuerbuch, Band 3 - Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer 72 Nr. 1 (31.12.2016), S. 2.

⁵⁸ BGE 103 Ia 159, E. 4c

Verfügbarmacht von A auf B über und der Verkauf der Mehrheitsbeteiligung an der Holding AG wird als wirtschaftliche Handänderung im Sinne von § 216 Abs. 2 lit. b StG ZH qualifiziert.

Variante: Gleicher Ausgangssachverhalt. Der Verkäufer A wohnt in St. Gallen und veräussert 51% der Holding AG an B.

Lösungsansatz: Die Frage, ob die Veräusserung Grundstückgewinnsteuern auslöst, ist aus Sicht des Belegenheitskantons zu entscheiden,⁵⁹ vorliegend somit aus Sicht des Kantons Zürich. Der Verkauf der Mehrheitsbeteiligung qualifiziert als wirtschaftliche Handänderung und gemäss Praxis erhebt der Kanton Zürich die Grundstückgewinnsteuer.

Voraussetzung für eine Erhebung der Grundstückgewinnsteuer ist jedoch, dass der Veräusserer gestützt auf eine wirtschaftliche Zugehörigkeit einen steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt im Kanton begründet. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 7. Oktober 2016⁶⁰ festgehalten, dass die Veräusserung einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft, welche «bloss» gehalten wurde, noch keine (beschränkte) Steuerpflicht des Veräusserers begründe. Hierzu seien weitere Elemente nötig, durch welche der Aktionär «wie ein Eigentümer» auftrete bzw. durch welche ein Steuerumgehungstatbestand erfüllt sei. Im konkreten Fall kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Verkäuferin (jur. Person) durch den Verkauf eines Anteils von 51% an einer Immobiliengesellschaft keine (beschränkte) Steuerpflicht begründet habe, und somit der Belegenheitskanton auf der wirtschaftlichen Handänderung keine Grundstückgewinnsteuer erheben durfte.⁶¹

Bei internationalen Verhältnissen besteht zudem der Vorbehalt, dass die Besteuerungsbefugnis des Belegenheitskantons gestützt auf ein Doppelbesteuerungsabkommen eingeschränkt werden kann. Im Jahre 2003 wurde Art. 13 Abs. 4 des OECD-Musterabkommens dahingehend ergänzt, dass Gewinne aus der Veräusserung von Anteilen, deren Wert zu mehr als 50% unmittelbar oder mittelbar aus unbeweglichem Vermögen besteht, auch im Belegenheitsstaat besteuert werden

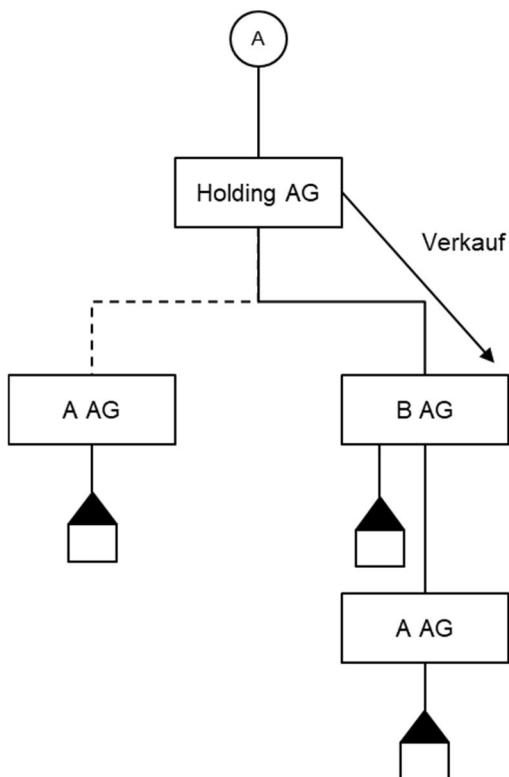
⁵⁹ PEDROLI (Fn. 20), 14.

⁶⁰ BGR, 7.10.2016, 2C_666/2015.

⁶¹ Vgl. auch PEDROLI (Fn. 20), 1.

können. Zahlreiche von der Schweiz abgeschlossene Doppelbesteuerungsabkommen enthalten jedoch keine solche Ergänzung. Dies hat zur Folge, dass die Besteuerungskompetenz ausschliesslich dem Ansässigkeitsstaat des Veräusserers zugewiesen wird.⁶²

Variante: Aktionär A mit Wohnsitz in Zürich hält die Holding AG. Die Holding AG hält ihrerseits Beteiligungen an der A AG sowie der B AG. Bei der A AG und B AG handelt es sich um Immobiliengesellschaften. Die A AG wird an die B AG übertragen (Verkauf, nicht in Rahmen einer Quasifusion).

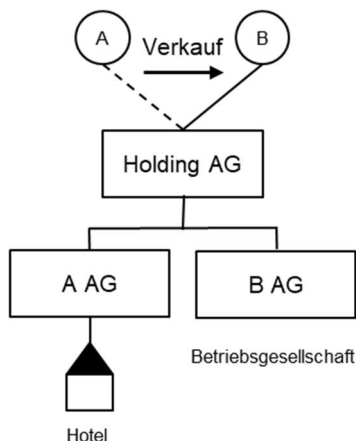


⁶² Z.B. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland; vgl. SCHÜPFER URS/BETSCHART PHILIPP, Kauf und Verkauf von Immobiliengesellschaften, ST 5/2005, 403 ff.

Lösungsansatz: Die wirtschaftliche Handänderung verlangt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise. Wie im Lösungsansatz zum ersten Beispiel oben festgehalten, wird eine gesamtheitliche Betrachtungsweise vorgenommen und der Konzern als Ganzes betrachtet. Nach unserer Auffassung sollte dieser gesamtheitliche Ansatz konsequenterweise auch bei konzerninternen Umstrukturierungen verfolgt werden. Entsprechend ist die Verfügungsmacht über die Grundstücke sowohl vor als auch nach der Umstrukturierung dem A zuzuordnen. Folglich ist nach unserer Ansicht eine wirtschaftliche Handänderung zu verneinen. Diese Ansicht hat aber auch zur Folge, dass bspw. bei börsenkotierten Immobiliengesellschaften mit zahlreichen Holdings, Sub-Holdings und Immobiliengesellschaften eine konzerninterne Übertragung einer Immobiliengesellschaft nie zu einer wirtschaftlichen Handänderung führen kann, da immer auf die Aktionäre als *Ultimate Beneficial Owners* abzustellen ist.

Eine gesamtheitliche Betrachtung wird gemäss unseren Erfahrungen in der Praxis auch in den folgenden Fällen eingenommen:

Sachverhalt: Die Holding AG hält zwei Beteiligungen, die A AG und die B AG. Die A AG ist eine reine Immobiliengesellschaft, welche Eigentümerin eine Hotelliegenschaft ist. Die B AG ist eine Betriebs-



gesellschaft, welche den Betrieb des Hotels der A AG führt. A verkauft seine Beteiligung an der Holding AG an B. A und die Gesellschaften sind alle im Kanton Zürich steuerlich ansässig, wo sich auch die Immobilie befindet.

Lösungsansatz: Beherrscht die Holdinggesellschaft sowohl Immobilien- als auch Betriebsgesellschaften ist eine gesamtheitliche und damit konsolidierte Betrachtungsweise vorzunehmen.⁶³ Bei einem Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung der Holding AG liegt keine wirtschaftliche Handänderung vor, da gestützt auf eine konsolidierte Betrachtung das Vorliegen einer Immobiliengesellschaft zu verneinen ist. Würde hingegen die Holding AG kurz nach der Transaktion die B AG veräussern, müsste allenfalls geprüft werden, ob eine Steuerumgehung vorliegt.

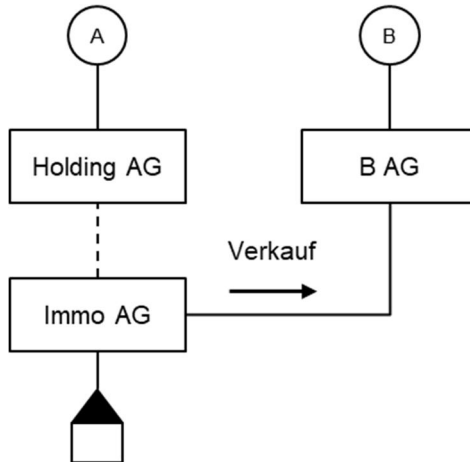
Sachverhalt Variante: Gleiche Ausgangslage. Die Holding AG verkauft die A AG und B AG an einen Dritten.

Lösungsansatz Variante: Auch bei einem Verkauf der Immobilien- und der Betriebsgesellschaft durch die Holding AG greift eine gesamtheitliche Betrachtungsweise.⁶⁴ Entsprechend sollte unser Erachtens keine wirtschaftliche Handänderung vorliegen, sofern B AG die Immobilien betrieblich nutzt. Würde hingegen die Holding AG lediglich die A AG verkaufen, läge eine wirtschaftliche Handänderung vor, denn der alleinige Verkauf der A AG würde sich wirtschaftlich im Verkauf der Immobilien erschöpfen.

⁶³ ROHNER (Fn. 19), 303 mit Hinweis auf BGr, 26.11.2015, 2C_1044/2014.

⁶⁴ ROHNER (Fn. 19), 303 mit Hinweis auf BGr, 26.11.2015, 2C_1044/2014.

Sachverhalt: Die Immo AG mit Sitz in Zug wird von einer Holding AG ebenfalls mit Sitz in Zug gehalten. Die Immo AG hält eine Liegenschaft in Zug. Die Holding AG verkauft die Immo AG an die B AG.



Lösungsansatz: Veräußerer ist die Holding AG und nicht A, weshalb A nicht besteuert werden kann. Der Kanton Zug kennt das dualistische System bei der Grundstückgewinnsteuer. In dualistischen Kantonen ist in einem ersten Schritt zu klären, ob eine Transaktion der Grundstückgewinnsteuer oder aber der Gewinnsteuer unterliegt, wobei diese Frage aus der Sicht des Belegenheitskantons zu entscheiden.⁶⁵ Sofern es sich beim Verkäufer um eine juristische Person handelt, kommt grundsätzlich die Gewinnsteuer zur Anwendung. Bei der Gewinnsteuer wird – im Unterschied zu der Grundstückgewinnsteuer – mangels gesetzlicher Grundlage nicht auf die Übertragung der Verfügungsmacht abgestellt, welche zu einer Besteuerung beim Aktionär führen könnte. Vorliegend handelt es sich beim Verkäufer um eine juristische Person (Holding AG). Somit unterliegt ein etwaiger Kapitalgewinn grundsätzlich der Gewinnsteuer und nicht der Grundstückgewinnsteuer (§ 189 Abs. 1 StG ZG *e contrario*). Die Holding AG kann

⁶⁵ PEDROLI (Fn. 20), 14.

den Beteiligungsabzug gemäss Art. 69 DBG bzw. § 67 StG ZG geltend machen. Die latenten Gewinnsteuern (auf allfällig vorgenommenen Abschreibungen sowie auf dem Wertzuwachs) verbleiben in der Gesellschaft. Sofern aber A die Holding AG an B oder die B AG verkaufen würde, wäre der Verkäufer eine natürliche Person und die Transaktion gemäss den Vorschriften über die Grundstückgewinnsteuer zu beurteilen. Ausgehend von einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise bei der Grundstückgewinnsteuer würde die Transaktion bei A unter dem Titel der wirtschaftlichen Handänderung grundstückgewinnsteuerpflichtig.

Variante: Gleicher Sachverhalt, aber der Sitz der Gesellschaften sowie der Ort der Liegenschaft befinden sich im Kanton Thurgau.

Lösungsansatz: Der Kanton Thurgau kennt ebenfalls das dualistische System. Somit wird ein allfälliger Kapitalgewinn mit der Gewinnsteuer erfasst. Gemäss § 86a StG TG kann die Holding AG den Beteiligungsabzug allerdings nicht geltend machen. Eine Besteuerung bei A findet nicht statt.

Variante: Gleicher Sachverhalt aber der Sitz der Holding AG befindet sich in Zug und der Sitz der Immo AG und der Ort der Liegenschaft befinden sich im Kanton Thurgau.

Lösungsansatz: Der Kanton Thurgau kennt das dualistische System. Somit wird ein allfälliger Kapitalgewinn mit der Gewinnsteuer erfasst. Der Kanton Zug kennt keine analoge Bestimmung zu § 86a StG TG. Somit könnte die Holding AG grundsätzlich den Beteiligungsabzug gemäss § 67 StG ZG geltend machen. Nach Praxis der Steuerverwaltung Thurgau wird die Holding AG im Jahr der Veräusserung als im Kanton Thurgau ansässig betrachtet und besteuert. Da der Beteiligungsabzug gemäss § 86a StG TG nicht gewährt wird, wird ein allfälliger Gewinn mit der Gewinnsteuer im Kanton Thurgau erfasst. Diese Praxis des Kantons Thurgau ist äusserst fragwürdig. Unseres Erachtens fehlt ihr einerseits die rechtliche Grundlage und andererseits verstösst sie gegen die Regeln der interkantonalen Steuerauscheidung.

d) Entgeltlichkeit/Berechnung Grundstücksgewinn

Gegenstand der Grundstückgewinnsteuer ist der realisierte Grundstücksgewinn. Dieser berechnet sich aus der Differenz zwischen dem Erlös und den Anlagekosten.⁶⁶ Als Erlös gilt der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers. Die Begriffe des Erlöses⁶⁷ und des Erwerbspreises⁶⁸ sind bei der Grundstückgewinnsteuer grundsätzlich gleich zu verwenden.⁶⁹

Bei zivilrechtlichen Handänderungen wird in erster Linie auf den öffentlich beurkundeten Kaufpreis abgestellt. Bei der Übertragung einer Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft fehlt ein Kaufpreis für das Grundstück und der relevante Erwerbspreis ist aufgrund der Vereinbarung zwischen den Parteien zu ermitteln.⁷⁰

Bei einem Verkauf von Immobiliengesellschaften legen die Parteien üblicherweise in einem ersten Schritt den Verkaufspreis für die einzelnen Liegenschaften fest. Ausgehend von diesem Verkaufspreis für die Liegenschaften wird dann der Aktienkaufpreis ermittelt, in dem die nicht-liegenschaftlichen Aktiven dazu addiert werden und die Verbindlichkeiten abgezogen werden. Üblicherweise werden noch die in der Gesellschaft verbleibenden latenten Gewinnsteuern (zumindest teilweise) zum Abzug gebracht. Die Steuerbehörden gehen bei der Ermittlung des für die Grundstückgewinnsteuer massgebenden Erlöses den umgekehrten Weg: Ausgehend vom Aktienkaufpreis wird der massgebende Erlös durch Addition der Verbindlichkeiten und Subtraktion der nicht-liegenschaftlichen Aktiven ermittelt.⁷¹

Die Berechnung des massgebenden Erlöses ist grundsätzlich gestützt auf die Bilanz festzulegen, welche die Parteien als Grundlage im Aktienkaufvertrag vereinbart haben. Etwaigen stillen Reserven auf den nicht-liegenschaftlichen Werten – sowie den entsprechenden latenten Steuern darauf – ist Rechnung zu tragen. Dabei ist grundsätzlich auf die Parteivereinbarung abzustellen.⁷² Dies muss unserer Ansicht nach

⁶⁶ § 219 Abs. 1 StG ZH.

⁶⁷ § 222 StG ZH.

⁶⁸ § 220 StG ZH.

⁶⁹ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 222 N 2.

⁷⁰ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 220 N 7.

⁷¹ Vgl. Berechnungsbeispiel RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 225 N 12; VGr ZH, 27.2.2008, SB.2007.116, E. 2.2.1.

⁷² RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 220 N 7.

auch für die Berücksichtigung der latenten Gewinnsteuern⁷³ auf den liegenschaftlichen Werten gelten, soweit die Parteien dies bei der Berechnung des Aktienkaufpreises entsprechend berücksichtigt haben. Denn die Berücksichtigung der latenten Gewinnsteuern hat einzig einen Einfluss auf den Kaufpreis der veräusserten Aktien, nicht aber auf den Übernahmewert der Grundstücke.⁷⁴

Werden nicht sämtliche Beteiligungsrechte übertragen, ist dieser Berechnung anteilmässig vorzunehmen.⁷⁵ Verkauft der bisherige Alleinaktionär beispielsweise ein Aktienpaket von 70%, unterliegt nur der Verkauf des Anteils von 70% der Besteuerung, ungeachtet der Tatsache, dass argumentiert werden könnte, dass die wirtschaftliche Verfügungsmacht über das gesamte Grundstück auf den Erwerber übergegangen ist. Dies ergibt sich schon aus der Berechnung des Grundstücksgewinns gemäss § 219 Abs. 1 StG ZH, da nur der erzielte Erlös als Basis für die Besteuerung heranzuziehen ist.

Ein Sonderfall ist die Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechtes der bisherigen Gesellschafter: Dabei fliessen die Mittel direkt der Gesellschaft und nicht den bisherigen Gesellschaftern zu. Die Beteiligungen werden zwar verwässert (i.d.R. unentgeltlich), ihr Verkehrswert bleibt jedoch unverändert.⁷⁶ Somit realisieren die bisherigen Gesellschafter keinen Grundstücksgewinn und eine Besteuerung sollte nicht stattfinden.⁷⁷ Dies soll am folgenden Beispiel veranschaulicht werden:

Sachverhalt: Aktionär A hält eine Beteiligung von 100% an der A AG. Bei der A AG handelt es sich um eine Immobiliengesellschaft mit einer Liegenschaft. Die Liegenschaft wurde von der A AG zu einem Preis von 150 erworben. Der aktuelle Marktwert der Liegenschaft beträgt 300. Die aktuelle Bilanz der A AG präsentiert sich wie folgt:

⁷³ Latente Gewinnsteuern auf den vorgenommenen Abschreibungen; auf Bundesebene zusätzlich latente Gewinnsteuern auf dem Wertzuwachs.

⁷⁴ Vgl. mit Bezug auf die Handänderungssteuer VGr ZH, 6.12.2006, SB.2006.55.

⁷⁵ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER (Fn. 11), § 220 N 7.

⁷⁶ Vgl. auch BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK (Fn.50), 816 f. bei Kapitalerhöhungen im Rahmen eines Going Public.

⁷⁷ Vgl. auch BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK (Fn. 50), 816 f. bei Kapitalerhöhungen im Rahmen eines Going Public.

Bilanz A AG
vor Kapitalerhöhung

<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 60%;">Umlaufvermögen</td> <td style="text-align: right;">50</td> </tr> <tr> <td>Liegenschaften</td> <td style="text-align: right;">150</td> </tr> <tr> <td></td> <td style="text-align: right; border-top: 1px solid black;">200</td> </tr> </table>	Umlaufvermögen	50	Liegenschaften	150		200		<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 60%;">FK</td> <td style="text-align: right;">50</td> </tr> <tr> <td>Gewinnvortrag</td> <td style="text-align: right;">50</td> </tr> <tr> <td>AK</td> <td style="text-align: right; border-top: 1px solid black;">100</td> </tr> <tr> <td></td> <td style="text-align: right;">200</td> </tr> </table>	FK	50	Gewinnvortrag	50	AK	100		200
Umlaufvermögen	50															
Liegenschaften	150															
	200															
FK	50															
Gewinnvortrag	50															
AK	100															
	200															

Ausgehend vom Marktwert der Liegenschaft von 300 beträgt der Substanzwert der A AG somit 300.

Aktionär A verfolgt mit der A AG eine Wachstumsstrategie und möchte weitere Liegenschaften erwerben. Um das nötige Eigenkapital zu beschaffen hat A mit B vereinbart, dass dieser sich im Rahmen einer Kapitalerhöhung an der A AG beteiligt. Ausgehend vom Marktwert der Liegenschaft von 300 haben sich A und B auf folgende Eckpunkte der Kapitalerhöhung geeinigt: B zeichnet 150 neue Aktien zu einem Nennwert von 150 zuzüglich einem Agio von 300. Nach der Kapitalerhöhung hält A 40% und B 60% der Aktien der A AG. Nach der Kapitalerhöhung sieht die Bilanz der A AG wie folgt aus:

Bilanz A AG
nach Kapitalerhöhung

<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 60%;">Umlaufvermögen</td> <td style="text-align: right;">500</td> </tr> <tr> <td>Liegenschaften</td> <td style="text-align: right;">150</td> </tr> <tr> <td></td> <td style="text-align: right; border-top: 1px solid black;">650</td> </tr> </table>	Umlaufvermögen	500	Liegenschaften	150		650		<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 60%;">FK</td> <td style="text-align: right;">50</td> </tr> <tr> <td>Gewinnvortrag</td> <td style="text-align: right;">50</td> </tr> <tr> <td>Agio</td> <td style="text-align: right;">300</td> </tr> <tr> <td>AK</td> <td style="text-align: right; border-top: 1px solid black;">250</td> </tr> <tr> <td></td> <td style="text-align: right;">650</td> </tr> </table>	FK	50	Gewinnvortrag	50	Agio	300	AK	250		650
Umlaufvermögen	500																	
Liegenschaften	150																	
	650																	
FK	50																	
Gewinnvortrag	50																	
Agio	300																	
AK	250																	
	650																	

Unter Berücksichtigung des Marktwertes der Liegenschaft von 300 beträgt der Substanzwert der A AG nunmehr 750. Der Anteil von A (40%) beträgt nach wie vor 300, derjenige von B (60%) entspricht seinem Investment von 450.

Lösungsansatz: Nach der Kapitalerhöhung hält B eine Mehrheitsbeteiligung an der A AG. Die Kapitalerhöhung führt somit zu einer Übertragung der Verfügungsmacht von A auf B. Gemäss dem Wortlaut von § 216 Abs. 2 lit. a StG ZH ist somit von einer wirtschaftlichen Handänderung auszugehen.⁷⁸ Der Grundstückgewinnsteuer unterliegt der dabei realisierte Grundstückgewinn des «Veräusserers». Der grundstückgewinnsteuerlich relevante Gewinn entspricht dem Betrag, um welchen der Erlös die Anlagekosten übersteigt.⁷⁹ A realisiert aber weder direkt noch indirekt einen Erlös. Durch die Beteiligung von B verändert sich der Wert der Beteiligung von A nicht. Im Ergebnis führt dies dazu, dass vorliegend zwar von einer wirtschaftlichen Handänderung auszugehen ist, dass aber kein steuerbarer Grundstückgewinn besteht.

Bei einem Verkauf der Bezugsrechte durch den bisherigen Mehrheitsaktionär bzw. die bisherigen Mehrheitsaktionäre kann eine wirtschaftliche Handänderung vorliegen, sofern der bisherige Aktionär gegen Entgelt Bezugsrechte veräussert und der Erwerber dadurch in die Lage versetzt wird, durch die Kapitalerhöhung die Aktienmehrheit zu erlangen.⁸⁰ Rein rechnerisch wird das Bezugsrecht nach der folgenden Formel ermittelt: $(\text{Kurs der alten Aktie} - \text{Bezugskurs der neu emittierten Aktie}) / (\text{Bezugsverhältnis} + 1)$. Sofern die neuen Aktien zum effektiven Marktwert emittiert werden, hat das Bezugsrecht keinen monetären Wert. Ein entgeltlicher und damit allenfalls steuerbarer Handel mit Bezugsrechten wird somit in den meisten Fällen nicht stattfinden. Werden die Aktien jedoch unter dem effektiven Marktwert emittiert und findet ein entgeltlicher Handel der Bezugsrechte statt, kann theoretisch eine steuerbare wirtschaftliche Handänderung vorliegen,

⁷⁸ Vgl. CHRISTEN (Fn. 30), 111.

⁷⁹ § 219 Abs. 1 StG ZH.

⁸⁰ BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK (Fn. 50), 816-817 bei Kapitalerhöhungen im Rahmen eines Going Public.

sofern der Erlös die Anlagekosten übersteigt und ein (oder mehrere verbundene) Veräusserer die Bezugsrechte an einen (oder mehrere verbundene) Erwerber verkaufen.

Analoge Überlegungen sind auch bei einem Initial Public Offering (IPO) anzubringen. Bei einem IPO ist zwischen einem Primary Offering und einem Secondary Offering zu unterscheiden. Im Rahmen eines Primary Offerings werden unter Ausschluss des Bezugsrechts der bisherigen Aktionäre neue Aktien emittiert. Ein Primary Offering kann nicht zu einer Besteuerung unter dem Titel der wirtschaftlichen Handänderung führen.⁸¹ Im Rahmen der Kapitalerhöhung (unter Ausschluss des Bezugsrechts) fliessen die Mittel direkt der Gesellschaft zu. Die Beteiligungen der bisherigen Aktionäre werden zwar verwässert (unentgeltlich), der Verkehrswert der Beteiligungen bleibt jedoch unverändert, da die Kapitalerhöhung zu Marktwerten erfolgt. Somit ist im Rahmen eines Primary Offerings nicht von einer entgeltlichen Veräusserung auszugehen.⁸² Zudem ist auch bei einem Primary Offering nicht von einer Übertragung der Verfügungsmacht auf die Publikumsaktionäre auszugehen.⁸³

Beim Secondary Offering veräussern eine oder mehrere Aktionäre ihre Beteiligung im Rahmen des IPO. Die Veräusserung einer (Mehrheits-)Beteiligung bei einem Secondary Offering erfolgt entgeltlich. Aber auch bei einem Secondary Offering fehlt es an der Übertragung der Verfügungsmacht auf einen Dritten oder auf mehrere verbundene Dritte, da die Beteiligungen der erwerbenden Publikumsaktionären mangels koordinierten Verhaltens nicht zusammengezählt werden dürfen und somit die Verfügungsmacht nicht übertragen wird, sondern aufgegeben wird.⁸⁴ Deshalb wird nach der Zürcher Praxis keine wirtschaftliche Handänderung angenommen.⁸⁵

Die Abwicklung des IPOs über ein Bankenkonsortium/Emissionsbank ändert an der vorstehenden Beurteilung nichts. Das Bankenkonsortium/Emissionsbank übernimmt im Regelfall keine Aktien in den

⁸¹ Vgl. auch Ausführungen zur Kapitalerhöhung unter Ziff. IV.C.2.d).

⁸² BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK (Fn. 50), 816.

⁸³ Vgl. Ausführungen zum Secondary Offering.

⁸⁴ BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK (Fn. 50), 816; BEILSTEIN WERNER/WATTER ROLF, Going Public der Immobiliengesellschaft, Eine Entgegnung zur Kolumne von Andreas Frei: Keine wirtschaftliche Handänderung, ST 2000/8, 827.

⁸⁵ Vgl. BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK (Fn. 50), 815, mit Hinweis auf einen entsprechenden Steuervorabbescheid (Steuerruling) mit dem Grundsteueramt der Stadt Zürich.

Eigenbestand, sondern es erfolgt ein direkter Erwerb durch die Publikumsaktionäre. Somit kann auch ein Kettenhandel ausgeschlossen werden. Ferner kann auch eine Vermittlungsfunktion des Bankenkonsortiums/Emissionsbank nicht als ein Zusammenwirken der Publikumsaktionäre gewertet werden.⁸⁶

V. FAZIT

Der Begriff der wirtschaftlichen Handänderung ist zwangsläufig weniger präzise als der Grundtatbestand der zivilrechtlichen Handänderung. Da der Tatbestand nicht an einen klar umschriebenen rechtlichen Vorgang, sondern an wirtschaftlich gleichwertige Umstände anknüpft, scheidet eine präzise Definition des Steuerobjekts notwendigerweise aus.⁸⁷ Weil jeder wirtschaftliche Vorgang anders ist, stellen sich in der Praxis v.a. im Zusammenhang mit dem Verkauf von Immobiliengesellschaften viele Fragen. Nach unserer Erfahrung ist immer zuerst zu fragen, wer Veräusserer ist, denn nur dieser kann Steuersubjekt der Grundstückgewinnsteuer werden. Unterliegt dieser nicht der Grundstückgewinnsteuer, erübrigt sich eine weitere Prüfung. Zweitens ist eine gesamtheitliche wirtschaftliche Betrachtung einzunehmen, d.h. nicht nur die zu verkaufende Zielgesellschaft, sondern auch ihre Beteiligungen sind zu berücksichtigen, um zu beurteilen, ob ein Immobiliengesellschaft oder ein Betrieb vorliegt. Diese gesamtheitliche Betrachtungsweise bringt es mit sich, dass Übertragungen innerhalb eines Konzerns eine wirtschaftliche Handänderung ausschliessen sollten. Drittens muss der Veräusserer ein Entgelt erhalten. Viertens muss eine Mehrheitsbeteiligung übertragen werden und letztlich muss diese käuferseitig fortbestehen. Geht die Mehrheitsbeteiligung im Zuge des Verkaufsvorgangs unter, ist eine wirtschaftliche Handänderung ausgeschlossen.

⁸⁶ BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK (Fn. 50), 816; a. M. FREI ANDREAS, Gedanken zum Going Public einer Immobiliengesellschaft, ST 2000/6-7, 659.

⁸⁷ BGr, 26.11.2015, 2C_1044/2014, E. 2.4.1.