

## **VERKAUF VON IMMOBILIENGESELLSCHAFTEN – EINE STEUERRECHTLICHE WÜRDIGUNG**

lic. iur. Andrea B. Bolliger, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Of Counsel bei  
Baker McKenzie Zürich  
lic. iur. Mario Kumschick, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Of Counsel bei  
Baker McKenzie Zürich  
Dr. iur. Tobias F. Rohner, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, Partner bei  
Baker McKenzie Zürich

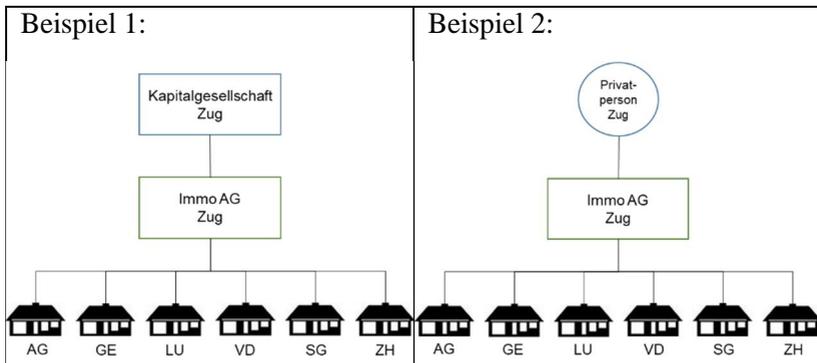
I.	Einführung	96
II.	Abgrenzung zwischen monistischem und dualistischem System	97
III.	Veräußerung von Immobiliengesellschaften	98
	A. Prüfung im monistischen System	100
	1. Veräußerung einer Immobiliengesellschaft durch eine natürliche Person	100
	2. Veräußerung einer Immobiliengesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft	103
	3. Urteil 2C_666/2015 vom 7. Oktober 2016	105
	a) Sachverhalt und Erwägungen	105
	b) Würdigung	106
	B. Prüfung im dualistischen System	108
	1. Veräußerung einer Immobiliengesellschaft durch eine natürliche Person	108
	2. Veräußerung der Immobiliengesellschaft durch eine juristische Person	109
	C. Spezifische kantonale Regelungen	110
	1. Waadt	110
	2. Genf	112
	3. Luzern und Aargau	113
	D. Übernahme von latenten Steuern	116
	1. Berechnung der latenten Steuern im monistischen System	116
	2. Berechnung der latenten Steuern im dualistischem System	117
	3. Berücksichtigung der latenten Steuern bei der Kaufpreisfestsetzung	119
IV.	Zusammenfassung	120

## I. EINFÜHRUNG

Der vorliegende Beitrag knüpft an den von TOBIAS F. ROHNER und ANDREA B. BOLLIGER verfassten Aufsatz unter dem Titel «Wirtschaftliche Handänderungen im Grundsteuerrecht» an, der im Heft Nr. 2/2020 ZStP erschienen ist. Schwerpunkt dieses Aufsatzes ist die Analyse der Steuerfolgen des Verkaufs einer Immobiliengesellschaft. Für die Abhandlung der Steuerthemen in Zusammenhang mit dem Verkauf einer Immobiliengesellschaft orientiert er sich an zwei Beispielen:

Beispiel 1: Eine Immobiliengesellschaft mit Sitz in Zug (nachfolgend als Immo AG bezeichnet) hält insgesamt sechs Immobilien in den Kantonen Aargau, Genf, Luzern, Waadt, St. Gallen und Zürich. Die Immo AG wird zu 100% von einer Kapitalgesellschaft mit Sitz in Zug gehalten:

Beispiel 2: Die Immo AG wird von einer Privatperson mit Wohnsitz in Zug gehalten. Bei der Privatperson wird davon ausgegangen, dass sich die Aktien an der Immo AG in ihrem Privatvermögen befinden. Graphisch präsentiert sich die Ausgangslage wie folgt:



## II. ABGRENZUNG ZWISCHEN MONISTISCHEM UND DUALISTISCHEM SYSTEM

Art. 2 Abs. 1 lit. d StHG schreibt den Kantonen vor, eine Grundstücksgewinnsteuer zu erheben.<sup>1</sup> Die Grundstücksgewinnsteuer kann nicht nur auf den Gewinn aus der Veräusserung von im Privatvermögen gehaltenen Grundstücken erhoben werden, sondern die Kantone dürfen gemäss Art. 12 Abs. 4 StHG auch die Veräusserung von Grundstücken im Geschäftsvermögen der Grundstücksgewinnsteuer unterstellen, obschon Gewinne im Geschäftsvermögen grundsätzlich der Einkommens- oder der Gewinnsteuer unterliegen.

Wird die Grundstücksgewinnsteuer sowohl auf Gewinne aus der Veräusserung von Grundstücken im Privatvermögen als auch auf Gewinne aus der Veräusserung von Grundstücken im Geschäftsvermögen erhoben, spricht man vom monistischen System.<sup>2</sup> Dieses System wird von den folgenden Kantonen angewendet: BE, BL, BS, JU, NW, TI, UR, SZ und ZH. Kantone, welche lediglich die Grundstücksgewinnsteuer auf den Gewinn aus der Veräusserung von Grundstücken im Privatvermögen erheben, verfolgen das dualistische System. Es sind dies die Kantone AG, AR, AI, FR, GL, GR, LU, NE, OW, SG, SH, SO, VD, TG, VS und ZG. Der Kanton Genf hat ein gemischtes System, welches im Ergebnis einem dualistischen System entspricht.<sup>3</sup>

Veräussert also die Immo AG ihr Grundstück im Kanton Zürich mit Gewinn, fällt gemäss § 216 Abs. 1 StG/ZH die zürcherische Grundstücksgewinnsteuer an. Verkauft die Immo AG ihr Grundstück im Kanton Zug, welcher das dualistische System kennt, wird der Gewinn aus der Veräusserung mit der Zuger Gewinnsteuer erfasst.

<sup>1</sup> MARKUS REICH, Steuerrecht, 3. Aufl. 2020, 528.

<sup>2</sup> In diesem Fall darf der Gewinn auf Ebene des Kantons nicht mehr mit der Einkommens- oder Gewinnsteuer erfasst werden.

<sup>3</sup> Die Autoren ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, Schweizerisches Grundstücksgewinnsteuerrecht, 2021, 567, bezeichnen Genf allerdings als monistischen Kanton.

### III. VERÄUSSERUNG VON IMMOBILIENGESELLSCHAFTEN

Gemäss langjähriger Praxis der meisten Kantone (insbesondere der Deutschschweizer Kantone) wird beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft die Grundstückgewinnsteuer erhoben, sofern die folgenden beiden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung;
- b. Qualifikation der veräusserten Gesellschaft als Immobiliengesellschaft.<sup>4</sup>

Gemäss Praxis der meisten Kantone liegt eine Mehrheitsbeteiligung vor, wenn mehr als 50% der gesamten Beteiligung an der Immobiliengesellschaft veräussert wird.<sup>5</sup> Abgestellt wird auf die Stimmrechte. Die Begründung für die Quote von mehr als 50% liegt darin, dass mit dem Verkauf einer solchen Beteiligung die wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Grundstück vom Veräusserer auf den Erwerber übertragen wird. Es geht also um die Übertragung der Kontrolle über das Grundstück.

Nach der Rechtsprechung liegt eine wirtschaftliche Handänderung vor, wenn der Käufer eine Position erlangt, die weitgehend der eines Eigentümers im Sinne des Zivilrechts entspricht und er von den damit verbundenen Befugnissen Gebrauch macht.<sup>6</sup> Diese Verfügungsgewalt beinhaltet faktisch die Befugnis zum Besitz, zur Nutzung, zur Mög-

<sup>4</sup> RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4. Aufl. 2021, § 216 N 93. Der Veräusserung einer Immobiliengesellschaft wird der Verkauf einer Holdinggesellschaft, welche die Immobiliengesellschaft hält, betreffend die Grundstückgewinnsteuer gleichgestellt. Hingegen gilt die Veräusserung einer Betriebsgesellschaft, die eine Immobiliengesellschaft beherrscht, nicht als wirtschaftliche Handänderung, welche die Grundstückgewinnsteuer auslösen könnte (RB 1970 Nr. 47). Für die Definition der Immobiliengesellschaft verweisen wir auf TOBIAS F. ROHNER/ANDREA B. BOLLIGER, Wirtschaftliche Handänderung im Grundsteuerrecht, ZStP 2020, 599 ff.

<sup>5</sup> RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER (Anm. 4), § 216 N 100. Die Bedingung ist auch dann erfüllt, wenn mehrere Minderheitsaktionäre ihre Aktien gleichzeitig und im Zusammenwirken mit den übrigen Aktionären verkaufen und dabei die Mehrheit übertragen wird (ERNST HÖHN/PETER MÄUSLI, Interkantonaies Steuerrecht, 4. Aufl. 2000, § 15 N 13).

<sup>6</sup> BGr 2C\_1044/2014 vom 26. November 2015, E. 2.2.

lichkeit des Fruchtgenusses, zur Änderung, Trennung, Beeinträchtigung oder Zerstörung des Grundstücks sowie den Verkauf, die Schenkung oder die Möglichkeit, das Grundstück zu belasten.<sup>7</sup>

In der Rechtsprechung wurden folgende Transaktionen als wirtschaftliche Handänderungen qualifiziert:

- Der Verkauf *sämtlicher* Aktien einer reinen Immobiliengesellschaft.<sup>8</sup> In jenen Bundesgerichtsentscheiden wurde erwogen, dass auch die «überwiegende» Mehrheit des Verkaufs einer Immobiliengesellschaft genügen würde, um eine wirtschaftliche Handänderung anzunehmen, obwohl es in allen Fällen jeweils um den Verkauf sämtlicher Aktien ging;
- Der gemeinsame Verkauf *sämtlicher* Aktien einer Holdinggesellschaft, deren Aktiven neben eigenen Liegenschaften vor allem Beteiligungen an Immobiliengesellschaften umfassten;<sup>9</sup>
- Der Verkauf *sämtlicher* Aktien einer Hotelbetriebsgesellschaft, deren Hauptaktivum eine Liegenschaft war, die der Käufer abbrach und durch einen Neubau ersetzte.<sup>10</sup>

Die zitierten Entscheide betrafen immer den Verkauf *sämtlicher* Aktien oder den Verkauf einer *überwiegenden* Mehrheit der Aktien. Erst mit dem Entscheid vom 7. Oktober 2016 musste sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob der Verkauf einer Beteiligung von 51% eine steuerbare wirtschaftliche Handänderung darstellt, welche das Besteuerungsrecht des Liegenschaftskantons zu begründen vermag (siehe dazu Ziff. III.A.3). Überraschenderweise hat das Bundesgericht in diesem Entscheid festgehalten, dass der Verkauf einer Beteiligung von 51% am Aktienkapital einer Immobiliengesellschaft nicht ausreicht, um das Besteuerungsrecht dem Liegenschaftskanton zuzuweisen (ausser im Falle einer missbräuchlichen Gestaltung). Dieser Entscheid steht in klarem Widerspruch zur langjährigen Praxis der meisten Kantone (insbesondere der Deutschschweizer Kantone), welche für die Annahme einer wirtschaftlichen Handänderung den Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung (d.h. über 50%) verlangen.

<sup>7</sup> BGr, 7. Oktober 2016, 2C\_666/2015, RDAF 2016 II, 544, E. 5.2.

<sup>8</sup> BGE 85 I 91; BGE 98 Ia 86; BGE 91 I 467.

<sup>9</sup> BGE 103 Ia 161, E. 4 = Pra 66 Nr. 94 = ASA 47, 281.

<sup>10</sup> BGE 91 I 470, E. 2 ff.

Nach Auffassung des Bundesgerichts bedarf es hingegen eine «überwiegende Mehrheit und eine Beteiligung von 51% stellt keine überwiegende Mehrheit dar.<sup>11</sup> Gemäss Einschätzung der Autoren dürfte dieser Entscheid, welcher den Kanton Waadt betraf, in den Kantonen nicht umgesetzt werden und es wird sich zeigen, ob ähnliche Fälle an das Bundesgericht weitergezogen werden (siehe dazu auch unsere Würdigung in Ziff. III.A.3.b).

## **A. PRÜFUNG IM MONISTISCHEN SYSTEM**

### **1. Veräusserung einer Immobiliengesellschaft durch eine natürliche Person**

Bei der Veräusserung einer Immobiliengesellschaft mit Liegenschaften in Zürich durch eine Privatperson mit Wohnsitz in Zug stellt sich zuerst die Frage, welchem Kanton das Besteuerungsrecht zukommt (Wohnsitz der Veräusserin oder Kanton, in welchem das Grundstück liegt). Mithin ist die Frage der steuerrechtlichen Zugehörigkeit zu klären.

Unbestritten ist, dass der Gewinn aus der Veräusserung von Aktien einer Immobiliengesellschaft beim veräussernden Aktionären anfällt und grundsätzlich das Steuerrecht des Wohnsitzkantons anwendbar ist. In unserem Fall ist dies der Kanton Zug. Unter jenem Steuerrecht ist der Gewinn aus dem Verkauf von Wertpapieren grundsätzlich gemäss Art. 16 Abs. 3 DBG bzw. Art. 7 Abs. 4 lit. b StHG von der Einkommenssteuer befreit, es sei denn, dass die Aktien der Immobiliengesellschaft Teil des Geschäftsvermögens des Veräusserers gebildet hätten.

Gemäss aktueller Praxis wird der Kanton Zürich aber die Grundstückgewinnsteuer erheben. Die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer bedingt, dass der Veräusserer der Immobiliengesellschaft eine Steuerpflicht im Belegenheitskanton begründet. Ohne subjektive Steuerpflicht kann keine Grundstückgewinnsteuer ausgelöst werden. Entsprechend bedarf es einer gesetzlichen Norm im formellen Sinne.

<sup>11</sup> Dies in Widerspruch zum Urteil des BGr, 29. Juni 1961, ASA 31, 47 E. 4.

Nachfolgend wird geprüft, auf welcher Rechtsgrundlage der Kanton Zürich seine Steuerhoheit rechtfertigt.

Gemäss Art. 4 Abs. 1 StHG begründen natürliche Personen ohne steuerrechtlichen Wohnsitz oder Aufenthalt im Kanton aufgrund wirtschaftlicher Zugehörigkeit eine Steuerpflicht, wenn sie im Kanton Geschäftsbetriebe oder Betriebsstätten unterhalten, Grundstücke besitzen, nutzen oder damit handeln.

Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 StHG spricht von «Grundstücke besitzen». Unter Grundstücke fallen gemäss Art. 655 ZGB Liegenschaften, die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte, Bergwerke und Miteigentumsanteile an Grundstücken. Zivilrechtlich können Anteilsscheine an einer Immobiliengesellschaft nicht als Grundstücke im Sinne von Art. 655 Abs. 2 ZGB gelten.

Nach der überwiegenden Mehrheit des Schrifttums genügt das blosses Halten einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft nicht, um eine wirtschaftliche Zugehörigkeit im Liegenschaftskanton zu begründen.<sup>12</sup> Der Begriff «Grundstücke besitzen» gemäss Art. 4 Abs. 1 StHG darf nicht extensiv ausgelegt werden: Natürliche Personen werden grundsätzlich an ihrem Wohnort oder ihrem steuerrechtlichen Aufenthalt besteuert. Die Steuerpflicht aufgrund wirtschaftlicher Zugehörigkeit stellt somit eine Ausnahme dar, weshalb eine extensive Interpretation des Begriffs «Grundstücke besitzen» vor dem strengen Legalitätsprinzip im Steuerrecht nicht standhalten würde. Auch das Bundesgericht hat erst kürzlich entschieden, dass das blosses Halten von Aktien einer Immobiliengesellschaft alleine nicht ausreicht, um eine beschränkte Steuerpflicht im Liegenschaftskanton zu begründen, selbst wenn der veräussernde Aktionär mehr als 51% an der Immobiliengesellschaft hielt (siehe dazu Ziff. III.A.3).<sup>13</sup>

<sup>12</sup> LOCHER, Kommentar zum DBG, 1. Teil, 2001, Art. 4 N 56; BAUER-BALMELLI/LUCIA OMLIN, in: Zweifel/Athanas (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Steuerrecht I/2a, 2008, Art. 4 DBG N 9; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, 2016, Art. 4 N 34; **a.M.** OESTERHELT/SEILER, in: Kommentar zum DBG, Zweifel/Beusch (Hrsg.), 3. Aufl. 2017, Art. 4 N 24.

<sup>13</sup> BGr, 7. Oktober 2016, 2C\_666/2015, RDAF 2016 II, 544. Allerdings erwog das BGr im genannten Urteil (E. 4.10), dass eine wirtschaftliche Steuerpflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. c DBG begründet werden kann, sofern die Person alle Aktien einer Immobiliengesellschaft halte und sich der Aktionär de facto in der gleichen Situation wie ein Eigentümer befinde. **A.M.** OESTERHELT/SEILER (Anm. 12), Art. 4 N 23 und ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT (Anm. 3), 561, vertreten die Auffassung, dass bei der Veräusserung

Obwohl nach Auffassung der Autoren unter den Begriff «Grundstücke besitzen» keine Immobiliengesellschaften fallen, kann aus dem Zusammenspiel zwischen Art. 12 Abs. 2 StHG und Art. 4 Abs. 1 StHG eine Steuerpflicht am Belegenheitsort begründet werden. Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG lautet wie folgt: *«Die Steuerpflicht wird durch jede Veräußerung eines Grundstückes begründet. Den Veräußerungen werden die Rechtsgeschäfte gleichgestellt, die in Bezug auf die Veräußerungsgewalt über ein Grundstück wirtschaftlich wie eine Veräußerung wirken.»*

Für die Zwecke der Grundstückgewinnsteuer (und ausschliesslich für die Grundstückgewinnsteuer) wird die Veräußerung einer Immobiliengesellschaft so betrachtet, als würden die Grundstücke selber veräußert werden. Folglich wird der Veräußerer einer Immobiliengesellschaft so gestellt, als würde er die Grundstücke direkt halten. Eine solche Betrachtung hat konsequenterweise zur Folge, dass in analoger Anwendung von Art. 4 Abs. 1 StHG eine subjektive Steuerpflicht am Ort des Grundstücks begründet wird. Die subjektive Steuerpflicht ist aber auf die Grundstückgewinnsteuer beschränkt und erfasst folglich nicht die Einkommenssteuern oder die Gewinnsteuern, denn hierfür müsste Art. 4 Abs. 1 StHG direkt Anwendung finden, was aber das Bundesgericht verneint.<sup>14</sup> Ferner bedingt die Begründung der Steuerpflicht, dass der relevante Liegenschaftskanton die Grundstückgewinnsteuer erhebt. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Eingangsbeispiel der Kanton Zürich zu Recht die Grundstückgewinnsteuer erhebt, denn die veräußernde Privatperson begründet auf der Basis von Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG (bzw. § 216 Abs. 2 lit. a StG/ZH) in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 StHG (bzw. § 4 Abs. 1 lit. b StG/ZH) im Kanton Zürich eine beschränkte Steuerpflicht. Die Steuerpflichten des Veräußerers im Kanton Zürich beschränken sich aber auf die Grundstückgewinnsteuer.

der überwiegenden Mehrheit der Anteile einer Immobiliengesellschaft der veräußernde Anteilshaber mit Bezug auf den der Grundstückgewinnsteuer unterliegenden Veräußerungsgewinn ein Nebensteuerdomizil i.S.v. Art. 4 Abs. 1 StHG bzw. Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG im Liegenschaftskanton begründe.

<sup>14</sup> BGr, 7. Oktober 2016, 2C\_666/2015, RDAF 2016 II, 544, E. 4.10.

## 2. Veräusserung einer Immobiliengesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft

Fraglich sind nun die Auswirkungen der Veräusserung einer Immobiliengesellschaft mit Grundstücken in einem monistischen Kanton (z.B. Kanton Zürich) durch eine Kapitalgesellschaft (mit Sitz in Zug).

Die veräussernde Kapitalgesellschaft ist im Kanton Zug aufgrund ihres Sitzes steuerpflichtig (persönliche Zugehörigkeit gemäss Art. 20 Abs. 1 StHG). Der Gewinn aus der Veräusserung der Beteiligung an der Immobiliengesellschaft wird von der Gewinnsteuer erfasst. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, sollte aber der Beteiligungsabzug zur Anwendung kommen, sodass der Kapitalgewinn praktisch von der Gewinnsteuer (indirekt) freigestellt ist. Wiedereingebrachte Abschreibungen würden der Gewinnsteuer unterliegen.

Gleich wie bei einer natürlichen Person (vgl. Ziff. III.A.1) erhebt der Kanton Zürich beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft mit Liegenschaften in Zürich die Grundstückgewinnsteuer. Gemäss § 216 Abs. 2 lit. a StG/ZH werden Handänderungen an Grundstücken Rechtsgeschäften gleichgestellt, die in Bezug auf die Verfügungsgewalt über ein Grundstück wirtschaftlich wie eine Handänderung wirken. Werden alle Anteile einer Immobiliengesellschaft veräussert, kommt es zu einer wirtschaftlichen Handänderung, die der Grundstückgewinnsteuer unterliegt. Dabei ist im Zürcher System irrelevant, ob die veräussernde Partei eine Privatperson oder eine Kapitalgesellschaft ist.<sup>15</sup>

Für die veräussernde Kapitalgesellschaft mit Sitz in Zug stellt sich wiederum die Frage, wie der Kanton Zürich seine Steuerhoheit rechtfertigt.

Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG begründet eine ausserkantonale Kapitalgesellschaft in einem anderen Kanton eine Steuerpflicht, wenn sie in diesem Kanton Eigentum an Grundstücken hat. Nach Auffassung der Autoren fällt der Besitz von Anteilsrechten an einer Immobiliengesellschaft nicht unter den Begriff «Eigentum an Grundstücken». Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG für sich genügt somit nicht, um eine Steuerpflicht des Verkäufers der Aktien im Liegenschaftskanton zu

<sup>15</sup> RB 1970 Nr. 47.

begründen.<sup>16</sup> Auch dies wurde vom Bundesgericht bestätigt.<sup>17</sup> Die Problematik, dass Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG für sich keine Steuerpflicht im Liegenschaftskanton bei der Veräusserung von Aktien einer Immobiliengesellschaft zu begründen vermag, lässt sich nur dadurch lösen, dass bei einer wirtschaftlichen Handänderung die Immobiliengesellschaft transparent betrachtet wird, so als gäbe es sie gar nicht. Folglich wird der Veräusserer einer Immobiliengesellschaft so gestellt, als würde er die Grundstücke direkt halten. Nur in Kombination zwischen Art. 12 Abs. 2 StHG (bzw. der entsprechenden kantonalen Regelung) und Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG kann beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft eine beschränkte Steuerpflicht am Ort des Grundstücks angenommen werden. Die Steuerpflicht beschränkt sich aber auf die Grundstückgewinnsteuer und setzt voraus, dass das Rechtssystem des relevanten Liegenschaftskantons auch Kapitalgesellschaften der Grundstückgewinnsteuer unterwirft.

Die Zuger Kapitalgesellschaft, welche eine Immobiliengesellschaft mit Liegenschaften in Zürich veräussert, wird somit im Kanton Zürich steuerpflichtig und unterliegt der Zürcher Grundstückgewinnsteuer auf den Kapitalgewinn der entsprechenden Liegenschaft. Da sich die Steuerpflicht der Kapitalgesellschaft jedoch auf die Grundstückgewinnsteuer beschränkt, hat die Veräusserin nur die Grundstückgewinnsteuer auf den Wertzuwachs zu entrichten. Die kantonale Gewinnsteuer auf den wiedereingebrachten Abschreibungen (d.h. auf der Differenz zwischen den Anlagekosten und dem Buchwert) kann nicht erhoben werden, weil die veräussernde Zuger Kapitalgesellschaft keine Gewinnsteuerpflichten im Kanton Zürich hat (wie vorgängig ausgeführt, genügt Art. 4 Abs. 1 StHG nicht). Graphisch präsentiert sich die Situation wie folgt:

<sup>16</sup> Gl. A. RICHNER/FREI/KAUFMANN/ROHNER (Anm. 4), § 4 N 30; SIGIS RAGETH, Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft, StR 1987, 402; PETER LOCHER, Kommentar zum DBG, II. Teil, 2004, Art. 51 N 34; LEUCH/KÄSTLI, Praxis-Kommentar zum Berner Steuergesetz, Art. 1 bis 125, 2006, Art. 5 N 10.

<sup>17</sup> BGr, 7. Oktober 2016, 2C\_666/2015, RDAF 2016 II, 544.

### 3. Urteil 2C\_666/2015 vom 7. Oktober 2016

#### a) Sachverhalt und Erwägungen

Wie oben einleitend ausgeführt, verlangt die Praxis der meisten Kantone (v.a. der Deutschschweizer Kantone), dass eine Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft die Hand wechselt. Wie bereits angesprochen, hat das Bundesgericht im Entscheid vom 7. Oktober 2016 überraschenderweise festgehalten, dass eine Mehrheitsbeteiligung von 51% am Aktienkapital einer Immobiliengesellschaft nicht ausreicht.

Dem Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Y. AG war eine Immobiliengesellschaft mit Sitz im Kanton Waadt, die Grundstücke im Kanton Waadt hielt. Die X. AG mit Sitz im Kanton Schwyz erwarb in den Jahren 2005 und 2006 insgesamt 51% der Aktien der Y. AG und veräusserte diese im 2007 an die Z. AG mit Sitz in Freiburg weiter. Die Z. AG erwarb nach Abschluss der Käufe das gesamte Aktienkapital der Y. AG. Die Kantonale Steuerverwaltung wie auch das Kantonsgericht hielten im Wesentlichen fest, dass die Y. AG im Kanton Waadt eine beschränkte Steuerpflicht begründe und dass der Gewinn aus dem Verkauf der Aktien der Grundstückgewinnsteuer unterliege. Es ist dabei anzumerken, dass der Kanton Waadt zwar ein dualistischer Kanton ist, aber das waadtländische Steuergesetz ausdrücklich vorsieht, dass bei Kapitalgesellschaften die Grundstückgewinnsteuer zur Anwendung kommt, falls die veräussernde Kapitalgesellschaft vom Beteiligungsabzug profitieren kann (siehe dazu Ziff. III.C.1).

In diesem Urteil entschied das Bundesgericht endgültig über die Frage, ob die gesetzlichen Bestimmungen über die beschränkte Steuerpflicht (Art. 4 Abs. 1 lit. c und Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG) auch die Situation des Besitzes von Aktien an einer Immobiliengesellschaft decken würden. Das Bundesgericht vertrat die Ansicht, dass der blosser Besitz einer Kapitalgesellschaft mit einer Beteiligung von 51% am Aktienkapital einer Immobiliengesellschaft keine Situation darstelle, die es erlauben würde, eine Steuerpflicht am Liegenschaftsort zu begründen.

In einem zweiten Teil prüfte unser höchstes Gericht, ob eine Steuerpflicht der X. AG im Kanton Waadt gerechtfertigt werden könnte,

und zwar aufgrund einer parallelen Anwendung von Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG und Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG, d.h. in dem begrenzten Kontext auf die Grundstückgewinnsteuer, unter Ausschluss aller anderen Steuern.

Das Bundesgericht erwog, dass man davon ausgehen kann, dass nur der Verkauf *sämtlicher oder einer überwiegenden Mehrheit der* Anteile einer Immobiliengesellschaft die Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Handänderung gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG erfülle, während bei der Veräusserung nur eines Teils der Anteile in jedem konkreten Fall geprüft werden müsse, ob eine potenziell missbräuchliche Situation vorliege.<sup>18</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts müssen aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die ein Missbrauchsrisiko begründen, um von einer wirtschaftlichen Handänderung zu sprechen.<sup>19</sup> Es entschied, dass beim Verkauf von 51% des Aktienkapitals einer Immobiliengesellschaft eine wirtschaftliche Handänderung nicht zwingend zu bejahen sei und hat die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen um abzuklären, inwieweit der Verkauf der Aktien insgesamt als potenziell missbräuchlich erscheint.

## **b) Würdigung**

Überraschend ist, dass das Bundesgericht im obigen Urteil nebst dem quantitativen Element (Umfang der übertragenen Beteiligung) auch – nach unserem Wissen erstmalig – ein qualitatives Element (missbräuchliche Gestaltung) verlangt, um eine Transaktion als wirtschaftliche Handänderung zu qualifizieren. Dabei unterstellt es, dass beim Verkauf *sämtlicher oder einer überwiegenden Mehrheit der* Anteile einer Immobiliengesellschaft stets auch das qualitative Element gegeben sei.

Diese Rechtsprechung überzeugt nicht. Das Konzept der wirtschaftlichen Handänderung ist ein gesetzlicher Ersatztatbestand, der einen Vorgang als rechtsmissbräuchlich sanktioniert.<sup>20</sup> Es ist daher lediglich nur noch zu fragen, ob ein Rechtsgeschäft in Bezug auf die Verfügungsgewalt über ein Grundstück wie eine Veräusserung wirkt.

<sup>18</sup> E. 5.3.

<sup>19</sup> A.a.O., E. 5.3.

<sup>20</sup> ROHNER/BOLLIGER (Anm. 4), 102.

Ob der Veräusserer eine Umgehung der Grundstückgewinnsteuer beabsichtigt hat, ist irrelevant, denn die Umgehungsabsicht wurde mit der Kodifizierung der wirtschaftlichen Handänderung verobjektiviert.

Ob die Verfügungsgewalt über ein Grundstück übertragen wird, beschränkt sich u.E. lediglich auf die Frage, ob eine Mehrheitsbeteiligung veräussert wird. Allein darin liegt der «Missbrauch». Es bedarf also nicht noch eines zusätzlichen missbräuchlichen Elements, um von einer wirtschaftlichen Handänderung zu sprechen. Es ist auch völlig unklar, was dieses zusätzliche missbräuchliche Element sein sollte.

Unklar bleibt nach dem Bundesgerichtsurteil, was unter einer überwiegenden Mehrheit der Anteile zu verstehen ist. Scheinbar ist dies nicht der Fall, wenn lediglich 51% der Aktien einer Immobiliengesellschaft übertragen werden. Insofern stellt sich die Frage, ob die langjährige Praxis der meisten Kantone, die stets von einer wirtschaftlichen Handänderung ausgeht, wenn mehr als 50% an einer Immobiliengesellschaft übertragen werden, einer bundesgerichtlichen Überprüfung standhalten würde. Diese Praxis wurde auch von der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung geschützt. So hat bspw. das BGr am 9. Juni 1961 erwogen, dass eine «überwiegende Mehrheit» dann vorliegt, wenn sie es erlaubt, die Immobiliengesellschaft tatsächlich und wirtschaftlich zu beherrschen.<sup>21</sup> Dies ist dann der Fall, wenn der Aktionär mehr als 50% der Aktienstimmen hält, weshalb eine wirtschaftliche Handänderung vorliegt, wenn diese Mehrheit die Hand wechselt.

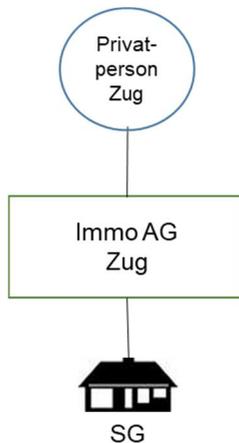
Gemäss Kenntnisstand der Autoren dürften die Kantone an ihrer bisherigen Praxis festhalten und es ist somit nur eine Frage der Zeit, bis ein ähnlicher Fall (mit einer natürlichen Person oder einer Kapitalgesellschaft als Verkäuferin einer Mehrheitsbeteiligung) ans Bundesgericht gelangen wird. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Entscheid vom 7. Oktober 2016 das spezifische System des Kantons Waadt betraf und das Bundesgericht mit diesem Entscheid zum Ausdruck bringen wollte, dass ein dualistischer Kanton keine Grundstückgewinnsteuer erheben darf und sein Besteuerungssystem nicht nach Fallkonnstellatation anpassen darf. Es ist somit denkbar, dass das Bundesgericht

<sup>21</sup> BGr, 29. Juni 1961, ASA 31, 47 E. 4.

diese Rechtsprechung auf einem monistischen Kanton (mit einer klaren gesetzlichen Grundlage für die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer) nicht anwenden würde.

## **B. PRÜFUNG IM DUALISTISCHEN SYSTEM**

### **1. Veräußerung einer Immobiliengesellschaft durch eine natürliche Person**



Die Privatperson mit steuerlichem Wohnsitz und Aufenthalt in Zug verkauft 100% der Immo AG mit Sitz und tatsächlicher Verwaltung in Zug. Die Immo AG besitzt ein Grundstück, welches im Kanton St. Gallen gelegen ist.

Die Frage, ob eine Veräußerung der Grundstückgewinnsteuer unterliegt, ist aus Sicht des Belegenheitskantons zu beurteilen.<sup>22</sup> Gemäss Art. 131 Abs. 1 StG/SG unterliegen auch wirtschaftliche Handänderungen der Grundstückgewinnsteuer. Der Kanton St. Gallen ist ein

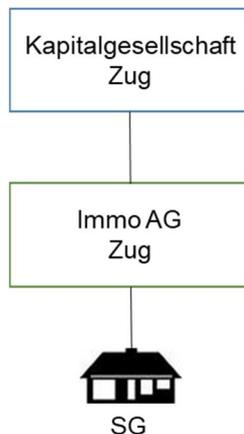
<sup>22</sup> ROHNER/BOLLIGER (Anm. 4), 101; ANDREA PEDROLI, Wirtschaftliche Handänderungen von Liegenschaften, ASA 88, 14.

Kanton mit dualistischem System (vgl. Art. 130 Abs. 1 StG/SG). Dies ist vorliegend jedoch nicht von Bedeutung, da der Veräusserer eine Privatperson ist, welche die Aktien der Immo AG in ihrem Privatvermögen hält.

Wie unter Ziff. III.A.1 ausgeführt, begründet Art. 4 Abs. 1 StHG sowie der entsprechende Art. 14 Abs. 1 StG/SG für sich alleine keine beschränkte Steuerpflicht des Veräusserers im Kanton. Wie bei monistischen Kantonen kann aber durch Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG i.V.m. Art. 131 Abs. 1 StG/SG eine beschränkte Steuerpflicht am Ort des Grundstückes hergeleitet werden, welche jedoch ausschliesslich auf die Grundstückgewinnsteuer beschränkt ist. Somit kann der Kanton St. Gallen im vorliegenden Beispiel die Grundstückgewinnsteuer gestützt auf die wirtschaftliche Handänderung erheben.

Bei der Immo AG kann auf kantonaler Ebene eine besteuerte stille Reserve nachgetragen werden (Step-up), damit bei einer Veräusserung des entsprechenden Grundstückes eine nochmalige Besteuerung unterbleibt.<sup>23</sup> Der Kanton Zug besteuert die Veräusserung nicht.

## 2. Veräusserung der Immobiliengesellschaft durch eine juristische Person



<sup>23</sup> St. Galler Steuerbuch, StB 131 Nr. 1, 2.

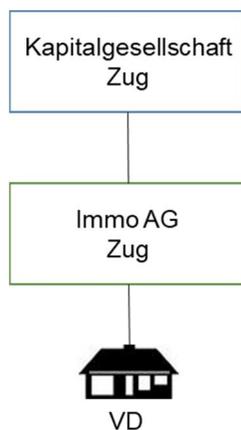
Der Kanton St. Gallen kennt das dualistische System. Da es sich beim Veräusserer um eine juristische Person handelt, erhebt der Kanton St. Gallen bei dieser wirtschaftlichen Handänderung keine Grundstücksgewinnsteuer.

Wie unter Ziff. III.A.2 ausgeführt, begründet Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG sowie Art. 72 Abs. 1 StG/SG für sich alleine keine beschränkte Steuerpflicht des Veräusserers im Kanton. Eine solche liesse sich nur in Verbindung mit Art. 12 Abs. 2 StHG herleiten und dies auch nur, falls St. Gallen eine Grundstücksgewinnsteuer auf Grundstücke im Geschäftsvermögen erheben würde. Da dies aber nicht der Fall ist, kann der Kanton St. Gallen weder eine Grundstücksgewinnsteuer noch eine Gewinnsteuer erheben.

Bei der Veräusserung der Aktien der Immo AG erzielt die verkaufende Zuger Kapitalgesellschaft einen Beteiligungsgewinn, welcher am Sitz und tatsächlicher Verwaltung in Zug grundsätzlich steuerbar ist. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, kommt jedoch der Beteiligungsabzug gemäss § 72 i.V.m. § 72a StG/ZH zur Anwendung.

## C. SPEZIFISCHE KANTONALE REGELUNGEN

### 1. Waadt



Der Kanton Waadt wendet grundsätzlich das dualistische System an. Allerdings verfügt der Kanton Waadt mit Art. 61 Abs. 2 LI VD eine «Switch-over»-Klausel. Danach werden Kapitalgewinne aus der Veräusserung einer Immobiliengesellschaft, die von dem Beteiligungsabzug profitieren, im Kanton Waadt mit der Grundstückgewinnsteuer erfasst. Durch diese «Switch-over»-Klausel erfolgt die Besteuerung in den davon erfassten Fallkonstellationen analog einem monistischen Kanton.

**Art. 61 para. 2 LI VD**

<sup>2</sup> *Le bénéfice en capital réalisé lors de l'aliénation d'une participation à une société immobilière qui bénéficie de la réduction pour participations est également soumis à l'impôt sur les gains immobiliers.*

Die Veräusserung von mindestens 10% der Immo AG durch die Zuger Kapitalgesellschaft würde demnach der Waadtländer Grundstückgewinnsteuer unterliegen. Ein Step-up wird in der vorliegenden Fallkonstellation wird gemäss Praxis im Kanton Waadt nicht gewährt.<sup>24</sup>

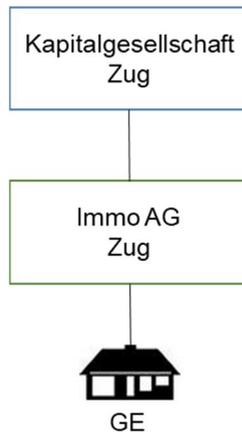
Wie unter Ziff. III.A.3 ausgeführt, hat das Bundesgericht in einer vergleichbaren Fallkonstellation jedoch entschieden, dass die Anwendung von Art. 61 Abs. 2 LI VD allein nicht ausreicht, um eine beschränkte Steuerpflicht im Kanton Waadt zu begründen, wenn sich eine solche beschränkte Steuerpflicht nicht aus dem StHG ergibt. Da die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer nach dem Entscheid des Bundesgerichts eine «überwiegende Mehrheit» voraussetzt, wäre der sachliche Anwendungsbereich von Art. 61 Abs. 2 LI VD für ausserkantonale Kapitalgesellschaften sehr begrenzt. Nach dem genannten Urteil erhebt der Kanton Waadt derzeit nur die Grundstückgewinnsteuer, wenn ein Verkauf einer «überwiegenden Mehrheit» oder eine missbräuchliche Situation vorliegt.

<sup>24</sup> Durch die Gewährung eines Step-up soll eine mehrfache Besteuerung des gleichen Substrats verhindert werden. Diese Auffassung hat auch das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid vom 21. September 1976 vertreten (P 216/75); vgl. WALTER FREI/NADJA FUNKE, Latente Steuern bei wirtschaftlicher Handänderung von Immobiliengesellschaften, ZStP 2006, 296; gemäss Art. 75 LI VD werden jedoch die Grundstückgewinne, die beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft der Grundstückgewinnsteuer unterlagen, bei einer Liquidation der Immobiliengesellschaft vom Einkommen des Aktionärs in Abzug gebracht.

Fraglich ist, ob die «Switch-over»-Klausel vor Art. 12 Abs. 4 StHG standhält. Art. 12 Abs. 4 StHG ermächtigt die Kantone lediglich dann zur Erhebung der Grundstückgewinnsteuer auf die Gewinne aus der Veräusserung von Grundstücken des Geschäftsvermögens, sofern sie diese Gewinne von der Einkommens- und Gewinnsteuer ausnehmen. Wie unter Ziff. III.C.3 ausgeführt, ist der Beteiligungsabzug aber nicht als Ausnahme von der Gewinnsteuer konzipiert, weshalb selbst bei der Übertragung sämtlicher Aktien der Immobiliengesellschaft keine Grundstückgewinnsteuer ausgelöst werden sollte.

Leider wurde diese Frage im Bundesgerichtsentscheid vom 7. Oktober 2016 nicht adressiert, sondern das Bundesgericht hat sich in einer teilweise unverständlichen Argumentation verloren, wonach keine Steuerpflicht im Kanton Waadt vorliegt, sofern keine missbräuchliche Gestaltung gegeben ist. Viel konsequenter wäre die Schlussfolgerung gewesen, dass ein Kanton, welcher das dualistische System anwendet, nicht in bestimmten Fallkonstellationen auf die Grundstückgewinnsteuer zurückgreifen darf.

## 2. Genf

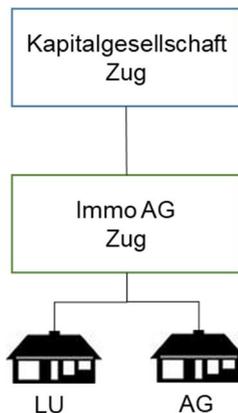


Der Kanton Genf ist formell monistisch, aber materiell dualistisch, da die Grundstückgewinnsteuer auf den Verkauf von Immobilienvermögen oder Anteilen an Immobiliengesellschaften erhoben wird (Art. 80 Abs. 1 und 2 LIPM GE), aber auf die entsprechende Steuer angerechnet oder zurückerstattet wird, wenn die oben erwähnten Verkäufe der Einkommenssteuer oder der Gewinnsteuer unterliegen (Art. 26 LIPM GE). In der Praxis wird aber häufig die Grundstückgewinnsteuer nicht erhoben (und zurückerstattet), da die Steuerbehörden oftmals von der Übertragung der Immobiliengesellschaft keine Kenntnis erhalten.

Wir gehen davon aus, dass der Kanton Genf in der vorliegenden Fallkonstellation keine Grundstückgewinnsteuer beim Verkauf der Immo AG durch die Zuger Kapitalgesellschaft erhebt bzw. diese zurückerstatten würde, da Genf nicht über eine «Switch-over»-Klausel wie der Kanton Waadt verfügt.

Bei der Veräußerung der Aktien der Immo AG erzielt die Zuger Kapitalgesellschaft einen Beteiligungsertrag, welcher am Sitz und tatsächlichen Verwaltung in Zug grundsätzlich steuerbar ist. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, kommt jedoch der Beteiligungsabzug zur Anwendung.

### 3. Luzern und Aargau



Die Steuergesetze der Kantone Luzern und Aargau kennen eine ähnliche Regelung bei den Grundstückgewinnsteuern:

### **§ 1 GGSiG LU**

<sup>1</sup> *Der Grundstückgewinnsteuer unterliegen Gewinne aus Veräusserung von Grundstücken oder von Anteilen an solchen; ausgenommen sind Gewinne aus Veräusserung von Geschäftsvermögen, die der Einkommens- oder Gewinnsteuer unterliegen.*

<sup>2</sup> ...

### **§ 95 StG AG**

<sup>1</sup> *Gewinne aus der Veräusserung von im Kanton gelegenen Grundstücken oder Anteilen an solchen unterliegen der Grundstückgewinnsteuer.*

<sup>2</sup> *Nicht unter die Grundstückgewinnsteuer fallen Gewinne, soweit sie mit der Gewinnsteuer oder mit der Einkommenssteuer erfasst werden.*

Gemäss beiden kantonalen Regelungen kommt die Grundstückgewinnsteuer dann zur Anwendung, wenn die erzielten Gewinne nicht der Einkommens- oder Gewinnsteuer unterliegen.

Der erzielte Gewinn bei der Veräusserung der Aktien der Immo AG unterliegt bei der Kapitalgesellschaft grundsätzlich der Besteuerung. Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, kommt jedoch der Beteiligungsabzug gemäss § 67 StG/ZG zur Anwendung. Es stellt sich diesbezüglich die Frage, ob die indirekte Freistellung des Veräusserungsgewinnes durch den Beteiligungsabzug (oder wenn eine Verlustverrechnung vorgenommen wird) als nicht der Gewinnsteuer unterliegend angesehen werden kann und somit die Grundstückgewinnsteuer zum Zuge kommt. Denn der Beteiligungsabzug führt nicht zu einer direkten Nichtbesteuerung der erzielten Beteiligungserträge, sondern zu einer Ermässigung der Gewinnsteuer im Verhältnis des Nettoertrages aus den Beteiligungsrechten zum gesamten Reingewinn. Gemäss der Erfahrung der Autoren wird diese Fragestellung in der Praxis nicht einheitlich beurteilt:

Die Steuerverwaltung des Kantons Luzern wird in der Regel die Grundstückgewinnsteuer erheben, sofern der Gewinn bei der veräussernden Gesellschaft vom Beteiligungsabzug profitiert. Im Gegenzug wird in der Regel dann aber auch auf kantonaler Ebene eine entsprechende besteuerte stille Reserve zugestanden (Step-up).

Das Steuergesetz des Kantons Aargau hat in der alten Fassung, welche bis zur Umsetzung der Steuervorlage 17 Gültigkeit hatte, in § 96 Abs. 3 aStG/AG festgehalten, dass «*[d]ie Veräusserung einer Beteiligung an einer Immobiliengesellschaft durch eine Gesellschaft, die gemäss § 78 Abs. 1 besteuert wird [Holdinggesellschaft], gilt nicht als Veräusserung im Sinne von Absatz 2 lit. a [i.e. wirtschaftliche Handänderung]*». Diese Bestimmung wurde auch auf ausserkantonale Holdinggesellschaften angewendet (abgeleitet vom Schlechterstellungsverbot<sup>25</sup>). Die Holdinggesellschaft musste aber nach dem Verkauf der Immobiliengesellschaft nach wie vor als Holding qualifizieren (Holdingzweck; Beteiligungen oder die Erträge aus den Beteiligungen längerfristig mindestens zwei Drittel der gesamten Aktiven oder Erträge), sonst kam § 96 Abs. 3 aStG/AG nicht zur Anwendung. Im Rahmen der Umsetzung der Steuervorlage 17 wurden die in § 78 Abs. 1 aStG/AG verankerten Bestimmungen zu den Holdinggesellschaften (Holdingprivileg) gestrichen. Dies führte auch dazu, dass § 96 Abs. 3 aStG/AG gestrichen wurde, da sich dieser auf § 78 Abs. 1 aStG/AG bezog. Da die Streichung von § 96 Abs. 3 aStG/AG lediglich eine Folge der Abschaffung des Holdingprivilegs war, und nicht auf eine gesetzgeberisch beabsichtigte Ausweitung des Anwendungsbereiches der Grundstückgewinnsteuer zurückzuführen ist,<sup>26</sup> hält die kantonale Steuerverwaltung gemäss unserer Erfahrung an der bisherigen Praxis fest und bringt die Grundstückgewinnsteuer in der vorliegenden Fallkonstellation nicht zur Anwendung.

<sup>25</sup> Neben dem Verbot der effektiven und virtuellen Doppelbesteuerung hat das Bundesgericht aus Artikel 127 Absatz 3 BV auch ein Schlechterstellungsverbot abgeleitet (vgl. BGE 134 I 303 [306 f.] mit weiteren Nachweisen). Gemäss dem Schlechterstellungsverbot dürfen die Kantone im interkantonalen Verhältnis Steuerpflichtige, die nur für einen Teil des Vermögens oder Einkommens steuerpflichtig sind, nicht anders oder stärker belasten als die ausschliesslich im Kanton steuerpflichtigen Personen.

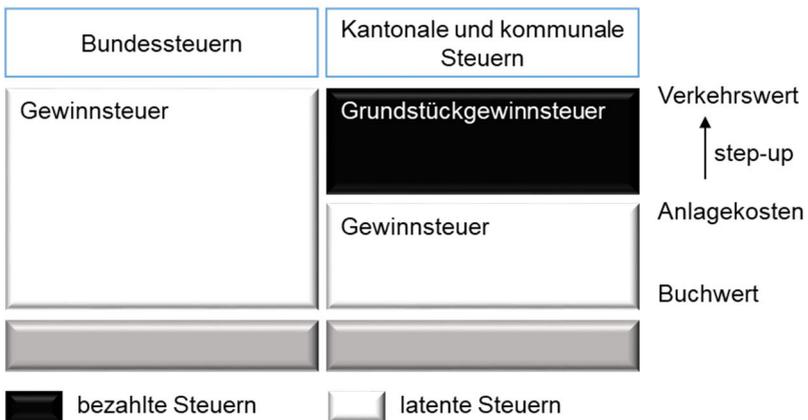
<sup>26</sup> Anhörungsbericht vom 19. Dezember 2018, Kanton Aargau, Department Finanzen und Ressourcen, Steuervorlage 17 (SV17); Steuergesetz (StG) vom 15. Dezember 1998; Teilrevision, 41.

## D. ÜBERNAHME VON LATENTEN STEUERN

### 1. Berechnung der latenten Steuern im monistischen System

Beim Kauf einer Immobiliengesellschaft im Share Deal werden nicht sämtliche Steuern ausgelöst. Wie im vorherigen Kapitel umschrieben, wird im monistischen System nur die Grundstücksgewinnsteuer auf den Mehrwert erhoben, während die Gewinnsteuer (auf Kantons- und Bundesebene) nicht ausgelöst wird. Das Gewinnsteuersubstrat verbleibt in der Immo AG und wird indirekt von der Erwerberin übernommen. Die latenten Steuern sind eine Steuerverbindlichkeit, welche die Käuferin auf Ebene der Immobiliengesellschaft übernimmt und erst bei einem späteren Verkauf der Liegenschaften durch die Immo AG fällig werden. Mit anderen Worten handelt es sich bei den latenten Steuern um Steuern, welche im Rahmen des Share Deals nicht ausgelöst werden, sondern erst beim späteren Verkauf der Liegenschaft fällig werden und von der Erwerberin somit als latente Verbindlichkeit übernommen werden. Diese latente Steuerverbindlichkeit ist im OR-Abschluss der Immo AG nicht ersichtlich und muss durch die Käuferin ermittelt werden.

Graphisch präsentieren sich die latenten Steuern wie folgt:



Wie unter Ziff. III.B.2 erläutert, hat im Kanton Zürich der Veräusserer die Grundstückgewinnsteuer auf den Mehrwert zu bezahlen. Um eine Doppelbesteuerung zu vermeiden, kann sowohl die Immo AG als auch die Erwerberin eine Erhöhung der Anlagekosten der betroffenen Liegenschaft steuerlich geltend machen. Die Anlagekosten erhöhen sich so auf den zwischen den Parteien vereinbarten Verkehrswert dieser Liegenschaft. In diesem Zusammenhang ist die Rede von einem Step-up der Anlagekosten. Sollte die Liegenschaft durch die Immo AG zum gleichen Preis veräussert werden, realisiert die Immo AG keinen Gewinn für Grundstückgewinnsteuerzwecke.

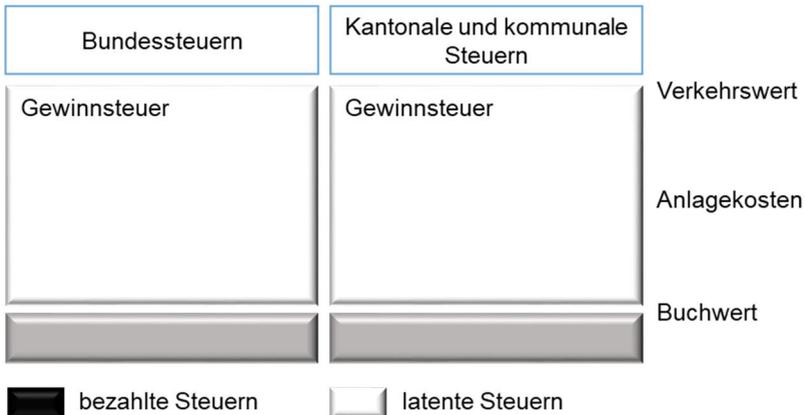
Im monistischen System beschränken sich die latenten Steuern auf die kantonalen Gewinnsteuern auf der Differenz zwischen dem Buchwert und den Anlagekosten der relevanten Liegenschaft und die direkte Bundessteuer auf der Differenz zwischen dem Buchwert und dem zwischen den Parteien vereinbarten Verkehrswert der Liegenschaft.

## **2. Berechnung der latenten Steuern im dualistischem System**

Auch beim Erwerb von Immobiliengesellschaften mit Liegenschaften in dualistischen Kantonen stellt sich für die Erwerberin die Frage, wie hoch die latenten Steuern sind und wie sie mit diesen latenten Steuern umgehen möchte.

In einem «reinen» dualistischen Kanton (z.B. Zug und St. Gallen) löst der Verkauf einer Immobiliengesellschaft durch eine Kapitalgesellschaft keine Steuerfolgen aus, weshalb die Erwerberin das gesamte auf den Liegenschaften lastende Gewinnsteuersubstrat übernimmt und die darauf geschuldeten Steuern auf die Erwerberin als latente Steuern übergehen. Auf Kantons- und Bundesebene berechnen sich die latenten Steuern aus der Differenz zwischen dem relevanten Verkehrswert der Liegenschaft und deren Buchwert.

Graphisch präsentieren sich die latenten Steuern für die Erwerberin wie folgt:



Besondere Probleme stellen sich bei dualistischen Kantonen, welche im Rahmen eines Share Deals ihr System ändern und die Grundstücksgewinnsteuer erheben. In einer solchen Konstellation zahlt zwar die Veräusserin der Immo AG die Grundstücksgewinnsteuer, aber auf Ebene der Immo AG wird bei einem späteren Verkauf der Liegenschaft in einem Asset Deal nur die Gewinnsteuer erhoben und es stellt sich die Frage, ob und wie die bereits bezahlte Grundstücksgewinnsteuer bei der späteren Veräusserung der Liegenschaft berücksichtigt wird. Eine gesetzliche Lösung ist meistens nicht gegeben und einige dualistische Kantone weigern sich, eine Erhöhung des Gewinnsteuerwertes auf den relevanten Verkehrswert der Liegenschaft zu gewähren. In diesem System wird bei einem Weiterverkauf der Liegenschaft der Teil des Gewinnsubstrats, welcher beim Share Deal mit der Grundstücksgewinnsteuer erfasst wurde, nochmals mit der Gewinnsteuer erfasst.

Gemäss unserem Verständnis gewähren einzelne Kantone eine Erhöhung des Gewinnsteuerwertes für Kantonssteuerzwecke und die Immo AG kann in ihrer Steuererklärung eine versteuerte stille Reserve auf der betroffenen Liegenschaft geltend machen. Eine andere Lösung kennt der Kanton Aargau. Er sieht in § 110a StG/AG vor, dass die bezahlte Grundstücksgewinnsteuer an die spätere Gewinnsteuer ange-

rechnet werden kann, sofern der Verkauf innerhalb von 10 Jahren erfolgt. Erfolgt der Verkauf der Liegenschaft nicht innerhalb dieses Zeitfensters, erlischt die Anrechnung und das Problem der Doppelbesteuerung bleibt bestehen.

Das gleiche Problem stellt sich in den dualistischen Kantonen, falls der Veräusserer eine Privatperson ist, welche beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft die Grundstückgewinnsteuer zu bezahlen hat. Auch in dieser Konstellation stellt sich für die Erwerberin die Frage, ob die durch den Veräusserer bezahlte Grundstückgewinnsteuer einen Einfluss auf den Betrag der latenten Steuern hat.

### **3. Berücksichtigung der latenten Steuern bei der Kaufpreisfestsetzung**

Beim Erwerb einer Immobiliengesellschaft hat die Erwerberin die übernommenen latenten Steuern zu eruieren und zu entscheiden, wie sie mit diesen Steuern bei der Kaufpreisfestsetzung für die Aktien umgehen will.

Da die latenten Steuern eine Verbindlichkeit der Immo AG sind, wird die Erwerberin grundsätzlich versuchen, die latenten Steuern vom Kaufpreis abzuziehen. Abhängig von der Verhandlungsstärke der Erwerberin, wird sie entweder die gesamten latenten Steuern oder nur einen Teil dieser Verbindlichkeiten vom Kaufpreis abziehen wollen. Bei einem kompetitiven Bieterverfahren ist es denkbar, dass sie auf den Abzug für die latenten Gewinnsteuern vollständig oder hälftig verzichtet, um ein besseres Kaufangebot unterbreiten zu können. Der Verzicht auf den Abzug der latenten Gewinnsteuern kann damit begründet werden, dass die Erwerberin davon ausgeht, dass sie die Immo AG zu einem späteren Zeitpunkt ebenfalls wieder in einem Share Deal veräussert und darauf hofft, dass der zukünftige Erwerber ebenfalls die latenten Gewinnsteuern nicht oder nur teilweise abziehen wird. Erwerber, welche die latenten Steuern in ihrem konsolidierten Abschluss auszuweisen haben, oder die Liegenschaften unmittelbar nach dem Share Deal in ihre Struktur integrieren werden und dabei die auf den

Liegenschaften latenten Steuern sofort auslösen werden, werden hingegen bestrebt sein, die latenten Steuern vollständig vom Kaufpreis abzuziehen.

Sofern die Erwerberin die latenten Steuern vollständig vom Kaufpreis abzieht, unterscheidet sich der in einem Asset Deal zu erzielende Nettoerlös nicht wesentlich vom Resultat eines Share Deals: entweder zahlt die Verkäuferin die Steuern an den Staat oder der gleiche Steuerbetrag wird ihr durch die Erwerberin vom Kaufpreis abgezogen. Abgesehen von den Transaktionskosten (wie z.B. Grundbuchgebühren, Notariatskosten und teilweise Handänderungssteuern) spielt es somit für eine verkaufende Kapitalgesellschaft keine Rolle, ob die Liegenschaften im Asset Deal oder im Share Deal verkauft werden. Nur falls die Erwerberin auf einen (teilweisen) Abzug der latenten Steuern verzichtet, kann der Share Deal für die Veräusserin attraktiver sein. Auch für eine Privatperson kann der Share Deal attraktiver sein, weil der Erlös direkt auf privater Ebene anfällt.

#### **IV. ZUSAMMENFASSUNG**

Die blossе Veräusserung der Anteile einer Immobiliengesellschaft begründet an sich noch keine beschränkte Steuerpflicht des Veräusserers im Belegenkanton. Gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG oder einer entsprechenden kantonalen Gesetzesnorm ist eine Immobiliengesellschaft zwingend transparent zu betrachten ist und der Aktienbesitz wird damit dem direkten Grundstückbesitz gleichgestellt. In diesem Fall wird für die Zwecke der Grundstückgewinnsteuer durch die Immobiliengesellschaft geschaut und der Veräusserer begründet qua seines nun direkten Besitzes am Grundstück eine beschränkte Steuerpflicht im Belegenkanton. Die beschränkte Steuerpflicht ist auf die Grundstückgewinnsteuer beschränkt. Sie wird aber lediglich dann ausgelöst, falls den Veräusserer auch eine Grundstückgewinnsteuerpflicht trifft. Hält der Veräusserer das Grundstück im Geschäftsvermögen kann in dualistischen Kantonen keine Grundstückgewinnsteuer greifen. Eine kantonale «Switch-over»-Klausel verstösst unseres Erachtens gegen Art. 12 Abs. 4 StHG und wäre folglich nicht anzuwenden.

Die teilweise im Schrifttum vertretene Ansicht, dass bei der Veräusserung der Anteile einer Immobiliengesellschaft mit Grundstücken in dualistischen Kantonen der Veräusserer stets eine begrenzte Steuerpflicht im Belegenheitskanton begründet und der Belegenheitskanton daher die Grundstückgewinn-, die Einkommens- oder die Gewinnsteuer erheben darf, entbehrt einer gesetzlichen Grundlage und entspricht weder der Verwaltungs- noch der Gerichtspraxis.

Betreffend die Frage, in welchem Umfang die Anteile an einer Immobiliengesellschaft die Hand wechseln müssen, damit eine wirtschaftliche Handänderung vorliegt, hat das Bundesgericht entschieden, dass sämtliche oder eine überwiegende Mehrheit der Aktien übertragen werden müssen. Eine Mehrheit von 51% genügt gemäss einer jüngeren Bundesgerichtsentscheid<sup>27</sup> nicht, um eine wirtschaftliche Handänderung zu bejahen, es sei denn, dass zusätzlich aussergewöhnliche Umstände vorliegen würden, die auf ein missbräuchliches Verhalten hindeuten würden. Unseres Erachtens ist die Missbräuchlichkeit bereits durch den Tatbestand der wirtschaftlichen Handänderung erfasst, weshalb es lediglich noch der Klärung bedarf, ab welchem Prozentsatz eine «überwiegende Mehrheit» vorliegt. Diese ist gemäss einer älteren Entscheidung<sup>28</sup> gegeben, wenn sie es erlaubt, die Gesellschaft tatsächlich und wirtschaftlich zu beherrschen.

<sup>27</sup> BGr, 7. Oktober 2016, 2C\_666/2015, RDAF 2016 II, 544.

<sup>28</sup> BGr, 29. Juni 1961, ASA 31, 47 E 4.