



Institut für Schweizerisches
und Internationales Steuerrecht

Fallbeispiele, inkl. Lösungshinweise

Steuerliche Herausforderungen bei Geschäftsimmobilien

Lic. iur. Robert Desax, LL.M.

ISIS)-Seminar 24/201

Steuerliche Aspekte der Strukturierung von
Immobilienvermögen

Zürich, 12. November 2024

Inhaltsverzeichnis

FALL 1: GESAMTUMSTÄNDE UND ABSICHT BEIM LIEGENSCHAFTSERWERB	3
1. SACHVERHALT	3
2. LÖSUNGSHINWEISE	3
2.1 Wann liegt eine selbständige Erwerbstätigkeit vor?	3
2.2 Wann liegt gewerbsmässiger Liegenschaftenhandel vor?	4
2.3 Was spricht gemäss Steueramt für eine Gewerbsmässigkeit von A?	5
2.4 Was spricht gemäss Gericht gegen eine Gewerbsmässigkeit von A?	5
2.5 Kommentar	6
FALL 2: UMSTÄNDE WÄHREND DER HALTEDAUER	8
1. SACHVERHALT	8
2. LÖSUNGSHINWEISE	8
2.1 War die Qualifikation als Privatvermögen in den Vorjahren relevant?	8
2.2 Was spricht gemäss Gericht für Gewerbsmässigkeit von A.A. und B.A.?	9
2.3 Kommentar	10
FALL 3: EINFACHE GESELLSCHAFT, FREMDFINANZIERUNG, SYSTEMATISCHES VORGEHEN	13
1. SACHVERHALT	13
2. LÖSUNGSHINWEISE	14
2.1 Ist die Finanzierungsquote eine Sach- oder eine Rechtsfrage?	14
2.2 Sind äussere Zwänge beim Verkauf relevant?	14
2.3 Die einfache Gesellschaft als Ausdruck von Gewerbsmässigkeit	15
FALL 4: GESCHÄFTSLIEGENSCHAFT UND NACHFOLGEPLANUNG	16
1. SACHVERHALT	16
2. LÖSUNGSHINWEISE	16
2.1 Schenkung einer Immobilie aus dem Geschäftsvermögen	16
2.2 Steueraufschub nach Art. 18a DBG	17
2.3 Vererben oder Verkauf von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft	17
2.4 Verkauf an eine Immobiliengesellschaft, die A zusammen mit seinen Kindern hält	18

Fall 1: Gesamtumstände und Absicht beim Liegenschaftserwerb

1. Sachverhalt¹

Herr und Frau A wohnen im Kanton ZH. Herr A ist Inhaber eines Maler- und Gipsergeschäfts. Über einen Zeitraum von 30 Jahren haben er und seine Frau sechs Liegenschaften erworben. Im Jahr 2011 kaufen die Eheleute A eine Liegenschaft in der Gemeinde X für CHF 750'000. Den Erwerb haben sie einerseits über eine Hypothek (CHF 500'000) finanziert. Andererseits haben sie ihre Lebensversicherung als Sicherheit hingegeben (total CHF 250'000). Sie halten diese Liegenschaft (wie die übrigen auch) als Kapitalanlage. Sie wünschen, ihr Vermögen so zu erhalten und beabsichtigen, dass es in dieser Form eines Tages von ihren Töchtern geerbt werden soll. Die Hälfte des Vermögens des Ehepaars A ist in Immobilien investiert.

Ende 2023 kontaktiert die Pensionskasse B Herrn und Frau A. Die Pensionskasse B ist Eigentümerin der Nachbarsparzelle in der gleichen Bauzone in X. Sie plant eine grössere Überbauung und ist daher an der Liegenschaft des Ehepaars A sehr interessiert (v.a. wegen der Erschliessung und der möglichen Ausnutzungsübertragung). Die Pensionskasse B macht daher Herrn und Frau A ein unerwartet attraktives Angebot. Diese entscheiden sich zum Verkauf und veräussern die Liegenschaft für CHF 2'600'000 an die Pensionskasse B. Ihre anderen Liegenschaften behalten sie weiterhin.

Das Steueramt ZH veranlagt für die direkte Bundessteuer und nach Abzug einer AHV-Rückstellung und der An- und Verkaufskosten ein steuerbares Einkommen von CHF 1.8 Mio. aus dem Verkauf.

Frage(n)

- Welche Indizien werden im Allgemeinen als Ausdruck von Gewerbsmässigkeit angesehen? Müssen stets alle Indizien erfüllt sein?
- Was spricht seitens A für Gewerbsmässigkeit?
- Was spricht dagegen?

2. Lösungshinweise

2.1 Wann liegt eine selbständige Erwerbstätigkeit vor?

Das Bundesgericht definiert den Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit wie folgt (Hervorhebungen hinzugefügt):²

Der Einkommenssteuer unterliegen alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte (Art. 16 Abs. 1 DBG). Von der Besteuerung ausgenommen sind die Kapitalgewinne aus der Veräusserung von Privatvermögen (Art. 16 Abs. 3 DBG). Mit Blick auf den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127

¹ Urteil des BGer 2C_702/2021 vom 21. April 2022; siehe dazu auch Urteil des BGer 2C_643/2021 vom 13. Oktober 2022, E. 8.

² Urteil des BGer 2C_702/2021 vom 21. April 2022, E. 2.1.

Abs. 2 BV) und das diesen konkretisierende Reinvermögenszugangsprinzip stellt die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne eine systemwidrige Ausnahme dar. Im System einer allgemeinen Einkommenssteuer sind Ausnahmen restriktiv zu handhaben (BGE 143 II 402 E. 5.3; 142 II 197 E. 5.6).

Nach Art. 18 Abs. 1 DBG sind alle Einkünfte aus einem Handels- und Gewerbebetrieb, aus einem freien Beruf sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit steuerbar. Der Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit ist dabei praxisgemäss weit zu verstehen: Gewinne aus einer Tätigkeit, die über die schlichte Verwaltung von Privatvermögen hinausgeht, stellen steuerbares Einkommen dar (BGE 125 II 113 E. 5d und 5e; Urteil 2C_18/2018 vom 18. Juni 2018 E. 3.1). Dazu zählen nach Art. 18 Abs. 2 DBG auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen. Für eine selbstständige Erwerbstätigkeit kennzeichnend ist die Tätigkeit einer natürlichen Person, mit der diese auf eigenes Risiko, unter Einsatz der Produktionsfaktoren Arbeit und Kapital, in einer von ihr frei gewählten Arbeitsorganisation, dauernd oder vorübergehend, haupt- oder nebenberuflich, in jedem Fall aber mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Untergeordnete Anhaltspunkte sind etwa die Beschäftigung von Personal, das Ausmass der Investitionen, ein vielfältiger wechselnder Kundenstamm und das Vorliegen eigener Geschäftsräumlichkeiten. Die Prüfung ist von Fall zu Fall aufgrund einer umfassenden Würdigung der tatsächlichen Umstände vorzunehmen. Die einzelnen Gesichtspunkte dürfen dabei nicht isoliert betrachtet werden und können auch in unterschiedlicher Intensität auftreten (vgl. zum Ganzen BGE 138 II 251 E. 2.4.2; 125 II 113 E. 5b, je mit Hinweisen; Urteile 2C_298/2019 vom 18. August 2020 E. 3.2; 2C_890/2018 vom 18. September 2019 E. 5.1).

2.2 Wann liegt gewerbsmässiger Liegenschaftenhandel vor?

Der gewerbsmässige Liegenschaftenhandel ist eine Sonderform der selbständigen Erwerbstätigkeit (etwa neben dem gewerbsmässigen Wertschriften-, Beteiligungs-, oder Kunsthandel). Die bundesgerichtliche Praxis umschreibt die Merkmale des gewerbsmässigen Liegenschaftenhandels wie folgt (Hervorhebungen hinzugefügt):³

Steuerbarer gewerbsmässiger Liegenschaftenhandel im Sinne einer selbständigen Erwerbstätigkeit liegt gemäss bundesgerichtlicher Praxis dann vor, wenn die steuerpflichtige Person An- und Verkäufe von Liegenschaften systematisch und mit der Absicht der Gewinnerzielung vornimmt. Erforderlich ist die Entwicklung einer Tätigkeit, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb gerichtet ist (BGE 125 II 113 E. 6a; 122 II 446 E. 3b; Urteile 2C_298/2019 vom 18. August 2020 E. 3.3; 2C_966/2016 vom 25. Juli 2017 E. 3.3).

³ Urteil des BGer 2C_702/2021 vom 21. April 2022, E. 2.2.

Als Indizien kommen in Betracht:

- Die systematische bzw. planmässige Art und Weise des Vorgehens (aktives, wertvermehrendes Tätigwerden durch Parzellierung, Überbauung, Werbung usw.; Erwerb in der offenkundigen Absicht, die Liegenschaft möglichst rasch mit Gewinn weiterzuverkaufen; Ausnützung der Marktentwicklung),
- die Häufigkeit der Liegenschaftsgeschäfte,
- der enge Zusammenhang eines Geschäfts mit der beruflichen Tätigkeit der steuerpflichtigen Person,
- der Einsatz spezieller Fachkenntnisse,
- die kurze Besitzesdauer,
- der Einsatz erheblicher fremder Mittel zur Finanzierung der Geschäfte,
- die Verwendung der erzielten Gewinne bzw. deren Wiederanlage in gleichartige Vermögensgegenstände oder
- die Realisierung der Gewinne im Rahmen einer Personengesellschaft (vgl. u.a. Urteile 2C_551/2018 vom 11. Juni 2019 E. 2.1.3; 2C_18/2018 vom 18. Juni 2018 E. 3.1; 2C_966/2016 vom 25. Juli 2017 E. 3.3; je mit Hinweisen).

Wenn einzelne Elemente im Einzelfall nicht erfüllt sind, so kann dies durch andere Elemente kompensiert werden, die besonders ausgeprägt sind.⁴

2.3 Was spricht vorliegend gemäss Steueramt für eine Gewerbsmässigkeit von A?

Zunächst fällt die vermeintlich hohe Fremdfinanzierung auf. Dagegen hielt die Vorinstanz – sachverhaltsbezogen und damit für das Bundesgericht verbindlich (Art. 105 Abs. 2 BGG) – fest, dass die Verschuldung nur in formaler Hinsicht 100% betrug. Die Hingabe der Lebensversicherung sei vielmehr eigentlich als Eigenkapital zu werten. Was das Steueramt dagegen vorbrachte, liess diese Feststellungen der Vorinstanz nicht als geradezu offensichtlich unzutreffend erscheinen. Daher konnte nicht allein aufgrund der Fremdfinanzierung auf Gewerbsmässigkeit geschlossen werden.

Ferner machte das Steueramt geltend, als Inhaber eines Maler- und Gipsergeschäfts würde A das Indiz der beruflichen Nähe zum gewerbsmässigen Immobilienhandel erfüllen. Ausserdem sei die Liegenschaft während der Haltedauer zu Zwecken der Arbeitsbeschaffung für das eigene Unternehmen von A verwendet worden.⁵

2.4 Was spricht gemäss Gericht gegen eine Gewerbsmässigkeit von A?

Das Bundesgericht betonte im vorliegenden Fall vor allem die Umstände von An- und Verkauf:

⁴ Urteil des BGer 9C_541/2023 vom 20. August 2024, E. 2.2.

⁵ Zum Kriterium der Arbeitsbeschaffung vgl. Urteil des BGer 2A.54/2004, E. 3.2. und den Entscheid des Zürcher Steuerrekursgerichtes vom 24. Mai 2022, DB.2021.15, E. 2f) dd), in: Zürcher Steuerpraxis 4/2022, S. 312 ff.).

- Aufgrund der von der Vorinstanz übernommenen Darstellung von Herrn und Frau A haben diese das im Rahmen ihres Handwerksbetriebs erarbeitete Kapital ungefähr zur Hälfte nicht in Sparguthaben, sondern in Immobilien angelegt. Die getätigten Immobilienkäufe waren also auf die Anlage des Betriebskapitals und auf Wertvermehrung ausgerichtet.
- Die Steuerpflichtigen erwarben die Liegenschaft nicht, um sie möglichst bald mit maximalem Gewinn wieder zu veräussern. Vielmehr sollte die Immobilie – wie die anderen Eigentumsobjekte der Beschwerdegegner – der langfristigen Kapitalanlage (und einer allfälligen Vererbung an eine oder an beide Töchter) dienen.
- Sogar während der zweiten Jahreshälfte des Verkaufsjahres 2012 war das Verhalten der Steuerpflichtigen nicht auf Gewinnmaximierung und planmässige Ausnützung der Marktentwicklung ausgerichtet. Vielmehr beschränkten sie sich darauf, auf eine externe Situation zu reagieren und eine sich unverhofft bietende günstige Gelegenheit nicht vorbeigehen zu lassen.
- Sie veräusserten ihre Liegenschaft nicht über einen eigenen Marktauftritt, sondern reagierten nur darauf, dass die Eigentümerin der Nachbarparzelle die Liegenschaft aus planungs- und baumässigen Optimierungsgründen unbedingt kaufen wollte.
- Und schliesslich: Die Vorinstanz hat verbindlich festgestellt, dass A mit seinem Handwerksbetrieb zwar in einem beruflichen Bereich tätig gewesen ist, der Verbindungen zum Immobilienhandel aufweist. Dabei hat es sich aber nicht um starke Verbindungen gehandelt. Zudem ist die fragliche Liegenschaft während der Haltedauer nur in geringem Ausmass zu Zwecken der Arbeitsbeschaffung für das eigene Unternehmen verwendet worden.

2.5 Kommentar

Das Urteil unterstreicht, wie wichtig es ist, schon beim Erwerb die Umstände genau zu dokumentieren: Hier scheinen die familiären Umstände, die konstant verfolgte Nachfolgeplanung und die Anlagestrategie für das Bundesgericht massgeblich gewesen zu sein. Idealerweise wird solcherlei von Beginn weg sauber dokumentiert («Paper Trail»), um das subjektive Element belegen zu können. So kann (hoffentlich) vermieden werden, dass letztlich – rückblickend – ausschliesslich aufgrund der äusserlich wahrnehmbaren objektiven Umstände auf die subjektive Absicht geschlossen werden muss. Anzumerken ist allerdings, dass ein Erwerb via Schenkung, Erbvorbezug oder Erbschaft die spätere Annahme einer Gewerbmässigkeit nicht ausschliesst.⁶ Der Fremdfinanzierungsquote ist ferner besondere Aufmerksamkeit zu widmen: Im vorliegenden Fall sind die Steuerpflichtigen um Haaresbreite an dieser Falle vorbeigeschrammt.

Es kann schliesslich auch nicht schaden, wenn dann der Verkaufsprozess ebenso sorgfältig (und konsistent) dokumentiert wird. Für die Qualifikation kommt es darauf

⁶ Sieh den Fall im Urteil des BGer vom 9. März 2021, 2C_553/2019.

an, in welchem Kontext ein Verkauf erfolgt.⁷ Wenn beispielsweise aus nachvollziehbaren Gründen nicht weiter an alten Kapitalanlageliegenschaften festgehalten wird, sondern sie abgerissen, neugebaut und dann verkauft werden, kann dies auch Teil einer privaten Tätigkeit sein. An dieser Beurteilung ändert sich nichts zwangsläufig, wenn der Steuerpflichtige die ihm zustehende baurechtliche Ausnützung voll ausschöpft. Auch einem Privaten muss es erlaubt sein, von seinem Eigentum im Rahmen der Rechtsordnung vollumfänglich Gebrauch zu machen. Wenn damit gar die Verschuldungssituation bereinigt wird, kann dies ebenfalls als unproblematisch qualifiziert werden.⁸

Das Zürcher Steuerrekursgericht hat das Kriterium der beruflichen Nähe bzw. der fachlichen Kenntnisse dahingehend konkretisiert, dass ein gewisses qualifiziertes Mass an Know-how vorliegen muss:⁹

- *[E]in gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler [muss] u.a. in der Lage sein (...), potentielle Kaufobjekte zu bewerten, die Preisentwicklung im Auge zu behalten, Fremdfinanzierungsmöglichkeiten zu beurteilen, Sanierungskosten abzuschätzen oder rechtliche Möglichkeiten und Restriktionen (wie die mietrechtliche Situation, die Möglichkeit einer Parzellierung oder einer Umwandlung in Stockwerkeigentum) zu beurteilen. Nach Ansicht des Steuerrekursgerichts verfügt ein Architekt als Generalist zweifellos über breite Kenntnisse im Bereich Liegenschaften. Ob diese in jedem Fall zu einer besonderen Qualifikation für den gewerbsmässigen Immobilienhandel führen, sei jedoch in Frage gestellt.*

⁷ Urteil des BGer vom 25. August 2014, 2C_1048/2013, E. 3.3.

⁸ Urteil des BGer vom 25. August 2014, 2C_1048/2013, E. 3.2. bis 3.5.

⁹ Entscheid des Zürcher Steuerrekursgerichtes vom 24. Mai 2022, DB.2021.15, E. 2b) cc), in: Zürcher Steuerpraxis 4/2022, S. 312 ff., vgl. auch den Kommentar dazu a.a.O., S. 328f.

Fall 2: Umstände während der Haltedauer

1. Sachverhalt¹⁰

Die Ehegatten A.A. und B.A. wohnen im Kanton ZH und besitzen weitere Liegenschaften in diversen Kantonen (eine selbstbewohnte Wohnung in ZH, die übrigen sind Kapitalanlageliegenschaften). A arbeitet in einer baunahen Branche.

2012 erwerben A.A. und B.A. eine Liegenschaft (Mehrfamilienhaus) im Kanton SO für CHF 3.5 Mio. Die Hypothek beträgt CHF 2.6 Mio. (75%). Während der Haltedauer ab 2012 findet eine intensive eigene Bewirtschaftung der Liegenschaft durch A.A. und B.A. statt (diverse Fahrten vor Ort und Büroarbeiten, Besprechungen mit dem Hauswart, Streitschlichtung unter den Mietern, Vornahme und/oder Koordination von Reparaturen, Wohnungsübergaben, Kontrollaufgaben etc.). Der Aufwand wird ihnen aber irgendwann zu viel und sie delegieren die Immobilienverwaltung an einen Dritten. Ihre Verwaltungskosten werden über die Jahre steuerlich zumindest zum grossen Teil nicht zum Abzug zugelassen. Sie deklarieren ihre Immobilien als Privatvermögen.

Im Jahr 2017 verkaufen sie die Liegenschaft in SO für CHF 4.3 Mio. Der Verkauf ist offenbar unter anderem auch das Resultat grösserer persönlicher Bemühungen von A.B. (umfangreiche [auch steuerliche] Vorabklärungen, Erstellung von Verkaufsdokumentationen, Einholen von Inserat-Offerten, Durchführung von Besichtigungen). Es ist das erste Mal, dass A.A. und B.A. überhaupt eine Liegenschaft verkaufen.

Das Steueramt ZH veranlagt A.A. und B.A. für die direkte Bundessteuer und nach Abzug einer AHV-Rückstellung und der An- und Verkaufskosten auf ein steuerbares Einkommen von CHF 500'000 aus dem Verkauf.

Frage(n)

- Ist es relevant, dass die Liegenschaft während der Haltezeit offenbar stets als Privatvermögen qualifiziert wurde?
- Was spricht seitens A.A. und B.A. für Gewerbsmässigkeit?

2. Lösungshinweise

2.1 War die Qualifikation als Privatvermögen in den Vorjahren relevant?

Im Regelfall kann ein Steuerpflichtiger, der im «Verdacht» steht, gewerbsmässiger Liegenschaftenhändler zu sein, nichts zu eigenen Gunsten aus der Tatsache ableiten, dass eine Liegenschaft in früheren Steuerperioden als Privatvermögen behandelt wurde.¹¹ Die in einer früheren Steuerperiode getroffenen Taxationen entfalten gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich keine Rechtskraft für spätere Veranlagungen. Vielmehr kann (und muss) die Steuerbehörde im Rahmen

¹⁰ Urteil des BGer 2C_643/2021 vom 13. Oktober 2022.

¹¹ Urteil des BGer 2C_827/2021 und 2C_850/2021 vom 28. September 2022, E. 5.4.

jeder Neuveranlagung sowohl die tatsächliche als auch die rechtliche Ausgangslage vollumfänglich überprüfen und, soweit erforderlich, abweichend würdigen. In Rechtskraft erwächst jeweils nur die einzelne Veranlagung, die als befristeter Verwaltungsakt ausschliesslich für die betreffende Steuerperiode Rechtswirkungen entfaltet.¹²

Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) verbietet allerdings widersprüchliches Verhalten. Bei der Zuteilung alternativer Wirtschaftsgüter zum Geschäfts- oder Privatvermögen ergeben sich aus diesem Verbot Einschränkungen für die veranlagende Steuerbehörde.¹³ Alternativgüter sind Vermögenswerte, die sowohl zum Privat- als auch zum Geschäftsvermögen gehören können, wie etwa Geldmittel. Die Steuerbehörde ist an eine über längere Zeit akzeptierte Qualifikation gebunden, sofern die Verhältnisse keine rechtserhebliche Veränderung erfahren haben. Eine solche behördliche Anerkennung kann in den regelmässigen Veranlagungen gemäss Deklaration erblickt werden.¹⁴

Der Grundsatz, dass eine Abweichung von einer über längere Zeit akzeptierten Qualifikation nur bei einer rechtserheblichen Veränderung der Verhältnisse zulässig ist, kann nach vorliegend vertretener Auffassung nur dahingehend verstanden werden, dass sich die fragliche Veränderung auf den relevanten Sachverhalt beziehen muss. Mit anderen Worten kann etwa eine blosser Meinungs- oder Praxisänderung seitens Behörde keine solche massgebliche Veränderung darstellen. Ferner ist zu verlangen, dass die fragliche Veränderung nach Treu und Glauben unerwartet sein muss und nicht dem – nach der allgemeinen Lebenserfahrung – möglichen Lauf der Dinge entsprechen darf. Beispielsweise ist die Tatsache, dass der Schuldner einer Forderung vor deren Tilgung sterben kann, allgemein bekannt. Der Tod des Schuldners sollte daher grundsätzlich nicht als massgebliche Veränderung angesehen werden können, die beispielsweise eine Neuqualifikation des Darlehens als Geschäfts- oder Privatvermögen erlauben würde.¹⁵ Ob eine massgebliche Veränderung des Sachverhalts tatsächlich eingetreten ist, ist dann aber natürlich eine Rechtsfrage.

Die Fragestellungen sind somit jenen sehr ähnlich, die sich bezüglich der Bindungswirkung von Steuerrulings stellen.¹⁶ Auch hier wird die Steuerbehörde auf ihr Verhalten (genauer: auf ihre individuell-konkrete Zusicherung) behaftet, sofern der Steuerpflichtige gestützt darauf jene Dispositionen trifft, die Inhalt des Rulingsantrags waren. Das Ruling verliert demgegenüber seine auf dem Vertrauensschutz basierende Bindungswirkung, wenn sich die beschriebenen Verhältnisse in wesentlicher Art und Weise anders verwirklicht haben.

2.2 Was spricht gemäss Gericht für Gewerbsmässigkeit von A.A. und B.A.?

Die Liegenschaft in SO liegt deutlich ausserhalb des geografischen Radius, in dem A.A. und B.A. sonst Liegenschaften erworben haben. Diesem Umstand kommt zwar

¹² Urteil des BGer 9C_267/2023 vom 24. Juni 2024, E. 2.5.2.

¹³ Urteil des BGer 2C_41/2016 vom 25. April 2017, E. 4.2; Urteil 9C_267/2023 vom 24. Juni 2024, E. 2.3. und 2.5.3., m.w.H., auch zum Rest.

¹⁴ Urteil des BGer 9C_267/2023 vom 24. Juni 2024, E. 3.2.

¹⁵ Vgl. den Fall, der dem zitierten Urteil des BGer 9C_267/2023 vom 24. Juni 2024 zugrunde lag.

¹⁶ In diesem Sinne wohl: Urteil des BGer vom 25. Mai 2020, 2C_939/2019, E. 2.4.1.

keine ausschlaggebende Bedeutung zu, er ist jedoch schon gemäss Vorinstanz immerhin als Indiz dafür zu werten, dass es sich bei der Liegenschaft in SO um eine Investition handelte, die einen anderen Hintergrund hatte als die übrigen Liegenschaftskäufe. Sodann war die Haltedauer erheblich kürzer als bei den anderen Liegenschaften. Weiter konnten aus den Mieten «ansehnliche und konstante Erträge» generiert werden: Wenn es tatsächlich um eine Vermögensanlage gegangen wäre, dann wäre schwer verständlich, weshalb diese Liegenschaft so bald wieder verkauft wird. Der Gewinn wurde sodann nicht in einen neues Mietobjekt investiert.

Weiter stellt eine Fremdfinanzierung zu 75 % in ein Mehrfamilienhaus in einer eher peripheren Region für den Eigentümer ein weitaus grösseres Risiko dar, als dies beim Erwerb einer identischen Liegenschaft in der Stadt Zürich oder einem anderen Ballungszentrum der Fall wäre.

Schliesslich ist auch das Verhalten während der Haltezeit massgeblich: Bereits vor dem Verkaufsprozess hatte eine intensive eigene Bewirtschaftung des Mehrfamilienhauses vorgelegen. Dieses grosse persönliche Engagement stellt einen Aufwand dar, der jenen einer üblichen Verwaltung von privatem Vermögen deutlich übertrifft.

Durch ihr Verhalten haben A.A. und B.A. somit objektiv zum Ausdruck gebracht, dass sie mit dem Erwerb der Immobilie – im Gegensatz zu den sonstigen Anlageobjekten in ihrem Eigentum – nicht lediglich die beständige (passive) Ertragserzielung durch Vermietung bezweckt haben. Stattdessen ist anzunehmen, dass sie bereits zum Erwerbszeitpunkt beabsichtigt haben, das Objekt in SO in absehbarer Zeit mit Gewinn und unter Ausnützung der Marktentwicklung weiterzuverkaufen.

Dafür spricht auch, dass eine Wertsteigerung von rund 20 % innerhalb von fünf Jahren die durchschnittliche Marktentwicklung in der Region in den Jahren 2012 bis 2017 bei Weitem übersteigt.

2.3 Kommentar

Die Beurteilung durch das Bundesgericht im vorliegenden Fall ähnelt jener in einem Urteil vom Sommer 2024 betreffend nebenberuflichen Beteiligungshandel.¹⁷ In jenem Fall hatte der Steuerpflichtige eine Gesellschaft verkauft, die über Schürfrechte in Guinea-Bissau verfügte. Die Vorinstanz ging damals gemäss Bundesgericht aus folgenden Gründen von einem gewerbsmässigen Beteiligungshandel aus:¹⁸

Der Verkauf der Aktien an der F.C._____ AG (bzw. an einer Gesellschaft, in deren Besitz die Schürfrechte standen) [war] nicht nur logische Konsequenz, sondern letztendlich das Ziel der langjährigen planmässig und systematisch vorangetriebenen Aktivitäten des Beschwerdeführers in Guinea-Bissau (...). Von einer zufällig sich präsentierenden Gelegenheit [kann] keine Rede sein.

So [weisen] Unterschriften auf zentralen Dokumenten darauf [hin], dass der Beschwerdeführer für wichtige Etappen des Minenprojekts persönlich verantwortlich zeichnete. (...) So [hat] er einen massgeblichen Anteil seiner zur Verfügung stehenden (Arbeits-) Zeit

¹⁷ Urteil des BGer 9C_403/2023 vom 25. Juni 2024.

¹⁸ Urteil des BGer 9C_403/2023 vom 25. Juni 2024, E. 6.

in die Realisierung des Projekts "E._____" gesteckt und dabei mit der offensichtlichen Absicht, dadurch Gewinne zu erzielen, am Wirtschaftsverkehr teilgenommen. Offen bleiben [kann] der Wahrheitsgehalt der (...) Hinweise aus dem Internet, welche Aufenthalte in Guinea-Bissau sowie die persönlichen Kontakte zur Regierung in Guinea-Bissau dokumentieren (...).

Es [ist] erstellt, dass der Beschwerdeführer im Vorfeld des Verkaufs seiner Aktien an der F.C._____ AG nicht nur während mehrerer Jahre qualitativ in federführender Weise in die Entwicklung des Projekts "E._____" involviert gewesen [ist] und dieses systematisch und planmässig vorangetrieben [hat]. Vielmehr [hat] er auch in finanzieller Hinsicht wie ein Unternehmer agiert und [ist] insbesondere bereit gewesen, finanzielle Risiken zu tragen, welche von einem Aktionär, der lediglich sein Privatvermögen strategisch [anlegt], nicht eingegangen worden wären. Als Ergebnis [ist] damit von einer langjährigen Tätigkeit, verbunden mit einem erheblichen persönlichen und finanziellen Engagement, mit dem Ziel der Gewinnerzielung durch den Verkauf eines Minenprojekts an einen Käufer auszugehen, das der Beschwerdeführer verwirklicht [hat].

Hinzu [kommt], dass der Beschwerdeführer über anrechenbares branchenspezifisches Fachwissen in der [vorliegend relevanten] Rohstoffbranche [verfügt]. (...)

Gesamthaft [ist] der Beschwerdeführer angesichts des Umfangs seiner persönlichen Bemühungen, seiner direkten Involvierung in die Prozesse rund um die Projektentwicklung, des Eingehens beträchtlicher unternehmerischer (insbesondere finanzieller) Risiken und nicht zuletzt auch aufgrund der notwendigerweise vorhandenen branchenspezifischen Kenntnis im Zusammenhang mit der Projektentwicklung und der später erfolgreichen Veräusserung der Aktien der F.C._____ AG im Jahr 2011 einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen. (...)

Das Bundesgericht schützte die Würdigung der Vorinstanz mit einer leider sehr knapp ausgefallenen Begründung bzw. ohne sich selber substantziell mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen.¹⁹ Der Fall zeigt aber, dass das persönliche Verhalten des Steuerpflichtigen während der Haltedauer jeweils entscheidend sein kann. Pointiert ausgedrückt: Setzt sich der Steuerpflichtige intensiv und persönlich für sein Investment ein oder lässt er dies stattdessen durch beauftragte Dritte ausführen? Hätte der vorliegende Fall anders beurteilt werden müssen, wenn A.A. und B.A. die Immobilienverwaltung von Beginn weg an einen Profi delegiert hätten und wenn der Verkauf via einen Makler erfolgt wäre? Zugleich räumt das Bundesgericht an anderer Stelle ein, dass ein planmässiges Vorgehen und der Beizug von Experten während eines Umbau nicht per se schädlich ist. In dieser Situation befindet sich schliesslich jeder Private, der ein Haus baut.²⁰ Besondere Vorsicht ist sodann bei der Vermietung von möblierten Wohnungen geboten, die nach gänderter Rechtsprechung

¹⁹ Urteil des BGer 9C_403/2023 vom 25. Juni 2024, E. 7.

²⁰ Urteil des BGer 2C_1048/2013 vom 25. August 2014, E. 3.4.

regelmässig auch als gewerblich qualifiziert werden dürfte (gleich wie bei den Sozialversicherungen).²¹

Bei einer wohl etwas günstigeren Faktenlage hätte man möglicherweise einwenden können, dass die hohe Wertsteigerung ja gerade zeigt, dass man eine sich zufällig bietende, günstige Gelegenheit ausgenützt hat (wie im Fall 1 oben). Das würde auch erklären, weshalb man ein vermeintlich hochrentables Mietobjekt dann eben verkauft. Allerdings schien das Bundesgericht anzunehmen, dass die Wertsteigerung auf den grossen Einsatz von A.B. zurückging, was den ganzen Vorgang natürlich eher wieder in die Nähe der Gewerbsmässigkeit rückt.

²¹ Urteil des BGer 9C_416/2023 vom 16. Mai 2024, E. E. 4.4.

Fall 3: Einfache Gesellschaft, Fremdfinanzierung, Systematisches Vorgehen

1. Sachverhalt²²

A besitzt insgesamt acht Liegenschaften im Alleineigentum. Drei weitere, in den Jahren 2006, 2010 und 2011 erworbene Liegenschaften hält A gemeinsam mit B im Gesamteigentum (in einer einfachen Gesellschaft). Im Jahr 2006 hatte A eine Liegenschaft für CHF 2.1 Mio. erworben, die er 2008 in eine einfache Gesellschaft mit B eingebracht hat. B ist ein langjähriger Freund und Geschäftspartner. B bringt namentlich das nötige Immobilien-Knowhow mit.

Beim Erwerb seiner Immobilien verfolgt A jeweils die gleiche Finanzierungsstrategie: Er sucht und erwirbt gezielt Liegenschaften, deren Verkehrswert über dem Kaufpreis liegt. Die betreffende Differenz ermöglicht es A, gegenüber den Banken den Nachweis der für die Erteilung der Hypotheken erforderlichen «Eigenmittel» aufzubringen. Diese «stillen Reserven» dienen aus Sicht der Bank somit als Equity. De facto braucht A keine eigenen liquiden Mittel für die Käufe.

Im Jahr 2019 zerstreiten sich A und B und möchten künftig getrennte Wege gehen. Sie verkaufen die gemeinsam gehaltenen Liegenschaften. Die vorliegend strittige Liegenschaft aus dem Jahr 2006 wird für CHF 7.4 Mio. verkauft.

Das Steueramt ZH stuft A und B als gewerbsmässige Liegenschaftenhändler ein und unterstellt den Verkaufsgewinn der direkten Bundessteuer. A führt dagegen unter anderem aus, er sei entgegen der Auffassung des Steueramtes gar nicht zu 100% fremdfinanziert. Für diese Bemessung des Fremdfinanzierungsgrades seien die Verkehrswerte massgeblich. Aufgrund der jeweiligen Objekte sei auch klar gewesen, dass sich der Verkehrswert relativ leicht realisieren lässt, was zeigt, dass sein Risiko gar nicht so gross gewesen sei. Die einfache Gesellschaft habe nicht den Immobilienhandel zum Zweck gehabt, sondern lediglich das Halten und Verwalten von Liegenschaften. Zudem habe er die Liegenschaft gar nie verkaufen wollen, sondern er sei lediglich aufgrund des bedauerlichen Streits mit seinem Geschäftspartner dazu gezwungen gewesen.

Frage(n)

- Ist die Finanzierungsfrage im Allgemeinen eine Sach- oder eine Rechtsfrage? Wie verhält es sich hier?
- Ist der Verweis auf äussere Umstände, die zum Verkauf zwingen, hilfreich?
- Wie wird der Zusammenschluss zu einer einfachen Gesellschaft in diesem Zusammenhang gewertet?

—
²² Betreffend A: Urteil des BGer 9C_632/2023 vom 22. Januar 2024; betreffend B: Urteil des BGer 9C_613/2023 vom 22. Januar 2024.

2. Lösungshinweise

2.1 Ist die Finanzierungsquote eine Sach- oder eine Rechtsfrage?

Die Frage der Höhe des Finanzierungsrats wird vom Bundesgericht als Frage des Sachverhaltes qualifiziert. Insofern untersteht sie den Einschränkungen nach Art. 105 Abs. 2 BGG: Wer vor Bundesgericht ein tieferes Risiko geltend machen will, weil die relevante Fremdfinanzierung in Wahrheit tiefer sei, als vorinstanzlich angenommen, der muss substantiiert darlegen, dass die Sachverhaltsfeststellung im Urteil der Vorinstanz *offensichtlich unrichtig* ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht. «Offensichtlich unrichtig» ist dabei mit «willkürlich» gleichzusetzen. Die Anfechtung von vorinstanzlichen Feststellungen unterliegt somit der qualifizierten Rüge- und Begründungsobliegenheit (Art. 106 Abs. 2 BGG).²³ Blosser Behauptungen genügen nicht.²⁴

Ob für die Ermittlung der Finanzierungsquote zurecht auf den Anlagewert statt auf den Verkehrswert abgestellt wurde, betrifft demgegenüber die rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz (und nicht die Feststellung des Sachverhalts durch dieselbe).²⁵

Bei nicht selbstgenutzten Liegenschaften (etwa Zweit- oder Ferienwohnungen) sind mehr als 66% unüblich hoch.²⁶ Bei selbstbewohnten Liegenschaften sind bis zu 80% üblich.²⁷ Bei Mehrfamilienhäusern beträgt die 1. Hypothek in der Regel bis zu 2/3 des Verkehrswerts und die 2. Hypothek von 67% bis 80% des Verkehrswerts.²⁸ 100% schliessen im Regelfall eine private Vermögensverwaltung aus.²⁹

Auch wenn die Fremdfinanzierung gemessen am Verkehrswert (inkl. «stille Reserven») tief(er) sein sollte, so ist das vorliegend nicht relevant, denn: Wer überhaupt kein eigenes Vermögen einsetzt, kann offensichtlich nicht geltend machen, es liege eine schlichte Verwaltung von Privatvermögen vor.³⁰

2.2 Sind äussere Zwänge beim Verkauf relevant?

Der Verweis auf äussere Umstände, die den Steuerpflichtigen (möglicherweise ohne sein Zutun) zum Kauf gezwungen haben, so dass kein planmässiges Vorgehen angenommen werden kann, ist im Regelfall erfolglos. Ein äusserer Druck zum Verkauf (etwa Liquiditätsengpass, Scheidung, Streit) schliesst praxisgemäss das Vorliegen

²³ Urteil des BGer 9C_541/2023 vom 20. August 2024, E. 1.3., m.w.H.

²⁴ Urteil des BGer 9C_541/2023 vom 20. August 2024, E. 4.1.1.

²⁵ Urteil des BGer 9C_632/2023 vom 22. Januar 2024, E. 3.2.

²⁶ Urteil des BGer 2C_1021/2019 vom 30. Oktober 2020, E. 6.5.2.

²⁷ Urteil des BGer 9C_541/2023 vom 20. August 2024, E. 2.4.1.

²⁸ Urteil des VGer ZH SB.2023.00055, E. 3.5.1.; Urteil des BGer 2C_827/2021, E. 6.4.

²⁹ Vgl. aber anschaulich das Urteil des BGer 2C_702/2020 vom 21. April 2022 (oben Fall 1).

³⁰ Urteil des BGer 9C_613/2023 vom 22. Januar 2024, E. 4.5.1.

einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht aus.³¹ Wenn jemand sodann finanziell auf die Einkünfte aus den Verkäufen angewiesen ist, um den eigenen luxuriösen Lebensstil zu finanzieren, wird dies als starkes Indiz für das Vorliegen einer Gewerbsmässigkeit gewertet.³² Die Finanzierung des blossen Lebensunterhalts ist demgegenüber nicht zwingend schädlich.³³

2.3 Die einfache Gesellschaft als Ausdruck von Gewerbsmässigkeit

Der Zusammenschluss zu einer einfachen Gesellschaft wird regelmässig als Ausdruck von planmässigem und systematischem Vorgehen und einer Gewinnabsicht gewertet. Dies kann aber nicht absolut gelten, denn *«die gemeinsame Innehabung, Verwaltung und Nutzung eines Vermögensgegenstands kann durchaus ein legitimer Gesellschaftszweck sein [. Dies gilt] sowohl für Grundstücke wie auch für andere Vermögensgegenstände (...).»*³⁴

Gleichwohl ist die einfache Gesellschaft in Praxis und Rechtsprechung jeweils ein «Red Flag». Eine differenzierte Gesamtbetrachtung im konkreten Fall ist dennoch stets vonnöten. Das Zürcher Steuerrekursgericht hielt dazu folgendes fest:³⁵

Die Gründung einer einfachen Gesellschaft kann ein Indiz für gewerbsmässigen Liegenschaftshandel bilden (BGr, 31. Oktober 2011, 2C_948/2010, E. 3.1.1, auch zum Folgenden; BGr, 13. April 2005, 2A.433/2004, E. 3.3). Im Unterschied zu den Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, die gesetzlich auf den Betrieb eines Gewerbes ausgerichtet sind, existiert bei der einfachen Gesellschaft keine Vermutung, wonach diese einen Erwerbszweck verfolgt. Ob eine einfache Gesellschaft eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit entfaltet, ist deshalb aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung trifft dies allerdings bereits zu, wenn sich wenigstens ein Gesellschafter in Ausübung seines Berufs an der Gesellschaft beteiligt und die Geschäftsführung für gemeinsame Rechnung besorgt hat. In diesem Fall stellt der den anderen Gesellschaftern zufließende Anteil am Reingewinn Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit dar, und zwar selbst dann, wenn sich die übrigen Gesellschafter nicht persönlich an der Geschäftsführung beteiligten (vgl. BGE 125 II 113 E. 3c, mit weiteren Hinweisen).

³¹ Urteil des BGer 2C_827/2021, E.7.3.; Urteil des BGer 9C_613/2023 vom 22. Januar 2024, E. 4.5.3.; Urteil des BGer 9C_632/2023 vom 22. Januar 2024, E. 4.5.3.; Urteil des BGer 9C_541/2023 vom 20. August 2024, E. 4.4.

³² Urteil des BGer 9C_121/2023 vom 18. September 2023, E. 4.6. und 4.7.

³³ Entscheid des Zürcher Steuerrekursgerichtes vom 24. Mai 2022, DB.2021.15, E. 2i) in fine, in: Zürcher Steuerpraxis 4/2022, S. 312 ff.

³⁴ Fellmann Walter/Müller Karin in: Berner Kommentar, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-544 OR, Bern 2006, Art. 530 / VI. Der Gesellschaftsvertrag / C. Inhalt des Gesellschaftsvertrags, N 510.

³⁵ Entscheid des Zürcher Steuerrekursgerichtes vom 24. Mai 2022, DB.2021.15, E. 2 f) cc) in: Zürcher Steuerpraxis 4/2022, S. 312 ff.

Fall 4: Geschäftsliegenschaft und Nachfolgeplanung

1. Sachverhalt

A (75-jährig) ist pensionierter Bäcker und Witwer. Seine vier Kinder sind erwachsen. Alle Beteiligten wohnen im Kanton ZH. A hält noch die Zürcher Liegenschaft seiner ehemaligen und mittlerweile geschlossenen Bäckerei im Geschäftsvermögen. Diese Liegenschaft ist vermietet. A zahlt daher auch – trotz seines Alters – die AHV auf den Mieterträgen.³⁶

A möchte seinen Nachlass ordnen. Die Liegenschaft soll dabei langfristig auf seine vier Kinder übergehen. Jedes Kind soll den gleichen Anteil erhalten.

A schweben die folgenden alternativen Möglichkeiten vor:

- Er schenkt die Liegenschaft den Kindern direkt zu Lebzeiten;
- Er vererbt die Liegenschaft den Kindern von Todes wegen;
- Er nimmt eine Privatentnahme vor und bringt die Liegenschaft in eine neue Immobiliengesellschaft ein. Diese vererbt er dann seinen Kindern;
- Er nimmt eine Privatentnahme vor und verkauft die Liegenschaft zum Anlagewert an eine neue Gesellschaft, die ihm und seinen vier Kindern bereits zu gleichen Teilen gehört³⁷

Frage(n)

- Was passiert bei der Schenkung oder dem Vererben einer Immobilie aus dem Geschäftsvermögen?
- Kann A einen Steueraufschub nach Art. 18a DBG geltend machen?
- Kann A die Immobiliengesellschaft seinen Kindern vererben oder verkaufen?
- Was wäre beim Verkauf der Liegenschaft auf eine Gesellschaft zu bedenken, an der jeder der Beteiligten zu 20% beteiligt ist?

2. Lösungshinweise

2.1 Schenkung einer Immobilie aus dem Geschäftsvermögen

Die Schenkung einer Liegenschaft, die sich im Geschäftsvermögen befindet, bedingt zunächst deren Übergang ins Privatvermögen des Schenkers: Eine unentgeltliche Veräußerung ist mit dem Zweck der Gewinnstrebigkeit eines Unternehmens nicht kompatibel. Eine Schenkung löst somit vorgängig eine steuerbare Privatentnahme aus.³⁸ Auch die Tilgung von güter- oder scheidungsrechtlichen Ansprüchen durch Übertragung einer Liegenschaft löst zwar keine Grundstücksgewinnsteuer aus (sofern beide Ehegatten einverstanden sind; Art. 12 Abs. 3 lit. b StHG). Bei

³⁶ Vgl. den Fall im Urteil des BGer 9C_897/2013 vom 27. Juni 2014.

³⁷ Vgl. den Fall im Urteil des BGer 9C_335/2023 vom 26. Oktober 2023.

³⁸ Urteil des BGer 2C_164/2009 vom 13. August 2009, E. 5.4.; Urteil des BGer 2C_501/2020, vom 15. März 2021, E. 6.1.3.; Urteil des BGer 2C_284/2021 vom 11. April 2022, E. 7.6.

Geschäftsliegenschaften führt dies allerdings zur sofortigen Annahme einer steuerbaren Privatentnahme.³⁹ Anders verhält es sich bei Erbschaften. Diesfalls übernehmen die Erben Geschäftsvermögen.⁴⁰

2.2 Steueraufschub nach Art. 18a DBG

Bei einem nach Art. 18a DBG beantragten Steueraufschub werden zunächst nur die wiedereingebrachten Abschreibungen steuerlich erfasst. Die Besteuerung der übrigen stillen Reserven als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit wird gemäss Gesetzeswortlaut bis zur «Veräusserung» der Liegenschaft aufgeschoben. Künftige (Miet-)Erträge stellen demgegenüber Ertrag aus Privatvermögen dar. Als Veräusserung gilt gemäss ESTV jede entgeltliche oder unentgeltliche Handänderung mit Ausnahme des Erbganges.⁴¹ Die Zuweisung einer Liegenschaft im Rahmen der Erbteilung gilt auch als Veräusserung. Das Bundesgericht hat die Auffassung der ESTV bestätigt, wonach eine Schenkung in diesem Zusammenhang auch als Veräusserung gilt und somit die Besteuerung der stillen Reserven auslöst.⁴²

Ein künftiger Verkauf der Liegenschaft durch A würde die Besteuerung des *dannzumaligen* Wertzuwachsgeewinnes als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit mit sich bringen.⁴³ Wenn er also von einer künftigen Wertzunahme der Liegenschaft ausgehen muss, dürfte der Aufschub nach Art. 18a DBG für A steuerlich nicht attraktiv sein.⁴⁴

2.3 Vererben oder Verkauf von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft

Der Verkauf der Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft wird im Kanton Zürich als wirtschaftliche Handänderung von der Grundstückgewinnsteuer erfasst (§ 216 Abs. 2 lit. a StG ZH; Art.12 Abs. 2 lit. d StHG liesse auch die Besteuerung einer Minderheitsbeteiligung zu). Die Erfassung der wirtschaftlichen Handänderung muss eine entsprechende Anpassung der Gestehungskosten auf Stufe der Liegenschaft(en) zur Folge haben, um sicherzustellen, dass bei einem späteren Verkauf – erfolge er direkt (asset deal) oder indirekt (share deal) – keine Doppelbesteuerung erfolgt. Die Schenkung oder Vererben von Anteilen an einer Immobiliengesellschaft muss demgegenüber zu einem Steueraufschub führen.

³⁹ Urteil des BGer 2C_827/2021 vom 28. September 2022, E. 6.2.; Urteil des BGer 2C_164/2009 vom 13. August 2009, E.5.4.

⁴⁰ Urteil des BGer 2C_164/2009 vom 13. August 2009, E. 5.4.

⁴¹ Kreisschreiben Nr. 26 der ESTV vom 16. Dezember 2009 in seiner Version vom 6. Februar 2024 betreffend die Neuerungen bei der selbständigen Erwerbstätigkeit aufgrund der Unternehmenssteuerreform II, Abschnitt 2.1 und 2.3.

⁴² Urteil des BGer 2C_284/2021 vom 11. April 2022, E. 7. bis 9.

⁴³ Urteil des BGer 2C_284/2021 vom 11. April 2022, E. 7.6.

⁴⁴ Vgl. Julia von Ah, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, 4. Auflage, 2022, Art. 18a N 10 f.

2.4 Verkauf an eine Immobiliengesellschaft, die A zusammen mit seinen Kindern hält ⁴⁵

2.4.1 Für das Abstellen eines Ersatzwertes beim Verkauf besteht kein gesetzlicher Raum

Die Privatentnahme löst die Grundstückgewinnsteuer im monistischen System des Kantons Zürich nicht aus. Wenn A die mittlerweile private Immobilie sodann an eine Immobiliengesellschaft verkauft, so unterliegt der Kaufpreis mit Einschluss aller Leistungen der Käuferin abzüglich Anlagekosten der Grundstückgewinnsteuer bei ihm (§ 220 Abs. 1 und § 219 Abs. 1 StG ZH).

Für die Ermittlung des von A erzielten Verkaufserlöses ist auf die effektiven Leistungen der Käuferin abzustellen. Wenn A die Liegenschaft etwa zum Anlagewert an die Immobiliengesellschaft verkauft, so erlaubt es Art. 12 Abs. 1 StHG den Steuerbehörden grundsätzlich nicht, statt des erzielten Erlöses auf einen Ersatzwert (etwa auf den Verkehrswert) abzustellen.⁴⁶ Vielmehr sind die (allfälligen) weiteren Leistungen der Käuferin zu identifizieren.

Streng zivilrechtlich kann in der Wertzunahme auf den Aktien an der Erwerberin keine Leistung derselben an den Veräusserer erblickt werden.⁴⁷ Das Bundesgericht schliesst eine solche Sichtweise vorerst aber nicht vollständig aus. Es ist dann allerdings eine wirtschaftliche Betrachtungsweise einzunehmen: Wenn die Erwerberin nur zum Teil vom Veräusserer gehalten wird, dann ist bei diesem Ansatz (d.h. wenn die Gegenleistung auch die Wertsteigerung auf den Aktien beinhaltet) zwingend zu berücksichtigen, dass die Aktien der anderen Inhaber ohne Weiteres und zulasten des Verkäufers an der Wertsteigerung partizipieren. Mit anderen Worten reduziert sich die Wertsteigerung auf den Aktien des Verkäufers nach Massgabe seiner eigenen Beteiligungsquote. Bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Verkehrswert und gesamter Gegenleistung ist sodann gemäss Bundesgericht von einer (gemischten) Schenkung auszugehen (inkl. Steueraufschub...). Da die Mitinhaber an der Immobiliengesellschaft vorliegend die Kinder von A sind, sind sie von den Schenkungssteuern befreit (§ 11 ESchG ZH). Zu denken ist sodann noch an die Emissionsabgabe.

2.4.2 Liegt allenfalls eine Steuerumgehung vor?

Offen bleibt im Urteil, ob theoretisch eine Steuerumgehung angenommen werden könnte. Das Bundesgericht folgt vorliegend allerdings nicht nur einer umfassenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Es fordert auch mit bemerkenswerter Klarheit eine stringente Anwendung der Vorgaben des StHG (d.h. das Abstellen auf einen Ersatzwert ist nicht zulässig) sowie Konsistenz beim einmal gewählten Ansatz: Wer A sagt und die Wertsteigerung der Aktien miteinbeziehen will, der muss auch B sagen und anerkennen, wenn die Wertsteigerung auf Aktien anfällt, die nicht vom

⁴⁵ Urteil des BGer 9C_335/2023 vom 26. Oktober 2023.

⁴⁶ Urteil des BGer 9C_335/2023 vom 26. Oktober 2023, E. 3.5.

⁴⁷ Urteil des BGer 9C_335/2023 vom 26. Oktober 2023, E. 3.7.3. ff. auch zum folgenden.

Veräusserer gehalten werden. Diesfalls ist wohl von einer Zuwendung des Verkäufers an die Mitaktionäre auszugehen.

Es ist somit nicht abzusehen, wie eine Steuerumgehung angenommen werden könnte. Die Steuerumgehungstheorie bezweckt ja im Regelfall, die wirtschaftliche Realität der Besteuerung zuführen («Sachverhaltsfiktion»). Der vorliegende Ansatz des Bundesgerichts hat bei Lichte besehen aber genau dies zur Folge: Es wird auf die wirtschaftliche Realität abgestellt – bzw. genauer – auf die Tatsache, dass A sein Vermögen im Rahmen seiner Nachfolge (teil-)unentgeltlich auf seine Kinder übertragen will. Ein solcher Vorgang ist natürlich im Sinne der Steuerumgehungstheorie in keiner Weise «ungewöhnlich». Für die Annahme einer Steuerumgehung und für das Aufstellen einer Sachverhaltsfiktion besteht somit kein Raum.

2.4.3 Das Bundesgericht stärkt die Rechtsposition der Steuerpflichtigen

Zu guter Letzt noch der Hinweis, dass das Urteil des BGer 9C_335/2023 zwar Eingang in die amtliche Sammlung des Bundesgerichts gefunden hat.⁴⁸ Diese publizierte Fassung enthält die oben wiedergegebenen technischen Ausführungen zur Grundstückgewinnsteuer aber nicht. Es wird ausschliesslich die (sehr lesenswerte) Erwägung 4 des Urteils wiedergegeben. Das Bundesgericht stärkt darin – wie in anderen Urteilen jüngeren Datums⁴⁹ – das Legalitätsprinzip, soweit es als Schutzmechanismus zugunsten der rechtsunterworfenen Personen verstanden wird:⁵⁰

Die besondere Bedeutung des Legalitätsprinzips im Steuerrecht rührt daher, dass es "zum Wesen des modernen Rechtsstaats gehört" (...), nur auf einer formellgesetzlichen – d.h. demokratisch abgestützten – Grundlage in das Vermögen der Bürger einzugreifen und von ihnen Steuern zu erheben ("no taxation without representation"; (...)). Im Unterschied zu den meisten anderen Rechtsgebieten hat das Legalitätsprinzip im Steuerrecht den Status eines verfassungsmässigen Rechts, das den Einzelnen davor schützt, dass ihn die Verwaltung ohne formellgesetzliche Grundlage steuerlich belastet.

Das Bundesgericht beleuchtet sodann das Verhältnis des Legalitätsprinzips zum Grundsatz von Treu und Glauben und zum öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des objektiven (Steuer-)Rechts. Zusammengefasst hält das Bundesgericht dabei folgendes fest:⁵¹

Aus den vorstehenden Erwägungen erhellt, dass die besondere Bedeutung des Legalitätsprinzips im Steuerrecht auf diejenigen Tatbestände und Tatbestandselemente beschränkt ist, die sich zum Nachteil der Bürgerinnen und Bürger auswirken. (...)

⁴⁸ Als BGE 150 I 1.

⁴⁹ Vgl. etwa den Fall zum interkantonalen Steuerrecht (Praxisänderung) Urteil des BGer 9C_710/2022 vom 17. August 2023 = BGE 149 II 354, E. 4.2. und 4.4.2.

⁵⁰ Urteil des BGer 9C_335/2023 vom 26. Oktober 2023 = BGE 150 I 1, E. 4.4.1.

⁵¹ Urteil des BGer 9C_335/2023 vom 26. Oktober 2023 = BGE 150 I 1, E. 4.4.3.

Wenn (...) feststeht, dass die Steuerbehörde effektiv eine Auskunft erteilt hat, ist sie daran gebunden, sobald die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind. In einem echten Konflikt, d.h. wenn die praxisgemässen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes erfüllt sind und insbesondere die Auskunft der Steuerbehörde nicht offensichtlich unrichtig ist, geht also auch im Steuerrecht das Vertrauensschutzprinzip dem Legalitätsprinzip vor und nicht umgekehrt.