



University of St.Gallen

Grundsteuerliche Behandlung von Umstrukturierungen eines vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz

Patrick Engstler

IFF-HSG Working Papers

Working Paper No. 2021-9

September 2021

Institute of Public Finance,
Fiscal Law and Law & Economics (IFF-HSG)

Abstract

Umstrukturierungen sind im Immobilienfondsgeschäft von besonderer wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung, weil das sich daraus ergebende Rationalisierungsergebnis die Markteffizienz im Interesse der Anleger zu steigern vermag. Die aus der direktsteuerlichen Sonderstellung von (rechtspersonlichkeitslosen) vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz sowie der gesamten rechtlichen Gestaltung der Verhältnisse zwischen der Fondsleitung und diesem Sondervermögen resultierenden Besonderheiten bedingen eine Diskrepanz zwischen Rechts- und Steuerrealität, welche infolge der im Grundsteuerrecht in Frage kommenden Anknüpfung an die zivilrechtliche bzw. wirtschaftliche Übertragung von Grundeigentum zu Rechtsunsicherheit bei Umstrukturierungen führen kann. Vorliegende Arbeit zielt daher darauf ab, die grundsteuerliche Behandlung von Umstrukturierungen eines vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz *de lege lata* zu untersuchen.

Mittels Auslegung wird aufgezeigt, dass auch diese die steuerlichen Umstrukturierungsklauseln im DBG bzw. StHG sinngemäss anrufen können und das für die steuerliche Würdigung nicht die zivilrechtliche Form der jeweiligen Umstrukturierung, sondern vielmehr die Ausgangslage sowie das Endergebnis massgebend sind. Das Ergebnis der Untersuchung zeigt, dass der Gesetzeswortlaut und die Auslegung der wirtschaftlichen Handänderung i.S. einer Generalklausel aufgrund der kollektivanlagenrechtlichen Treuhandlösung an seine Grenzen stösst. So können Umstrukturierungen wie die Vereinigung und Aufspaltung zwar gewinnsteuerneutral vollzogen werden, führen augenscheinlich im Grundstückgewinn- und Handänderungssteuerrecht zu keiner wirtschaftlichen Handänderung, soweit die an der Umstrukturierung teilnehmenden vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz von derselben Fondsleitung verwaltet werden. Nach der hierin vertretenen These ist die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt über die Grundstücke als «mediatisierte» und «gebündelte» zu verstehen, welche zwar formalrechtlich durch «Einschiebung» der Fondsleitung bei dieser gebunden, aber ausschliesslich auf die Interessen der Gesamtheit aller Anleger gerichtet ist. Damit kann auch die Gesamtheit aller Anleger diese zu ihren Gunsten existierende Verfügungsgewalt im Rahmen einer Umstrukturierung von einer anderen Gesamtheit von Anlegern erwerben bzw. an diese abgeben. Umstrukturierungen wie die Vereinigung, Umwandlung und Spaltung sind im Grundstückgewinnsteuerrecht als steueraufschiebende Veräusserungen zu behandeln und von den kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben zu befreien. Ferner ist die Erhebung von Handänderungssteuern infolge Fondsleitungswechsel zu hinterfragen, weil dadurch die Identifikation einer übernahmefähigen Fondsleitung erschwert wird und damit Bundeszivilrecht vereiteln würde.

Der Aufbau vorliegender Arbeit präsentiert sich dergestalt, dass zuerst ein allgemeines Begriffsverständnis für vertragliche Anlagefonds mit direktem Grundbesitz (Kapitel 2) und Umstrukturierungen (Kapitel 3) geschaffen wird. Sodann werden Anwendungsbereich des steuerlichen Umstrukturierungsrechts (Kapitel 4) und Behandlung ausgewählter Umstrukturierungsvorgänge gestützt auf den theoretisch erarbeiteten Grundlagen aus grundsteuerlicher Sicht dargestellt (Kapitel 5).

Inhaltsverzeichnis

Abstract	II
Abkürzungsverzeichnis	VI
Literaturverzeichnis	X
Materialienverzeichnis	XX
Internetquellenverzeichnis	XXIII
Erlassverzeichnis	XXV
1 Einleitung	1
1.1 Ausgangslage	1
1.2 Problemstellung, Zielsetzung und Methodik	2
1.3 Gang der Untersuchung	3
2 Vertraglicher Anlagefonds mit direktem Grundbesitz	4
2.1 Kollektive Kapitalanlagen für Anlagen in Immobilienwerte	4
2.2 Wesensmerkmale	4
2.2.1 (Sonder-)Vermögen auf schuldvertraglicher Basis	4
2.2.2 Gemeinschaftliche Kapitalanlage ausschliesslich in (direkte) Immobilienwerte	6
2.2.3 Wahrung der Risikoverteilung	7
2.2.4 Grundsatz der Fremdverwaltung	7
2.2.5 Gemeinschaftliche Befriedigung von Anlegerbedürfnissen	7
2.3 Steuerrechtlicher Begriff	8
3 Umstrukturierungen	9
3.1 Allgemeines Begriffsverständnis	9
3.2 Motive für Umstrukturierungen von Immobilien-AF	10
3.3 Kontextbezogener Umstrukturierungsbegriff	13
3.3.1 Änderung der Umstände (Bewilligungs- und Genehmigungspflicht)	13
3.3.2 Steuerauslösende Tatbestände im Grundsteuerrecht	13
3.3.3 Zugehörigkeit zum Immobilien-AF	15
3.3.4 Untersuchungsobjekt	16
3.4 Umstrukturierungen nach KAG und FINIG	17
3.4.1 Vereinigung	17
3.4.2 Umwandlung	19
3.4.3 (Auf-)Spaltung	20
3.4.4 Wechsel der Fondsleitung	20
3.4.5 Vereinigung ohne Identität der Fondsleitung	21
3.5 Umstrukturierungen ausserhalb des KAG und FINIG	22
3.5.1 (Ab-)Spaltung ohne Identität der Fondsleitung	22
3.5.2 (Absorptions-)Fusion von Fondsleitungen	23
4 Anwendungsbereich der steuerlichen Umstrukturierungsklauseln	24
4.1 Harmonisiertes steuerliches Umstrukturierungsrecht im DBG bzw. StHG	24
4.1.1 Wirtschaftliche Betrachtungsweise	24
4.1.2 Ergebnisorientierter Umstrukturierungsbegriff	25
4.1.3 Konstitutive oder deklaratorische Wirkung	25
4.2 Grundvoraussetzungen für einen Steueraufschub	26
4.2.1 Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz	26
4.2.2 Fortführung der bisherigen Gewinnsteuerwerte (Buchwertfortführung)	26

4.2.3	Bei der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer im Besonderen.....	26
4.3	Ausgewählte Umstrukturierungen von juristischen Personen.....	27
4.3.1	Fusion	27
4.3.2	Umwandlung.....	27
4.3.3	Spaltung.....	28
4.4	Bei Handänderungen an Grundstücken	28
4.4.1	Zufolge Umstrukturierung	28
4.4.2	Im Grundstückgewinnsteuerrecht (Art. 12 StHG).....	29
4.4.2.1.	<i>Qualifikation als Immobiliengesellschaft</i>	31
4.4.2.2.	<i>Übertragung der Verfügungsgewalt</i>	31
4.4.2.3.	<i>Restriktive Auslegung</i>	32
4.4.3	Im Handänderungssteuerrecht.....	32
5	Grundsteuerliche Behandlung	34
5.1	Einleitende Vorbemerkungen und Annahmen	34
5.1.1	Übergreifende Steuersubjektqualität.....	34
5.1.2	Massgeblichkeit der eingereichten Jahresrechnung.....	35
5.1.3	Übertragung zu Gestehungskosten oder Verkehrswerten	36
5.2	Immobilien-AF als juristische Person i.S.v. Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG ...	36
5.2.1	Auslegung	36
5.2.1.1.	<i>Wortlaut</i>	36
5.2.1.2.	<i>Gleichstellung mit den übrigen juristischen Personen</i>	37
5.2.1.3.	<i>Materialien</i>	39
5.2.1.4.	<i>Zweck</i>	40
5.2.2	Schlussfolgerungen.....	40
5.3	Erfüllung der Grundvoraussetzungen	42
5.3.1	Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz.....	42
5.3.2	Fortführung der bisherigen Gewinnsteuerwerte	43
5.4	Vereinigung.....	43
5.4.1	Fusion i.S.d. DBG bzw. StHG.....	43
5.4.2	Grundstückgewinnsteuer.....	45
5.4.2.1.	<i>Verfügungsgewalt bei den Anlegern</i>	46
5.4.2.2.	<i>Zwischenfazit</i>	47
5.4.2.3.	<i>Modifizierte Betrachtungsweise</i>	47
5.4.3	Handänderungsabgaben	48
5.5	Umwandlung in ein Anlegerteilvermögen einer Immobilien-SICAV	49
5.5.1	Umwandlung i.S.d. DBG bzw. StHG	49
5.5.2	Grundstückgewinnsteuer.....	49
5.5.3	Handänderungsabgaben	50
5.6	Aufspaltung.....	50
5.6.1	Spaltung i.S.d. DBG bzw. StHG	50
5.6.2	Grundstückgewinnsteuer.....	51
5.6.3	Handänderungsabgaben	51
5.7	Wechsel der Fondsleitung.....	52
5.7.1	Grundstückgewinnsteuer.....	52
5.7.2	Handänderungsabgaben	52
5.7.2.1.	<i>Befreiung über Art. 103 FusG</i>	52
5.7.2.2.	<i>Erwerb von zivilrechtlichem Eigentum</i>	53
5.7.2.3.	<i>Wirtschaftliche Betrachtungsweise</i>	54
5.7.2.4.	<i>Massgebender Handänderungswert</i>	55

5.7.2.5. Vereitelung bzw. Beeinträchtigung von Art. 39 FINIG	57
5.8 (Absorptions-)Fusion von Fondsleitungen.....	58
5.8.1 Grundstückgewinnsteuer.....	58
5.8.2 Handänderungsabgaben	58
6 Schlussbetrachtung.....	59

Abkürzungsverzeichnis

a	alte Fassung
A.	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AI	(Kanton) Appenzell Innerrhoden
AISUF	Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg (Freiburg i. Ü.)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift: Lachen) = PJA
Art.	Artikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (Zeitschrift: Bern)
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht (Zeitschrift: Bern)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift: Frankfurt a. M.)
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
BE	(Kanton) Bern
BGBI.	(deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht (Lausanne)
BJ	Bundesamt für Justiz
BK	Berner Kommentar
BL	(Kanton) Basel-Landschaft
BLV	Base Législative Vaudoise
Botsch.	Botschaft
BR	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Freiburg i. Ü.); Bündner Rechtsbuch
BS	(Kanton) Basel-Stadt
BSG	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Bern
BSK	Basler Kommentar
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
COPTIS	Schweizer Berufsverband für Immobilien-Verbriefung
CR	Commentaire Romand
CS	Commentaire Stämpfli (Bern) = SHK
d.h.	das heisst
DB	Der Betrieb (Zeitschrift: Düsseldorf)
Ders.	Derselbe (Autor)
Dies.	Dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift: München)
E.	Erwägung

EBK	Eidgenössische Bankenkommission (neu: FINMA)
EF	Expert Focus (Zeitschrift: Zürich)
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EG	Europäische Gemeinschaft
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
et al.	<i>et alii</i> = und weitere
EuHS	Europäische Hochschulschriften
f.	und folgende (Seite, Note usw.)
FAS	Forum für Arbeits- und Sozialrecht (Schriftenreihe: Herbolzheim)
ff.	und folgende (Seiten, Noten usw.)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
FR	FinanzRundschau (Zeitschrift: Köln); (Kanton) Freiburg
FS	Festschrift; Festgabe (hier als Synonyme verwendet)
FStR	IFF Forum für Steuerrecht (Zeitschrift: St. Gallen)
GDB	Gesetzesdatenbank des Kantons Obwalden
GE	(Kanton) Genf
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (Zürich)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GR	(Kanton) Graubünden
GV	Generalversammlung
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitation
HB	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
HSG	Universität St.Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften
i.A.	in Anlehnung
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.d.	im Sinne der/im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
IFF	Schriftenreihe Finanzwissenschaft und Finanzrecht (Bern)
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
iStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift: München)
JB	Jahresbericht
JBB	Journal of Banking Law and Banking (Köln) = ZBB
KGer	Kantonsgericht

KmGK	Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen
Komm.	Kommentar
KS	Kreisschreiben
KUKO	Kurzkommentar
L-QIF	Limited Qualified Investor Fund
lit.	litera(e)
LS	Zürcher Gesetzessammlung, Zürcher Loseblattsammlung
LU	(Kanton) Luzern
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.Vw.	mit Verweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Vw.	mit weiteren Verweisen
Nr.	Nummer
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (Frankfurt a. M.)
o.g.	oben genannt(e)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OW	(Kanton) Obwalden
PJA	Pratique Juridique Actuelle (Zeitschrift: Lachen) = AJP
PSCF	Procimmo Swiss Commercial Fund
PwC-SUISR	PwC-Studien zum Unternehmens- und Internationalen Steuerrecht
RDAF	Revue de droit Administratif et de droit Fiscal (Zeitschrift: Lausanne)
RdF	Recht der Finanzinstrumente (Zeitschrift: Frankfurt a. M.)
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (Zürich)
RL	Richtlinie
rsGE	Recueil systématique genevois
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier = SZW
Rz.	Randziffer(n)
S.	Seite
SB	Schriften zum Bankenwesen (Zürich)
SBSStL	Schriften zur Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre (Berlin)
SchlT	Schlusstitel
SFAMA	Swiss Funds & Asset Management Association
SG	(Kanton) St. Gallen; Systematische Gesetzessammlung
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGS	Systematische Gesetzessammlung
sGS	systematische Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen
SGSFM	St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht (Zürich/St. Gallen)
SHK	Stämpfli Handkommentar = CS
SICAF	Investmentgesellschaft mit festem Kapital
SICAV	Investmentgesellschaft mit variablem Kapital
SIX	Swiss Infrastructure and Exchange

SJ	La Semaine Judiciaire (Zeitschrift: Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SO	(Kanton) Solothurn
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SSBR	Schweizer Schriften zum Bankrecht (Zürich)
SSFm	Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht (Zürich)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SSR	Schriften zum Steuerrecht (Berlin)
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zeitschrift: Zürich)
StA	Steueramt
StB	Steuerbuch
StG	Steuergesetz
StR	Steuer Revue (Zeitschrift: Bern)
StV	Steuerverwaltung
SWR	Steuer, Wirtschaft und Recht (Schriftenreihe: Siegburg)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich) = RSDA
TK	Treuhand Kammer (Schriftenreihe: Zürich)
u.a.	unter andere(s); unter anderem (anderen)
u.U.	unter Umständen
VD	(Kanton) Waadt
VE	Vorentwurf
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VSIR	Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung (Zürich)
z.T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Köln) = JBB
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung (Basel)
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (Tamins)
ZGStP	Zuger Steuerpraxis
ZH	(Kanton) Zürich
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Frankfurt a. M.)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZStP	Zürcher Steuerpraxis

Literaturverzeichnis

- ABEGGLEN SANDRO/BIANCHI LUCA, Regulierung indirekter Immobilienanlagen, Ausgestaltungsmöglichkeiten und ausgewählte Unterstellungsfragen nach Schweizer Recht, GesKR 2/2017, S. 152-171.
- ABT MICHEL, Les fonds immobiliers en Suisse: aperçu général, SZW/RSDA 3/2010, S. 216-233.
- AGNER PETER/JUNG BEAT/STEINMANN GOTTHARD, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer (Zürich 1995) (zit. AGNER/JUNG/STEINMANN, in: Komm. aDBG).
- ALTENBURGER PETER R./CALDERAN MASSIMO/LEDERER WERNER, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht (Zürich 2004).
- AMONN KURT, Über die Eigentumsverhältnisse bei den schweizerischen Investmenttrusts (Bern 1965).
- ANDERSON RANDY I./MEDLA HENRIK/ROTTKE NICO B./SCHIERECK DIRK, Real Estate Merger Motives: An Analytical Review of the Literature, Journal of Real Estate Literature 1/2012, S. 37-38.
- ANDREY MARCEL, Immobilien: Steuerlicher Vergleich zwischen Halteformen, ST 10/2012, S. 762-767.
- ARNOLD NIELS, Umstrukturierung inländischer Konzerne unter Beachtung des § 6a GrEStG, Steuerwirkung, Steuerplanung, Reformbedarf, Wiesbaden 2015 (= Diss. Freiburg i. Br. 2015 = PwC-SUISR 4).
- ASSMANN HEINZ-DIETER/WALLACH EDGAR/ZETZSCHE DIRK (Hrsg.), Kommentar zum Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) mit PRIIP-VO, EuVECA-VO, EuSEF-VO und ELTIF-VO (Köln 2018) (zit. BEARBEITER/-IN, in: Komm. KAGB).
- BAKER MCKENZIE (Hrsg.), Fusionsgesetz, Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung sowie den einschlägigen Bestimmungen des IPRG und des Steuerrechts (2. A. Bern 2015) (zit. BEARBEITER/-IN, in: SHK-FusG).
- BARAKAT AURÉLIEN, Commentaire de l'arrêt du 23 juillet 2020 du Tribunal cantonal vaudois, RDAF II 6/2020, S. 643-647.
- BAUER-BALMELLI MAJA/HARBEKE NILS O., Immobilien Asset Swap und Ersatzbeschaffung, Steuerneutrale Restrukturierung eines Immobilienbetriebs, ST 6-7/2011, S. 490-499.
- BAUER-BALMELLI MAJA/KUNZ-SCHENK NOEMI, Going Public einer Immobiliengesellschaft, ST 9/2014, S. 815-818.
- BAUR JÜRGEN/TAPPEN FALKO/ELNAZ MEHRKHAH/CASPAR BEHME (Hrsg.), Investmentgesetze, Bd. 2: §§ 91-272 KAGB, Grosskommentar der Praxis (4. A. Berlin 2020) (zit. BEARBEITER/-IN, in: Komm. Investmentgesetze).
- BEHNISCH URS, Die Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, Eine rechtsvergleichende Studie (Basel 1996).
- BEHNISCH URS/OPEL ANDREA, Gedanken zur Attraktivitätssteigerung der Kommanditgesellschaft nach OR und KAG, in: Uttinger Laurence/Rentzsch Daniel P./Luzi Conradon (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht: Festschrift für Markus Reich (Zürich 2014), S. 239-259 (zit. BEHNISCH/OPEL, in: FS-Reich).
- BEILSTEIN WERNER/WATTER ROLF, Going Public der Immobiliengesellschaft, Eine Entgegnung zur Kolumne von Andreas Frei: keine wirtschaftliche Handänderung, ST 8/2000, S. 822-829.
- BENDER ANDRÈ/HOESLI MARTIN/GAUD PHILIPPE, Fonds de placement immobiliers et SA d'investissement immobilier, Analyse comparative et conditions de développement, ST 3/2001, S. 239-246.

- BERGER MEYER CÉCILE/NERI-CASTRACANE GUILIA, Le fonds de placement contractuel immobilier et la Lex Koller, SZW/RSDA 2/2019, S. 176-185.
- BETSCHART PHILIPP, Grundzüge der Trustbesteuerung – dargestellt anhand der Praxis des Kantons Zürich, StR 62/2007, S. 158-164.
- BLANKENHEIM JOHANNES, Die Umsetzung der OGAW-IV-Richtlinie in das Investmentgesetz, ZBB/JBB 5/2011, S. 344-360.
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts (7. A. Zürich 2016).
- BÖCKLI PETER, Der angelsächsische Trust – Zivilrecht und Steuerrecht, GesKR 3/2007, S. 209-235 (zit. BÖCKLI, Trust).
- DERS., Fusions- und Spaltungssteuerrecht, Gelöste und ungelöste Probleme, ASA 67 (1998/1999), S. 1-36 (zit. BÖCKLI, Fusions- und Spaltungssteuerrecht).
- BÖSCH RENÉ/RAYROUX FRANÇOIS/WINZELER CHRISTOPH/STUPP ERIC (Hrsg.), Basler Kommentar Kollektivanlagengesetz (KAG) einschliesslich Darstellung der steuerlichen Aspekte in- und ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (2. A. Basel 2016) (zit. BEARBEITER/-IN, in: BSK-KAG).
- BRÄHLER GERNOT, Steuerlich optimale Gestaltung von grenzüberschreitenden Umstrukturierungen (Habil. Ingolstadt, Wiesbaden 2006).
- BRAND DOMENIC OLIVER, Kollektive Immobilienanlagen, Gemeinschaftliche Kapitalanlage in direkte und indirekte Immobilienwerte unter vergleichender Betrachtung ihrer Anlagevermögen, Zürich/St. Gallen 2016 (= Diss. Bern 2016 = SSHW 334).
- BRAUCHLI THOMAS, Fusion zweier Fondsleitungsgesellschaften, Wechselwirkung von Aktien- und Anlagefondsrecht, SZW/RSDA 6/2003, S. 314-322.
- BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Bd. 3, Sachenrecht: Art. 641-977 ZGB (3. A. Zürich 2016) (zit. BEARBEITER/-IN, in: CHK-ZGB).
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Handänderungs-Steuerbemessung aufgrund kapitalisierter Baurechtszinsen, Folge eines sachenrechtlichen Missverständnisses, ASA 64 (1996), S. 673-692.
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (2. A. Basel 2017) (zit. BEARBEITER/-IN, in: KUKO-ZGB).
- CALOURI CORINA/PENG LUCA GIAN, Die bündnerische Handänderungssteuer als Wirtschaftsverkehrssteuer, ZGRG 2/2020, S. 61-73.
- CAMILLE JOYE-YERLY, Le registre foncier, Le système, les écritures au grand livre et leurs effets, Zürich 2018 (= Diss. Freiburg i. Ü. 2017 = AISUF 393).
- D'AMELIO ISAIA, Der angepasste Geltungsbereich gemäss revidiertem Kollektivanlagengesetz, GesKR 2/2013, S. 216-233.
- DAHINDEN SARAH, Handänderungsabgaben gemäss Art. 103 Fusionsgesetz (2. Teil), FStR 1/2005, S. 18-28 (zit. DAHINDEN, Handänderungsabgaben II).
- DIES., Handänderungsabgaben gemäss Art. 103 Fusionsgesetz (1. Teil), FStR 4/2004, S. 270-286 (zit. DAHINDEN, Handänderungsabgaben I).
- DRUEY JEAN NICOLAS/DRUEY JUST EVA/GLANZMANN LUKAS, Gesellschafts- und Handelsrecht (11. A. Zürich 2015).
- DU PASQUIER SHELBY, Fonds de placement : Un état des lieux, SJ 1997, S. 197-215.
- EGGEL MARTIN, Studie zur Surrogation im schweizerischen Zivilrecht, Bern 2013 (= Diss. Bern 2013 = ASR 795).

- ENGLISCH MICHAEL/STRUMPF OLIVER, Positionierung von Immobilienfonds, in: Rock Verena/Schumacher Christoph/Bäumer Hubertus/Pfeffer Tobias (Hrsg.), Praxishandbuch Immobilienfondsmanagement und -investment (2. A. Wiesbaden 2019), S. 373-390.
- FBT AVOCATS SA/KELLERHALS ANWÄLTE (Hrsg.), Loi sur les placements collectifs (LPCC), Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs de capitaux (Bern 2012) (zit. BEARBEITER/-IN, in: CS-LPCC).
- FELBER MICHAEL, Die Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz und ihrer Anleger (Basel 2015).
- FISCHER MICHAEL/DORI BENJAMIN, Handänderungssteuer bei konzerninterner Vermögensübertragung, StR 68/2013, S. 259-269.
- FÖRSTER GUIDO, Umstrukturierung deutscher Tochtergesellschaften im Ertragsteuerrecht (Diss. Aachen 1991, Düsseldorf 1991).
- FORSTMOSER PETER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz (Zürich 1997) (zit. BEARBEITER/-IN, in: Komm. AFG).
- DERS., Das revidierte schweizerische Anlagefondsrecht, Eine Einführung, in: Zobl Dieter (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Kapitalmarktrechts: Tagungsveranstaltung vom 27. September 1995 (Zürich 1996), S. 132-157.
- FREITAG ROBERT, Das Investmentstatut, ZHR 184/2020, S. 216-233.
- GAUCH PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 1: Einleitung, Art. 1-7 ZGB (3. A. Zürich 1998) (zit. BEARBEITER/-IN, in: ZK-ZGB).
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB (6. A. Basel 2018) (zit. BEARBEITER/-IN, in: BSK-ZGB I).
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB (6. A. Basel 2019) (zit. BEARBEITER/-IN, in: BSK-ZGB II).
- GRETER MARCO, Unternehmensumstrukturierungen nach Harmonisierungsgesetz: Alter Wein in neuen Schläuchen?, StR 48/1993, S. 327-330.
- GRIESSHAMMER ERWIN R./HETTICH PETER, Steuerharmonisierungsbedarf bei der Übertragung von Grundstücken im Fusionsgesetz, StR 4/2003, S. 258-271.
- GRINGEL CHRISTOPH, Die Schließung und Abwicklung offener Immobilienfonds, ZBB/JBB 2/2012, S. 106-118.
- GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER D./SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht (4. A. Basel 2020) (zit. BEARBEITER/-IN, in: BSK-IPRG).
- HASBACH ALEXANDER, Die Verschmelzung von (Spezial-)Investmentfonds, Ein Überblick über die steuerrechtlichen Folgen und ausgewählte Fragen, FR 24/2018, S. 1117-1125.
- HASENBÖHLER FRANZ (Hrsg.)/KÜHNE ARMIN/LENGAUER DANIEL/AMSTUTZ THERESE/IMWINKELRIED MICHAELA/DÖMER PHILIPP, Recht der kollektiven Kapitalanlagen, unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Aspekte (Zürich/Basel/Genf 2007).
- HELIOS MARCUS/LÖSCHINGER ANDREAS, Steuer- und aufsichtsrechtliche Praxisfragen bei der Restrukturierung und Auflösung von Investmentfonds und Investmentaktiengesellschaften, DB 33/2009, S. 1724-1731.
- HERZIG NORBERT, Verbesserung der steuerneutralen Umstrukturierungsmöglichkeiten, insbesondere durch das Umwandlungssteuergesetz, in: Herzig Norbert (Hrsg.), Steuerorientierte Umstrukturierung von Unternehmen (Stuttgart 1997), S. 1-50.

- HESS TONI, Steuern kollektiver Kapitalanlagen, Die Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen und deren Anleger unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer, der EU-Zinsbesteuerung und der internationalen Quellensteuerabkommen (Basel 2015) (zit. HESS, Steuern).
- DERS., Das neue Kollektivanlagengesetz aus steuerrechtlicher Sicht, FStR 4/2005, S. 270-289 (zit. HESS, Kollektivanlagengesetz).
- HÖHN ERNST, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung (Zürich 1993).
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Bd. 1 (9. A. Bern 2001).
- HUBER HANS, Bundesrechtliche Schranken im Grundstückabgaberecht, ZBGR 2/1968, S. 65-86.
- HÜRLIMANN DAVID, Überblick über die Besteuerung von Restrukturierungen und Sanierungen in der Schweiz, in: CMS Hasche Sigle (Hrsg.), Steueroptimierte Gestaltung in Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz (Stuttgart 2013), S. 617-634.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Dingliche Surrogation bei Verfügungen des Miterben über Erbschaftsgegenstände, in: Rumo-Jungo Alexandra/Pichonnaz Pascal/Hürlimann-Kaup Bettina/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil: Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer (Bern 2013), S. 355-367 (zit. HÜRLIMANN-KAUP/RUMO-JUNGO, in: FS-Steinauer).
- HURNI CHRISTOPH, Die Vermögensübertragung im Spannungsfeld zwischen Vermögens- und Unternehmensrecht, Vergleichende Studie zu einem neuen Institut des Fusionsgesetzes, Zürich 2008 (= Diss. Bern 2007 = VSIR 60).
- IMBACH HAUMÜLLER DIANA, Der «L-QIF» steht vor der Tür – eine Innovation im Schweizer Kollektivanlagenrecht, GesKR 4/2020, S. 492-503.
- JÄGGI PETER, Die Eigentumsverhältnisse bei Anlagefonds, SJZ 58/1962, S. 129-144.
- JÄGGI PETER/GAUCH PETER/HARTMANN STEPHAN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 18 OR: Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Simulation (4. A. Zürich 2015) (zit. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, in: ZK-OR).
- JAKOB WALTER/SCHÜPFER URS/GRUNDLER JVO, Fusion mit umstrittener Verlustverrechnung im Konzern, ST 4/2012, S. 265-267.
- JUTZI THOMAS, Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen, SZW/RSDA 1/2014, S. 49-62 (zit. JUTZI, Umstrukturierung).
- DERS., Das Übernahme- und Abtretungsverbot im Recht der kollektiven Kapitalanlagen, AJP/PJA 8/2012, S. 1136-1144 (zit. JUTZI, Übernahme- und Abtretungsverbot).
- DERS., Der öffentliche Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen, Illustrationen am Beispiel des vertraglichen Anlagefonds, recht 2/2011, S. 60-76 (zit. JUTZI, Vertrieb).
- JUTZI THOMAS/SCHÄREN SIMON, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts (Bern 2014).
- KÄGI URS, Kapitalerhalt als Ausschüttungsschranke, Grundlagen, Regelung und Zukunft im Aktienrecht, Zürich/St. Gallen 2012 (= Diss. Bern 2008 = SSHW 309).
- KAPALLE URS/TAROLLI SCHMIDT NADIA, Neue Kreisschreiben zu den direkten Bundessteuern – Eine Bewertung aus Sicht der Praxis, eine Trilogie: II. Teil, StR 64/2009, S. 633-645.
- KELLER ASTRID/FREY CHRISTOPH, Besteuerung von kollektiven Kapitalanlagen, Das ESTV Kreisschreiben Nr. 25 bringt Neuerungen für Immobilienfonds, EF 8/2018, S. 633-637.
- KESSLER WOLFGANG/KRÖNER MICHAEL/KÖHLER STEFAN (Hrsg.), Konzernsteuerrecht, National-International (3. A. München 2018) (zit. BEARBEITER/-IN, in: HB-Konzernsteuerrecht).

- KIEHN BASTIAN, Konzernbetriebsrat und Konzernbetriebsvereinbarung in der Betriebs- und Unternehmensumstrukturierung, Herbolzheim 2012 (= Diss. Hamburg 2011 = FAS 36).
- KITTNER OLIVER, Übertragung von Fonds gemäss § 100b KAGB, RdF 4/2020, S. 264-271.
- KLINGEBIEL JÖRG/PATT JOACHIM/KRAUSE TORSTEN, Umwandlungssteuerrecht (5. A. Stuttgart 2020).
- KLUNGE OLIVIER, SICAF, LPCC et LFAIE, deux mondes qui peinent à se comprendre, in: Python & Peter (Hrsg.), L'éclectique juridique: Recueil d'articles en l'honneur de Jacques Python (Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2011), S. 73-96 (zit. KLUNGE, in: FS-Python).
- KLUNGE OLIVIER/REY GABRIEL (Hrsg.), Guide pratique des placements collectifs immobiliers (Zürich 2019).
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre (6. A. Bern 2019).
- KRICHELDORF MICHAEL, Ertragsteuerliche Konsequenzen aus der Umstrukturierung doppelstöckiger Personengesellschaften, Lohmar/Köln 2008 (= Diss. Düsseldorf 2008 = SWR 287).
- KUHN ANDRÉ, Die Finanzierung von Immobilien-Projektentwicklungen durch Anlagestiftungen (Diss. Bern 2016, Zürich 2018).
- KÜHNE ARMIN, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, unter Berücksichtigung von Anlagestiftungen und strukturierten Produkten (2. A. Zürich 2015).
- KUNZ THOMAS H., Immobilien in Umstrukturierungen gemäss Fusionsgesetz, Gewinnsteuern, Grundstückgewinn- und Handänderungssteuern bei juristischen Personen, ST 5/2005, S. 413-418.
- LANGENEGGER MARKUS, Handbuch zur bernischen Grundstückgewinnsteuer (Muri b. Bern 2002).
- LEIDERER BERND, Grenzüberschreitende Umstrukturierungen von EU-Kapitalgesellschaften im deutschen und österreichischen Ertragsteuerrecht, Analyse der aktuellen Rechtslage unter Einbeziehung betriebswirtschaftlicher und gesellschaftsrechtlicher Aspekte, Frankfurt a. M. 1998 (= Diss. Saarland 1998 = EuHS 2389).
- LINDER THOMAS/LAMPRECHT PETER, Investition von Vorsorgeeinrichtungen in Anlagestiftungen mittels Immobilien-Sacheinlage, StR 62/2007, S. 2-14.
- LOCHER PETER (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer I, Art. 1-48 DBG (2. A. Basel 2019) (zit. LOCHER, in: Komm. DBG I).
- DERS. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer III, Art. 102-222 DBG (Basel 2015) (zit. LOCHER, in: Komm. DBG III).
- DERS. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer II, Art. 49-101 DBG (Basel 2004) (zit. LOCHER, in: Komm. DBG II).
- DERS., Steuerrechtliche Folgen des Fusionsgesetzes im Recht der direkten Steuern, ASA 71 (2002/2003), S. 673-687 (zit. LOCHER, Steuerrechtliche Folgen des FusG).
- LUCHSINGER GÄHWILER CATRINA, Die SICAF, Versuch einer Grenzziehung anhand der Immobilien-gesellschaft, in: Zindel Gaudenz G./Peyer Patrick R./Schott Bertrand (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Bewegung: Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser (Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008), S. 281-295 (zit. LUCHSINGER GÄHWILER, in: FS-Forstmoser).
- DIES., Der Vertrieb von Fondsanteilen, unter besonderer Berücksichtigung des Anlegerschutzes, Zürich 2004 (= Diss. Zürich 2003 = SSB 76) (zit. LUCHSINGER GÄHWILER, Vertrieb).
- LUDESCHER TOM, Das gebundene Sondervermögen gemäss Versicherungsaufsichtsgesetz (VAV), Zürich/St. Gallen 2007 (= Diss. St. Gallen 2007 = SSHW 264).
- MARGRAF OLIVIER, Wirtschaftliche Handänderungen, StR 70/2015, S. 452-458 (zit. MARGRAF, wirtschaftliche Handänderungen).

- DERS., Steuerfolgen im Zusammenhang mit der Übertragung von Liegenschaften zwischen (steuerbefreiten) Vorsorgeeinrichtungen, StR 66/2011, S. 748-751 (zit. MARGRAF, Vorsorgeeinrichtungen).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band. IV: Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, I. Abteilung: Das Eigentum, 1. Abschnitt: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641-654 (5. A. Bern 1981) (zit. MEIER-HAYOZ, in: BK-ZGB).
- MEIER-HAYOZ ARTHUR/FORSTMOSER PETER/SETHE ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform (12. A. Bern 2018).
- MÜHLEBACH URS/GEISSMANN HANSPETER, Lex F., Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Baden/Brugg 1986) (zit. MÜHLEBACH/GEISSMANN, in: Komm. BewG).
- NABHOLZ NATALIE, Die Besteuerung von irrevocable discretionary Trusts in der Schweiz (Basel 2011).
- NOËL YVES/AUBRY GIRARDIN FLORENCE (Hrsg.), Commentaire Romand de la loi sur l'impôt fédéral direct, Impôt fédéral direct (LIFD) (Basel 2017) (zit. BEARBEITER/-IN, in: CR-LIFD).
- OESTERHELT STEFAN, Umstrukturierung einer Vorsorgestiftung, Steuerneutrale Übertragung von Immobilien, ST 3/2013, S. 158-161 (zit. OESTERHELT, Umstrukturierung einer Vorsorgestiftung).
- OESTERHELT STEFAN/SCHREIBER SUSANNE, Teilweise steuerneutrale Umstrukturierung, FStR 2/2018, S. 108-121.
- OESTERHELT STEFAN/WINZAP MAURUS, Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen und ihrer Anleger (2. Teil), FStR 1/2009, S. 25-49 (zit. OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung II).
- DIES., Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen und ihrer Anleger (1. Teil), FStR 4/2008, S. 266-286 (zit. OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung I).
- PAJER DANIEL/SIMONE RAFFAEL/SPILLMANN JEAN-CLAUDE, Auswirkungen von FINIG und FIDLEG auf das Kollektivanlagenrecht, EF 1-2/2020, S. 25-30.
- PATZNER ANDREAS/BRUNS JAN-WILLEM, Fondsverschmelzung und weitere Kapitalmaßnahmen im internationalen Umfeld, iStR 19/2009, S. 668-675.
- PATZNER ANDREAS/PÄTSCH UWE JENS/GOGA LUCIAN, UCITS IV – Steuerliche Herausforderungen und Chancen der neuen EU-Fondsrichtlinie, iStR 19/2010, S. 709-715.
- PEDROLI ANDREA, Wirtschaftliche Handänderung von Liegenschaften, Wer Aktien veräussert, um Grundstücksgewinne zu erzielen, ASA 88 (2019/2020), S. 1-19.
- PELLI FABIO, Die Delegation von Aufgaben bei offenen kollektiven Kapitalanlagen gemäss KAG, Zürich/St. Gallen 2011 (= Diss. St. Gallen 2010 = SGSFM 7).
- PETER NATALIE, Schweizer Grundstücke und Trusts, grundbuchliche und grundsteuerliche Aspekte, FStR 4/2010, S. 280-292.
- PFEIFER MICHAEL/MEIER ANDREAS L., Ausschliesslichkeit der Regelung des FusG für Strukturanpassungen, insbesondere der Spaltung?, AJP/PJA 7/2004, S. 833-838.
- PFENNINGER-BISCHOFBERGER STEPHAN, Grundsteuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen, Zürich/St. Gallen 1995 (= Diss. Zürich 1995 = SSHW 161).
- PHILIPP MORITZ, Verschmelzung inländischer Kapitalgesellschaften im Umwandlungssteuerrecht, Berlin 2014 (= Diss. Freiburg i. Br. 2013 = SSR 117).
- PICOT ARNOLD, Strukturwandel und Wettbewerbsdruck, ZfbF 2/1990, S. 119-134.

- PLATT OLIVER, Möglichkeiten der Portfoliooptimierung Offener Immobilienfonds, Das Vierte Finanzmarktfördergesetz als Investitionsmotor, NZM 9/2003, S. 344-349.
- RAAB WOLFGANG (Hrsg.), Grundlagen des Investmentfondsgeschäftes (7. A. Wiesbaden 2019).
- REBORD JEAN-YVES, La réglementation des placements collectifs immobiliers, Analyse systématique des différents organismes et appréciation critique du régime instauré par la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (Genf 2009).
- REICH MARKUS, Steuerrecht (3. A. Zürich 2020).
- DERS., Grundriss der Steuerfolgen von Unternehmensumstrukturierungen (Basel 2000) (zit. REICH, Grundriss).
- REINARZ PETER/RUSSI KEVIN, Rechtsformüberlegungen bei Immobilienprojekten mit internationaler Beteiligung, ZGStP 47/2011, S.19-32.
- REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Bd. I (3. A. Bern 2007).
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH (Hrsg.), Kommentar zum Zürcher Steuergesetz (3. A. Zürich 2013) (zit. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH).
- RIMLE ALOIS, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, ein Grundriss für die Praxis (Zürich 2004).
- ROCK VERENA/FATH AARON/STEFFAN MANUEL, Integration von digitalen Lösungen innerhalb der Wertschöpfungskette von Immobilienfonds, Eine kritische Betrachtung, in: Rock Verena/Schumacher Christoph/Bäumer Hubertus/Pfeffer Tobias (Hrsg.), Praxishandbuch Immobilienfondsmanagement und -investment (2. A. Wiesbaden 2019), S. 427-465.
- ROHNER TOBIAS F., Immobilien- oder Betriebsgesellschaft auf Sicht der Grundstückgewinnsteuern, Eine Analyse anhand des Bundesgerichtsentscheids 2C_1044/2014 vom 26. November 2015, ZStP 4/2016, S. 287-305.
- ROHNER TOBIAS F./BOLLIGER ANDREA B., Wirtschaftliche Handänderung im Grundsteuerrecht, ZStP 2/2020, S. 95-126.
- RUBLI ARMAND P., Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich/Basel/Genf 2002 (= Diss. Zürich 2002 = SSHW 218).
- RÜEGG-PEDUZZI GABRIELLA, Die Handänderungssteuer in der Schweiz (Diss. Zürich 1989, Zürich 1989).
- SCHÄREN SIMON, Unterstellungsfragen im Rahmen der Genehmigungs- und Bewilligungspflicht gemäss Kollektivanlagengesetz, unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des Rechts der EG, Luxemburgs und Liechtensteins, Zürich 2011 (= Diss. Bern 2010 = SSFM 99).
- SCHIMANSKY HERBERT/BUNTE HERMANN-JOSEF/LWOWSKI HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch (5. A. München 2017) (zit. BEARBEITER/-IN, in: HB-Bankrecht).
- SCHMID DOMINIK, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung, Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Bern 2013 (= Diss. Bern 2012 = ASR 790) (zit. SCHMID, Grundlagen Vermögensverwaltung).
- SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht (5. A. Zürich 2017).
- SCHMID WERNER A., Die Besteuerung der juristischen Personen, insbesondere der Kapitalgesellschaften, in: Höhn Ernst/Athanas Peter (Hrsg.), Das neue Bundesrecht über die direkten Steuern, Direkte Bundessteuer und Steuerharmonisierung (Bern 1993), S. 205-245 (zit. SCHMID, Besteuerung juristische Personen).

- SCHMIDTMANN DIRK, Hinzurechnungsbesteuerung bei internationalen Umstrukturierungen, Berlin 2007 (= Diss. Düsseldorf 2007 = SBStL 48).
- SCHMITTMANN PETER/SCHÖFFEL BERND/KELLER CLAUDIA, Steuerliche Konsequenzen einer Fondszusammenlegung am Beispiel von Immobilien-Sondervermögen, DStR 38/2005, S. 1593-1596.
- SCHÖNENBERGER JAKOB, Die St. gallische Handänderungssteuer (Diss. Freiburg i.Ü. 1960, Zürich 1960).
- SCHÖNFELD CHRISTIAN, Kollektive Kapitalanlagen in Krisensituationen, Zürich/St. Gallen 2016 (= Diss. St. Gallen 2016 = SGSFM 12).
- SCHOTT BERTRAND/BREMI NINA, Immobilienfonds in der Insolvenz, in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII: Immobilien und Insolvenz (Zürich 2017), S. 167-200.
- SCHUMACHER JÜRIG/TISSOT JACQUES (Hrsg.), Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, FAQ à travers quelques vieilles rengaines et quelques nouveautés en «Lex Koller»: conférence du 24 juin 2005 (Bulle 2005).
- SCHUNK MARKUS/KELLER ASTRID/MEYER SILVAN, Schweizerisches Recht der kollektiven Kapitalanlagen, Praktischer Überblick und rechtliche Grundlagen (3. A. Zürich 2017).
- SCHWAB ANNE-CHRISTINE, La vente des actions de la société immobilière en droit fiscal suisse, Bern 2019 (= Diss. Lausanne 2018 = IFF 116).
- SCHWARZ ROBERT MARTIN, Die Handänderungssteuer im Kanton Graubünden (Diss. Zürich 1985, Zürich 1985).
- SOWDEN WEBB/YOUNG MICHAEL S., The Impact of Real Estate Investment Manager Mergers, Growing industry concentration brings benefits and creates problems, Real Estate Review 2/1996, S. 7-13.
- SPINNLER PETER, Die neue Rechtsform der SICAV im KAG und die Interessenswahrnehmung der Anleger als Aktionäre, Rechtsvergleichende Kurzanalyse der Stellung der Anleger einer SICAV aus normativer und praktischer Sicht, GesKR 1/2007, S. 79-86.
- SPORI PETER/MOSE MARTIN, Fusionsgesetz, Kongruenzen und Inkongruenzen zwischen Zivil- und Steuerrecht, ZBJV 5/2004, S. 301-354.
- SPRANGER TIM, Grunderwerbssteuer bei Fondsinvestments in deutsche Immobilien, zugleich eine grunderwerbsteuerliche Einordnung des Luxemburger FCP, RdF 1/2016, S. 57-65.
- SPRING MARKUS K., Die Besteuerung der Immobilienanlagefonds nach dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Vor- und Nachteile des Direktbesitzes unter besonderer Berücksichtigung der Grenzsteuersätze ausgewählter Anlegergruppen, StR 51/1996, S. 405-424 sowie S. 461-478.
- STADLER RAINER/MAGER MARTIN/MAYER ANDREAS, Der Luxemburger FCP im Grunderwerbsteuerrecht, BB 7/2021, S. 408-414.
- STAEHELIN DANIEL, Sondervermögen und Haftung, in: Sutter-Somm Thomas/Schnyder Anton K. (Hrsg.), Festgabe für Franz Hasenböhler (Zürich 2004), S. 87-113 (zit. STAEHELIN, in: FS-Hasenböhler).
- STEINER MARKUS, Das bankinterne Sondervermögen, Regelung im schweizerischen Anlagefondsgesetz und Verwendung in der Bankpraxis (inkl. Musterreglement), Zürich 1999 (= Diss. Zürich 1998 = SSB 54).
- STRATZ ROLF-CHRISTIAN, Einführung, in: CMS Hasche Sigle (Hrsg.), Steueroptimierte Gestaltung in Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz (Stuttgart 2013), S. 1-12.
- TAGMANN ADRIAN, Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen, REPRAX 10/2008, S. 100-113.

- TAGMANN ADRIAN/OESCH VANESSA, Umstrukturierungen von offenen kollektiven Kapitalanlagen, REPRAX 2/2020, S. 169-178.
- TAISCH FRANCO, Finanzmarktrecht (2. A. Zürich 2010).
- THOMAS OLIVIER, Les droits de mutations: étude des législations cantonales, Zürich 1991 (= Diss. Lausanne 1991 = TK 104).
- TRANDAFIR ETIENNE, Kollektive Kapitalanlagen und Lex Koller, BR 2/2020, S. 62-65.
- DERS., Lex Koller, acquisitions indirectes, SA, fonds de placement contractuel, SICAV, SCPC, fondation de placement, société immobilière, trust, Zürich 2019 (= Diss. Freiburg i. Ü. 2019 = AISUF 396) (zit. TRANDAFIR, Lex Koller).
- VAN DER HAEGEN-GRABER BEATRICE E., Wirtschaftliche Handänderung im Grundsteuerrecht, going public einer Immobiliengesellschaft (unter besonderer Berücksichtigung des Grundsteuerrechts der Kantone Basel-Landschaft, Basel-Stadt, St. Gallen und Zürich) (Diss. Basel 2003, Basel 2003).
- VISCHER FRANK (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003 sowie zu den ergänzenden Erlassen (IPRG, Steuerrecht) (2. A. Zürich 2012) (zit. BEARBEITER/-IN, in: ZK-FusG).
- VISCHER MARKUS, Die Kontinuität auf Gesellschafterstufe bei Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz, Ein Nachtrag zur due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienverkauf, AJP/PJA 3/2019, S. 294-302.
- VOGEL ALEXANDER/HEIZ CHRISTOPH/BEHNISCH URS/SIEBER ANDREA/OPEL ANDREA (Hrsg.), FusG Kommentar, Fusionsgesetz mit weiteren Erlassen (3. A. Zürich 2017) (zit. VOGEL *ET AL.*, in: OFK-FusG).
- VOGEL ALEXANDER/HEIZ CHRISTOPH/LUTHIGER RETO, FIDLEG/FINIG Kommentar, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen und Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Zürich 2020) (zit. VOGEL/HEIZ/LUTHIGER, in: OFK-FIDLEG/FINIG).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/DOBLER SARAH/EUGSTER KARIN, Privatrechtliche Aspekte der Ausgleichsleistungen und Abfindungen gemäss FusG, in: Kramer Ernst A./Nobel Peter/Waldburger Robert (Hrsg.), Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag (Zürich 2006), S. 243-257 (zit. VON DER CRONE/DOBLER/EUGSTER, in: FS-Böckli).
- VON DER CRONE HANS CASPAR/GERSBACH ANDREAS/KESSLER FRANZ J./VON DER CRONE BRIGITTE/INGBER KARIN (Hrsg.), Das Fusionsgesetz (2. A. Zürich 2017).
- VON REICHENBERG FREIHERR WOLF-GEORG, Restrukturierung von Unternehmen, in: CMS Hasche Sigle (Hrsg.), Steueroptimierte Gestaltung in Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz (Stuttgart 2013), S. 13-254.
- WALKER BEAT, Steuerliche Probleme bei Immobiliengesellschaften nach dem Gesetz über die direkte Bundessteuer DBG, ASA 62 (1993), S. 31-64.
- WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/TSCHÄNI RUDOLF/DAENIKER DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar Fusionsgesetz (FusG) (2. A. Basel 2015) (zit. BEARBEITER/-IN, in: BSK-FusG).
- WEIDMANN MARKUS, Realisation und Zurechnung des Einkommens, FStR 2/2003, S. 83-108 (zit. WEIDMANN, Realisation und Zurechnung).
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 (7. A. Basel 2019) (zit. BEARBEITER/-IN, in: BSK-OR I).
- ZOBL DIETER/KRAMER STEFAN, Schweizerisches Kapitalmarktrecht (Zürich 2004).

- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/PIAGET LORENZO, Les véhicules de placement collectif dans l'immobilier État des lieux, comparaisons juridiques et fiscales, BR 4/2001, S. 139-148.
- ZÜGER MARINA, Steuersystematische Realisierung stiller Reserven bei Statusänderung, in: Uttinger Laurence/Rentzsch Daniel P./Luzi Conradon (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht: Festschrift für Markus Reich (Zürich 2014), S. 239-259 (zit. ZÜGER, in: FS-Reich).
- ZUPPINGER FERDINAND, Die wirtschaftliche Handänderung im Steuerrecht, StR 24/1969, S. 455-476.
- ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) (3. A. Basel 2017) (zit. BEARBEITER/-IN, in: Komm. DBG).
- DIES. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) (3. A. Basel 2017) (zit. BEARBEITER/-IN, in: Komm. StHG).
- ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL/RIEDWEG PETER/OESTERHELT STEFAN (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Umstrukturierungen (Basel 2015) (zit. BEARBEITER/-IN, in: Komm. Umstrukturierungen).
- ZWEIFEL MARTIN/HUNZIKER SILVIA/MARGRAF OLIVIER/OESTERHELT STEFAN, Schweizerisches Grundstückgewinnsteuerrecht (Zürich 2021).

Materialienverzeichnis

- Bericht der Arbeitsgruppe Steuern bei Umstrukturierungen vom 12. Juni 1996 (Aktualisierte Fassung vom August 1997) (zit. Bericht Arbeitsgruppe Steuern).
- Botschaft zur Änderung des Kollektivanlagengesetzes (Limited Qualified Investor Fund; L-QIF) vom 19. August 2020, BBl 2020 6885 ff. (zit. Botsch. L-QIF).
- Botschaft des Bundesrates zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 ff. (zit. Botsch. FIDLEG/FINIG).
- Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Kollektivanlagengesetzes (KAG) vom 2. März 2012, BBl 2012 3639 ff. (zit. Botsch. KAG).
- Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl 2005 6395 ff. (zit. Botsch. aKAG).
- Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000 4337 ff. (zit. Botsch. FusG).
- Botschaft des Bundesrates zur Besteuerung bei der Liquidation von Mieter-Aktiengesellschaften und zur Änderung der Besteuerung von Immobilien-Anlagefonds mit direktem Grundbesitz vom 12. Mai 1999, BBl 1999 5966 ff. (zit. Botsch. Besteuerung Immobilien-Anlagefonds).
- Botschaft des Bundesrates zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer (Botschaft über die Steuerharmonisierung) vom 25. Mai 1983, BBl 1983 III 1 ff. (zit. Botsch. Steuerharmonisierung).
- Botschaft des Bundesrates zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz; AFG) vom 14. Dezember 1992, BBl 1993 I 217 ff. (zit. Botsch. AFG).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 23. November 1965, BBl 1965 III 258 ff. (zit. Botsch. aAFG).
- Botschaft der Bündner Regierung an den Grossen Rat betreffend den Erlass eines kantonalen Gesetzes über die Gemeinde- und Kirchensteuern vom 16. Mai 2006 (zit. Botsch. GKStG GR).
- Bundesamt für Justiz, Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über die Fusion, die Spaltung und die Umwandlung von Rechtsträgern (Fusionsgesetz) vom November 1997 (zit. BJ, Begleitbericht VE FusG).
- Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé, Directives d'interprétation du 1. Octobre 2019 concernant la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 16 décembre 1983 (LFAIE), l'ordonnance fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 1er octobre 1984 (OAIE), la loi cantonale d'application de la loi fédérale, du 16 décembre 1983, sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, du 20 juin 1986 la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'État hôte, du 22 juin 2007 (loi sur l'État hôte, LEH), l'ordonnance relative à la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'État hôte, du 7 décembre 2007 (ordonnance sur l'État hôte, OLEH) (zit. Directives d'interprétation GE).
- Dienststelle Steuern des Kantons Luzern, Steuerbuch, Bd. 3: Weisungen HStG (zit. Dienststelle Steuern LU, Weisungen HStG).
- Drucksache des Deutschen Bundestages 17/4510 vom 24. Januar 2011, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2009/65/EG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW-IV-Umsetzungsgesetz – OGAW-IV-UmsG) (zit. BT-Drucks., 17/4510).

- Drucksache des Deutschen Bundestages 14/8017 vom 18. Januar 2002, Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) (zit. BT-Drucks., 14/8017).
- Eidgenössische Bankenkommission, Wegleitung vom 27. September 2007 für Gesuche betreffend die Bewilligung als Fondsleitung, die Änderung innerhalb der Fondsleitung, den Wechsel der Fondsleitung (zit. EBK, Wegleitung vom 27. September 2007).
- Eidgenössische Bankenkommission, Jahresbericht 1995 (zit. EBK, JB 1995).
- Eidgenössisches Finanzdepartement, Ergebnisbericht über das Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Kollektivanlagengesetzes (Limited Qualified Investor Fund; L-QIF) vom 19. August 2020 (zit. EFD, Ergebnisbericht L-QIF).
- Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuterungen zur Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV) vom 6. November 2019 (zit. EFD, Erläuterungen FIDLEV/FINIV/AOV).
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, FINMA-Mitteilung 33 (2012) vom 17. Januar 2012, Kollektive Kapitalanlagen und Vertrieb – Märkte (zit. FINMA-Mitteilung 33 [2012]).
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, FINMA-Mitteilung 27 (2011) vom 2. September 2011, Kollektive Kapitalanlagen und Vertrieb – Märkte (zit. FINMA-Mitteilung 27 [2011]).
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, FINMA-Mitteilung 16 (2010) vom 1. Dezember 2010, Kollektive Kapitalanlagen und Vertrieb – Märkte (zit. FINMA-Mitteilung 16 [2010]).
- Eidgenössische Steuerverwaltung, Besteuerung der Grundstückgewinne, in: Schweizerische Steuerkonferenz SSK (Hrsg.), Steuerinformationen (Bern 2020) (zit. ESTV, Besteuerung Grundstückgewinne).
- Eidgenössische Steuerverwaltung, Handänderungssteuer, in: Schweizerische Steuerkonferenz SSK (Hrsg.), Steuerinformationen (Bern 2018) (zit. ESTV, Handänderungssteuer).
- Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 25 vom 23. Februar 2018, Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen und ihrer Anleger (zit. ESTV, KS Nr. 25).
- Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 25 vom 5. März 2009, Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen und ihrer Anleger (zit. ESTV, aKS Nr. 25).
- Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 5 vom 1. Juni 2004, Umstrukturierungen (zit. ESTV, KS Nr. 5).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Impact Assessment of the Legislative Proposal Amending the UCITS Directive {KOM (2008) 458 endgültig} {SEK (2008) 2264} (zit. EU Kommission, Impact Assessment).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Weißbuch für den Ausbau des Binnenmarktrahmens für Investmentfonds {KOM (2006) 686 endgültig} {SEK(2006) 1451} {SEK(2006) 1452} (zit. EU Kommission, Weißbuch).
- Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Grünbuch, Ausbau des europäischen Rahmens für Investmentfonds {KOM (2005) 314 endgültig} {SEK (2005) 947} (zit. EU Kommission, Grünbuch).
- SIX Exchange Regulation, Kotierungsreglement (KR) vom 8. November 2019.
- Steueramt des Kantons Solothurn, Die Praxis der solothurnischen Handänderungssteuer vom 15. September 2016 (zit. StA SO, Praxis Handänderungssteuer).
- Steuerverwaltung des Kantons Basel-Landschaft, Baselbieter Steuerbuch, Bd. 3: Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer (zit. StV BL, Baselbieter StB Bd. 3).

Steuerverwaltung des Kantons Bern, Merkblatt H: Grundstückgewinnsteuer ab 2021, Wirtschaftliche Handänderung (zit. StV BE, Merkblatt H).

Swiss Funds & Asset Management Association, Richtlinie für die Immobilienfonds vom 2. April 2008 (zit. SFAMA, RL Immobilienfonds).

Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung-FINMA; KKV-FINMA) vom 27. August 2014 (SR 951.312).

Internetquellenverzeichnis

- Banque Bonhôte & Cie SA, Medienmitteilung vom 15. Februar 2018 betreffend die Übernahme der FidFund Management SA, <<https://www.bonhote.ch/de/news/die-bank-bonhote-uebernimmt-fidfund-management-sa>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Banque Bonhôte, Medienmitteilung vom 15. Februar 2018).
- Credit Suisse Group AG, Medienmitteilung vom 11. August 2016 betreffend die Vereinigung des Credit Suisse Real Estate Fund Green Property mit dem Credit Suisse Real Estate Fund PropertyPlus, <<https://www.credit-suisse.com/media/assets/asset-management/docs/real-estate/press-release-11082016-de.pdf>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Credit Suisse, Medienmitteilung vom 11. August 2016).
- Credit Suisse Group AG, Medienmitteilung vom 20. April 2016 betreffend die Vereinigung der Immobilienfonds Credit Suisse Real Estate Fund Green Property und Credit Suisse Real Estate Fund PropertyPlus, <<https://www.credit-suisse.com/media/assets/asset-management/docs/real-estate/press-release-cs-ref-20042016-de.pdf>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Credit Suisse, Medienmitteilung vom 20. April 2016).
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Liste der von der FINMA bewilligten schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen vom 15. Mai 2021, <<https://finma.ch/de/finma-public/bewilligte-institute-personen-und-produkte/>> (besucht am 15. Mai 2021) (zit. FINMA, Liste der bewilligten schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen).
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Liste der bewilligten Fondsleitungen, Verwalter von Kollektivvermögen und Vertreter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen vom 15. Mai 2021, <<https://finma.ch/de/finma-public/bewilligte-institute-personen-und-produkte/>> (besucht am 15. Mai 2021) (zit. FINMA, Liste der bewilligten Fondsleitungen, Verwalter von Kollektivvermögen und Vertreter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen).
- FidFund Management SA, Ungeprüfter Halbjahresbericht vom 30. September 2020 des Anlagefonds Bonhôte-Immobilier, <https://www.bonhote.ch/sites/default/files/rapports_semestriels/rapport_semestriel_bim_2020_de_light.pdf> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Bonhôte-Immobilier, Halbjahresbericht 2020).
- FidFund Management SA, Jahresbericht 09-10 des Anlagefonds Bonhôte-Immobilier, <https://www.bonhote.ch/sites/default/files/rapports_annuels/bonhote_rappannuel_190810_de.pdf> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Bonhôte-Immobilier, Jahresbericht 2009/10).
- Pensimo Management AG, Pensimo Newsletter Nr. 55 vom Mai 2006, <<https://www.yumpu.com/de/document/view/6228771/newsletter-55-pensimo-management>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Pensimo, Newsletter 55/2006).
- Procimmo SA, Medienmitteilung vom 30. September 2020 betreffend die Transformation des Procimmo Swiss Commercial Fund in eine SICAV, <https://procimmo.ch/media/com_form2content/documents/c23/a711/f181/CP_SICAV_P1_d_20200930.pdf> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Procimmo, Medienmitteilung vom 30. September 2020).
- Procimmo SA, Medienmitteilung vom 27. August 2019 betreffend den Wechsel der Fondsleitung des Procimmo Swiss Commercial Fund II, <https://procimmo.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=799&catid=31&Itemid=127&lang=de> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Procimmo, Medienmitteilung vom 27. August 2019).

- Procimmo Swiss Commercial Fund, Prospekt mit integriertem Fondsvertrag vom 7. Januar 2021, <<https://www.swissfunddata.ch/sfdpub/de/funds/docs/69443#tab-content>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. PSCF, Prospekt mit integriertem Fondsvertrag vom 7. Januar 2021).
- Realstone SA, Pressemitteilung vom 14. Dezember 2020 betreffend die Fusion zwischen Solvalor fund management SA und Realstone SA, <<https://www.realstone.ch/de/1033/NACHRICHTEN-PRESSEMITTEILUNGEN>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Realstone, Pressemitteilung vom 14. Dezember 2020).
- Schroder Investment Management (Switzerland) AG, Monitoring: Indirekte Immobilienanlagen Schweiz 2021, <<https://www.schroders.com/getfunddocument/?oid=1.9.2151986>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Schroders, Monitoring Schweiz 2021).
- Schweizer Berufsverband für Immobilien-Verbriefung, Newsletter 8/2020, Verabschiedung der Botschaft des Bundesrates zum Limited Qualified Investor Fund (L-QIF), <<https://coptis.org/de/2020/08/24/newsletter-8-lqif-august-2020/>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. COPTIS, Newsletter 8/2020).
- Schweizer Berufsverband für Immobilien-Verbriefung, Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung des Kollektivanlagengesetzes (Limited Qualified Investor Fund; L-QIF), <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6019/50/cons_1/doc_6/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6019-50-cons_1-doc_6-de-pdf-a.pdf> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. COPTIS, Vernehmlassungsantwort L-QIF).
- Swiss Funds & Asset Management Association, Musterprospekt mit integriertem Musterfondsvertrag eines schweizerischen Immobilienfonds (für Einzelfonds), Teil 1: Prospekt und Teil 2: Musterfondsvertrag, <<https://www.am-switzerland.ch/verband/de/selbstregulierungsstandard/immobilienfonds>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. SFAMA, Musterprospekt und Musterfondsvertrag).
- Swiss Funds & Asset Management Association, Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung des Kollektivanlagengesetzes (Limited Qualified Investor Fund; L-QIF), <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6019/50/cons_1/doc_6/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6019-50-cons_1-doc_6-de-pdf-a.pdf> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. SFAMA, Vernehmlassungsantwort L-QIF).
- Swisscanto Fondsleitung AG, Mitteilung vom 31. Dezember 2018 betreffend die Änderung des Fondsvertrages des Swisscanto (CH) Index Fund III, <<https://fonds.cash.ch/docs/a13-70040-20181231-de.pdf>> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. Swisscanto Fondsleitung, Mitteilung vom 31. Dezember 2018).
- UBS Fund Management (Switzerland) AG, Mitteilung vom 8. Dezember 2020 betreffend die Übernahme des Fondsmanagements von Residentia, <https://www.residentia.ch/documents/Rass_Stampa/20201208-mr-ubs-residentia-de.pdf> (besucht am 19. Mai 2021) (zit. UBS, Mitteilung vom 8. Dezember 2020).

Erlassverzeichnis

Erlasse des Bundes

aAFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz) vom 1. Juli 1966 (SR 951.31; aufgehoben per 1. Januar 1995)
aDBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer i.d.F. vor Inkrafttreten der Änderungen vom 1. Juli 2004
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz) vom 18. März 1994 (SR 951.31; aufgehoben per 1. Januar 2007)
aKAG	Kollektivanlagengesetz i.d.F. vor Inkrafttreten der Änderungen vom 1. März bzw. 1. Juni 2013
aKKV	Kollektivanlagenverordnung i.d.F. vor Inkrafttreten der Änderungen vom 1. März 2013
aOR	Obligationenrecht i.d.F. vor Inkrafttreten der Änderungen vom 1. Juli 2004
AOV	Verordnung über die Aufsichtsorganisationen in der Finanzmarktaufsicht (Aufsichtsorganisationenverordnung) vom 6. November 2019 (SR 956.134)
aStHG	Steuerharmonisierungsgesetz i.d.F. vor Inkrafttreten der Änderungen vom 1. Juli 2004
BdBSt	Bundesratsbeschluss über die Erhebung der direkten Bundessteuer vom 1. Januar 1941 (SR 642.11; aufgehoben per 1. Januar 1995)
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.41)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
DBG (LIFD)	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz) vom 15. Juni 2018 (SR 950.1)
FIDLEV	Verordnung über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsverordnung) vom 6. November 2019 (SR 950.11)
FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1)
FINIV	Verordnung über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsverordnung) vom 6. November 2019 (SR 954.11)
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) vom 3. Oktober 2003 (SR 221.301)
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (SR 221.411)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
KAG (LPCC/LICol)	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. Juni 2006 (SR 951.31)

KKV	Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung) vom 22. November 2006 (SR 951.311)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht vom 30. März 1911 (SR 220)
PublG	Bundesgesetz über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz) vom 18. Juni 2004 (SR 170.512)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

Erlasse der Kantone

GKStG GR	Bündner Gesetz über die Gemeinde- und Kirchensteuern vom 31. August 2006 (BR 720.200)
HäStG BS	Basler Gesetz über die Handänderungssteuer vom 26. Juni 1996 (SG 650.100)
HG BE	Berner Gesetz betreffend die Handänderungssteuer vom 18. März 1992 (BSG 215.326.2)
HGStG FR	Freiburger Gesetz über die Handänderungs- und Grundpfandrechtssteuern vom 1. Mai 1996 (SGF 635.1.1)
HStG LU	Luzerner Gesetz über die Handänderungssteuer vom 28. Juni 1983 (SRL 645)
LDE GE	Loi genevoise sur les droits d'enregistrement du 9 octobre 1969 (rsGE D 3 30)
LMSD VD	Loi vaudoise concernant le droit de mutation sur les transferts immobiliers et l'impôt sur les successions et donations du 27 février 1963 (BLV 648.11)
StG AI	Steuergesetz des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 25. April 1999 (GS 640.000)
StG BL	Baselbieter Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern (Steuergesetz) vom 7. Februar 1974 (SGS 331)
StG GR	Steuergesetz für den Kanton Graubünden vom 8. Juni 1986 (BR 720.000)
StG OW	Obwaldner Steuergesetz vom 30. Oktober 1994 (GDB 641.4)
StG SG	St. Galler Steuergesetz vom 9. April 1998 (sGS 811.1)
StG VS	Walliser Steuergesetz vom 10. März 1976 (SGS 642.1)
StG ZH	Zürcher Steuergesetz vom 8. Juni 1997 (LS 631.1)
StV BS	Basler Verordnung zum Gesetz über die direkten Steuern (Steuerverordnung) vom 14. November 2000 (SG 640.110)

Ausländische Erlasse

- KAGB (deutsches) Kapitalanlagegesetzbuch vom 4. Juli 2013 (BGBl. I S. 1981), das zuletzt durch Art. 5 des Gesetzes vom 19. März 2020 (BGBl. I S. 529) geändert worden ist
- OGAW-RL 2009 Richtlinie 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren

1 Einleitung

1.1 Ausgangslage

- 1 Der Bundesrat erkannte bereits im Jahr 1992, dass sich Umstrukturierungen von vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz ohne fiskalische Nachteile kaum realisieren lassen und forderte deshalb, diese Problematik unter Beibehaltung ihrer Vertragsstruktur im Rahmen der Revision des aAFG anzugehen.¹ Die Minimierung bzw. Beseitigung der in Zusammenhang mit Umstrukturierungen einhergehenden fiskalischen Nachteile erfährt insoweit Einschränkungen, als das der Direktbesitz von Grundstücken seit jeher als wünschenswert gilt.² Um den Direktbesitz zu begünstigen hatte der Bundesgesetzgeber im Übergangsrecht eine steuerliche Erleichterung für die Überführung von Grundstücken aus dem indirekten, d.h. über die Auflösung von vor Inkrafttreten des DBG gegründeten Immobiliengesellschaften, in den direkten Grundbesitz der vertraglichen Anlagefonds in Art. 207 DBG statuiert.³ Mit Inkrafttreten des KAG per 1. Januar 2007 wurde sodann der Geltungsbereich des AFG erweitert und neben dem vertraglichen Anlagefonds auch gesellschaftsrechtliche Formen kollektiver Kapitalanlagen eingeführt, wobei der Bundesrat dabei den fundamentalen Grundsatz der steuerlichen Gleichbehandlung sämtlicher kollektiver Kapitalanlagen zur *conditio sine qua non* für den Erfolg der Gesetzgebungsvorlage erklärte.⁴ Mit Art. 95 KAG wurde auch erstmalig eine gesetzliche Grundlage geschaffen, welche der Fondsbranche ein Instrumentarium zur Umsetzung wirtschaftlich sinnvoller Umstrukturierungen zur Hand gibt. Wenngleich der Bundesrat die Steuerneutralität dieser Umstrukturierungsvorgänge postuliert,⁵ waren keine darauf abgestimmte steuerrechtliche Normen vorgesehen und damit wurde offengelassen, auf welcher Rechtsgrundlage die geforderte Steuerneutralität der im KAG vorgesehenen Umstrukturierungen erzielt und inwieweit hierzu auf das steuerliche Umstrukturierungsrecht recurriert werden kann.
- 2 Für die Fondsbranche sind Instrumente zur Durchführung von Umstrukturierungen von erheblicher Bedeutung, da sie v.a. der Effizienzsteigerung dienen sowie einen erheblichen Einfluss auf die Preisgestaltung der Anteile am freien Markt nehmen können und damit kursrelevante Tatbestände darstellen.⁶ Folglich sind Umstrukturierungen von besonderer wirtschaftlicher und rechtlicher Bedeutung und gegenüber den Adressaten im Jahresbericht einer offenen kollektiven Kapitalanlage offenzulegen.⁷ Wenngleich die eher bescheidene Anzahl von kollektiven Immobilienanlagen in der Schweiz⁸ augenscheinlich auf eine geringe praktische Bedeutung dieser Thematik hindeutet, beliefen sich die Verkehrswerte der Liegenschaften im Segment der (kotierten) «Immobilienfonds» im Jahr 2021 auf rund CHF 60 Milliarden.⁹ Gerade aus volkswirtschaftlicher Sicht sind die sich aus Umstrukturierungen ergebenden Rationalisierungsergebnisse äusserst wünschenswert, denn die dadurch erzielten Kosteneinsparungen steigern die Markteffizienz.¹⁰ Der Bundesrat erteilte allerdings in seiner Botschaft zur beabsichtigten Änderung des KAG betreffend die Schaffung einer neuen Fondskategorie (*Limited Qualified Investor Fund*), der im Vernehmlassungsentwurf enthaltenen Bestimmung, wonach Art. 103 FusG für Umstrukturierungen kollektiver Kapitalanlagen nach Art. 95 KAG als sinngemäss anwendbar erklärt wird, eine Absage.¹¹ Das Ziel dieses Anliegens bestand in der Beseitigung der mit Umstrukturierungen von Immobilienfonds verbundenen Unsicherheiten bei der Erhebung der Handänderungssteuern,¹² denn in der Praxis

¹ Vgl. in Bezug auf die Umwandlung eines Immobilienfonds in eine andere Rechtsform (Botsch. AFG, S. 251).

² Botsch. AFG, S. 301.

³ Botsch. Steuerharmonisierung, S. 64; LOCHER, in: Komm. DBG III, Art. 207 Rz. 1.

⁴ Botsch. aKAG, S. 6406 und 6429.

⁵ Botsch. aKAG, S. 6472.

⁶ SFAMA, RL Immobilienfonds, Rz. 82, 87 und 89.

⁷ Art. 89 Abs. 1 lit. g KAG.

⁸ Vgl. FINMA, Liste der bewilligten schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen.

⁹ Schroders, Monitoring Schweiz 2021, S. 15.

¹⁰ WILDERINK, S. 247.

¹¹ Botsch. L-QIF, S. 6895. Für eine Übersicht zum *Limited Qualified Investor Fund* (L-QIF) siehe IMBACH, S. 492 ff.

¹² EFD, Ergebnisbericht L-QIF, S. 5 f.

ist gegenwärtig zu beobachten, dass die Kantone und Gemeinden solche Umstrukturierungsvorgänge steuerlich unterschiedlich würdigen.¹³ Obschon der Bundesrat die Berechtigung dieser Forderung anerkennt, versagte dieser mangels seiner Kompetenz in Bezug auf die Handänderungsabgaben, die Aufnahme einer solchen Regelung im KAG.¹⁴ Die Rationalisierungsgewinne vermögen die bilanziellen Nachteile aber nicht auszugleichen, wenn Umstrukturierungen nicht steuerneutral bzw. steuerbefreit durchgeführt werden können.¹⁵ Das mithin in der Praxis bekannte Problem hinsichtlich der grundsteuerlichen Behandlung von Umstrukturierungen kollektiver Immobilienanlagen nach KAG bleibt damit weiterhin bestehen und hemmt¹⁶ die Durchführung wirtschaftlich sinnvoller Umstrukturierungen mit dem Ergebnis, dass *postremo* die Markteffizienz belastet wird.¹⁷

1.2 Problemstellung, Zielsetzung und Methodik

Die auf einem Fondsvertrag zwischen der Fondsleitung, Anleger und Depotbank basierenden vertraglichen Anlagefonds stellen ein Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit dar (Art. 25 KAG). Mangels Rechtsfähigkeit kann dieser selbst nicht Eigentümer von Grundstücken werden, sodass sämtliche Rechte zwingend von der Fondsleitung als Rechtsträgerin ausgeübt werden (Verfügungsbefugnis), welche damit selbständig und im eigenen Namen, aber für Rechnung des vertraglichen Anlagefonds tätig wird (Art. 32 FINIG). Ausfluss daraus ist das zivilrechtliche Eigentum der Fondsleitung an den zum Sondervermögen gehörenden Grundstücken i.S. einer formalen Rechtsposition (Art. 86 Abs. 2^{bis} KKV), wobei den Anlegern gestützt auf dem durch den Fondsvertrag begründeten fiduziarischen Verhältnis lediglich eine obligatorische Forderung gegen die Fondsleitung auf Beteiligung an Vermögen und Ertrag zukommt (Art. 25 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 11 KAG).

Während vertragliche Anlagefonds mangels Rechtspersönlichkeit kein eigenständiges Steuersubjekt darstellen, werden jene mit direktem Grundbesitz kraft gesetzlicher Gleichstellung als juristische Person besteuert.¹⁸ Die gesamte rechtliche Gestaltung der Verhältnisse zwischen der Fondsleitung und dem vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz bedingt eine Diskrepanz zwischen Rechts- und Steuerrealität, weil der Ertrag und Reinvermögen aus dem im Sondervermögen gehaltenen direkten Grundbesitz direktsteuerlich dem vertraglichen Anlagefonds (stellvertretend) zugerechnet wird, während sich das zivilrechtliche Eigentum bei der Fondsleitung befindet. Diese Diskrepanz droht mit dem durchaus zivilrechtlich geprägten Grundsteuerrecht zu kollidieren, weil sowohl die zivilrechtliche als auch (regelmässig) subsidiär die wirtschaftliche Handänderung an Grundstücken einen steuerbegründenden Tatbestand darstellen. Eine Verschärfung dieser Diskrepanz ergibt sich zudem aus der Tatsache der im Schweizer Recht vorliegenden Unmöglichkeit der Aufteilung des Eigentumsrechts¹⁹ sowie der fehlenden sachenrechtlichen Existenz des wirtschaftlichen Eigentums.²⁰ Gerade die transaktionsbezogene Natur von Umstrukturierungen, deren Rechtsfolge regelmässig auch die zivilrechtliche bzw. wirtschaftliche Übertragung von Eigentum an Grundstücken ist, drängt einen Konflikt mit den Anknüpfungsmerkmalen des Grundsteuerrechts geradezu auf, wenn sich das Bundesgericht ungeachtet o.g. Eigentumsverhältnisse für eine weitgehende zivil- und steuerrechtliche Zurechnung der Grundstücke zum vertraglichen Anlagefonds ausspricht,²¹ sodass die Trennlinie von Umstrukturierungen auf Ebene des vertraglichen Anlagefonds bzw. der am Fondsvertrag teilnehmenden Parteien zu «verschwimmen» droht und die grundsteuerliche Behandlung solcher Vorgänge zur Fallstricke werden lässt. Die gegen-

¹³ Vgl. COPTIS, Vernehmlassungsantwort L-QIF; COPTIS, Newsletter 8/2020, S. 2; EFD, Ergebnisbericht L-QIF, S. 5 f. Diese Auffassung teilt auch die SFAMA (vgl. SFAMA, Vernehmlassungsantwort L-QIF).

¹⁴ Botsch. L-QIF, S. 6895.

¹⁵ WILDERINK, S. 247.

¹⁶ Vgl. TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 173.

¹⁷ Vgl. WILDERINK, S. 247.

¹⁸ Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG.

¹⁹ PETER, S. 281. Bestimmte Konstellationen können eine Aufteilung von Eigentumsrechten darstellen (vgl. BGer 2C_704/2013 [1. Mai 2014] E. 4.3).

²⁰ BGer 5A_732/2010 (17. Januar 2011) E. 3.

²¹ BGer 2C_684/2010 (24. Mai 2011) E. 2.5.

wärtigen kollektivanlagengesetzlichen Umstrukturierungsvorschriften befriedigen für vertragliche Anlagefonds mit direktem Grundbesitz nur bedingt.²² Im Steuerrecht (genauer im Umstrukturierungs- und Grundsteuerrecht) finden sich im Wesentlichen keine ausdrücklich auf vertragliche Anlagefonds mit direktem Grundbesitz anwendbare Bestimmungen, sodass durch diesen Umstand die steuerliche Erfassung derselben erschwert ist. Auch in der steuerrechtlichen Doktrin findet die Umstrukturierung von vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz bislang nicht wirklich eine eigenständige Erwähnung.²³ Aufgrund der geringen Regelungsdichte ergeben sich zahlreiche, bislang noch ungeklärte Rechtsfragen,²⁴ insb. deshalb, weil über die im KAG geregelten Umstrukturierungsvarianten (Art. 95 KAG) gemäss h.L.²⁵ noch zahlreiche weitere Vorgänge existieren, deren grundsteuerliche Behandlung ebenfalls weitgehend unklar ist.

- 5 Ziel vorliegender Arbeit besteht deshalb darin, die steuersystematischen Zusammenhänge zwischen Umstrukturierungen eines vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz und den sich mutmasslich daraus ergebenden Grundsteuerfolgen aufzuzeigen. Hierzu soll mittels Auslegung die Rechtsfrage betreffend die grundsätzliche Anwendbarkeit der steuerlichen Umstrukturierungsklauseln geklärt werden, wobei sodann gestützt auf dem Auslegungsergebnis die in der Arbeit vorgestellten Umstrukturierungsvorgänge hinsichtlich ihrer mutmasslichen Rechtsfolgen im Grundsteuerrecht untersucht werden.

1.3 Gang der Untersuchung

- 6 In Kapitel 2 werden die theoretischen Grundlagen der rechtlichen Gestaltung der Verhältnisse zwischen der Fondsleitung und dem vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz (Treuhandlösung) aufgearbeitet, um damit deren Rechtsnatur sowie die Rechtsstellung der Fondsleitung bzw. der Anleger mit Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse und i.w.S. der Rechtszuständigkeit an den Grundstücken darzulegen. Kapitel 3 dient der Schaffung eines allgemeinen Verständnisses für den Begriff «Umstrukturierung». Da vorliegende Arbeit an der Schnittstelle von Grundsteuer-, Umstrukturierungs- und Kollektivanlagenrecht zu verorten ist, wird der Umstrukturierungsbegriff unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Immobilienfondsgeschäftes kontextualisiert, indem die der Branche zugrunde liegenden Motive für Umstrukturierungen untersucht werden. Die Komplexität dieser Schnittstellenthematik verlangt sodann eine Definition des Untersuchungsobjekts. Als Ausfluss daraus werden basierend auf den Rechtsgrundlagen und Erkenntnissen der h.L. einzelne Umstrukturierungstatbestände vorgestellt, wobei einerseits deren Anwendungsvoraussetzungen und das Verfahren sowie andererseits die (zivilrechtlichen) Übertragungsmodalitäten von Grundstücken aufgezeigt werden. Anschliessend wird in Kapitel 4 im Allgemeinen der Anwendungsbereich der steuerlichen Umstrukturierungsklauseln präsentiert, wobei insb. die Grundvoraussetzungen für die Steuerneutralität sowie ausgewählte Umstrukturierungen von juristischen Personen berücksichtigt werden. Im Besonderen wird sodann auf den Steuertatbestand der Handänderung an Grundstücken im Lichte des steuerlichen Umstrukturierungsrechts eingegangen. Darauf folgend werden in Kapitel 5 die theoretischen Grundlagen auf bestimmte Umstrukturierungsvorgänge angewendet und die grundsteuerlichen Rechtsfolgen dergleichen hergeleitet. Abschliessend wird die Thematik mit einer Zusammenfassung und Darlegung der gewonnenen Erkenntnisse abgerundet und mögliche Anpassungsvorschläge in Erwägung gezogen.

²² Es gibt noch zahlreiche Unklarheiten insb. hinsichtlich des Anwendungsbereichs, der Zulässigkeit und Rechtsnatur (vgl. STAHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 1 ff.)

²³ HESS hat sich bisweilen umfassend und vertieft mit der Besteuerung kollektiver Kapitalanlagen auseinandergesetzt, ist dabei allerdings nur am Rande bzw. bedingt auf Umstrukturierungen eingegangen (vgl. HESS, Steuern, § 12 Rz. 260 ff.). Daneben hat sich FELBER explizit mit der Besteuerung von kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz beschäftigt, ist dabei allerdings nicht auf Umstrukturierungen eingegangen (vgl. FELBER, S. 21 ff.). Auch OESTERHELT bzw. OESTERHELT/WINZAP haben die steuerlichen Aspekte des direkten Grundbesitzes von vertraglichen Anlagefonds grundlegend aufgearbeitet, jedoch Umstrukturierungen nur am Rande erwähnt (vgl. OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 10a ff.; OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung II, S. 26 ff.).

²⁴ Vgl. BEHNISCH/OPEL, in: FS-Reich, S. 251.

²⁵ Vgl. STAHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 5; KÜHNE, § 10 Rz. 748 ff.; TAGMANN/OESCH, S. 169 ff.

2 Vertraglicher Anlagefonds mit direktem Grundbesitz

2.1 Kollektive Kapitalanlagen für Anlagen in Immobilienwerte

Offene oder geschlossene kollektive Kapitalanlagen mit Sitz und Hauptverwaltung in der Schweiz sind unabhängig ihrer Rechtsform, Vermögen, die von mindestens zwei voneinander unabhängigen Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und für deren Rechnung (fremd-)verwaltet werden.²⁶ Offene kollektive Kapitalanlagen können in Form eines vertraglichen Anlagefonds oder einer SICAV ausgestaltet²⁷ und nach Massgabe ihrer Anlagepolitik entweder als Effektenfonds, Immobilienfonds oder als übrige Fonds für traditionelle und für alternative Anlagen aufgelegt werden.²⁸ Indessen weisen geschlossene kollektive Kapitalanlagen entweder die Form einer KmGK oder die einer SICAF auf.²⁹ Kollektive Kapitalanlagen in Immobilienwerte können unter dem Geltungsbereich des KAG sowohl als offene als auch geschlossene strukturiert werden.³⁰ Immobilienfonds stellen aber stets offene kollektive Kapitalanlagen dar, die ihre Mittel direkt oder indirekt (ausschliesslich) in Immobilienwerte anlegen (Art. 58 KAG). Liegt diesem Immobilienfonds sodann die (Rechts-)Form eines vertraglichen Anlagefonds zugrunde, wird im Fondsgeschäft häufig von einem Anlagefonds schweizerischen Rechts der Art «Immobilienfonds» gesprochen,³¹ welcher dem Prototyp einer regulierten kollektiven Kapitalanlage für Anlagen in Immobilienwerte entspricht.³²

2.2 Wesensmerkmale

Gestützt auf der Legaldefinition für den rechtsformneutralen Oberbegriff der kollektiven Kapitalanlage (Art. 7 Abs. 1 KAG) ergeben sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Doktrin folgende kumulativ zu erfüllende Tatbestandselemente: (i) Vermögen, (ii) Anleger, (iii) Gemeinschaftlichkeit, (iv) Kapitalanlage, (v) Fremdverwaltung und (vi) supraindividueller Leistungsinhalt.³³ In Zusammenhang mit der Legaldefinition für Immobilienfonds (Art. 58 KAG), deren möglich zugrunde liegenden (Rechts-)Form eines vertraglichen Anlagefonds (Art. 25 ff. KAG) und weiteren von der Lehre und Rechtsprechung verwendeten Elemente,³⁴ lässt sich der Begriff des vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz anhand nachfolgender Wesensmerkmale charakterisieren.

2.2.1 (Sonder-)Vermögen auf schuldvertraglicher Basis

Das Kollektivanlagevermögen (Fondsvermögen) stellt beim vertraglichen Anlagefonds ein auf dem Fondsvertrag basierendes, formal der Fondsleitung zugeschriebenes gesetzliches Sondervermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit dar.³⁵ Dabei umschreibt der Fondsvertrag die Rechte und Pflichten der

²⁶ Art. 7 Abs. 1, 2 und 5 KAG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 2 KKV.

²⁷ Art. 8 Abs. 1 KAG. Nach Art. 8 Abs. 2 KAG haben die Anleger zulasten des Kollektivvermögens unmittelbar oder mittelbar einen Rechtsanspruch auf Rückgabe ihrer Anteile zum Nettoinventarwert. Beim vertraglichen Anlagefonds wird der Anspruch unmittelbar gegenüber der Fondsleitung ausgeübt (RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 8 Rz. 5 und 8).

²⁸ RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 8 Rz. 6.

²⁹ Art. 8 Abs. 1 KAG.

³⁰ BRAND, Rz. 241.

³¹ Vgl. SFAMA, Musterprospekt und Musterfondsvertrag.

³² ABEGGLEN/BIANCHI, S. 158.

³³ Die einzelnen Begriffsmerkmale werden im Schrifttum auf unterschiedliche, aber zumeist auf ähnliche Weise verwendet (vgl. Botsch. aKAG, S. 6417 ff.; BGer 2C_571/2009 [5. November 2009] E. 2.2; RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 8 Rz. 11 ff.; JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 80 ff.; KÜHNE, Rz. 125 ff.). JUTZI führt allerdings noch den «Sitz und/oder Hauptverwaltung in der Schweiz» als weiteres Begriffsmerkmal an (vgl. JUTZI, Vertrieb, S. 6). Davon leicht abweichend jedoch CREMONESI, welche vier Begriffselemente verwendet (vgl. CREMONESI, in: CS-LPCC, § 1 Rz. 96).

³⁴ So ist z.B. der Grundsatz der Risikoverteilung (Art. 62 KAG i.V.m. Art. 87 KKV) kein Bestandteil der heutigen Legaldefinition (vgl. Botsch. aKAG, S. 6416; HESS, Steuern, § 3 Rz. 78), dient jedoch als Abgrenzungskriterium (vgl. KÜHNE, Rz. 123), insb. für Immobilienfonds (vgl. BÜRGI/NORDMANN/MOSKRIC, in: BSK-KAG, Art. 58 Rz. 6; Botsch. aAFG, S. 274).

³⁵ Botsch. aAFG, S. 285 f.; dazu BGE 97 I 866 E. 1 und BGE 103 IV 227 E. 1b; siehe sodann auch JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 281; ZOBL/KRAMER, Rz. 451; SIERRA, in: CS-LPCC, § 2 Rz. 15; STEINER, S. 129. Das KAG verwendet «Vermögen» als Tatbestandselement für den rechtsformneutralen Oberbegriff der kollektiven Kapitalanlage, obschon der Begriff «Sondervermögen» für den vertraglichen Anlagefonds zugeschnitten war (vgl. Botsch. aKAG, S. 6416 f.) und die Lehre und Rechtsprechung diesen auch verwendete (vgl. KÜHNE, Rz. 126).

Anleger, der Fondsleitung und der Depotbank.³⁶ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bezeichnet der Begriff (Sonder-)Vermögen eine (Rechts-)Gesamtheit «[...] von Vermögenswerten, die von der Fondsleitung für Rechnung der Anleger wie fiduziarisches Eigentum verwaltet werden, vom eigenen Vermögen der Fondsleitung aber zu trennen sind».³⁸ Gegenstand dieser Vermögensverwaltung ist privatrechtliches Vermögen.³⁹ Nach BRAND umfasst diese Gesamtheit im rechtlichen Sinne alle einem Rechtssubjekt zurechenbaren «[...] Rechte, Pflichten sowie Rechtsverhältnisse, welche potenziell einem Verfügungsgeschäft zugänglich sind».⁴⁰ Vertragliche Anlagefonds bilden damit Vermögensmassen⁴¹ und stellen im Sinne eines Anlagevermögens aus rechtlicher Sicht eine Einheit subjektiver Rechte dar.⁴²

10 Das Vermögen ist innert eines Jahres nach Genehmigung der FINMA zur Zeichnung aufzulegen, wobei der vertragliche Anlagefonds spätestens ein Jahr nach dessen Lancierung ein Nettovermögen von mindestens CHF 5 Millionen aufweisen muss.⁴³ Das gesamte Anlagevermögen wiederum kann in mehrere Teilvermögen segmentiert werden,⁴⁴ wobei die Anleger nur am Vermögen und Ertrag desjenigen Teilvermögens berechtigt sind, an dem sie auch beteiligt sind (Art. 93 Abs. 1 KAG).

11 Die Fondsleitung ist zivilrechtliche Eigentümerin der dem vertraglichen Anlagefonds zugehörigen Immobilienwerte.⁴⁵ Infolge Erwerb von Rechten an direkten Immobilienwerten (insb. an Grundstücken) auf eigenen Namen mittels der von den Anlegern einbezahlten Geldern, wird die Fondsleitung selbst zur Rechtsträgerin, welcher damit die dingliche Verfügungsgewalt über diese Vermögenswerte zukommt.⁴⁶ Ihr Verfügungsrecht wird allerdings durch das KAG gleichzeitig beschränkt.⁴⁷ Sie kann in ihrer Rolle als Beauftragte der Anleger «[...] von ihrem Eigentum keinen freien Gebrauch machen, sondern hat ihre Rechte ausschliesslich im Interesse der Anleger auszuüben».⁴⁸ Daher spricht das Bundesgericht von einem fiduziarischen Eigentumsverhältnis, wonach die Fondsleitung das Fondsvermögen treuhänderisch für Rechnung des vertraglichen Anlagefonds (damit indirekt für Rechnung der Anleger) hält (sog. Treuhandlösung).⁴⁹ Das Eigentum hat aber einen weiteren Sinn, namentlich die Rechtzuständigkeit, d.h. die Zuständigkeit an sämtlichen Rechten, welche die Werte des vertraglichen Anlagefonds bilden.⁵⁰ Hierzu führt BRAND aus, dass von einer (ausschliesslichen und unentziehbaren) fiduziarischen Rechtzuständigkeit der Fondsleitung als Trägersubjekt (Bewilligungs- bzw. Funktionsträgerin) am Anlagevermögen zu sprechen ist.⁵¹

³⁶ Art. 26 Abs. 3 KAG. Die kollektive Kapitalanlage wird aus einer Vielzahl identischer Standardverträge zwischen den Anlegern, Fondsleitung und Depotbank gebildet (RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 6). Es handelt sich um einen gesetzlich fest umschriebenen Vertragstyp (GALGANI/BÜNZLI/WINZELER, in: BSK-KAG, Art. 25 Rz. 4), der als Formularvertrag (RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 6) bzw. Vertrag *sui generis* (FORSTMOSER, S. 152 f.) qualifiziert. Der Fondsvertrag bildet die schuldvertragliche Grundlage des Anlagefonds (JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 221).

³⁷ SCHÄREN, S. 51.

³⁸ BGE 110 II 74 E. II.3a.

³⁹ SCHMID, Grundlagen Vermögensverwaltung, Rz. 2.124.

⁴⁰ BRAND, Rz. 62.

⁴¹ Botsch. aAFG, S. 285.

⁴² JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 217.

⁴³ Art. 35 Abs. 1 und 2 KKV.

⁴⁴ Vgl. BRAND, Rz. 303. Es handelt sich sodann um einen sog. Umbrella-Fonds, bei welchem jedes einzelne Teilvermögen wiederum eine eigenständige kollektive Kapitalanlage darstellt (Botsch. aKAG, S. 6469).

⁴⁵ BGE 101 II 154 E. 1; BGE 97 I 866 E. 1 sowie ZOBL/KRAMER, Rz. 451.

⁴⁶ BRAND, Rz. 320. Nach der «Theorie vom vollen Rechtswerb» erwirbt die Fiduziarin des uneingeschränkte Eigentum (WOLF/WIEGAND, in: BSK-ZGB II, Art. 641 Rz. 23; WIEGAND, in: BSK-OR I, Art. 18 Rz. 143 m.w.H.). Das Treuhandeigentum stellt sachenrechtlich keine besondere Art des Eigentums dar (WIEGAND, in: BSK-OR I, Art. 18 Rz. 140 ff.; ARNET, in: CHK-ZGB, Art. 641 Rz. 27; DOMEJ/SCHMIDT, in: KUKO-ZGB, Art. 641 Rz. 15).

⁴⁷ BGE 101 II 154 E. 1.

⁴⁸ BGE 101 II 154 E. 1.

⁴⁹ BGer 2C_684/2010 (24. Mai 2011) E. 2.5; BGE 99 Ib 436 E. 2.1. Der fiduziarische Charakter der Rechtsbeziehung zwischen Anleger und Fondsleitung ergibt sich v.a. aus Art. 25 Abs. 1 KAG sowie Art. 30 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. a KAG (KÜHNE, § 2 Rz. 129).

⁵⁰ JÄGGI, S. 130.

⁵¹ BRAND, Rz. 320.

Die Anleger haben keine dinglichen, sondern lediglich obligatorische Rechte gegenüber der verpflichteten Fondsleitung.⁵² Diese hat die Anleger infolge Erwerb (Zeichnung und Liberierung)⁵³ von Fondsanteilen am vertraglichen Anlagefonds zu beteiligen,⁵⁴ wodurch diese eine obligatorische Forderung gegen die Fondsleitung auf Beteiligung an Vermögen und Ertrag des vertraglichen Anlagefonds haben.⁵⁵

2.2.2 Gemeinschaftliche Kapitalanlage ausschliesslich in (direkte) Immobilienwerte

Kapitalanlage bedeutet «[...] jede langfristig geplante Anlage von Geldern zur Erzielung eines Ertrages oder eines Wertzuwachses oder wenigstens zur Erhaltung der Substanz».⁵⁶ Damit umfasst sie den Vorgang der Kapitalanlage, den Gegenstand (Anlageobjekte) und den Zustand der Anlage.⁵⁷ In Abgrenzung zur Individualanlage widerspiegelt sich ihre Kollektivität darin, dass mehrere Anleger zwar individuell ihr Vermögen auf Grundlage identischer Verträge in einem *pot commun* vereinigen, aber das sich daraus ergebende Gesamtvermögen einheitlich von der Fondsleitung verwalten lassen.⁵⁸ Im Grundsatz bedarf es mindestens zwei voneinander unabhängige Anleger.⁵⁹ Die Kapitalanlage ist immer dann gemeinschaftlich, wenn die Fondsleitung nicht im Stande ist, die Guthaben der einzelnen Anleger unter Hinweis auf die konkrete Verwendung und den genauen Bestand ihrer Vermögen zu individualisieren.⁶⁰ Damit handelt es sich beim Anlagevermögen um ein Zweckvermögen,⁶¹ denn es wird von den Anlegern ausschliesslich zum Zweck der gemeinschaftlichen Kapitalanlage und somit zur Vermehrung bzw. Erhaltung des Fondsvermögens aufgebracht.⁶²

Die zum (Sonder-)Vermögen gehörenden Vermögensgegenstände sind neben dinglichen Rechten an Grundstücken auch regelmässig Beteiligungen an bzw. Forderungen gegen Immobiliengesellschaften (Anlageobjekte).⁶³ Als direkte Immobilienwerte zu verstehen sind insb. Anlagen in Grundstücke (inkl. Zugehör), welche gestützt auf die Anmeldung der Fondsleitung auf deren Namen unter Anmerkung der Zugehörigkeit zum vertraglichen Anlagefonds im Grundbuch eingetragen sind.⁶⁴ Damit handelt es sich um Anlageobjekte, an welchen Grundeigentum (mittels Asset-Deal) erworben werden kann.⁶⁵ Als Grundstücke i.S.d KAG gelten Wohnbauten, Liegenschaften die ausschliesslich oder einem überwiegenden Teil kommerziellen Zwecken dienen, Bauten mit gemischter Nutzung (die sowohl Wohn- als auch kommerziellen Zwecken dienen), Stockwerkeigentum, Bauland (inkl. Abbruchobjekte) und angefangene Bauten als auch Baurechtsgrundstücke (Art. 86 Abs. 2 KAG). Der Direktbesitz von Grundstücken drückt sich dadurch aus, dass die Fondsleitung infolge Rechtserwerb als zivilrechtliche Eigentümerin solcher im Grundbuch eingetragen ist.⁶⁶ Die Anlage der aufgebrachten Mittel erfolgt ausschliesslich in direkte Immobilienwerte.⁶⁷

⁵² Botsch. aAFG, S. 291 f.

⁵³ JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 217.

⁵⁴ Art. 25 Abs. 1 lit. a KAG. Damit werden sie nicht zu Aktionären der Fondsleitung (JÄGGI, S. 129; SCHOTT/BREMI, S. 175).

⁵⁵ Art. 11 KAG und Art. 78 Abs. 1 lit. a KAG; dazu BGE 110 II 74, E. II.3b und BGE 116 Ib 73 E. 2c sowie BGE 99 Ib 436 E. 2.

⁵⁶ BGE 116 Ib 73 E. 2c. Die Dauer der Kapitalanlage ist nicht entscheidend (Botsch. aKAG, S. 6417; BGE 116 Ib 73 E. 2c).

⁵⁷ BRAND, Rz. 71.

⁵⁸ Vgl. Botsch. aKAG, S. 6417; RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 19.

⁵⁹ Art. 5 Abs. 1 KKV. Als Anleger kommen nach Art. 10 KAG grundsätzlich qualifizierte und nicht-qualifizierte Anleger in Betracht (RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 8 Rz. 6). Diese gelten nach Art. 5 Abs. 2 KKV dann als voneinander unabhängig, wenn sie rechtlich und tatsächlich voneinander unabhängig verwaltete Vermögen aufbringen.

⁶⁰ Damit fehlt es an einer Individualisierbarkeit, d.h. die Anleger sind am Saldo aller Einlagen beteiligt (BGE 116 Ib 73 E. 2; CREMONESI, in: CS-LPCC, § 1 Rz. 107).

⁶¹ BRAND, Rz. 298.

⁶² BGE 97 I 866 E. 2; ZOBL/KRAMER, Rz. 452; KÜHNE, § 2 Rz. 133 und 135.

⁶³ BRAND, Rz. 67 und 72; Botsch. Besteuerung Immobilien-Anlagefonds, S. 5968.

⁶⁴ Art. 59 Abs. 1 lit. a KAG. Bei einer Umbrella-Konstruktion mit Teilvermögen bedarf es einer grundbuchlichen Anmerkung zu welchem Teilvermögen das Grundstück gehört (Art. 86 Abs. 2^{bis} KKV).

⁶⁵ BRAND, Rz. 177.

⁶⁶ OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. StHG, Art. 20 Rz. 59; SCHMID, Besteuerung juristische Personen, S. 206; HESS, Steuern, § 12 Fn. 605; KLUNGE/REY, S. 9; REBORD, S. 16; BRAND, Rz. 175; WALKER, S. 54. Zu den Vor- und Nachteilen indirekter Immobilienanlagen siehe BENDER/HOESLI/GAUD, S. 239 ff.

⁶⁷ BÜRGI/NORDMANN/MOSKRIC, in: BSK-KAG, Art. 58 Rz. 5 und 8. Die Ausschliesslichkeit der Anlage in Immobilienwerte gilt vorbehaltlich der von Gesetzes wegen erforderlichen liquiden Mittel zur Sicherstellung von Verbindlichkeiten (Art. 60 KAG i.V.m. Art. 89 Abs. 2 und 3 KKV).

2.2.3 Wahrung der Risikoverteilung

15 Obschon die Wahrung der Risikoverteilung kein Tatbestandselement der Legaldefinition bildet,⁶⁸ ist dieser Grundsatz für vertragliche Anlagefonds mit direktem Grundbesitz von elementarer Bedeutung. Demnach sind die Anlagen auf mindestens zehn Grundstücke zu verteilen, wobei die einzelnen Anlagen wiederum nach Objekten, Nutzungsart, Alter, Bausubstanz und Lage zu verteilen sind.⁶⁹ Jedenfalls darf der Verkehrswert eines Grundstückes nicht mehr als 25% des Fondsvermögens betragen.⁷⁰

2.2.4 Grundsatz der Fremdverwaltung

16 Dem Konzept des vertraglichen Anlagefonds wohnt der Grundsatz der Fremdverwaltung, d.h. die zwingende Übertragung und Delegation der Verwaltung des aufgebrauchten Vermögens an einen Dritten, immanent inne.⁷¹ Als solch Dritter gilt die Fondsleitung,⁷² welche kraft Fondsvertrag in eigenem Namen und für Rechnung der Anleger selbstständig das Fondsvermögen verwaltet⁷³ und ihre Rechte daraus ausschliesslich im Interesse der Anleger ausübt.⁷⁴ Ihr Hauptzweck ist die Ausübung des Fondsgeschäfts, welches aus dem Anbieten von Anteilen des vertraglichen Anlagefonds sowie dessen Leitung und Verwaltung besteht.⁷⁵ Soweit die Fondsleitung nicht bestimmte Tätigkeiten an Dritte delegiert, übt sie eine originäre Vermögensverwaltungstätigkeit aus, kraft welche sie befugt ist «[...] selbstständig und unter der Wahrung fremder Interessen den Geldwert der zu verwaltenden Vermögensgegenstände möglichst zu erhöhen bzw. Verluste möglichst zu minimieren».⁷⁶

17 Damit handelt die Fondsleitung insoweit unabhängig⁷⁷ und entscheidet im Rahmen von Gesetz und Fondsvertrag nach eigenem Ermessen über den Kauf und Verkauf von Vermögenswerten.⁷⁸ Die obligatorische Forderung der Anleger gegen die Fondsleitung hat keine (umfassende) Sachherrschaft i.S.v. Art. 641 ZGB zum Inhalt. Der Anleger kann der Fondsleitung weder Weisungen erteilen, noch seinen Anteil am Fondsvermögen mittels Sachauskehrung herausverlangen.⁷⁹ Damit ist gemäss HESS die Beziehung zwischen Anleger und Fondsleitung genauer gesprochen von quasi-fiduziarischer Natur.⁸⁰

2.2.5 Gemeinschaftliche Befriedigung von Anlegerbedürfnissen

18 Nach dem Grundsatz des supraindividuellen Leistungsinhaltes hat die Fondsleitung die Anlagebedürfnisse mit den ihr anvertrauten Vermögenswerten in gleicher Weise zu befriedigen.⁸¹ Das Fondsvermögen wird durch die Fondsleitung einheitlich und zu gleichen Bedingungen verwaltet, wobei die Anleger untereinander in keinem Rechtsverhältnis stehen und ihnen ihre Rechte individuell zustehen.⁸²

⁶⁸ Anders als das AFG verzichtet das KAG auf das Element der Risikoverteilung, da es nicht für jede Art der kollektiven Kapitalanlage als Abgrenzungskriterium dient (Botsch. aKAG, S. 6416; KÜHNE, § 2 Rz. 123; HESS, Steuern, § 3 Rz. 78).

⁶⁹ Art. 87 Abs. 1 KKV und Art. 62 KAG.

⁷⁰ Art. 87 Abs. 2 KKV. Zu den Anlagebeschränkungen in Bezug auf das Fondsvermögen siehe Art. 87 Abs. 3 KAG.

⁷¹ Botsch. aKAG, S. 6418; FINMA-Mitteilung 16 [2010], S. 9; JUTZI/SCHÄREN, § 4 Rz. 102; KÜHNE, § 2 Rz. 142; D'AMELIO, S. 222; HESS, Kollektivanlagegesetz, S. 274.

⁷² *De lege lata* muss die Fondsleitung als Aktiengesellschaft (AG) mit Sitz und der Hauptverwaltung in der Schweiz ausgestaltet sein (Art. 33 Abs. 1 FINIG).

⁷³ Art. 32 FINIG und Art. 25 Abs. 1 lit. b KAG.

⁷⁴ Art. 20 Abs. 1 lit. a KAG; dazu BGE 101 II 154 E. 1.

⁷⁵ Art. 33 Abs. 4 FINIG. Damit erbringt die Fondsleitung eine qualifizierte Form der Vermögensverwaltung (Botsch. FIDLEG/FINIG, S. 9030).

⁷⁶ SCHMID, Grundlagen Vermögensverwaltung, Rz. 3.61.

⁷⁷ Art. 20 Abs. 1 lit. a KAG.

⁷⁸ Botsch. aAFG, S. 273; RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 26; KÜHNE, § 2 Rz. 142.

⁷⁹ Botsch. aAFG, S. 291 f.; BRAND, Rz. 321; vgl. SPRANGER, S. 58.

⁸⁰ HESS, Steuern, § 3 Rz. 28. Dieser Auffassung folgen SIERRO, in: CS-LPCC, § 2 Rz. 64; BRAND, Rz. 320 und SCHÄREN, S. 62.

⁸¹ BGE 110 II 74 E. II.3b; BGE 107 Ib 358 E. 3aa; BGE 101 Ib 422 E. 2a; BGE 116 Ib 73 E. 2c.

⁸² JUTZI/SCHÄREN, § 4 Rz. 103; RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 24.

2.3 Steuerrechtlicher Begriff

Der Eingangs charakterisierte Begriff des vertraglichen Anlagefonds mit direktem Grundbesitz ist kein steuerrechtlicher Begriff. Im Steuerrecht wird im Grundsatz der (Sammel-)Begriff «kollektive Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz nach Art. 58 KAG» verwendet.⁸³ Ferner werden die Begriffe «Anlagefonds» und «vertraglicher Anlagefonds» häufig als Synonyme genutzt.⁸⁴ Der Zusatz «mit direktem Grundbesitz» entstammt der steuerrechtlichen Terminologie und umfasst insb. inländische Grundstücke (inkl. Zugehör) i.S.v. Art. 655 ZGB.⁸⁵ Der kollektivanlagengesetzliche Grundstücksbegriff ist offensichtlich enger als der zivilrechtliche Begriff gefasst,⁸⁶ was wiederum bedeutet, dass Grundstücke i.S.d. KAG vom «direkten Grundbesitz» im steuerrechtlichen Sinn mitumfasst werden.⁸⁷ Damit wird nachfolgend der Grundstücksbegriff i.S.d. KAG i.A. an Liegenschaften (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) verwendet, wobei damit Wohnbauten, (überwiegend oder ausschliesslich) kommerziell genutzte Liegenschaften und Bauten mit gemischter Nutzung (die sowohl Wohn- als auch kommerziellen Zwecken dienen)⁸⁸ angesprochen sind, weil diese Anlageobjekte als idealtypisch für vertragliche Anlagefonds mit direktem Grundbesitz gelten. Ferner sind die aufsichtsrechtlichen Vorgaben des KAG für direktsteuerliche Zwecke sinngemäss anzuwenden, sodass ein vertraglicher Anlagefonds mit direktem Grundbesitz für die direktsteuerliche Anerkennung mindestens zwei voneinander unabhängige Anleger aufzuweisen und seine Anlagen auf mindestens zehn Grundstücke zu verteilen hat.⁸⁹ In dieser Hinsicht existiert insoweit eine inhaltliche Einheitlichkeit zwischen dem kollektivanlagenrechtlichen und steuerrechtlichen Begriffsverständnis.⁹⁰ Nachfolgend wird zugunsten einer vereinfachten Lesbarkeit für allgemeine Ausführungen die Kurzform «Anlagefonds» und im Besonderen anstelle des Begriffs «vertraglicher Anlagefonds mit direktem Grundbesitz» die Kurzform «Immobilien-AF»⁹¹ verwendet.

Aus den Wesensmerkmalen eines Immobilien-AF ergeben sich folgende Erkenntnisse aus steuerlicher Sicht: Der Immobilien-AF ist nicht Eigentümer der Grundstücke, er kann nicht erwerben, verkaufen und Ausschüttungen vornehmen. Vielmehr erfolgt der Erwerb und Verkauf von Grundstücken durch die Fondsleitung. Sie vereinnahmt zivilrechtlich in quasi-fiduziarischer Bindung den Ertrag aus direktem Grundbesitz und leitet diesen (insb. bei Ausschüttungsfonds) sodann an die Anleger weiter.⁹²

⁸³ Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG.

⁸⁴ Auch der Gesetzgeber verwendet diese als Synonyme (vgl. Art. 25 Abs. 1 KAG). Ebenfalls auch HESS, Steuern, § 1 Rz. 7.

⁸⁵ OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 10g; HESS, Steuern, § 12 Rz. 28 und 124; FELBER, Rz. 82.

⁸⁶ BRAND, Rz. 179.

⁸⁷ HESS, Steuern, § 4 Rz. 121.

⁸⁸ Unter den Begriff «Baute» sind ausschliesslich Liegenschaften i.S.v. Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB zu subsumieren (BÜRGI/NORDMANN/MOSKRIC, in: BSK-KAG, Art. 59 Rz. 12).

⁸⁹ ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 2, 3.3.1 und 5.6.

⁹⁰ Anders noch im alten Kreisscheiben der ESTV, wonach vertragliche Anlagefonds eine Mindestanzahl von fünf Anleger aufzuweisen hatten (ESTV, aKS Nr. 25, Ziff. 1.2).

⁹¹ Unter dem AFG wurde von Immobilienanlagefonds gesprochen (Art. 30 AFG). Im Steuerrecht wurde zeitweise der Begriff Immobilien-Anlagefonds mit direktem Grundbesitz verwendet (Botsch. Besteuerung Immobilien-Anlagefonds, S. 5966).

⁹² Vgl. BÖCKLI, Trust, S. 210.

3 Umstrukturierungen

3.1 Allgemeines Begriffsverständnis

- 21 Für den Begriff «Umstrukturierung» existiert keine einheitlich und allgemein anerkannte Definition. Häufig werden die Ausdrücke «Umstrukturierung», «Restrukturierung» und «Reorganisation» als Synonyme verwendet,⁹³ wobei diese keine *termini technici* im juristischen Sinne darstellen.⁹⁴ Mithin handelt es sich vielmehr um Oberbegriffe, deren Inhalt nur umschrieben, aber nicht abschliessend definiert werden kann,⁹⁵ d.h. das solche eine kontextbezogene Einordnung verlangen.⁹⁶ Nach h.L. bezieht sich der Begriff «Umstrukturierung» regelmässig auf die sich auf die Vermögens-, Gesellschafter- und/oder Rechtsstruktur auswirkenden Veränderungen bzw. Anpassungen einer bereits existierenden Organisationsstruktur.⁹⁷ *E contrario* muss gelten, dass die Gründung und Beendigung eines Unternehmens, jedoch aber die Errichtung rechtlich selbständiger Teileinheiten oder Beendigung dergleichen, keine Umstrukturierungen darstellen.⁹⁸ Der Umstrukturierungsbegriff ist allgemein jedoch i.w.S. zu verstehen und umfasst auch die Einführung neuer organisatorischer Konzepte, Standortverlagerungen als auch personelle Veränderungen.⁹⁹ Die infrage kommenden Massnahmen können daher strategischer bzw. geschäftspolitischer, operativer als auch finanzwirtschaftlicher Natur sein.¹⁰⁰ Ferner beziehen sich die ergriffenen Massnahmen auf Unternehmen, welche sich noch nicht in einer Krisensituation befinden, d.h. dass die gewählten Massnahmen in der jeweiligen Situation nicht zwingend für die Fortführung erforderlich sind.¹⁰¹ Anlass für eine Umstrukturierung, welcher wiederum eine Gesamtheit unternehmerischer Motive und Ziele zugrunde liegen, ist i.d.R. die sich auf die Wettbewerbsfähigkeit beziehende Abweichung des IST-Zustandes vom SOLL-Zustand, sodass mittels Massnahmen die Wettbewerbsfähigkeit wiederhergestellt, erhalten oder ausgebaut werde soll.¹⁰²
- 22 Gemäss Bundesgericht geht es bei einer (eigentlichen) Umstrukturierung jedenfalls «[...] um die Reorganisation des gesamten Betriebs oder Teilbetriebs».¹⁰³ Rechtlich gesehen kann insb. zwischen einem fusionsgesetzlichen, kollektivanlagengesetzlichen und steuerrechtlichen Umstrukturierungsbegriff differenziert werden. Mit Inkrafttreten des FusG wurde der Begriff «Umstrukturierungen» allerdings nicht eigenständig definiert.¹⁰⁴ Darunter sind aber grundsätzlich Anpassungen bzw. Umgestaltungen der rechtlichen Struktur bestimmter Gesellschaftsformen zu verstehen, welche durch Änderung der Rechtsform (Umwandlung), Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung herbeigeführt werden können.¹⁰⁵ Das KAG verwendet den Begriff «Umstrukturierungen» lediglich als Oberbegriff im untechnischen Sinne und erfasst darunter v.a. Tatbestände, welche eine Änderungen der Umstände darstellen und nach Art. 16 KAG der Genehmigung bzw. Bewilligung der FINMA bedürfen.¹⁰⁶ Seit Jahren gilt dieser Be-

⁹³ SCHMIDTMANN, S. 35 m.w.Vw.; vgl. ferner BJ, Begleitbericht VE FusG, S. 9. Restrukturierungen werden in der Schweiz in den entsprechenden Gesetzen, Materialien und Doktrin als «Umstrukturierungen» bezeichnet (HÜRLIMANN, S. 617).

⁹⁴ STRATZ, S. 2.

⁹⁵ LOCHER, in: Komm. DBG I, Art. 19 Rz. 6 m.Vw; vgl. ferner BJ, Begleitbericht VE FusG, S. 8 f.

⁹⁶ KIEHN, S. 19.

⁹⁷ FÖRSTER, S. 14 ff.; PICOT, S. 119 und 123 f.; LEIDERER, S. 15; HERZIG, S. 1 und 3. Aus der neueren Literatur etwa BRÄHLER, S. 18; SCHMIDTMANN, S. 36 ff.; PHILIPP, S. 25; KRICHENDORF, S. 35; ARNOLD, S. 12.

⁹⁸ FÖRSTER, S. 15; LEIDERER, S. 16.

⁹⁹ HERZIG, S. 3; FÖRSTER, S. 14-19, 31 und 32 f.

¹⁰⁰ STRATZ, S. 2; VON RECHENBERG, S. 30 ff.

¹⁰¹ STRATZ, S. 2; VON RECHENBERG, S. 30. Damit lässt sich der Umstrukturierungsbegriff vom Sanierungsbegriff abgrenzen: Die Sanierung umfasst i.d.R. krisenbekämpfende und krisenbeseitigende Massnahmen, wobei die Notwendigkeit einer Sanierung im Gegensatz zu einer Umstrukturierung von aussen vorgegeben wird (STRATZ, S. 2 und 6). Umstrukturierungen können daher auch dazu dienen, eine allfällige Krisensituation vorzubeugen (SCHÖNFELD, Rz. 808). Zum Begriff «Krisensituation» in Zusammenhang mit kollektiven Kapitalanlagen siehe SCHÖNFELD, Rz. 460 ff.

¹⁰² STRATZ, S. 3; RUBLI, S. 78; VON RECHENBERG, S. 30. Zu den unternehmensinternen und -externen Motiven für Umstrukturierungen siehe SCHMIDTMANN, S. 46; FÖRSTER, S. 19 ff.; LEIDERER, S. 58.

¹⁰³ BGer 2C_340/2011 (1. Februar 2012) E. 2.3.

¹⁰⁴ VOGEL ET AL., in: OFK-FusG, Art. 1 Rz. 1 sowie Art. 103 Rz. 3.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 FusG; dazu Botsch. FusG, S. 4387.

¹⁰⁶ Botsch. aKAG, S. 6472. Gemäss JUTZI stellen sämtliche Umstrukturierungen von Anlagefonds bewilligungsbedürftige Änderungen der Umstände i.S.v. Art. 16 KAG dar (JUTZI, Umstrukturierung, S. 51).

griff auch in der steuerrechtlichen Doktrin und Praxis als Oberbegriff für Umwandlungen, Zusammenschlüsse (Fusion bzw. fusionsähnliche Zusammenschlüsse) und Spaltungen von Unternehmen, für bestimmte Vermögensübertragungen (z.B. konzerninterne Übertragung) sowie für den umstrukturierungsbedingten Austausch von Beteiligungs- und Mitgliedschaftsrechten (z.B. Quasi-Fusion)¹⁰⁷ als auch i.w.S. für die Ersatzbeschaffungen.¹⁰⁸ Jedenfalls besteht keine Identität der steuerrechtlichen Begriffe mit denjenigen des FusG¹⁰⁹ oder des KAG, sodass ein davon unabhängiges steuerrechtliches Begriffsverständnis vorliegt.¹¹⁰ Da der Begriff «Umstrukturierung» lediglich als Oberbegriff dient, bedarf es für die Definition des Untersuchungsobjekts¹¹¹ einer entsprechenden Kontextualisierung.

3.2 Motive für Umstrukturierungen von Immobilien-AF

Die Anwendung der allgemeinen Definition auf Immobilien-AF scheint wenig befriedigend zu sein, denn diese stellt im Grundsatz auf die Veränderung bzw. Anpassung einer bereits existierenden Organisationsstruktur ab, wobei der Anlass für die Wahrnehmung solcher Massnahmen auf bestimmte unternehmerische Ziele und Motive zurückzuführen ist. Diese Definition scheint damit für die Umstrukturierung von Anlagefonds nur bedingt tauglich zu sein, da (i) ihre Organisationsform ein Spezifikum darstellt¹¹² und (ii) sich aus der Natur der Kapitalanlagebetätigung andere Motive und Ziele für Umstrukturierungen ergeben.

23

Bei einem Immobilien-AF ist das Vermögen ausschliesslich der Kapitalanlage, d.h. jeder längerfristig geplanten Anlage von Geldern in Grundstücke zur Erzielung eines Ertrages oder eines Wertzuwachses bzw. zumindest der Erhaltung der Substanz,¹¹³ gewidmet. Charakteristisch dabei ist die «[...] rasche und substantielle Veränderung des Risikoprofils der Anleger durch das Kapitalanlagevehikel».¹¹⁴ Faktisch werden die Vermögenserträge bzw. Kapitalgewinne nur durch die Kapitalhingabe bzw. -anlage erzielt.¹¹⁵ Da die Risikodiversifikation als massgebender Erfolgsfaktor für die langfristige Wertentwicklung des Fondsvermögens eines Immobilien-AF gilt,¹¹⁶ ist die Fondsleitung insb. an einem Instrumentarium interessiert, dass es ihr erlaubt, adäquat auf Marktveränderungen reagieren zu können.¹¹⁷ Die Auflösung eines Immobilien-AF durch Kündigung der Fondsleitung (Art. 96 Abs. 1 lit. a KAG) ist augenscheinlich ein weniger beliebtes Instrument, weil dadurch Anlagevolumen verloren geht, das Image der Fondsleitung durch ihr Eingeständnis einer fehlgeschlagenen Vermögensverwaltung geschädigt wird und die Anleger schliesslich zur Konkurrenz abwandern könnten.¹¹⁸ Die Auflösung oder Fortführung unrentabler Immobilien-AF liegt jedoch meist auch nicht im Interesse der Anleger, weil damit strukturelle Probleme nicht beseitigt werden.¹¹⁹ Für die Fondsleitung und Anleger gleichsam von Interesse sind daher Umstrukturierungen wie eine Vereinigung (auch Fusion oder Verschmelzung), weil sie die Beseitigung struktureller Probleme erlaubt.¹²⁰ Das Rechtsinstitut der Vereinigung zweier Anlagefonds dient primär als Instrument zur Effizienzsteigerung,¹²¹ denn dadurch wird eine grössere Einheit zwecks Erzielung von Skaleneffekten geschaffen, wodurch eine für die Diversifikation erforderliche Grösse des Anlagevolumens erzielt, damit eine bessere Kapitalallokation sowie effizientere Portfolioverwaltung

24

¹⁰⁷ REICH, Grundriss, S. 7; LOCHER, in: Komm. DBG I, Art. 19 Rz. 6; WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 1; BEHNISCH, S. 200; OBERSON/GLAUSER, in: CR-LIFD, Art. 19 Rz. 6; DRUEY/DRUEY/GLANZMANN, § 21 Rz. 2; vgl. ferner BGE 138 II 557 E. 6.1.

¹⁰⁸ WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 10.

¹⁰⁹ WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 1.

¹¹⁰ WEIDMANN, a.a.O.

¹¹¹ Siehe hinten, Rz. 33 f.

¹¹² Siehe vorne, Rz. 8 ff.

¹¹³ Botsch. aKAG, S. 6417; vgl. ferner BGE 116 Ib 73 E. 2c m.w. Vw.

¹¹⁴ BGer 2C_571/2009 (5. November 2010) E. 2.3.2.

¹¹⁵ PFENNINGER/NÜESCH, in: BSK-KAG, Art. 2 Rz. 10; vgl. BGer 2C_571/2009 (5. November 2020) E. 3.

¹¹⁶ Vgl. Credit Suisse, Medienmitteilung vom 20. April 2016, S. 1.

¹¹⁷ KAPALLE/TAROLLI, S. 636.

¹¹⁸ WILDERINK, S. 199 f.

¹¹⁹ WILDERINK, a.a.O.

¹²⁰ WILDERINK, a.a.O.

¹²¹ Vgl. BT-Drucks., 17/4510, S. 70 sowie BT-Drucks., 14/8017, S. 104.

sichergestellt, die Produktpalette der Fondsleitung gestrafft, Transparenz für die Anleger erhöht und niedrigere Fondsgebühren erzielt werden können.¹²² Durch die höheren Fondsvolumina kann eine effizientere Bewirtschaftung des Immobilien-AF gewährleistet und schlussendlich die Verwaltungs- und Beratungskosten (insb. Verwaltungskosten pro Anlageobjekt) reduziert werden.¹²³ Typisches Ziel in der Praxis ist es, «[...] einen höheren regionalen und objektspezifischeren Diversifikationsgrad des Portfolios bei entsprechender (Gesamt-)Risikominimierung»¹²⁴ zu erreichen. Das höhere Nettofondsvermögen verbessert die Bonität und schafft damit Spielraum für eine (optimierte) Fremdfinanzierung weiterer Zukäufe. Durch eine Konsolidierung des (Immobilien-)Fondsmarktes vergrößern sich die Fondsvermögen als auch die Marktliquidität der einzelnen Fonds. Damit verbessert sich die Handelbarkeit für die Anleger und erlaubt es der Fondsleitung, den vereinigten Immobilien-AF attraktiver gegenüber der Konkurrenz am Markt zu positionieren,¹²⁵ weil dadurch die illiquide Anlagekategorie «Immobilien» investierbar und eine Partizipation an der Wertentwicklung eines risikodiversifizierten Portfolios ermöglicht wird.¹²⁶ Gerade aber auch bei ausbleibenden Mittelzuflüssen, der Verminderung des Fondsvermögens infolge Wertverluste sowie bei einer zunehmenden Rückgabe von Fondsanteilen, kann die Vereinigung auch als Gegenmassnahme zur Verhinderung von Illiquidität und/oder der Unterschreitung des vorgeschriebenen Mindestvermögens dienen.¹²⁷ Damit kommt der Vereinigung als liquiditätswirksame Massnahme im Gegensatz zu einer Umwandlung und Vermögensübertragung auch eine Sanierungswirkung zu.¹²⁸

- 25 Ferner können Umstrukturierungen zur Sicherstellung bzw. Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit eines Anlagefonds in einem durch ein Überangebot ähnlicher Fondsprodukte gekennzeichneten Umfelds dienen und damit zur Konsolidierung des Fondsmarktes beitragen.¹²⁹ Durch Übertragung sämtlicher Vermögenswerte und Verbindlichkeiten und liquidationsloser Auflösung des übertragenden Anlagefonds kann die Vereinigung auch als wirksame Alternative zur Abkehr von einer Anlagestrategie gesehen werden.¹³⁰ Sie bietet sich insb. dann an, wenn die Fondsleitung die gegenwärtige Anlagepolitik als anpassungsbedürftig einstuft oder aus internen Motiven eine etwaige Risikooptimierung oder Ressourceneinsparung erzielen möchte.¹³¹ Mittels Umstrukturierung kann zudem eine implizite Änderung der Anlagebedingungen erzielt werden, da bspw. die zu vereinigenden Immobilien-AF *inter alia* hinsichtlich ihrer Anlagepolitik, Anlagetechnik, Gewinnverwendung oder Vergütung vor der Vereinigung übereinzustimmen haben (Art. 114 Abs. 1 lit. c KKV), was durch eine vorgängige Anpassung einer oder beider Fondsverträge erzielt werden und sich damit die Fondsleitung einen höheren Vergütungsanspruch sichern kann.¹³²

¹²² WILDERINK, S. 200 ff.; ZETZSCHE/STRABENOW, in: Komm. KAGB, Vorbemerkungen vor §§ 181 ff. Rz. 2; BT-Drucks., 14/8017, S. 104; PLATT, S. 348; KÖNDGEN/SCHMIES, in: HB-Bankrecht, § 113 Rz. 256; STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 2; SIERRO, in: CS-LPCC, § 2 Rz. 353. Für eine allgemeine Übersicht der Motive für Fusionen im Immobilienbereich siehe ANDERSON *ET AL.*, S. 37 ff.

¹²³ EU Kommission, Impact Assessment, S. 14 ff. und 23 ff.; EU Kommission, Grünbuch, S. 7; EU Kommission, Weißbuch, S. 7; BLANKHEIM, S. 350; vgl. PATZNER/PÄTSCH/GOGA, S. 710; WÜLFERT/GEESE, in: Komm. Investmentgesetze, Vorbemerkungen zu den §§ 181 bis 191 Rz. 4 und 6; PATZNER/BRUNS, S. 669; SCHMITTMANN/SCHÖFFEL/KELLER, S. 1593.

¹²⁴ Pensimo, Newsletter 55/2006, S. 2.

¹²⁵ Pensimo, Newsletter 55/2006, S. 2; Credit Suisse, Medienmitteilung vom 11. August 2016, S. 1; Credit Suisse, Medienmitteilung vom 20. April, 2016, S. 1.

¹²⁶ GRINGEL, S. 106.

¹²⁷ HELIOS/LÖSCHINGER, S. 1724; PATZNER/BRUNS, S. 669; SCHÖNFELD, Rz. 770 und 1084.

¹²⁸ SCHÖNFELD, Rz. 1084 und 1089.

¹²⁹ WILDERINK, S. 201; STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 2; SCHÖNFELD, Fn. 2836; vgl. PATZNER/PÄTSCH/GOGA, S. 710; ZUFFEREY/PIAGET, S. 143.

¹³⁰ Vgl. BLANKHEIM, S. 350; ZETZSCHE/STRABENOW, in: Komm. KAGB, Vorbemerkungen vor §§ 181 ff. Rz. 3; PLATT, S. 348; KÖNDGEN/SCHMIES, in: HB-Bankrecht, § 113 Rz. 256.

¹³¹ Vgl. ZETZSCHE/STRABENOW, in: Komm. KAGB, Vorbemerkungen vor §§ 181 ff. Rz. 3.

¹³² Vgl. ZETZSCHE/STRABENOW, in: Komm. KAGB, Vorbemerkungen vor §§ 181 ff. Rz. 9.

Zur Aufgliederung der Produktpalette könnte eine Fondsleitung aber auch die (Auf-)Spaltung eines von ihr verwalteten Anlagefonds vorsehen. Damit könnte sie eine zunehmende Kundennachfrage nach differenzierten Anlageprodukten mit spezieller Anlagepolitik befriedigen.¹³³ Ein Rechtsformwechsel (Umwandlung) eines Anlagefonds hingegen könnte bspw. durch kapitalanlagenrechtliche bzw. steuerrechtliche Änderungen, Haftungsfragen, Governance-Fragen oder auch Mitbestimmungsregeln begründet sein.¹³⁴ Durch die Umwandlung eines Anlagefonds in eine SICAV kann die Effizienz des Management gesteigert und mit der Rechtspersönlichkeit der SICAV einhergehend zusätzliche Unabhängigkeit gewonnen werden, weil die (bisherigen) Anleger neu als Anlegeraktionäre auftreten und dadurch ihre Mitgliedschaftsrechte an der GV der SICAV ausüben können.¹³⁵

26

Aufgrund der gesamten rechtlichen Gestaltung der Verhältnisse zwischen der Fondsleitung und dem Anlagefonds können Umstrukturierungen aber nicht nur auf Ebene des Immobilien-AF selbst, sondern auch auf Ebene der Fondsleitung im Interesse der Anleger liegen. Betriebswirtschaftliche Gründe für die Fusion zweier Fondsleitungen bspw. innerhalb eines Konzerns sind vor allem die Bündelung von Managementkapazitäten und die Verhinderung bzw. Beseitigung von Doppelspurigkeiten. Damit kann die bestehende Organisation vereinfacht und flexibilisiert werden.¹³⁶ Die aus der Fusion hervorgehende Fondsleitung verwaltet sodann aber meist identische oder zumindest sehr ähnliche Anlageprodukte, welche allenfalls in Konkurrenz zueinander stehen könnten. Damit die Synergieeffekte aus dieser Fusion nicht komprimiert werden, könnte es in einem zweiten Schritt angezeigt sein, auch die Anlagefonds zu vereinigen.¹³⁷ Ähnlich verhält es sich mit einem Fondsleitungswechsel, durch welchen von allenfalls bereits bestehenden einheitlichen und effizienten Prozessen zwischen der übernehmenden Fondsleitung und dem Vermögensverwalter profitiert werden kann, um damit Synergieeffekte beim Portfoliomanagement besser zur Geltung zu bringen.¹³⁸ Umstrukturierungen auf Ebene der Fondsleitung können aber auch strategischer Natur sein, denn durch die Übernahme eines Fondsleitungsmandates kann die (geografische) Präsenz im Immobiliengeschäft verstärkt werden.¹³⁹ Zahlreiche Fondsleitungen sind typischerweise in einen Konzern- oder einen sonstigen Verbund eingebunden, sodass Banken, Versicherungen oder zu solchen gehörende Holdinggesellschaften deren typische Aktionäre darstellen und damit insb. deren strategische Ausrichtung beeinflussen.¹⁴⁰ Die Fondsleitung kann entweder selbst ein breites Leistungsspektrum (Vertrieb, Fondsbuchhaltung, Portfoliomanagement, Research und Marketing) aufweisen oder lediglich ihre Kernaufgaben wahrnehmen und andere Tätigkeiten (z.B. Portfoliomanagement) an Dritte auslagern.¹⁴¹ Um die Wertschöpfungskette im Fondsgeschäft, insb. den Primäraktivitäten (Portfoliomanagement sowie Asset- und Property-Management)¹⁴² optimieren zu können, kann es angezeigt sein, die Aktionärsstruktur der Fondsleitung zu ändern, indem bspw. eine bislang unabhängige Fondsleitung in einen Konzern eingebunden wird, um damit von Synergieeffekten und Kosteneinsparungen bspw. in Hinblick auf die Infrastruktur zu profitieren.¹⁴³ Mit dem Erwerb einer Fondsleitung kann der Käufer die Vertikalisierung seines Immobilienangebots vorantreiben und sich als zentraler Akteur im schweizerischen Immobilienverwaltungsgeschäft positionieren. Ferner erlangt der Käufer durch den Erwerb der Fondsleitung die vollständige Kontrolle über den gesamten Anlageprozess.¹⁴⁴

27

¹³³ Vgl. Swisscanto Fondsleitung, Mitteilung vom 31. Dezember 2018, Ziff. 3.1.

¹³⁴ STANGEL, in: HB-Konzernsteuerrecht, § 4 B Rz. 202; vgl. ferner KLINGEBIEL/PATT/KRAUSE, S. 6 ff.

¹³⁵ Art. 36 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 46 KAG. Vgl. Procimmo, Medienmitteilung vom 30. September 2020, S. 1 f.

¹³⁶ Vgl. SOWDEN/YOUNG, S. 3; vgl. Realstone, Pressemitteilung vom 14. Dezember 2020.

¹³⁷ Vgl. WILDERINK, S. 201.

¹³⁸ Vgl. Procimmo, Medienmitteilung vom 27. August 2019.

¹³⁹ UBS, Mitteilung vom 8. Dezember 2020, S. 1.

¹⁴⁰ Vgl. RAAB, S. 24 f.

¹⁴¹ Vgl. RAAB, a.a.O.

¹⁴² ROCK/FATH/STEFFEN, S. 446 f.

¹⁴³ ENGLISCH/STRUMPF, S. 380 ff.

¹⁴⁴ Vgl. Banque Bonhôte, Medienmitteilung vom 15. Februar 2018.

3.3 Kontextbezogener Umstrukturierungsbegriff

3.3.1 Änderung der Umstände (Bewilligungs- und Genehmigungspflicht)

28 Der Umstrukturierungsbegriff ist in einen systematischen Kontext zu stellen,¹⁴⁵ sodass dieser für Zwecke der vorliegenden Arbeit im Lichte der grundsteuerlichen Behandlung i.S.d. sich aus dem Fondsgeschäft, namentlich der Verwaltung von Immobilien-AF ergebenden Umstrukturierungstatbeständen zu verstehen ist. Massgebend sind grundsätzlich Veränderungen bzw. Anpassungen einer bereits existierenden Organisationsstruktur. Damit kann für die Herleitung möglicher Umstrukturierungstatbestände eines Immobilien-AF im Grundsatz auf die Änderungen der sich der Bewilligung bzw. der Genehmigung (Art. 16 KAG) zugrunde liegenden Umstände abgestellt werden. Gemeint sind damit einerseits Änderungen der bewilligungspflichtigen Tatbestände der Fondsleitung als Bewilligungsträgerin und andererseits jene der genehmigungspflichtigen Dokumente (Art. 14 Abs. 1 und 2 KKV).¹⁴⁶ Genehmigungspflichtig ist bspw. die Änderung der Fondsverträge infolge Vereinigung von Anlagefonds bzw. dessen Teilvermögen (Art. 35a Abs. 1 lit. p KKV).¹⁴⁷ Auch Umstrukturierungen wie eine Umwandlung sowie eine Vermögensübertragung unterliegen der Genehmigungspflicht.¹⁴⁸ Der Genehmigung durch die FINMA bedarf auch die Fusion zweier Fondsleitungen als auch ein Wechsel dergleichen (Art. 39 Abs. 2 FINIG).¹⁴⁹

3.3.2 Steuerauslösende Tatbestände im Grundsteuerrecht

29 Vorliegende Arbeit untersucht jedoch ausschliesslich Umstrukturierungen eines Immobilien-AF aus grundsteuerlicher Sichtweise, weshalb auch nicht zwingend sämtliche bewilligungs- bzw. genehmigungspflichtige Tatbestände i.S.v. Art. 16 KAG von Relevanz sind. Unter dem Begriff «Grundsteuern» werden Allgemein jene «Sondersteuern» subsumiert, welche an «[...] das Einkommen, den Besitz oder die Handänderung von Grundstücken»¹⁵⁰ anknüpfen. Zu den Grundsteuern zählen insb. die Grundstückgewinn-, Handänderungs- und Liegenschaftssteuer, Minimalgebühren auf Grundeigentum¹⁵¹ als auch i.w.S. die Grundbuchgebühren (insb. jene mit Gemengsteuercharakter).¹⁵² Bei der Mehrheit von Umstrukturierungen werden Vermögenswerte auf einen anderen Rechtsträger übertragen, wobei es dabei regelmässig zu Eigentumsänderungen an Grundstücken kommt.¹⁵³ Aufgrund der transaktionsbezogenen Natur von Umstrukturierungen werden vorliegend nur die Grundsteuerarten i.S.v. Transaktionssteuern betrachtet, d.h. bei welchen der steuerauslösende Tatbestand eine Handänderung an (schweizerischen) Grundstücken verlangt.¹⁵⁴ Unter dem Begriff der Handänderung ist allgemein die Übertragung von Eigentum (oder eigentumsähnlichen Befugnissen) an einem Grundstück vom bisherigen Rechtsträger auf einen anderen zu verstehen.¹⁵⁵

¹⁴⁵ KIEHN, S. 19.

¹⁴⁶ BIANCHI/GRANO, in: BSK-KAG, Art. 16 Rz. 2.

¹⁴⁷ Art. 40 Abs. 3 Satz 2 KKV; vgl. ferner SCHUNK/KELLER/MEYER, S. 71.

¹⁴⁸ Art. 95 Abs. 2 KAG und Art. 35a Abs. 1 lit. p KKV.

¹⁴⁹ SCHUNK/KELLER/MEYER, S. 190 ff. Ähnliche Tatbestände auch im deutschen Recht, wobei von sog. «Strukturmassnahmen» gesprochen wird (vgl. ZETZSCHE/STRABENOW, in: Komm. KAGB, Vorbemerkungen vor §§ 181 ff. Rz. 1).

¹⁵⁰ REICH, § 7 Rz. 70. Gemeinsamkeit der Grundsteuern ist deren Grundstückbezogenheit als auch deren typischerweise Ausgestaltung als Objektsteuer (REICH, a.a.O.).

¹⁵¹ Vgl. REICH, § 7 Rz. 70 ff.

¹⁵² Vgl. HUBER, S. 66. Einige Kantone kennen keine Handänderungssteuer, an deren Stelle tritt i.d.R. eine Grundbuchgebühr (regelmässig mit Gemengsteuercharakter). In den anderen Kantonen wird die Grundbuchgebühr kumulativ zur Handänderungssteuer erhoben (vgl. ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 1, 3 sowie 6.2.1). Allerdings existiert eine stark divergierende Nomenklatur: Es werden häufig auch die Begriffe Grundbuchabgaben oder Handänderungsgebühren/-abgaben verwendet. Es existiert eine weitgehende Identität des Steuerrechtsverhältnisses bzw. Gebührenrechtsverhältnisses (Steuerhoheit, Steuerperiode, Steuerobjekt und z.T. auch Steuersubjekt) zwischen Grundbuchgebühren und den Handänderungssteuern (vgl. DAHINDEN, Handänderungsabgaben I, S. 273).

¹⁵³ REICH, § 20 Rz. 34 und § 25 Rz. 50.

¹⁵⁴ Vgl. Botsch. FusG, S. 4380. Die Notariatsgebühren werden nicht weiter berücksichtigt, da solche typischerweise nicht als Transaktionssteuern gelten, weil diese nicht nur bei der Eigentumsübertragung anfallen (DAHINDEN, Handänderungsabgaben II, S. 26). Mangels Transaktionsbezogenheit wird auch die Liegenschaftssteuer nicht weiter berücksichtigt.

¹⁵⁵ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 6 m.w.Vw.

Grosso modo kann bei den Grundsteuerarten i.S.v. Transaktionssteuern zwischen den Steuern auf dem (realisierten) Wertzuwachsge Gewinn und den Rechtsverkehrs- bzw. Rechtsübertragungssteuern¹⁵⁶ differenziert werden. Unter die erstgenannte Kategorie ist die Grundstückgewinnsteuer zu subsumieren. Dieser unterliegen gemäss StHG jene Gewinne, die sich aus Veräusserung eines Grundstücks des Privatvermögens ergeben, soweit der Erlös die Anlagekosten übersteigt (Art. 12 Abs. 1 StHG). Die realisierten Gewinne auf Grundstücken des Geschäftsvermögens werden grundsätzlich mit der allgemeinen (kantonalen) Einkommens- bzw. Gewinnsteuer (dualistisches System) bzw. der direkten Bundessteuer als Einkommens- bzw. Gewinnsteuer (Art. 18 Abs. 2 bzw. Art. 58 DBG) erfasst.¹⁵⁷ Die Kantone können (Art. 12 Abs. 4 StHG) aber auch die Grundstückgewinnsteuer auf den realisierten Wertzuwachsge Gewinn aus der Veräusserung von Grundstücken des Geschäftsvermögens erheben (monistisches System).¹⁵⁸ Damit tritt die Grundstückgewinnsteuer als Spezialeinkommenssteuer im Umfang ihres Steuerobjektes anstelle der ordentlichen kantonalen Einkommens- bzw. Gewinnbesteuerung.¹⁵⁹ Der sich aus den wiedereingebrachten Abschreibungen ergebende Buchgewinn unterliegt im monistischen System als Differenzbetrag zwischen Anlagekosten und Buchwert sodann der allgemeinen (kantonalen) Einkommens- bzw. Gewinnsteuer.¹⁶⁰ Bei der Grundstückgewinnsteuer wird die Steuerpflicht nach Art. 12 Abs. 2 StHG durch jede Veräusserung (Handänderung) eines im Kanton bzw. der Gemeinde gelegenen Grundstücks begründet.¹⁶¹ Die häufigsten Anwendungsfälle einer solchen Handänderung sind die Übertragung von zivilrechtlichem Eigentum zufolge Kaufgeschäft (zivilrechtliche Handänderung) oder Rechtsgeschäfte, die in Bezug auf die Verfügungsgewalt über ein Grundstück wirtschaftlich wie eine Veräusserung wirken (wirtschaftliche Handänderung).¹⁶² Unter die Rechtsverkehrs- bzw. Rechtsübertragungssteuern sind insb. die Handänderungssteuern zu subsumieren, deren Steuerobjekt die (entgeltliche) Übertragung eines dinglichen Rechtes von im Kanton bzw. in der Gemeinde gelegenen Grundstückes (meist i.S.v. Art. 655 ZGB) ist.¹⁶³ Wie auch die Grundstückgewinnsteuer knüpft die Handänderungssteuer an die Veräusserung (Handänderung) eines Grundstückes an.¹⁶⁴ Obschon der Handänderungsbegriff in zahlreichen Kantonen für Zwecke der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer deckungsgleich ist,¹⁶⁵ kann kantonales Recht (mangels bundesrechtlicher Harmonisierung) für Zwecke der Handänderungssteuer entsprechende Abweichungen vorsehen. Bei den Grundbuchgebühren ist für die Gebührenpflicht eine Anknüpfung an den Tatbestand der Handänderung an Grundstücken nur bedingt korrekt, da der grundbuchliche Vorgang (Eintragung) den Anknüpfungspunkt für die Gebührenerhebung (Art. 954 Abs. 1 ZGB) bildet.¹⁶⁶ Da es zum Erwerb des Grundeigentums einer Eintragung im Grundbuch (Art. 656 Abs. 1 ZGB) bedarf, insb. auch bei Übertragung von Vermögen durch Singularsukzession¹⁶⁷ oder dem ausserbuchlichem Eigentumserwerb infolge Umstrukturierung,¹⁶⁸ werden die Grundbuchgebühren i.w.S. unter die Grundsteuern subsumiert. Diese Berücksichtigung rechtfertigt sich auch deshalb, weil einige Kantone ihre Grundbuchgebühr für die Eintragung einer Ei-

¹⁵⁶ BGer 2C_9/2019 (29. Januar 2020) E. 2.4.1.

¹⁵⁷ In bestimmten Einzelfällen sollen aber auch im dualistischen System die Gewinne aus der Veräusserung von Grundstücken im Geschäftsvermögen der Grundstückgewinnsteuer unterworfen werden (bspw. Art. 23 Abs. 4 StHG).

¹⁵⁸ Vgl. BGE 143 II 382 E. 2.1 und 2.2.

¹⁵⁹ BGer 2C_230/2017 (26. Januar 2018) E. 2.3.

¹⁶⁰ OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 153.

¹⁶¹ Art. 12 Abs. 4 StHG; BGer 2C_216/2019 (28. Januar 2020) E. 3.2; BGE 143 II 382 E. 2.1; ZWAHLEN/NYFFENEGGER, in: Komm. StHG, Art. 12 Rz. 32. Zahlreiche (deutschsprachige) Kantone verwenden anstelle des Begriffs «Veräusserung» die Bezeichnung «Handänderung» (Botsch. Steuerharmonisierung, S. 100; REICH, § 25 Rz. 13).

¹⁶² REICH, § 7 Rz. 86 sowie § 25 Rz. 14; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 12 ff; siehe hinten, Rz. 66 ff.

¹⁶³ ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 1, 2.2. und 4. Im kantonalen Grundsteuerrecht deckt sich der Grundstücksbegriff in den meisten Fällen mit der sachenrechtlichen Definition gemäss Art. 655 ZGB (ZWAHLEN/NYFFENEGGER, in: Komm. StHG, Art. 12 Rz. 26).

¹⁶⁴ REICH, § 7 Rz. 86.

¹⁶⁵ REICH, a.a.O.

¹⁶⁶ VGer (ZH) VB.1990.00108 (20. Dezember 1990) E. 3b; m.a.W. OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 27.

¹⁶⁷ TSCHÄNI/GABERTHÜEL, in: BSK-OR I, Art. 181 Rz. 1.

¹⁶⁸ Vgl. STREBL, in: BSK-ZGB II, Art. 656 Rz. 32.

gentumsänderung als Gemengsteuer ausgestaltet haben,¹⁶⁹ welche als solche direkt an die Eigentumsübertragung anknüpft und damit eine wirkliche Handänderungssteuer darstellt.¹⁷⁰ Die Grundbuchgebühren (soweit nicht kostendeckend) und Handänderungssteuern werden für Zwecke dieser Arbeit gemeinsam unter dem Begriff der Handänderungsabgaben zusammengefasst.¹⁷¹

3.3.3 Zugehörigkeit zum Immobilien-AF

31 Die Fondsleitung verwaltet im eigenen Namen und für Rechnung des Immobilien-AF dessen Kollektivvermögen.¹⁷² Kraft Rechtserwerb an Grundstücken wird die Fondsleitung zivilrechtliche Eigentümerin und Rechtsträgerin, welcher die dingliche Verfügungsgewalt über die Grundstücke zukommt. Der Fondsleitung stehen also die zum Immobilien-AF gehörenden Rechte zu.¹⁷³ *De jure* werden die Grundstücke auf den Namen der Fondsleitung unter Anmerkung der Zugehörigkeit zum Immobilien-AF im Grundbuch eingetragen (Art. 86 Abs. 2^{bis} KKV). Nach SCHMID wird aber dieser Anmerkung eine rechtliche Bedeutung zuerkannt, welche ihr nicht zukommen kann.¹⁷⁴ Die Zugehörigkeit zum Immobilien-AF kann nicht von dieser Anmerkung abhängig gemacht werden (keine konstitutive Wirkung), denn diese stellt lediglich eine Bekanntgabe eines bereits bestehenden Zustandes dar.¹⁷⁵ Abhilfe zur Klärung der Zuordnungsfrage von Vermögenswerten zu einem Sondervermögen (*in casu* Immobilien-AF) bietet das Prinzip der (vermögensrechtlichen bzw. dinglichen) Surrogation. Eine vermögensrechtliche Surrogation liegt dann vor, wenn eine neuerworbene Sache eine andere Sache in einem Sondervermögen eines Rechtssubjektes (mit mind. zwei Vermögensmassen) ersetzt.¹⁷⁶ Dagegen ist die dingliche Surrogation ein Vorgang, welcher die Zuordnung der Rechtszuständigkeit an der Ersatzanschaffung zwischen zwei Vermögensträgern regelt.¹⁷⁷ Soweit das Gesetz keine dingliche Surrogation vorsieht, gilt bei Sondervermögen regelmässig die vermögensrechtliche Surrogation,¹⁷⁸ wonach jene Vermögenswerte zum Sondervermögen gehören, die kausal aus dessen Mitteln erworben wurden.¹⁷⁹ Ferner werden auch die daraus herrührenden Erträge dem Sondervermögen zugerechnet.¹⁸⁰ Damit macht die Surrogation das Wesen eines Sondervermögens i.S. eines Anlagefonds geradezu aus, sodass der Gegenwert einer Ersatzanschaffung auch jener Vermögensmasse zufällt, aus welcher der ersetzte Vermögenswert entstammt.¹⁸¹ Veräussert also die Fondsleitung Grundstücke für Rechnung des Immobilien-AF und erwirbt dafür andere Grundstücke, gehören diese nach Massgabe des Surrogationsprinzips ohne weiteres zum Immobilien-AF.¹⁸² Folglich sind auch insb. die daraus resultierenden Vermögenserträge (insb. Mieteinnahmen und Baurechtszinsen) sowie Kapitalgewinne bzw. -verluste dem Immobilien-AF zuzurechnen.¹⁸³ Bei einem Sondervermögen in Treuhandlösung bewirkt die Surrogation damit, dass die von der Fondsleitung für den Immobilien-AF im eigenen Namen erworbenen Grundstücke automatisch dem verwalteten Sondervermögen zugewiesen werden.¹⁸⁴

¹⁶⁹ Vgl. OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 1.

¹⁷⁰ BGE 106 II 81 E. 2c. Beim Steuerelement einer als Gemengsteuer ausgestalteten Grundbuchgebühr handelt es sich um eine Rechtsverkehrssteuer (BGer [3. April 2000] in ZBGR 2/2001, S. 120).

¹⁷¹ OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 22.

¹⁷² Vgl. Botsch. FIDLEG/FINIG, S. 9030.

¹⁷³ Vgl. JÄGGI, S. 131.

¹⁷⁴ SCHMID, in: BSK-ZGB II, Art. 946 Rz. 59.

¹⁷⁵ Botsch. AFG, S. 274; SCHMID, in: BSK-ZGB II, Art. 946 Rz. 59; JOYE-YERLY, Rz. 575 und 579.

¹⁷⁶ EGGEL, Rz. 2.53 f. m.w.H.

¹⁷⁷ EGGEL, a.a.O.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, S. 359 f.; HÜRLIMANN-KAUP/RUMO-JUNGO, in: FS-Steinauer, S. 359 f.

¹⁷⁸ LUDESCHER, S. 127 f.; STAEHELIN, in: FS-Hasenböhler, S. 99.

¹⁷⁹ KÄGI, Rz. 78.

¹⁸⁰ KÄGI, a.a.O.

¹⁸¹ STAEHELIN, in: FS-Hasenböhler, S. 99; vgl. HÜRLIMANN-KAUP/RUMO-JUNGO, in: FS-Steinauer, S. 358 m.w.Vw.; vgl. ferner LICHTENSTEIN, in: Investmentgesetze, § 92 Rz. 25 und 31.

¹⁸² FORSTMOSER, in: Komm. AFG, Art. 2 Rz. 33; STEINER, S. 130; vgl. LICHTENSTEIN, in: Komm. Investmentgesetze, § 92 Rz. 25 und 31.

¹⁸³ Vgl. KÄGI, Rz. 78; vgl. ferner Art. 95 i.V.m. Anhang 3 Ziff. 2.3 und 2.20 KKV-FINMA.

¹⁸⁴ Vgl. STADLER/MAGER/MEYER, S. 411.

Ungeachtet der Eigentumsverhältnisse kann damit auf eine (wirtschaftliche) Zugehörigkeit¹⁸⁵ der Grundstücke zum Immobilien-AF geschlossen werden. In diesem Kontext ist auch auf das Bundesgerichtsurteil vom 24. Mai 2011 (in Sachen des BewG) hinzuweisen, wonach die Grundstücke, ungeachtet der Eigentumsverhältnisse, zivil- und steuerrechtlich weitgehend dem Immobilien-AF und nicht dessen Fondsleitung zuzurechnen sind.¹⁸⁶ Gemäss Bundesgericht widerspiegelt die (zivilrechtliche) Behandlung von Immobilien-AF nichts anderes als eine «[...] Differenzierung zwischen der als Eigentümerin eingetragenen Fondsleitung einerseits und dem Fonds (dem die Grundstücke zuzurechnen sind) andererseits».¹⁸⁷ Diese Betrachtungsweise liegt auch der direktsteuerlichen Behandlung von Immobilien-AF zugrunde.¹⁸⁸ Vor diesem Hintergrund kommt es im Lichte des Surrogationsprinzips zu einer Differenzierung zwischen dem zivilrechtlichen Eigentum an den Grundstücken und deren wirtschaftlichen Zugehörigkeit zum Immobilien-AF als Sondervermögen. Da jedoch die Steuerpflicht im Grundsteuerrecht insb. an die zivilrechtliche oder (subsidiär an die) wirtschaftliche Handänderung an Grundstücken anknüpft, kann es infolge dieser Diskrepanz, d.h. dem Auseinanderfallen zwischen Rechts- und Steuerrealität, zu Sachverhalten kommen, in denen sich auch die nicht direkt auf Ebene des Immobilien-AF er eignenden Umstrukturierungen auf das Eigentum an den ihm zugehörigen Grundstücken auswirken können.

32

3.3.4 Untersuchungsobjekt

Gestützt auf dem eingeführten Umstrukturierungsbegriff sowie den genannten Anknüpfungsmerkmalen, lässt sich der Umfang der in dieser Arbeit relevanten Umstrukturierungstatbestände ableiten.¹⁸⁹ Betrachtet werden damit grundsätzlich Umstrukturierungen auf Ebene des Immobilien-AF, der Fondsleitung, der Anleger und der Depotbank,¹⁹⁰ die zu einer zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Handänderung an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke führen können. Ob solche Tatbestände (zugleich) eine Änderung der Umstände darstellen und damit nach Art. 16 KAG der Genehmigung bzw. Bewilligung der FINMA bedürfen, ist grundsteuerrechtlich unerheblich. *E contrario* sind Umstrukturierungen auf Ebene des Immobilien-AF, der Fondsleitung, der Anleger¹⁹¹ und der Depotbank¹⁹² ohne ein solches Ergebnis zu vernachlässigen. Damit qualifiziert die Sitzverlegung (Expatriierung und Repatriierung) nicht als Umstrukturierung i.S. vorliegender Untersuchung, da es sich hierbei lediglich um eine strukturneutrale Änderung¹⁹³ handelt, welche keine zivilrechtliche oder wirtschaftliche Handänderung an Grundstücken des Immobilien-AF bewirkt.¹⁹⁴ Dies gilt sinngemäss auch für den Wechsel der Depot-

33

¹⁸⁵ Auch von einer wirtschaftlichen Zugehörigkeit der Grundstücke zum Immobilien-AF sprechen TRANDAFIR, S. 63 und HESS, Steuern, § 12 Rz. 332.

¹⁸⁶ BGer 2C_684/2010 (24. Mai 2011) E. 2.5.

¹⁸⁷ BGer 2C_684/2010 (24. Mai 2011) E. 2.5.1.

¹⁸⁸ BGer 2C_684/2010 (24. Mai 2011) E. 2.5.1. Siehe hinten, Rz. 82 ff.

¹⁸⁹ Herleitung basierend auf einer ähnlichen Vorgehensweise wie SCHMIDTMANN, S. 39 ff., ARNOLD, S. 12 sowie BRÄHLER, S. 19.

¹⁹⁰ Die relevanten Ebenen ergeben sich aus der Natur des Fondsvertrages, welcher im Sinne eines Dreiparteienverhältnisses zwischen der Fondsleitung, dem Anleger und der Depotbank abgeschlossen wird (RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 6).

¹⁹¹ Auf Anlegerebene (insb. bei institutionellen Anlegern mit Rechtspersönlichkeit) sind zahlreiche Umstrukturierungsvorgänge denkbar (siehe hinten, Rz. 60 ff.). Für Zwecke der vorliegenden Arbeit haben diese alle die Frage gemeinsam, ob damit allenfalls eine wirtschaftliche Handänderung an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke bewirkt werden kann. Die Frage wird einmalig behandelt, ohne dabei die Anzahl möglicher Umstrukturierungsvorgänge im Einzelnen abzuhandeln (siehe hinten, Rz. 106 ff.).

¹⁹² Die Depotbank kann weder direkt noch indirekt eine Verfügungsgewalt über die Grundstücke des Immobilien-AF ausüben, auch wenn sie selbst Eigentümerin der Fondsleitung ist (TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 184).

¹⁹³ SCHMIDTMANN, S. 41.

¹⁹⁴ Die Repatriierung erfolgt ohne Anteilstausch durch Verlegung des Domizils der Fondsleitung (STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 11; EBK, JB 1995, S. 50). Bei einer (liquidationslosen) Repatriierung oder Expatriierung eines Immobilien-AF bzw. einer eigentlichen Sitzverlegung der Fondsleitung kommt es nicht zu einer zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Handänderung (vgl. HELBING/FELBER, in: Komm. Umstrukturierungen, § 9 Rz. 71 und 73 sowie RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 10 Rz. 224). Gemäss ESTV hat die Sitzverlegung auch keine direktsteuerlichen Folgen, weil sich aufgrund der Treuhandlösung das «Treu gut» weiterhin im Privat- oder Geschäftsvermögen der Anleger verbleibt (ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 5.5). Unter bestimmten Voraussetzungen können auch bestehende Teilvermögen in einen neuen oder bestehenden Umbrella-Fonds eingegliedert bzw. als Teilvermögen ausgegliedert werden (vgl. FINMA-Mitteilung 27 [2011], S. 4; SIERRO, in: CS-LPCC, § 2 Rz. 360; KÜHNE, § 10 Fn. 740). Jedoch unterscheiden sich solche Umstellungen von Umstrukturierungen insoweit, als dass sie lediglich eine reine Änderung der vertraglichen «Hülle» darstellen (FINMA-Mitteilung 27 [2011], S. 4), aber keine Vermögenswerte und Verbindlichkeiten übertragen werden.

bank (Art. 74 KAG). Da sich der Anwendungsbereich von Art. 95 Abs. 1 KAG dem Wortlaut nach lediglich auf offene kollektive Kapitalanlagen bezieht, werden nur jene Umstrukturierungstatbestände betrachtet, bei welchen vor als auch nach der Umstrukturierung die Grundstücke direkt einem (schweizerischen) Immobilienfonds nach Art. 58 KAG (d.h. Anlagefonds oder SICAV) i.S.d. Direktbesitzes zuzurechnen sind. Damit wird bspw. die Überführung von Liegenschaften eines Immobilien-AF vom direkten in den indirekten Grundbesitz (und *vice versa*) vernachlässigt.¹⁹⁵ Gleiches gilt für die Einbringung von Liegenschaften¹⁹⁶ in einen bestehenden Immobilien-AF. Zudem werden auch grenzüberschreitende Umstrukturierungen (Verlegung, Fusion, Spaltung und Vermögensübertragung) nach Art. 161 ff. IPRG vernachlässigt,¹⁹⁷ weil bislang keine dogmatische Einordnung und Prüfung der Zulässigkeit solcher Transaktionen durch die Lehre erfolgte.

3.4 Umstrukturierungen nach KAG und FINIG

34 Der Bundesgesetzgeber hat mit Inkrafttreten des aKAG in Art. 95 eine entsprechende Vorschrift für die Umstrukturierung von kollektiven Kapitalanlagen statuiert. Darin werden Umstrukturierungstatbestände geregelt, welche beim Anlagefonds oder einer SICAV eintreten können.¹⁹⁸ Die Anwendung der Bestimmung von Art. 181 OR erschien nach Auffassung des Bundesrates nicht für die Vereinigung geeignet zu sein, da die Übertragung nach den Regeln der Singularsukzession zu erfolgen hat.¹⁹⁹ Mit Inkrafttreten des revidierten KAG am 1. März 2013 wurde Abs. 1 dieser Bestimmung an die OGAW-RL 2009 angepasst und ermöglicht nun generell Umstrukturierungen von offenen kollektiven Kapitalanlagen.²⁰⁰ Gegenwärtig sind nach Art. 95 Abs. 1 KAG folgende Umstrukturierungen zulässig: (i) Vereinigung durch Übertragung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, (ii) Umwandlung in eine andere Rechtsform einer kollektiven Kapitalanlage und (iii) für die SICAV die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG.

3.4.1 Vereinigung

35 Mit Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG hat der Bundesgesetzgeber eine *Lex specialis* zu Art. 181 OR und dem FusG erstmals eine gesetzliche Grundlage für die Vereinigung von Anlagefonds durch Übertragung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten geschaffen.²⁰¹ Gemäss TAGMANN ist diese nur dann anwendbar, wenn die übertragende als auch die übernehmende Partei auch Anlagefonds derselben Fondsleitung darstellen.²⁰² Nach JUTZI ergibt sich jedoch aus der gesetzgeberischen Entwicklung in Zusammenhang mit dieser Vorschrift, dass mit dem Rechtsinstitut der Vereinigung die Ausgangslage hinsichtlich der Umstrukturierung von Anlagefonds verbessert werden sollte, sodass damit auch die Vereinigung eines Anlagefonds als übertragendem Vermögensträger und einer SICAV als übernehmendem Vermögensträger möglich sein sollte.²⁰³ Auch der Bundesrat wollte durch Angleichung des Art. 95 aKAG an die OGAW-RL 2009 die Vereinigung eines Anlagefonds mit einer SICAV ermöglichen.²⁰⁴ STAEHELIN/BOPP vertreten im Gegensatz zu JUTZI die Auffassung, dass neben den genannten Kombinationen

¹⁹⁵ Zur steuerlichen Behandlung der Überführung von Liegenschaften vom indirekten in den direkten Grundbesitz (und *vice versa*) einer kollektiven Kapitalanlage siehe HESS, Steuern, § 12 Rz. 315 ff. und Rz. 372 ff.

¹⁹⁶ Zur steuerlichen Behandlung der Einbringung von Liegenschaften einer AG in eine SICAV siehe HESS, Steuern, § 12 Rz. 342 ff.

¹⁹⁷ Der in Art. 161 ff. IPRG verwendete Gesellschaftsbegriff bezieht sich auf die autonome Begriffsdefinition des Art. 150 IPRG. Als Gesellschaften i.S.d. IPRG gelten *inter alia* auch organisierte Vermögenseinheiten (Art. 150 Abs. 1 IPRG), d.h. verselbstständigte und zweckgebundene Vermögensmassen. Darunter fallen auch vertragliche Anlagefonds nach KAG (KUNZ/RODRIGUEZ, in: BSK-IPRG, Vorbemerkungen zu Art. 161-164b Rz. 55 und 57).

¹⁹⁸ Botsch. aKAG, S. 6470.

¹⁹⁹ Botsch. aKAG, a.a.O.

²⁰⁰ Botsch. KAG, S. 3677. Aufgrund des Anlegerschutzes sind die Voraussetzungen und das Verfahren der zulässigen Umstrukturierungen in streng formalisierter Weise geregelt (KAPALLE/TAROLLI, S. 636).

²⁰¹ Botsch. aKAG, S. 6471; STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 13; TAGMANN, S. 101; JUTZI, Umstrukturierung, S. 52; HASENBÖHLER ET AL., § 10 Rz. 536; SIERRO, in: CS-LPCC, § 2 Rz. 354 f.; TAISCH, Rz. 115.

²⁰² TAGMANN, S. 102 und 104. So erwähnt auch Art. 114 Abs. 1 lit. b KKV die Identität der Fondsleitung als Voraussetzung für die Vereinigung von Anlagefonds.

²⁰³ JUTZI, Umstrukturierung, S. 53 f.

²⁰⁴ Botsch. KAG, S. 3677.

auch die Vereinigung zwischen einer SICAV als übertragendem und einem Anlagefonds als übernehmendem Vermögensträger zulässig sein sollte.²⁰⁵

Die Vereinigung kennzeichnet sich grundsätzlich dadurch aus, dass die Anleger des übertragenden Anlagefonds Anteile am übernehmenden Anlagefonds in entsprechender Höhe (nach Massgabe des Umtauschverhältnisses) erhalten. Der übertragende Anlagefonds wird ohne Liquidation aufgelöst (Art. 115 Abs. 1 KKV). Der Fondsvertrag des übernehmenden Anlagefonds gilt fortan auch für die Anleger des untergehenden Anlagefonds.²⁰⁶ Die (Vermögens-)Übertragung von (sämtlichen) Vermögenswerten und Verbindlichkeiten erfolgt durch Universalsukzession und grundsätzlich ohne Mitwirkung der Anleger.²⁰⁷ Die Vereinigung umfasst stets das gesamte Vermögen.²⁰⁸ Damit verbleibt der (absolute) Beteiligungswert der Anleger am Vermögen und Ertrag des Anlagefonds unverändert.²⁰⁹ Bei der Vereinigung zweier Immobilien-AF derselben Fondsleitung handelt es sich also faktisch um eine «Zusammenführung zweier Sondervermögen desselben Rechtsträgers», welche rein bilanztechnisch erfolgt und keine Auswirkung auf das zivilrechtliche Eigentum der Fondsleitung an den Grundstücken hat.²¹⁰

Anlagefonds (oder deren Teilvermögen) können von der Fondsleitung aber nur unter bestimmten Voraussetzungen vereinigt werden: Grundsätzlich haben die entsprechenden Fondsverträge die Vereinigung vorzusehen²¹¹ und die betroffenen Anlagefonds müssen von der gleichen Fondsleitung verwaltet werden. Ferner müssen die Fondsverträge bezüglich bestimmter Anforderungen (bspw. Anlagepolitik, Anlagetechnik, Risikoverteilung und Vergütung) weitgehend übereinstimmen.²¹² Bei der Vereinigung von Immobilien-AF kann es daher insb. erforderlich sein, dass bspw. zahlreiche Immobilien des übertragenden Immobilien-AF vor dem Vereinigungsverfahren veräussert werden müssen, wenn diese in Bezug auf die Qualität oder auf die Lage nicht der Anlagepolitik des übernehmenden Immobilien-AF entsprechen.²¹³ Darüber hinaus sind am gleichen Tag die Vermögen der beteiligten Anlagefonds zu bewerten, das Umtauschverhältnis zu berechnen und die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten zu übernehmen (Art. 114 Abs. 1 lit. d KKV). Das Erfordernis der grundsätzlichen Übereinstimmung der Fondsverträge muss jedenfalls vor Beginn des Vereinigungsverfahrens erfüllt sein.²¹⁴ Mit Gesuch an die FINMA hat die Fondsleitung u.a. einen Vereinigungsplan einzureichen. Wird das Gesuch gutgeheissen, verfügt die FINMA mit Genehmigung die Änderung der Fondsverträge und die Inkraftsetzung der Vereinigung.²¹⁵

Wie bereits in Rz. 35 erwähnt, bejaht ein Teil der Lehre die Vereinigung eines Anlagefonds mit einer SICAV (und *vice versa*). Fraglich ist, inwieweit hierbei die von Art. 114 Abs. 1 lit. b KKV geforderte Identität der Fondsleitung erfüllt sein muss, da die mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete (selbstverwaltete) SICAV grundsätzlich über keine Fondsleitung verfügt.²¹⁶ Eine fremdverwaltete SICAV hingegen kennzeichnet sich dadurch aus, dass ihre Administration an eine bewilligte Fondsleitung delegiert wird (Art. 51 Abs. 2 KKV).²¹⁷ Zudem können Anlageentscheide bzw. die Portfolioverwaltung an

²⁰⁵ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 12a und 18a; a.A. vertritt JUTZI gestützt auf historischer Auslegung (JUTZI, Umstrukturierung, S. 54).

²⁰⁶ Vgl. FINMA-Mitteilung 33 [2012], S. 3.

²⁰⁷ JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 275; HESS, Steuern, § 4 Rz. 204; TAGMANN, S. 101; JUTZI, Umstrukturierung, S. 53; STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 12a. Im deutschen Recht wird nach § 181 ff. KAGB von der Verschmelzung von Sondervermögen gesprochen, welche z.T. mit der Vereinigung nach KAG vergleichbar ist (vgl. HASBACH, S. 1118).

²⁰⁸ TAGMANN, S. 101 und 104.

²⁰⁹ HESS, Steuern, § 4 Rz. 206; STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 14.

²¹⁰ STAEHELIN/BOPP, a.a.O.; HESS, a.a.O.; TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 172 ff. Für die Vereinigung zwischen zwei Anlagefonds derselben Fondsleitung ist kein Verfügungsgeschäft erforderlich (vgl. STAEHELIN, in: FS-Hasenböhler, S. 101). Die Rechtsnatur dieser Übertragung ist bislang nicht eindeutig geklärt (STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 14).

²¹¹ Umstrukturierungen gelten als Mindestinhalt des Fondsvertrags (Art. 35a Abs. 1 lit. p KKV).

²¹² Art. 114 Abs. 1 lit. c KKV.

²¹³ Vgl. Bonhöte-Immobilier, Jahresbericht 2009/10, S. 10.

²¹⁴ KÜHNE, § 10 Rz. 750.

²¹⁵ SCHUNK/KELLER/MEYER, S. 71; FINMA-Mitteilung 33 [2012], S. 3 f.

²¹⁶ RAYROUX/SCHOLLER, in: BSK-KAG, Art. 36 Rz. 11.

²¹⁷ RAYROUX/SCHOLLER, in: BSK-KAG, Art. 36 Rz. 9 und 26b.

36

37

38

die entsprechende Fondsleitung oder beaufsichtigte Vermögensverwalter delegiert werden (Art. 36 Abs. 3 KAG).²¹⁸ Nach STAEHELIN/BOPP wären hierbei die Bestimmungen von Art. 114 KKV sinngemäss anzuwenden,²¹⁹ sodass wohl für die Vereinigung eine fremdverwaltete SICAV vorzuliegen hat, welche dieselbe Fondsleitung wie der Anlagefonds aufweist. Unabhängig davon, ob eine (Immobilien-)SICAV²²⁰ als selbst- oder fremdverwaltet ausgestaltet wurde, wird diese als übernehmende Partei kraft eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 37 KAG) infolge Vereinigung mit einem Immobilien-AF (übertragende Partei) zur zivilrechtlichen Eigentümerin der Grundstücke, welche sodann auf ihren Namen unter Anmerkung der Zugehörigkeit zum Anlegerteilvermögen im Grundbuch eingetragen werden (Art. 86 Abs. 2^{bis} KKV).²²¹

3.4.2 Umwandlung

- 39 Mit Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG kann die Umwandlung in eine andere Rechtsform einer kollektiven Kapitalanlage vollzogen werden. Nach Auffassung des Bundesrates kann damit ein Anlagefonds in eine SICAV (genauer in ein Anlegerteilvermögen einer SICAV) und *vice versa* umgewandelt werden.²²² Der Fondsvertrag hat die Umwandlung vorzusehen, wobei die Fondsleitung einen Umwandlungsplan sowie Umwandlungsbericht zu erstellen hat.²²³ Die Bestimmungen über die Voraussetzungen (Art. 114 KKV) und das Verfahren (Art. 115 KKV) sind sinngemäss anzuwenden (Art. 115a KKV). Folglich kann ein Anlagefonds nur in ein Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten SICAV umgewandelt werden.²²⁴ Regelmässig handelt die Fondsleitung des Anlagefonds nach der Umwandlung als Administratorin der SICAV und übt die Portfolioverwaltung aus, soweit diese nicht an einen Vermögensverwalter delegiert wird.²²⁵ Die Anleger des übertragenden Anlagefonds erhalten durch Umwandlung Anlegeraktien am Anlegerteilvermögen der übernehmenden SICAV in entsprechender Höhe. Zum Zeitpunkt der Umwandlung wird der übertragende Anlagefonds liquidationslos aufgelöst, wobei für die Anleger (nun Anlegeraktionäre) neu das Anlagereglement der SICAV massgebend ist.²²⁶ Die Umwandlung darf erst ins Handelsregister eingetragen werden, nachdem sie von der FINMA genehmigt worden ist (Art. 95 Abs. 2 KAG).²²⁷
- 40 Bei der Umwandlung nach KAG handelt es sich um eine umwandelnde Übertragung,²²⁸ weil die Umwandlung nach Art. 53 ff. FusG dem Anlagefonds verwehrt bleibt.²²⁹ Kollektivanlagenrechtlich liegen keine Vorschriften über die Form der zivilrechtlichen Übertragung des Vermögens vom Anlagefonds auf die SICAV vor, weshalb die FINMA auch keinen (Umwandlungs-)Vertrag zwischen der Fondsleitung und der SICAV verlangt.²³⁰ So erfolgt nach HESS und TAGMANN/OESCH die Umwandlung technisch über die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG, sodass die im Handelsregister eingetragene

²¹⁸ Die Portfolioverwaltung kann aber auch direkt an einen Vermögensverwalter delegiert werden (Art. 52 Abs. 2 KKV; dazu RAYROUX/SCHOLLER, in: BSK-KAG, Art. 36 Rz. 26b sowie ABEGGLEN/BIANCHI, S. 160). Näheres bei PELLI, S. 19 ff.

²¹⁹ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 18a. Im Rahmen der Revision des KAG wurde Art. 114 KKV unverändert übernommen. JUTZI erblickt darin ein gesetzgeberisches Versehen, weil die Liberalisierung des Art. 95 KAG auch eine Anpassung von Art. 114 KKV hätte nach sich ziehen müssen (vgl. JUTZI, Umstrukturierung, S. 54).

²²⁰ Legt die SICAV ihre Mittel (ausschliesslich) in Immobilienwerte an (Art. 58 KAG), handelt es sich um eine sog. Immobilien-SICAV.

²²¹ BRAND, Rz. 327. Die rechtliche Konzeption ist vergleichbar mit jener einer Fusion (STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 14).

²²² Botsch. KAG, S. 3677. Das Gesamtvermögen einer SICAV besteht mind. aus zwei Teilvermögen, d.h. einem Unternehmerteilvermögen und mind. einem Anlegerteilvermögen (RAYROUX/SCHOLLER, in: BSK-KAG, Art. 36 Rz. 18) Die Unternehmeraktien sind allerdings den Gründern (insb. Promotoren bzw. Sponsoren) der SICAV vorbehalten (RAYROUX/SCHOLLER, in: BSK-KAG, Art. 40 Rz. 3).

²²³ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 23c; TAGMANN/OESCH, S. 171 f.; vgl. ferner Bonhôte-Immobilier, Halbjahresbericht 2020, S. 10.

²²⁴ PSCF, Prospekt mit integriertem Fondsvertrag vom 7. Januar 2021, § 24 Ziff. 10 lit. a.

²²⁵ Art. 51 Abs. 2 KKV i.V.m. Art. 34 lit. b FINIG; vgl. ferner Bonhôte-Immobilier, Halbjahresbericht 2020, S. 10 ff.

²²⁶ Vgl. Art. 115 Abs. 1 KKV; PSCF, Prospekt mit integriertem Fondsvertrag vom 7. Januar 2021, § 24 Ziff. 9.

²²⁷ Die Genehmigung wird erst dann durch die FINMA erteilt, wenn die aus der Umwandlung entstehende neue kollektive Kapitalanlage sämtliche gesetzliche Voraussetzungen erfüllt (Botsch. KAG, S. 3678).

²²⁸ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 23c.

²²⁹ JUTZI, Umstrukturierung, S. 57; TAGMANN/OESCH, S. 174.

²³⁰ TAGMANN/OESCH, S. 174.

ne Fondsleitung sämtliche Vermögenswerte und Verbindlichkeiten mittels Universalsukzession auf die SICAV überträgt.²³¹ Bei der Umwandlung eines Immobilien-AF in ein Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten Immobilien-SICAV kommt es damit jedenfalls zu einer zivilrechtlichen Eigentumsänderung an den Grundstücken.²³²

3.4.3 (Auf-)Spaltung

Die Spaltung ist im KAG nicht eigenständig geregelt, sodass deren Zulässigkeit als fraglich erscheint. Art. 115a KKV macht allerdings deutlich, dass sich die Voraussetzungen für eine Spaltung sinngemäss aus jenen für die Vereinigung (Art. 114 Abs. 1 KKV) ergeben, sodass auch hierbei von einer Identität der Fondsleitung auszugehen ist. Hinsichtlich der Übertragungsmodalitäten einer Aufspaltung kann wohl auf die Vereinigung rekurriert werden, sodass ein Anlagefonds ohne Liquidation aufgelöst wird und seine Vermögenswerte und Verbindlichkeiten in ihrer Gesamtheit simultan gemäss dem durch die Fondsleitung aufgestellten Spaltungsplan auf zwei oder mehrere bestehende oder aus der Spaltung hervorgehende, übernehmende Anlagefonds bzw. Teilvermögen übertragen werden, wobei die Anleger nach Massgabe des Umtauschverhältnisses Anteile in entsprechender Höhe an den übernehmenden Anlagefonds bzw. Teilvermögen erhalten.²³³ Damit hat die Fondsleitung insb. die Kriterien, nach denen die Spaltung vorzunehmen ist, zu bestimmen. Darunter fällt u.a. die Aufteilung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten zwischen den an der Umstrukturierung teilnehmenden Anlagefonds bzw. Teilvermögen.²³⁴ Sind bei einer (Auf-)Spaltung ausschliesslich Anlagefonds bzw. Teilvermögen derselben Fondsleitung involviert, kommt es lediglich zu einer bilanztechnischen Aufteilung eines Sondervermögens, sodass das zivilrechtliche Eigentum an den Grundstücken unverändert bei der entsprechenden Fondsleitung verbleibt.²³⁵ Da der Gesetzgeber die Vereinigung eines Anlagefonds und einer fremdverwalteten SICAV bejaht, ist wohl auch die (Auf-)Spaltung eines Anlagefonds auf bestehende oder aus der Spaltung hervorgehende Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten SICAV denkbar. In einer solchen Konstellation würde es jedenfalls zu einer zivilrechtlichen Eigentumsänderung an den Grundstücken des aufzusplattendes Immobilien-AF kommen.²³⁶

41

3.4.4 Wechsel der Fondsleitung

Unter dem aAFG existierte keine gesetzliche Grundlage für den Wechsel der Fondsleitung, was die Literatur als qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers auffasste und damit von dessen Unzulässigkeit ausging.²³⁷ Mit Revision des aAFG wurde jedoch die Möglichkeit des Fondleitungswechsels explizit gesetzlich verankert, wobei dessen Wortlaut heute weitgehend Eingang in Art. 39 FINIG gefunden hat.²³⁸

42

²³¹ HESS, Steuern, § 4 Rz. 190. Im Rahmen ihrer quasi-fiduziarischen Rechtszuständigkeit am Fondsvermögen kann die Fondsleitung darüber verfügen, sodass das von der Übertragung erfasste Fondsvermögen nicht «offensichtlich nicht frei übertragbar» ist (TAG-MANN/OESCH, S. 176; Art. 148 HRegV). Gemäss JUTZI ist die Umwandlung nach Art. 95 Abs. 1 lit. b KAG mit jener von Art. 53 ff. FusG vergleichbar (JUTZI, Umstrukturierung, S. 56). Das Anlegerteilvermögen einer SICAV gilt nicht als Rechtsträger i.S.v. Art. 2 lit. a FusG (vgl. HASENBÖHLER ET AL., § 10 Rz. 543), sodass die Vermögensübertragung zivilrechtlich wohl von der Fondsleitung auf die SICAV zu erfolgen hat.

²³² Erfolgt die Übertragung nach Art. 69 ff. FusG dient als Rechtsgrundaussweis für den Eigentumsübergang ein beglaubigter Handelsregistrauszug des die Grundstücke übertragenden Rechtsträgers (Fondsleitung) und ein beglaubigter Auszug aus dem öffentlich beurkundeten Teil des Übertragungsvertrags über die übertragenen Grundstücke (vgl. Art. 66 Abs. 1 lit. e GBV).

²³³ Vgl. Swisscanto Fondsleitung, Mitteilung vom 31. Dezember 2018, Ziff. 3.9.

²³⁴ Vgl. Swisscanto Fondsleitung, Mitteilung vom 31. Dezember 2018, Ziff. 3.3. und 3.9.

²³⁵ Wie bei der Vereinigung zwischen zwei Anlagefonds derselben Fondsleitung sollte auch in diesem Fall kein Verfügungsgeschäft erforderlich sein (vgl. STAEHELIN, in: FS-Hasenböhler, S. 101).

²³⁶ Zivilrechtlich hat die Übertragung in diesem Fall wohl mittels Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) stellvertretend von der Fondsleitung auf die Immobilien-SICAV zu erfolgen.

²³⁷ Botsch. AFG, S. 240.

²³⁸ Der Wortlaut von Art. 15 AFG fand sich sodann weitgehend in Art. 34 aKAG (Botsch. aKAG, S. 6450). Art. 39 FINIG entspricht materiell im Wesentlichen dieser Bestimmung, wobei der Begriff «Übernahmevertrag» durch «Übertragungsvertrag» ersetzt wurde. Damit kann auf die Kommentierungen zu Art. 15 AFG bzw. Art. 34 aKAG rekurriert werden.

- 43 Nach Massgabe von Art. 39 Abs. 1 FINIG können die Rechte und Pflichten der Fondsleitung aus dem Fondsvertrag (freiwillig)²³⁹ auf eine andere Fondsleitung übertragen werden. Damit tritt die übernehmende Fondsleitung an die Stelle der übertragenden Fondsleitung.²⁴⁰ Ein solch freiwilliger Wechsel erfolgt auf eigenes Gesuch hin²⁴¹ und mittels Übertragungsvertrag (Art. 39 Abs. 2 FINIG). Die FINMA genehmigt den Wechsel der Fondsleitung, wenn die gesetzlichen Vorschriften eingehalten sind und die Fortführung des Anlagefonds im Interesse der Anleger liegt (Art. 39 Abs. 5 FINIG).²⁴² Der Fondsleitungswechsel erfolgt grundsätzlich ohne eine Gegenleistung der übernehmenden Fondsleitung. Dieser ist aber auch gegen Entgelt denkbar, wobei die Ablösesumme nicht ein Entgelt für das übernommene Nettofondsvermögen darstellt, sondern vielmehr eine Abgeltung für die Auslagen der übertragenden Fondsleitung, welche ihr für die Strukturierung und Auflegung des Anlagefonds angefallen sind und nicht dem Fondsvermögen belastet werden konnten.²⁴³ Je nach Vereinbarung der involvierten Fondsleitungen kann die Vertragsübernahme *ex nunc* (Parteiwechsel im Zeitpunkt des effektiven Fondsleitungswechsels und verbleibende Haftung der bisherigen Fondsleitung für ihre Schulden) oder *ex tunc* (rückwirkender Parteiwechsel mit Übergang der Haftung für bestehende Schulden auf die neue Fondsleitung) erfolgen.²⁴⁴
- 44 Durch einen Fondsleitungswechsel bleiben die Anteile der Anleger i.S. einer Forderung auf Beteiligung an Vermögen und Ertrag des Anlagefonds (Art. 11 KAG) unverändert, sie richten sich jedoch neu gegen die übernehmende Fondsleitung.²⁴⁵ Dies ist damit begründet, dass die Forderungen und das Eigentum an den zum Anlagefonds gehörenden Sachen und Rechten von Gesetzes wegen durch Universal sukzession²⁴⁶ auf die neue Fondsleitung übergehen, wenn diese in den Fondsvertrag eintritt (Art. 141 Abs. 2 KKV). Bei einem Immobilien-AF «erwirbt» also die übernehmende Fondsleitung das (sachenrechtliche) Eigentum an den Grundstücken als gesetzliche Folge der Übertragung gemäss Entscheidung der FINMA (gesetzlicher Eigentumserwerb). Art. 39 FINIG sieht allerdings nicht explizit vor, ob bei der Übertragung von Grundstücken die entsprechenden Teile des Vertrags der öffentlichen Beurkundung bedürfen (vgl. bspw. Art. 70 Abs. 2 FusG). Da für den Eigentumserwerb ein Vertrag in der vom Bundesrecht vorgesehenen Form (*in casu* Übertragungsvertrag) als Rechtsgrundaussweis für die Eigentumsübertragung genügt (Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV), bedarf es wohl keiner separaten öffentlichen Urkunde. Die Forderungen und das Eigentum an den zum Anlagefonds gehörenden Sachen und Rechten gehen damit einheitlich und gebunden an das Verfügungsrecht²⁴⁷ auf die übernehmende Fondsleitung über, welche sodann von ihrer Verfügungsbefugnis innerhalb ihrer (quasi-)fiduziarischen Tätigkeit gemäss KAG und Fondsvertrag im Interesse der Anleger Gebrauch macht.

3.4.5 Vereinigung ohne Identität der Fondsleitung

- 45 Obschon ein Teil der Lehre die Vereinigung eines Anlagefonds mit einer SICAV (und *vice versa*) bejaht, ist bislang unklar inwieweit die von Art. 114 Abs. 1 lit. b KKV geforderte Identität der Fondsleitung (sinngemäss) zu erfüllen ist. Aus dem Wortlaut von Art. 114 Abs. 1 KKV kann *e contrario* zumindest geschlossen werden, dass die Vereinigung zweier Anlagefonds mit unterschiedlicher Fondsleitung unzulässig ist. Damit stellt sich gleichzeitig die Frage nach einer Alternative, wenn keine Identität der Fondsleitung vorliegt. In diesem Fall kann i.S. einer zweistufigen Vorgehensweise jedenfalls vorgängig

²³⁹ Art. 39 FINIG bezieht sich lediglich auf den freiwilligen Wechsel der Fondsleitung (VOGEL/HEIZ/LUTHIGER, in: OFK-FIDLEG/FINIG, Art. 39 FINIG Rz. 2; ABEGGLEN/SCHAUB, in: BSK-KAG, Art. 34 Rz. 2 und 6a).

²⁴⁰ JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 284.

²⁴¹ ABEGGLEN/SCHAUB, in: BSK-KAG, Art. 34 Rz. 2.

²⁴² Zum Verfahren beim Fondsleitungswechsel siehe EBK, Wegleitung vom 27. September 2007, S. 7 f. sowie RIMLE, S. 85.

²⁴³ ZETZSCHE/STRABENOW, in: Komm. KAGB, Vorbemerkungen vor §§ 181 ff. Rz. 4 ff; WILDERINK, S. 158.

²⁴⁴ VOGEL/HEIZ/LUTHIGER, in: OFK-FIDLEG/FINIG, Art. 39 FINIG Rz. 5; ABEGGLEN/SCHAUB, in: BSK-KAG, Art. 34 Rz. 6.

²⁴⁵ Vgl. STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 10.

²⁴⁶ BIFFIGER, in: CS-LPCC, § 5 Rz. 365; TAGMANN, S. 103; vgl. STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 96 Rz. 36; HURNI, S. 244. Nach BRAUCHLI gingen die Aktiven und Passiven bei einem Fondsleitungswechsel durch Vertragsübertragung unter dem AFG durch Singularsukzession über (BRAUCHLI, S. 318 m.w.Vw.).

²⁴⁷ Vgl. WILDERINK, S. 147; MEYER/RYHNER, in: BSK-KAG, Art. 133 Rz. 32. Damit gehen auch die Miet- und Pachtverhältnisse mit dem Eigentum an der Sache auf die übernehmende Fondsleitung über (Art. 261 Abs. 1 und Art. 290 OR).

ein Fondsleitungswechsel durchgeführt werden²⁴⁸ und im Anschluss eine Vereinigung mit einem Anlagefonds der übernehmenden Fondsleitung erfolgen.

3.5 Umstrukturierungen ausserhalb des KAG und FINIG

Gemäss der Doktrin ist es fraglich, ob über Art. 95 Abs. 1 KAG hinausgehende Umstrukturierungen überhaupt zulässig sind.²⁴⁹ Anlagefonds werden nicht in der in Art. 2 lit. a FusG abschliessenden Aufzählung von Rechtsträgern genannt. Ebenfalls qualifiziert dieser nicht als Gesellschaft i.S.v. Art. 2 lit. b FusG.²⁵⁰ Hingegen qualifiziert die Fondsleitung aufgrund ihrer zwingenden Ausgestaltung als AG (Art. 33 Abs. 1 FINIG) als Rechtsträgerin bzw. Gesellschaft (Art. 2 lit. a und b FusG).²⁵¹ Ein allgemeines Verbot von Umstrukturierungen eines Anlagefonds ausserhalb des KAG findet sich weder im KAG, noch lässt es sich aus dem FusG oder Art. 181 OR ableiten.²⁵² Einem Anlagefonds ist die Anwendung von Art. 181 Abs. 1 OR und mangels Rechtspersönlichkeit sowie fehlender Eintragung im Handelsregister die Teilnahme als übertragende Partei an einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung nach FusG verwehrt.²⁵³ Wenngleich der Wortlaut von Art. 95 Abs. 1 KAG einschränkend und die Aufzählung abschliessend ist,²⁵⁴ sind Umstrukturierungen eines Anlagefonds ausserhalb des KAG bzw. FINIG (z.B. nach FusG oder OR) nicht *a priori* ausgeschlossen.²⁵⁵ So bejahen STAEHELIN/BOPP die Anwendbarkeit des FusG auf Umstrukturierungstatbestände, welche nicht direkt von Art. 95 Abs. 1 KAG gedeckt sind, namentlich auf die Übertragung des gesamten Fondsvermögens oder Teilen davon durch die Fondsleitung auf eine andere Fondsleitung oder auf eine SICAV mittels Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) sowie auch auf die Fusion zweier Fondsleitungen.²⁵⁶

46

3.5.1 (Ab-)Spaltung ohne Identität der Fondsleitung

Eine (Ab-)Spaltung die nur einen Teil des Fondsvermögens betrifft ist wohl nicht vom Anwendungsbe-
reich des Art. 95 KAG i.V.m. Art. 115a KKV gedeckt. Ferner sind Spaltungen nach Art. 29 ff. FusG in
Art. 95 Abs. 1 KAG nicht genannt und bleiben damit dem Wortlaut folgend den offenen kollektiven
Kapitalanlagen verwehrt.²⁵⁷

47

Als Alternative offeriert das KAG die Vermögensübertragung (Art. 95 Abs. 1 lit. c KAG i.V.m.
Art. 69 ff. FusG): Diese erlaubt aber einzig der SICAV, nicht aber den Anlagefonds, «[...] Vorhaben zu
verwirklichen, die wirtschaftlich einer Fusion, Spaltung oder Umwandlung gleichkommen»,²⁵⁸ weil
dieser nicht als übertragende Partei einer Vermögensübertragung fungieren kann.²⁵⁹ TAGMANN spricht
sich jedoch für eine extensive Anwendung der Vermögensübertragung aus, wonach ein Anlagefonds
aber Vermögensübertragungen einer anderen kollektiven Kapitalanlage (SICAV, KmGK oder SICAF)

48

²⁴⁸ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 10 und 17; KÜHNE, § 10 Rz. 752; JUTZI, Umstrukturierung, S. 55; vgl. ZETSCHE/STRABENOW, in: Komm. KAGB, Vorbemerkungen vor §§ 181 ff. Rz. 47.

²⁴⁹ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 5; JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 281 ff.; TAGMANN/OESCH, S. 173; KAPPELLE/TAROLLI, S. 636.

²⁵⁰ Vgl. TRIEBOLD, in: CHK-FusG, Art. 2 Rz. 5 sowie Art. 3 Rz. 6.

²⁵¹ Vgl. STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 7.

²⁵² Vgl. WATTER/BÜCHI, in: BSK-FusG, Art. 29 Rz. 14; vgl. VOGEL *ET AL.*, in: OFK-FusG, Art. 1 Rz. 6c sowie Art. 29 Rz. 8; vgl. PFEIFER/MEIER, S. 838; vgl. BERETTA, in: ZK-FusG, Vor Art. 69-77 Rz. 37.

²⁵³ Botsch. aKAG, S. 6470 f.; Botsch. KAG, S. 3677; SIERRO, in: CS-LPCC, § 2 Rz. 355; JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 281; KÜHNE, § 10 Rz. 748; TAGMANN, S. 101; JUTZI, Umstrukturierung, S. 51; TAGMANN/OESCH, S. 175; TSCHÄNI/GABERTHÜEL, in: BSK-OR I, Art. 181 Rz. 5.

²⁵⁴ KÜHNE, § 10 Rz. 748; SCHÖNFELD, Rz. 1082.

²⁵⁵ HASENBÖHLER *ET AL.*, § 10 Rz. 536; STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 7.

²⁵⁶ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 5 ff.

²⁵⁷ Vgl. HESS, Steuern, § 4 Rz. 227; vgl. STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 24; vgl. PFEIFER/DOBRY/OESCH, in: ZK-FusG, Vor Art. 30 Rz. 2. Die zwingend als AG ausgestaltete Fondsleitung (Art. 33 Abs. 1 FINIG) qualifiziert grundsätzlich als Gesellschaft i.S.d. FusG (Art. 2 lit. b FusG). Nach Art. 30 FusG können Kapitalgesellschaften sich in «andere» Kapitalgesellschaften spalten. So stehen auch beiden Vermögensmassen, d.h. «eigenes» Vermögen und das Sondervermögen rechtlich gesehen der Fondsleitung zu (AMONN, S. 300). Die Fondsanleger werden aber nicht zu Aktionären der Fondsleitung (JÄGGI, S. 129; SCHOTT/BREMI, S. 175). Es ist bislang nicht geklärt, ob eine Fondsleitung auch das Sondervermögen über Art. 29 lit. b FusG abspalten kann. Umstrukturierungen auf Ebene der Fondsleitung sind streng von Umstrukturierungen auf Ebene des Immobilien-AF abzugrenzen (HESS, Steuern, § 4 Rz. 216).

²⁵⁸ Botsch. aKAG, S. 6471; vgl. ferner Botsch. FusG, S. 4362.

²⁵⁹ JUTZI, Umstrukturierung, S. 51 und 57.

empfangen kann.²⁶⁰ Diese Auslegung steht nach JUTZI indessen im Widerspruch mit dem Willen des Gesetzgebers, wobei bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht gefolgert werden kann, weshalb ein Anlagefonds lediglich als übernehmender Rechtsträger einer Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG, nicht aber als übertragender Rechtsträger teilnehmen kann.²⁶¹ D.h. die Fondsleitung kann als Rechtsträgerin das gesamte Vermögen oder Teile davon auf dem Wege der Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG) auf andere Rechtsträger des Privatrechts, d.h. auch auf andere Fondsleitungen oder eine SICAV, übertragen.²⁶² Ferner kann eine Einzelübertragung von Aktiven und Passiven eines Anlagefonds auf einen anderen Anlagefonds über die zuständige Fondsleitung mittels Singularsukzession erfolgen.²⁶³ Zudem kann ein anderer Rechtsträger (bspw. eine SICAV) mittels Art. 181 Abs. 1 OR das Fondsvermögen (anteilig) von der Fondsleitung übernehmen.²⁶⁴ Wird das gesamte Fondsvermögen «veräussert», ist der übertragende Anlagefonds vorgängig nach Massgabe von Art. 96 KAG aufzulösen.²⁶⁵ Solche Transaktionen dürften bei Immobilien-AF wohl kaum für eine (indirekte) Abspaltung,²⁶⁶ sondern eher im Rahmen einer Veräusserung von Grundstücken bzw. einem Grundstücksportfolio zur Anwendung gelangen.²⁶⁷

3.5.2 (Absorptions-)Fusion von Fondsleitungen

- 49 Die Fusion von Fondsleitungen ist nicht eigenständig geregelt, wonach diese in der Literatur hinsichtlich ihrer Zulässigkeit unter dem KAG als fraglich erscheint.²⁶⁸ Nach altem Recht konnte die Fusion von Fondsleitungen nach Massgabe von Art. 748 aOR durchgeführt werden, wobei neben den aktienrechtlichen Schutzvorkehrungen auch die anlagefondsrechtlichen Bestimmungen über den Wechsel der Fondsleitung (Art. 15 AFG) zu berücksichtigen waren.²⁶⁹ Die h.L. bejaht die Zulässigkeit und die Anwendbarkeit des FusG auf die Fusion zweier Fondsleitungen.²⁷⁰ Wenngleich es sich beim Immobilien-AF um ein vom «eigenen» Vermögen der Fondsleitung abgetrenntes Sondervermögen handelt, gehen kraft Fusion sämtliche Aktiven und Passiven, d.h. alle Rechtspositionen und Verpflichtungen der übertragenden Fondsleitung auf die übernehmende Fondsleitung über (vgl. Art. 22 Abs. 1 FusG). Damit geht auch das Eigentum an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücken zivilrechtlich auf die übernehmende Fondsleitung über.
- 50 Bis zum Inkrafttreten des FINIG und der FINIV qualifizierte die Fusion von Fondsleitungen oder fusionsähnliche Tatbestände als Wechsel der Fondsleitung (Art. 50 Abs. 2 aKKV). Analog der bisherigen Praxis bei Depotbanken ist dies neuerdings aber nicht mehr der Fall.²⁷¹

²⁶⁰ TAGMANN, S. 104 f.; VOGEL *ET AL.*, in: OFK-FusG, Art. 69 Rz. 6a.

²⁶¹ JUTZI, Umstrukturierung, S. 58.

²⁶² STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 7; m.a.W. TAGMANN, S. 104; TAGMANN/OESCH, S. 175. Diese Transaktion hat aufgrund Art. 181 Abs. 4 OR nach FusG zu erfolgen (vgl. JUTZI, Umstrukturierung, S. 52 f.).

²⁶³ TAGMANN, S. 104; STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 7; TAGMANN/OESCH, S. 177.

²⁶⁴ TAGMANN/OESCH, S. 177.

²⁶⁵ TAGMANN, S. 110; TAGMANN/OESCH, S. 177 f.

²⁶⁶ Vgl. WATTER/BÜCHLI, in: BSK-FusG, Art. 29 Rz. 12a.

²⁶⁷ Es stellt sich KAG-rechtlich v.a. die Frage, wie den Fondsanlegern des übertragenden Immobilien-AF als Gegenleistung für die Abspaltung von Grundstücken Fondsanteile am übernehmenden Immobilien-AF zugewiesen werden sollen. Die Fondsleitung hat neue Anteile zuerst den bisherigen Anlegern anzubieten (Art. 66 Abs. 1 KAG), erst wenn diese ihr Bezugsrecht nicht ausgeübt haben, kann die Fondsleitung die Fondsanteile am Markt platzieren (BÜRGI/NORDMANN/MOSKRIC, in: BSK-KAG, Art. 66 Rz. 2a).

²⁶⁸ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 5; vgl. ferner SCHÖNFELD, Rz. 1107.

²⁶⁹ BUTTSCHARDT, in: Komm. AFG, Art. 15 Rz. 12 f. Zur damaligen Wechselwirkung zwischen Aktien- und Anlagefondsrecht bei einer Fusion zweier Fondsleitungen siehe BRAUCHLI, S. 314 ff.

²⁷⁰ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 10; vgl. HESS, Steuern, § 4 Rz. 202; SCHÖNFELD, Rz. 1108; m.a.W. TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 173; BRAUCHLI, S. 320. So genehmigte auch die FINMA eine Fusion nach FusG zwischen den beiden Fondsleitungen Realstone SA und der Salvalor fund management SA (vgl. Realstone, Pressemitteilung vom 14. Dezember 2020).

²⁷¹ Botsch. FIDLEG/FINIG, S. 9030; EFD, Erläuterungen FIDLEV/FINIV/AOV, S. 104. Zu den Auswirkungen des FINIG und FIDLEG auf das Kollektivanlagenrecht siehe PAJER/SIMONE/SPILLMANN, S. 25 ff.

4 Anwendungsbereich der steuerlichen Umstrukturierungsklauseln

4.1 Harmonisiertes steuerliches Umstrukturierungsrecht im DBG bzw. StHG

Mit Inkrafttreten des FusG wurden die bisher starren Formulierungen des steuerlichen Umstrukturierungsrechts im DBG und StHG liberalisiert, auf das geänderte Zivilrecht ausgerichtet und dessen Anwendbarkeit sämtlichen juristischen Personen eröffnet.²⁷² Gemäss Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG werden stille Reserven einer juristischen Person bei Umstrukturierungen, insb. im Fall der Fusion, Spaltung oder Umwandlung, nicht besteuert, soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden. Diese offene Formulierung zeigt an, dass das steuerliche Umstrukturierungsrecht i.S.v. nicht abschliessend aufgezählten Ausnahmen die Steuerneutralität bei Umstrukturierungen regelt²⁷³ und mangels *Numerus clausus* potenziell jeder Umstrukturierungsvorgang (auch ausserhalb des FusG) unter diese Vorschriften fallen kann.²⁷⁴ Damit gemeint sind insb. alle Vorgänge, die wirtschaftlich gesehen zum selben Ergebnis führen wie eine Fusion, Umwandlung oder Spaltung.²⁷⁵ Der übereinstimmende Wortlaut der Vorschriften im DBG und StHG²⁷⁶ führt zu einer entsprechenden Parallelität der Steuerfolgen von Umstrukturierungen,²⁷⁷ insb. bei der auf Bundes- und Kantonebene erhobenen Gewinnsteuer von juristischen Personen²⁷⁸ sowie der in monistischen Kantonen erhobenen Grundstückgewinnsteuer.²⁷⁹ Für Zwecke der kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben, welche auf Bundesebene nicht harmonisiert sind,²⁸⁰ ergibt sich diese Parallelität grundsätzlich²⁸¹ aus Art. 103 FusG, wonach die Erhebung solcher – vorbehaltlich kostendeckender Gebühren – bei Umstrukturierungen insb. nach Art. 24 Abs. 3 und 3^{quater} StHG ausgeschlossen ist.²⁸²

51

4.1.1 Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Im Grundsatz besteht ein steuerrechtlicher Sachverhalt aus zwei Ebenen, namentlich dem wirtschaftlichen Vorgang und dessen zivilrechtliche Ausgestaltung.²⁸³ Ausgangspunkt für die steuerliche Würdigung bildet im Grundsatz die zivilrechtliche Ausgestaltung.²⁸⁴ Das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gebietet die Berücksichtigung des wirtschaftlichen Gehalts eines Sachverhaltes, sodass vom zivilrechtlichen Rechtsvorgang abgewichen werden kann, wenn die wirtschaftliche Bedeutung der tatsächlichen Verhältnisse nicht ihrer zivilrechtlichen Form entspricht.²⁸⁵ Bei steuerrechtlichen Normen, die an wirtschaftliche und nicht vorab zivilrechtliche Gegebenheiten anknüpfen, ist die Zulässigkeit der sog. «wirtschaftlichen Betrachtungsweise» nicht davon abhängig, ob die Voraussetzungen der Steuerumgehung erfüllt sind.²⁸⁶ Die wirtschaftliche Betrachtungsweise findet aber im Grundsteuerrecht seine Grenzen, weil insb. die Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer vorwiegend an zivilrechtliche Gegebenheiten anknüpfen sowie der Tatsache, dass die wirtschaftliche

52

²⁷² Botsch. FusG, S. 4368 f.; WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 1 und 87; REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 3. Der Anwendungsbereich von Art. 61 aDBG bezog sich nur auf Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, wengleich Immobilien-AF bereits damals den übrigen juristischen Personen gleichgestellt wurden (Art. 49 Abs. 2 aDBG).

²⁷³ Botsch. FusG, S. 4371; ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 2.2.

²⁷⁴ WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 3 und 10.

²⁷⁵ WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 88.

²⁷⁶ BGE 138 II 557 E. 5.2.

²⁷⁷ OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 16a.

²⁷⁸ Art. 1 lit. b DBG bzw. Art. 2 Abs. 1 lit. b StHG.

²⁷⁹ Art. 2 Abs. 1 lit. d und Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG.

²⁸⁰ BGer 2C_45/2019 (29. Januar 2020) E. 4.1 m.w.Vw.

²⁸¹ Für Art. 103 FusG ist es nicht entscheidend, ob die Transaktion gewinnsteuerneutral durchgeführt wird, sondern ob die «übrigen» Tatbestandsvoraussetzungen einer Umstrukturierung vorliegen (OESTERHELT/SCHREIBER, S. 113 m.w.Vw.).

²⁸² OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 16a; FISCHER/DORI, S. 261 f. Die Rechtsfolge von Art. 103 FusG ist kein Steueraufschub, sondern eine definitive Steuerbefreiung (OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 28).

²⁸³ BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 30.

²⁸⁴ NABHOLZ, S. 16.

²⁸⁵ NABHOLZ, S. 16; BGE 52 I 273 E. 2; vgl. ferner BGE 45 I 14 E. 2 sowie BGE 46 I 175 E. 2.

²⁸⁶ BGE 115 Ib 238 E. 3b m.Vw. auf BGE 109 Ia 99 E. 2a.

Leistungsfähigkeit des Steuersubjekts hierbei unbedeutend ist.²⁸⁷ Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist faktisch eine vertragsrechtliche Betrachtungsweise, d.h. eine auf einer wirtschaftlichen Sichtweise beruhende vertragsrechtliche Analyse zur Zuordnung von Sachherrschaft, Nutzungsberechtigung und Verfügungsbefugnis zu einer Person.²⁸⁸

4.1.2 Ergebnisorientierter Umstrukturierungsbegriff

53 Der steuerliche Umstrukturierungsbegriff ist ergebnisorientiert, sodass dieser aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise auszulegen ist.²⁸⁹ Folglich ist für die steuerliche Würdigung die Ausgangslage sowie das Endresultat der Transaktion losgelöst von der formellen (zivilrechtlichen) Abwicklung entscheidend.²⁹⁰ Die aus der abweichenden Regelungsaufgabe gegenüber dem Zivilrecht herrührende Unabhängigkeit des Steuerrechts²⁹¹ führt zu ausdrücklich anerkannten Abweichungen der steuerlichen (Umstrukturierungs-)Begriffe von denjenigen des FusG²⁹² bzw. KAG, sodass nicht alle mit dem FusG eingeführten zivilrechtlichen Vorgänge auch gleichzeitig steuerneutral sind.²⁹³

4.1.3 Konstitutive oder deklaratorische Wirkung

54 Unter dem alten Rechte diskutierte die Lehre die Frage, ob die Umstrukturierungsklauseln für einen Steueraufschub eine konstitutive Wirkung entfalten oder lediglich darlegen, was sich ohnehin aus den gewinnsteuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften ergibt.²⁹⁴ Die Praxis folgt(e) dazu einer zweistufigen Vorgehensweise, wonach zuerst geprüft wurde, ob ein Vorgang (überhaupt) als Realisation stiller Reserven gilt und falls ja, ob sodann die Voraussetzungen an eine steuerneutrale Umstrukturierung i.S. eine Ausnahme erfüllt sind.²⁹⁵ Auch nach geltendem Recht gibt es einerseits weiterhin gewisse Umstrukturierungstatbestände, welche nicht als Realisation gelten, sodass den Umstrukturierungsklauseln nur eine deklarative Funktion zukommt.²⁹⁶ Mangels Realisation ist der Steuertatbestand nicht verwirklicht, sodass es auch keinem Steueraufschub bedarf.²⁹⁷ Andererseits gibt es Vorgänge, welche (unter bestimmten Voraussetzungen) steuerneutral durchgeführt werden können, wenngleich sie aus der Sicht des übertragenden Rechtsträgers zu einer Realisation führen würden.²⁹⁸ Somit existieren nach wie vor zahlreiche Umstrukturierungstatbestände bei denen auch ohne Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG keine Besteuerung der übertragenen stillen Reserven erfolgen würde, da diese weder realisiert werden noch eine steuerrechtliche Korrektur zu Anwendung gelangt.²⁹⁹ Die Realisationstatbestände für juristische Personen werden von Art. 58 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 StHG näher umschrieben: Kapitalgewinne werden realisiert entweder durch eine echte (z.B. rechtsgeschäftliche Veräusserung gegen Entgelt), buchmässige (z.B. Aufwertung) oder steuersystematische Realisation.³⁰⁰ Letztere liegt vor, wenn bisher latent steuerbelastete Kapitalgewinne (faktisch) steuerfrei oder von der Steuerpflicht ausgenommen werden.³⁰¹ Steuerneutralität ist im Grundsatz immer dann gegeben, wenn

²⁸⁷ HÖHN/WALDBURGER, S. 39 ff. und 562 f. Damit ist im Grundsteuerrecht regelmässig die juristische Form ungeachtet der wirtschaftlichen Realität (unter Vorbehalt der Steuerumgehung) für die steuerliche Beurteilung massgebend (vgl. BGer 2C_9/2019 [29. Januar 2020] E. 3.3.3).

²⁸⁸ BÖCKLI, Trust, S. 210.

²⁸⁹ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 2.2.2; WEIDMANN, in: FS-Reich, S. 289 f.

²⁹⁰ WEIDMANN, in: FS-Reich, S. 292 f. m.w.H.; ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.1.6; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER, Rz. 1498.

²⁹¹ REICH, Grundriss, S. 4; REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 4.

²⁹² Botsch. FusG, S. 4337 ff. und 4371; ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.1.6; WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 1; VOGEL ET AL., in: OFK-FusG, Vorbemerkungen zu Art. 3-28 Rz. 17. Die steuerlichen Begriffe sind weiter gefasst als jene des Zivilrechts (WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 88).

²⁹³ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 1; VOGEL ET AL., in: OFK-FusG, Art. 1 Rz. 2.

²⁹⁴ Vgl. dazu WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 83.

²⁹⁵ GRETER, S. 329; ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 7 Rz. 192.

²⁹⁶ LOCHER, Steuerrechtliche Folgen des FusG, S. 678 f. Eine Fusion berührt nur die Bilanz, beeinflusst aber grundsätzlich nicht die steuerlich massgebliche Erfolgsrechnung. Es handelt sich damit nicht um einen erfolgswirksamen Geschäftsvorfall (BÖCKLI, Fusions- und Spaltungssteuerrecht, S. 6 und 8).

²⁹⁷ BÖCKLI, Fusions- und Spaltungssteuerrecht, S. 6.

²⁹⁸ Vgl. WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 85.

²⁹⁹ REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 13.

³⁰⁰ Vgl. ZÜGER, in: FS-Reich, S. 126 f.

³⁰¹ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 2.2.2.

keine Liquidation oder Veräusserung vorliegt (subjektive Verknüpfung), die stillen Reserven weiterhin dem Betrieb dienen (objektive Verknüpfung) und das Besteuerungsrecht der stillen Reserven in der Schweiz erhalten bleibt (fiskalische Verknüpfung).³⁰²

4.2 Grundvoraussetzungen für einen Steueraufschub

Wie in Rz. 51 erwähnt werden stille Reserven einer juristischen Person bei Umstrukturierungen nicht besteuert, soweit die Steuerpflicht in der Schweiz fortbesteht und die bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen werden.³⁰³ Neben diesen beiden Grundvoraussetzungen kann allenfalls die Erfüllung weiterer transaktionsspezifischer Voraussetzungen (insb. Sperrfrist und doppeltes Betriebserfordernis) in Abhängigkeit der jeweiligen Umstrukturierungsform verlangt sein.³⁰⁴ Die beiden Grundvoraussetzungen bestimmen im Wesentlichen den Umfang der Steuerneutralität³⁰⁵ und beziehen sich insb. jeweils auf die übernehmende (bzw. umgewandelte) Gesellschaft.³⁰⁶

4.2.1 Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz

Das Erfordernis des Fortbestands der Steuerpflicht in der Schweiz ist dann erfüllt, wenn die übertragenen stillen Reserven auch nach erfolgter Umstrukturierung mit der gleichen oder mit einer gleichartigen Steuer erfasst werden können (fiskalische Verknüpfung der stillen Reserven).³⁰⁷

4.2.2 Fortführung der bisherigen Gewinnsteuerwerte (Buchwertfortführung)

Die zweite Grundvoraussetzung entspricht dem Prinzip der Buchwertverknüpfung, wobei nicht nur eine Fortführung der stillen Reserven in der Steuerbilanz, sondern kraft Massgeblichkeitsprinzip auch in der Handelsbilanz zu erfolgen hat.³⁰⁸

4.2.3 Bei der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer im Besonderen

Der in Art. 103 FusG normierte Verweis, wonach die Erhebung von kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben bei Umstrukturierungen insb. i.S.v. Art. 24 Abs. 3 und 3^{quater} StHG ausgeschlossen ist, wird in der Lehre als missglückt erachtet, weil aufgrund der abweichenden Rechtsnatur der Handänderungssteuer im Vergleich zur Gewinnsteuer (insb. in Bezug auf das Steuerobjekt) die im Umstrukturierungsrecht gewinnsteuerlich geprägten Voraussetzungen nicht unverändert übernommen werden können.³⁰⁹ Daher ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Weiterführung der bisher für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte keine Voraussetzung für die Befreiung von der Handänderungssteuer zufolge Umstrukturierung.³¹⁰ Gleiches gilt für den Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz, weil das Steuersubstrat für die Handänderungssteuer mit den sich in der Schweiz befindlichen Grundstücken verknüpft bleibt.³¹¹ Mithin ist im Handänderungssteuerrecht für die Anwendbarkeit von Art. 103 FusG lediglich auf einen abstrakten Umstrukturierungsbegriff, unter Ausschluss der übrigen Kriterien gemäss StHG, abzustellen.³¹²

Gemäss Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG sind insb. die in Art. 24 Abs. 3 und 3^{quater} StHG genannten Umstrukturierungstatbestände bei der Grundstückgewinnsteuer als steueraufschiebende Veräusserungen zu behandeln. Dadurch werden die Steuerfaktoren von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft überführt, d.h. die historischen Anlagekosten und die latente Steuerlast auf dem aufgelaufenen Mehrwert des Grundstücks unter Anrechnung der allfälligen Haltedauer seit der letzten steuerbegründenden

³⁰² ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 2.2.2.

³⁰³ Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG.

³⁰⁴ OESTERHELT/MARTIN, in: Komm. StHG, Art. 24 Rz. 446.

³⁰⁵ GRÜNBLATT/RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 5 Rz. 34.

³⁰⁶ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.2.1 und 4.2.2.2.2.

³⁰⁷ REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 18; OESTERHELT/MARTIN, in: Komm. StHG, Art. 24 Rz. 450.

³⁰⁸ REICH, § 29 Rz. 47.

³⁰⁹ OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 16 ff.; OESTERHELT, in: Komm. Umstrukturierungen, § 16 Rz. 19 ff.

³¹⁰ BGE 138 II 557 E. 5.2.

³¹¹ BGE 138 II 557 E. 5.2.

³¹² BGE 138 II 557 E. 5.2 *in fine*; FISCHER/DORI, S. 265 f.

55

56

57

58

59

Handänderung.³¹³ Der Gesetzgeber hat allerdings nicht näher bestimmt, ob die gewinnsteuerlichen Voraussetzungen für einen Steueraufschub auch analog für die Grundstückgewinnsteuer gelten.³¹⁴ Diese sind insoweit zu relativieren, als das kein Fortbestand der Gewinnsteuerpflicht zu bestehen hat, wenn der übernehmende Rechtsträger der Grundstückgewinnsteuer unterliegt (Art. 23 Abs. 4 StHG).³¹⁵ Auch kann die Fortführung der bisherigen Gewinnsteuerwerte nicht von Bedeutung sein, weil für die Grundstückgewinnsteuer die Anlagekosten (Art. 12 Abs. 1 StHG) massgeblich sind.³¹⁶ Damit sind die Buchwerte im Grundstückgewinnsteuerrecht systembedingt unerheblich.³¹⁷

4.3 Ausgewählte Umstrukturierungen von juristischen Personen

60 Zur grundsteuerlichen Behandlung von Umstrukturierungen eines Immobilien-AF bedarf es u.a. der Prüfung, ob eine steuerliche Umstrukturierung i.S.d. der Vorschriften des DBG bzw. StHG vorliegt. Hierzu werden die steuerrechtlichen Begriffe jener Katalogtatbestände näher konkretisiert, welche *in casu* mutmasslich einschlägig sein könnten.

4.3.1 Fusion

61 Die Fusion i.S.d. Generalklausel von Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG ist ein Zusammenschluss mit Verschmelzung, d.h. ein Zusammenschluss durch Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven einer oder mehrere Gesellschaften auf eine andere, mit ihr verbundene oder von ihr unabhängige Gesellschaft mit anschliessender oder gleichzeitiger Auflösung der übertragenden juristischen Person.³¹⁸ Steuerlich ist es unerheblich, ob die Übertragung der Aktiven und Passiven zivilrechtlich durch Universalsukzession und anschliessend liquidationsloser Auflösung der übertragenden Gesellschaft (echte Fusion) bzw. durch Singular- oder (partieller) Universalsukzession mit anschliessender Auflösung der übertragenden Gesellschaft durch Liquidation erfolgt (unechte Fusion).³¹⁹ Eine echte Fusion kennzeichnet sich dadurch aus, dass ein Austausch der Anteilsrechte an der übernommenen Gesellschaft gegen solche der übernehmenden Gesellschaft erfolgt, während bei der unechten Fusion vielmehr eine Einlage von Sachwerten gegen Anteilsrechte vorgenommen wird.³²⁰ Das steuerliche Umstrukturierungsrecht sieht bei einer Fusion neben den Grundvoraussetzungen keine weiteren Bedingungen für eine steuerneutrale Übertragung der un versteuerten stillen Reserven vor.³²¹

4.3.2 Umwandlung

62 Der steuerliche Umwandlungsbegriff geht über jenen des Zivilrechts hinaus und erfasst grundsätzlich sämtliche Umstrukturierungsvorgänge, welche «[...] zu einer Änderung des «äusseren Rechtskleids» einer Gesellschaft führen».³²² Eine Umwandlung kann insb. rechtsformändernd oder übertragend erfolgen: Bei einer rechtsformändernden Umwandlung ändert sich lediglich die Rechtsform der betreffenden Gesellschaft unter Fortbestand aller vermögens- und mitgliedschaftsrechtlichen Beziehungen (Wahrung der wirtschaftlichen und rechtlichen Identität).³²³ Bei der übertragenden Umwandlung hingegen wird die bisherige Gesellschaft mit Liquidation aufgelöst und deren Aktiven und Passiven in ihrer Gesamtheit mittels Singular- oder (partieller) Universalsukzession auf eine für Zwecke der Umwandlung neu gegründete Gesellschaft in der angestrebten Zielrechtsform übertragen.³²⁴ Die bisherigen Anteilsinhaber

³¹³ VON DER CRONE *ET AL.*, § 10 Rz. 1368; vgl. ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 7 Rz. 199; MÜLLER/SCHREIBER, in: Komm. Umstrukturierungen, § 2 Rz. 342; GRÜNBLATT/RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 5 Rz. 235.

³¹⁴ Vgl. HELBING/FELBER, in: Komm. Umstrukturierungen, § 9 Rz. 172.

³¹⁵ OESTERHELT, Umstrukturierung einer Vorsorgestiftung, S. 161.

³¹⁶ HELBING/FELBER, in: Komm. Umstrukturierungen, § 9 Rz. 172.

³¹⁷ BAUER-BALMELLI/HARBEKE, S. 495 f.

³¹⁸ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.1.6 und 4.1.3.1; vgl. Botsch. FusG, S. 4355 und 4392 m.w.Vw.

³¹⁹ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.1.6 und 4.1.1.2 sowie 4.1.1.3; WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 8 und 22.

³²⁰ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.1.1.

³²¹ Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG; ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.2.1.

³²² MÜLLER/OESTERHELT, in: Komm. Umstrukturierungen, § 4 Rz. 14; vgl. HESS, Steuern, § 12 Rz. 383.

³²³ Botsch. FusG, S. 4357 und 4446; MORSCHER, in: BSK-FusG, Art. 1 Rz. 44; ROMERIO, in: BSK-FusG, Art. 53 Rz. 9.

³²⁴ MÜLLER/OESTERHELT, in: Komm. Umstrukturierungen, § 4 Rz. 14; Botsch. FusG, S. 4357 f.; TRIEBOLD, in: CHK-FusG, Art. 53 Rz. 4.

erhalten sodann Anteilsrechte an der (Ziel-)Gesellschaft.³²⁵ Das steuerliche Umstrukturierungsrecht sieht bei einer Umwandlung neben den Grundvoraussetzungen keine weiteren Bedingungen für eine gewinnsteuerneutrale Umstrukturierung vor.³²⁶

4.3.3 Spaltung

Mittels Spaltung überträgt eine Gesellschaft ihre Vermögensteile durch (partielle) Universalsukzession auf eine (oder mehrere) andere Gesellschaft(en) gegen die Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten dieser übernehmenden Gesellschaft(en) an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft.³²⁷ Die Spaltung kann entweder symmetrisch oder asymmetrisch erfolgen, wobei bei ersterer die Beteiligungsverhältnisse an den aus der Spaltung hervorgehenden oder verbleibenden Gesellschaften gleich wie an der gespalteten Gesellschaft sind, während bei letzterer sich aus Sicht der Gesellschafter ein abweichendes Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung einstellt. Ferner können durch Spaltung einer Gesellschaft entweder zwei neue Gesellschaften durch Untergang der spaltenden Gesellschaft hervorgehen (Aufspaltung) oder lediglich Vermögenswerte auf eine andere bestehende oder neu errichtete Gesellschaft übertragen werden (Abspaltung). Bei der Aufspaltung wird das gesamte Vermögen in zwei oder mehrere Teile aufgeteilt und diese sodann auf die übernehmende(n) Gesellschaft(en) übertragen, während bei der Abspaltung lediglich (mehrere) einzelne Vermögensteile übertragen werden.³²⁸ Neben den Grundvoraussetzungen ist eine gewinnsteuerneutrale Spaltung nur dann möglich, wenn ein oder mehrere Betriebe oder Teilbetriebe übertragen werden und die nach der Spaltung bestehenden juristischen Personen einen Betrieb oder Teilbetrieb weiterführen (sog. doppeltes Betriebserfordernis).³²⁹

Im Immobilienkontext stellt nach Praxis der ESTV das Halten und Verwalten eigener Immobilien nur dann einen Betrieb dar, wenn kumulativ (i) ein Marktauftritt erfolgt oder Betriebsliegenschaften an Konzerngesellschaften vermietet werden, (ii) eine Vollzeitstelle für die Verwaltung der Immobilien beschäftigt oder beauftragt wird und (iii) die Mieterträge mind. das 20-fache des marktüblichen Personalaufwands für die Immobilienverwaltung betragen.³³⁰ Diese Voraussetzungen beziehen sich auf Immobilienverwaltungsgesellschaften, wohingegen beim Liegenschaftenhandel eine Betriebsaktivität angenommen wird.³³¹

4.4 Bei Handänderungen an Grundstücken

4.4.1 Zufolge Umstrukturierung

Bei zahlreichen Umstrukturierungen werden Vermögenswerte auf einen anderen Rechtsträger übertragen, wobei deren Rechtsfolge häufig zu Eigentumsänderungen an Grundstücken führt.³³² Eine durch einen Umstrukturierungsvorgang begründete zivilrechtliche Handänderung erfüllt bereits an sich den Steuertatbestand³³³ der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer.³³⁴ Mit der (entgeltlichen) Übertragung von Vermögenswerten in Zusammenhang steht ferner die Frage der Gewinnverwirklichung.³³⁵ Infolge Handänderungen an Grundstücken geht damit die Frage einher, unter welchen Voraussetzungen die stillen Reserven «[...] trotz des entgeltlichen Subjektwechsels steuerneutral auf andere Steuersubjekte übertragen werden können».³³⁶ Eine zur Gewinnrealisation führende Handänderung an einem Grundstück kann gemeinhin zivilrechtlich oder wirtschaftlich erfolgen, wobei der Steuerschub bzw. die Steu-

³²⁵ WEIDMANN, in: FS-Reich, S. 296 f.; ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.2.1.1.

³²⁶ Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG; ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.2.1.2.1.

³²⁷ Vgl. WATTER/BÜCHI, in: BSK-FusG, Art. 29 Rz. 2 und 9.

³²⁸ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.3.1; vgl. Botsch. FusG, S. 4355 f. und 4431.

³²⁹ Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 lit. b StHG; ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.3.2.1.

³³⁰ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.3.2.1 und 4.3.2.8.

³³¹ GRÜNBLATT/RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 5 Rz. 63; REICH/TADDEI/OESTERHELT, in: Komm. DBG, Art. 61 Rz. 195.

³³² REICH, § 20 Rz. 34 und § 25 Rz. 50.

³³³ Bericht Arbeitsgruppe Steuern, S. 14.

³³⁴ REICH, § 7 Rz. 70; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 73 m.w.H.

³³⁵ REICH, § 20 Rz. 35 und 40.

³³⁶ REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 9.

63

64

65

erbefreiung – bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen an die Steuerneutralität – ungeachtet ihrer Art erfolgt.³³⁷ Im Lichte der (wirtschaftlichen) Zugehörigkeit der Grundstücke zum Immobilien-AF kommt dem Verhältnis bzw. der Koexistenz zwischen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Handänderung im Grundstückgewinn- und Handänderungssteuerrecht eine besondere Bedeutung zu, weil Sachverhalte eintreten können, in denen zwar zivilrechtlich Eigentum an Grundstücken übertragen wird, wirtschaftlich gesehen aber die Verfügungsgewalt über diese nicht ändert bzw. der direkte Grundbesitz unverändert gewinn- und kapitalsteuerlich vom selben Immobilien-AF zu versteuern ist.

4.4.2 Im Grundstückgewinnsteuerrecht (Art. 12 StHG)

66 Die Grundstückgewinnsteuerpflicht wird durch jede zivilrechtliche³³⁸ Eigentumsübertragung (Veräusserung bzw. Handänderung) ungeachtet ihres wirtschaftlichen Gehalts³³⁹ begründet (Art. 12 Abs. 2 StHG). Der in Art. 12 Abs. 2 StHG verwendete Veräusserungsbegriff entstammt nicht dem Zivilrecht, muss aber als Übertragung von sachenrechtlichem Eigentum verstanden werden, denn andernfalls würde die in Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG vorgesehene Erfassung der «wirtschaftlichen» Veräusserung sich ihrem Sinn entledigen.³⁴⁰ Für eine zivilrechtliche Handänderung bedarf es einem gültigen Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft oder gesetzlicher Erwerbstatbestand) und der Eintragung im Grundbuch (Verfügungsgeschäft).³⁴¹ Der (sachenrechtliche) Eigentumserwerb kann dabei rechtsgeschäftlich oder nicht rechtsgeschäftlich erfolgen: Bei ersterem besteht der Rechtsgrund insb. aus Vertrag (meist in Erscheinung des Kaufvertrags),³⁴² welcher zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf.³⁴³ Beim nicht rechtsgeschäftlichen (ausserbuchlichen) Erwerb von Grundeigentum hingegen besteht der Rechtsgrund in einer speziellen gesetzlichen Bestimmung, wie bspw. bei der Eigentumsübertragung infolge Umstrukturierung gemäss FusG (vgl. Art. 104 Abs. 1 FusG).³⁴⁴ Eine zivilrechtliche Handänderung führt aber nur dann zur Erhebung der Grundstückgewinnsteuer, wenn dadurch (i) sachenrechtliches Eigentum an Grundstücken vom bisherigen Rechtsträger auf einen anderen, (ii) gegen Entgelt übertragen wird, (iii) das Verfügungsgeschäft (i.d.R.) einer Eintragung im Grundbuch bedarf,³⁴⁵ und (iii) der Erlös die Anlagekosten übersteigt.³⁴⁶ Eine unentgeltliche Veräusserung qualifiziert namentlich nicht als steuerbare Handänderung, weil damit kein Wertzuwachsgegninn bewirkt wird.³⁴⁷

³³⁷ Im Grundstückgewinnsteuerrecht (monistisches System) kann aufgrund des Verweises von Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG auch die wirtschaftliche Handänderung (Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG) steuerneutral erfolgen (GRÜNBLATT/RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 5 Rz. 232; vgl. ZWAHLEN/NYFFENEGGER, in: Komm. StHG, Art. 12 Rz. 35; KUNZ, S. 416; PFENNINGER-BISCHOFBERGER, S. 170). Im dualistischen System bedarf es keiner eigenständigen Bestimmung für den Steueraufschub von Handänderungen an Grundstücken zufolge Umstrukturierung, weil die Übertragung der stillen Reserven aufgrund von Art. 24 Abs. 3 und 3^{ter} StHG privilegiert wird (KELLER, in: SHK-FusG, Art. 12 StHG Rz. 8). Wird im kantonalen Handänderungssteuerrecht auch die wirtschaftliche Handänderung erfasst, erfolgt eine Steuerbefreiung ebenfalls über Art. 103 FusG.

³³⁸ BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.1; ZWAHLEN/NYFFENEGGER, in: Komm. StHG, Art. 12 Rz. 31.

³³⁹ ROHNER/BOLLIGER, S. 98. Damit ist es irrelevant, ob zugleich auch die wirtschaftliche Verfügungsgewalt auf den Erwerber übergeht (RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 73).

³⁴⁰ ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 6 Rz. 3; BGer 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 2.2.1. Art. 12 Abs. 2 StHG spricht lediglich von der «Veräusserung eines Grundstücks». Die Essenz des Grundtatbestandes liegt in der Übertragung des dinglichen Vollrechts (BGer 2C_138/2014 [12. Dezember 2014] E. 2.3.1).

³⁴¹ REY, Rz. 311 und 314.

³⁴² REY, Rz. 1327.

³⁴³ Art. 657 Abs. 1 ZGB und Art. 216 Abs. 1 OR.

³⁴⁴ REY, Rz. 1544; STREBEL, in: BSK-ZGB II, Art. 656 Rz. 36.

³⁴⁵ Als wohl einzige Ausnahme gilt die Änderung im Gesellschafterbestand von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Wenn gleich keine Eintragung im Grundbuch erfolgt kann dadurch sachenrechtliches Grundeigentum erworben werden. Dieser Vorgang gilt als eine der Grundstückgewinnsteuer unterliegende zivilrechtliche Handänderung (RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 20 und 56).

³⁴⁶ ROHNER/BOLLIGER, S. 98; ZWAHLEN/NYFFENEGGER, in: Komm. StHG, Art. 12 Rz. 32 m.w.Vw.

³⁴⁷ ZWAHLEN/NYFFENEGGER, in: Komm. StHG, Art. 12 Rz. 32 und 33. Entgeltlichkeit ist immer dann anzunehmen, wenn die Hingabe des Grundstücks gegen eine Gegenleistung erfolgt (RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 9).

Neben der zivilrechtlichen Handänderung wird auch bei Rechtsgeschäften ein der Grundstückgewinnsteuer³⁴⁸ unterliegender Eigentumsübergang angenommen, wenn damit die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über ein Grundstück vom bisherigen Verfügungsberechtigten auf einen Dritten übergeht ohne dass sich dadurch die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse am Grundstück ändern.³⁴⁹ Der Steuertatbestand der wirtschaftlichen Handänderung existiert damit subsidiär zur zivilrechtlichen Handänderung und ist nur dann erfüllt, wenn die Verfügungsgewalt vom bisherigen Eigentümer nicht auf den neuen (zivilrechtlichen) Eigentümer, sondern auf einen Dritten übertragen wird.³⁵⁰ Dies ist bei jenen Rechtsgeschäften anzunehmen, wenn «[...] die wesentlichen Teile der am Grundeigentum innewohnenden Verfügungsmacht rechtsgeschäftlich übertragen werden, so dass das Rechtsgeschäft tatsächlich und wirtschaftlich wie eine zivilrechtliche Handänderung wirkt».³⁵¹ Dies ist dann zu bejahen, wenn der Erwerber tatsächlich und rechtlich eine eigentümerähnliche Stellung einnimmt, die (weitgehend) jener des zivilrechtlichen Eigentümers (i.S.v. Art. 641 Abs. 1 ZGB) entspricht und dieser von den damit verbundenen Befugnissen auch wirklich Gebrauch macht.³⁵² Diese Verfügungsgewalt umfasst in tatsächlicher Hinsicht (tatsächliche Verfügungsgewalt) die Befugnis auf Besitz, Gebrauch, Fruchtgenuss, Änderung, Trennung, Verschlechterung oder Zerstörung und in rechtlicher Hinsicht (rechtliche Verfügungsbefugnis) die Befugnis auf Verkauf, Schenkung oder Belastung des Grundstücks.³⁵³ Nach dem gesagten kann gemäss ROHNER/BOLLIGER eine wirtschaftliche Handänderung aber nur dann vorliegen, wenn der Erwerber rechtlich oder tatsächlich in die Position gelangt, das Grundstück auch zu veräussern bzw. zu belasten.³⁵⁴ Die eigentümerähnliche Stellung entsteht damit durch «[...] eine im Rechtssystem durchsetzbare Kombination von Forderungs- und anderen Rechten».³⁵⁵

Der in der Praxis wohl wichtigste Anwendungs- bzw. Spezialfall³⁵⁶ des Generaltatbestandes einer wirtschaftlichen Handänderung (Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG) ist die Übertragung der Mehrheit der Anteile an einer Immobiliengesellschaft.³⁵⁷ In diesem Fall ist eine wirtschaftliche Handänderung dann erfüllt, wenn (i) ein oder mehrere Anteilseigner gemeinsam, (ii) die Gesamtheit oder zumindest eine Mehrheitsbeteiligung, (iii) einer Gesellschaft, die im Zeitpunkt der Veräusserung als Immobiliengesellschaft qualifiziert, (iv) an einen einzigen Erwerber oder an mehrere Erwerber übertragen, die sich so miteinander verbunden haben, «dass sie in der Lage sind, die erworbenen Stimmrechte und damit die Verfügungsmacht gemeinsam auszuüben».³⁵⁸ Somit erlangt der Erwerber (bzw. die Erwerber) die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt über das zur Hauptsache aus Grundstücken bestehende Gesellschaftsvermögen und folglich eine eigentümerähnliche Stellung.³⁵⁹ Der Anteilsinhaber übt damit die Rechte des Liegenschaftseigentümers aus.³⁶⁰

³⁴⁸ Soweit das kantonale Recht bei Handänderungen auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise abstellt (BGer 2C_643/2017 [15. Januar 2019] E. 2.4).

³⁴⁹ BGer 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 3.2; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 60; VAN DER HAEGEN-GRABER, S. 78 Fn. 6 m.w.Vw.; ZUPPINGER, S. 462; vgl. ferner Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG.

³⁵⁰ ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 6 Rz. 4, 15 und 44; REICH, § 20 Rz. 20 und 22.

³⁵¹ BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.2.

³⁵² BGer 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 3.4.4; BGer 2C_355/2009 (19. November 2009) E. 4.3; VGer (ZH) SB.2000.42 (10. Januar 2011) E. 3a; ROHNER/BOLLIGER, S. 102 f. und 104.

³⁵³ BGer 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 2.3.1. Bei der wirtschaftlichen Handänderung müssen aber nicht sämtliche Befugnisse eines zivilrechtlichen Eigentümers übertragen werden (ROHNER/BOLLIGER, S. 103).

³⁵⁴ ROHNER/BOLLIGER, S. 104.

³⁵⁵ BÖCKLI, Trust, S. 210.

³⁵⁶ Der Generaltatbestand der wirtschaftlichen Handänderung beschränkt sich nicht nur auf die Übertragung der Mehrheit der Anteile an einer Immobiliengesellschaft (vgl. ZWAHLEN/NYFFENEGGER, in: Komm. StHG, Art. 12 Rz. 34; ROHNER/BOLLIGER, S. 104; MARGRAF, wirtschaftliche Handänderungen, S. 452; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 110).

³⁵⁷ BGer 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 3.2; BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.3; MARGRAF, wirtschaftliche Handänderungen, S. 452.

³⁵⁸ BEILSTEIN/WATTER, S. 826. Zu den Voraussetzungen vgl. ferner BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 3.1; BGer 2P.168/1998 (9. Juli 1999) E. 2c; BGE 103 Ia 159 E. 4c; BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK, S. 816; SCHWAB, S. 33 f.

³⁵⁹ BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.3.2. m.w.Vw.

³⁶⁰ PEDROLI, S. 10.

4.4.2.1. *Qualifikation als Immobiliengesellschaft*

69 Wenngleich der Begriff der «Immobiliengesellschaft» in einschlägige Bestimmungen des Steuerrechts (z.B. Art. 207 Abs. 1 DBG, Art. 12 Abs. 2 lit. d StHG) oder dem Aktien- und Börsenrecht (insb. Art. 77 KR) Eingang gefunden hat, fehlt es an einer eigenständigen Legaldefinition. Der in Praxis vorkommenden Variantenreichtum an Immobiliengesellschaften erschwert eine konkrete Begriffsdefinition, wie auch die Abgrenzung von einer Betriebsgesellschaft mit Grundbesitz.³⁶¹ Gemäss Bundesgericht liegt eine Immobiliengesellschaft dann vor, wenn der (Gesellschafts-)Zweck oder die tatsächliche Tätigkeit der Gesellschaft ausschliesslich oder zur Hauptsache im Erwerb, Besitz, Überbauung, Verwaltung und in der Veräusserung von Grundstücken i.S.v. Art. 655 ZGB besteht und sich ihre Aktiven zu mindestens zwei Dritteln aus solchen Grundstücken zusammensetzen.³⁶² Unter dem vom Bundesgericht verwendeten Gesellschaftsbegriff sind allerdings nur die Körperschaften gemeint (d.h. AG, GmbH, Genossenschaft oder Kommandit-AG), weil auch nur auf deren Namen kraft Rechtspersönlichkeit Grundstücke im Grundbuch eingetragen werden können.³⁶³ Ferner ist das Kriterium der Zusammensetzung der Aktiven nicht ausschliesslich massgebend, denn so kann auch eine Gesellschaft deren Aktiven zu rund 90% aus Grundstücken bestehen, keine Immobiliengesellschaft sein, wenn der Grundbesitz im Wesentlichen nur die sachliche Grundlage für einen Fabrikations-, Handels- oder sonstigen Geschäftsbetrieb bildet.³⁶⁴ Ein Teil der Lehre³⁶⁵ befürwortet sodann, dass neben der Zusammensetzung der Aktiven, auch die Erträge der Gesellschaft mehrheitlich aus den Grundstücken herrühren müssen. Ob eine wirtschaftliche Handänderung vorliegt bestimmt sich primär aus der Sicht des steuerpflichtigen Veräusserers und nach der tatsächlichen Tätigkeit der Gesellschaft³⁶⁶ im Zeitpunkt der Veräusserung³⁶⁷ unter Einnahme einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise.³⁶⁸ So setzt die Qualifikation als Immobiliengesellschaft nicht zwingend direkten Grundbesitz voraus, denn auch die Übertragung der Mehrheitsbeteiligung an einer Holdinggesellschaft kann eine wirtschaftliche Handänderung begründen, soweit sich ihre Aktiven wiederum zur Mehrheit aus Beteiligungen an Immobiliengesellschaften zusammensetzen.³⁶⁹

4.4.2.2. *Übertragung der Verfügungsgewalt*

70 Damit die wirtschaftliche Handänderung in diesem Hauptanwendungsfall in Bezug auf die Verfügungsgewalt wie eine Veräusserung wirken kann, muss die Gesamtheit oder überwiegende Mehrheit der Anteile an einer Immobiliengesellschaft übertragen werden. Dies kann auch durch einen beabsichtigten gestaffelten Verkauf³⁷⁰ erfolgen oder auch dann eintreten, wenn mehrere Minderheitsaktionäre ihre Aktien gleichzeitig sowie im Zusammenwirken mit anderen Aktionären veräussern.³⁷¹ Entscheidend ist allerdings, dass auf Seiten des Erwerbers auch mindestens die Mehrheit der Anteile übernommen wird, denn anderenfalls fehlt es am Übergang der Verfügungsgewalt.³⁷²

³⁶¹ Vgl. LUCHSINGER GÄHWILER, in: FS-Forstmoser, S 287.

³⁶² BGer 2C_643/2017 (15. Januar 2019) E. 2.4; BGer 2C_641/2009 (21. Januar 2010) E. 5.1; BGer 2C_355/2009 (19. November 2009) E. 5.1; grundlegend BGE 111 Ia 220 E. 2c; BGE 104 Ia 251 E. 3a; BGE 99 Ia 459 E. 3c; BGE 111 Ia 220 E. 2c.

³⁶³ LINDER/LAMPRECHT, S. 13 f.; SCHWAB, S. 6; THOMAS, S. 153. So auch die Steuerpraxis im Kanton BE (vgl. StV BE, Merkblatt H, Ziff. 1.2).

³⁶⁴ BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.5 und 2.5.1; grundlegend BGE 99 Ia 459 E. 3c. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung nie auf nur ein einziges Merkmal abgestellt (BGer 2C_643/2017 [15. Januar 2019] E. 2.4).

³⁶⁵ SCHWAB, S. 19; WALKER, S. 33 ff.; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 95; LOCHER, in: Komm. DBG III, Art. 207 Rz. 4.

³⁶⁶ BGer 2P.57/1988 (18. Juni 1988) E. 3c und 3d; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 104 Fn. 11.

³⁶⁷ BGer 2C_355/2009 (19. November 2009) E. 5.

³⁶⁸ ROHNER/BOLLIGER, S. 113; ROHNER, S. 305 m.Vw. auf BGE 103 Ia 159 E. 4a.

³⁶⁹ BGE 103 Ia 159 E. 4c; BGer 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 2.3.3; BGer 2P.151/2003 (11. Februar 2004) E. 4.

³⁷⁰ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 100.

³⁷¹ BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.3.3; BGer 2P.168/1998 (9. Juli 1999) E. 2c; BGE 103 Ia 159 E. 4b.

³⁷² BEILSTEIN/WATTER, S. 825 f.; BAUER-BALMELLI/KUNZ-SCHENK, S. 816.

4.4.2.3. Restriktive Auslegung

Eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG bedingt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der Generalatbestand der wirtschaftlichen Handänderung nicht leichthin als erfüllt gelten darf.³⁷³ Die Gleichstellung eines solchen wirtschaftlichen Vorganges mit einer zivilrechtlichen Handänderung ist nur dann zu bejahen, soweit sämtliche «[...] Befugnisse umfassend auf den Käufer übergehen und einzig der Grundbucheintrag als äusseres Merkmal (noch) aussteht».³⁷⁴ Im Lichte des Legalitätsprinzips ist damit eine restriktive Auslegung der wirtschaftlichen Handänderung angezeigt.³⁷⁵ Zur Beurteilung ist die konkrete Sachlage umfassend zu prüfen, d.h. die vertraglichen Vereinbarungen auszulegen, Beweggründe der Parteien zu analysieren und bei der Qualifikation einer Gesellschaft als Immobiliengesellschaft auf objektive Merkmale abzustellen.³⁷⁶

71

4.4.3 Im Handänderungssteuerrecht

Steuerobjekt der Handänderungssteuer ist die (entgeltliche und z.T. auch unentgeltliche) Übertragung eines dinglichen Rechtes von im Kanton bzw. in der Gemeinde gelegenen Grundstückes.³⁷⁷ Sie ist allerdings auf Bundesebene nicht harmonisiert (Art. 129 Abs. 1 BV), sodass die Bestimmungen darüber rein kantonales Recht darstellen.³⁷⁸ Bei einer Umstrukturierung wäre eine allfällige Handänderungssteuer auf dem gesamten Grundeigentum geschuldet, welcher im Rahmen der Umstrukturierung auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird.³⁷⁹ Bemessungsgrundlage stellt grundsätzlich der Kauf-/Erwerbspreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers dar. Bei Fehlen eines solchen wird auf einen Ersatzwert, insb. auf den zum Zeitpunkt der Veräusserung geltenden Verkehrswert des Grundstückes oder dessen amtlichen Wert (z.B. Steuer- oder Katasterwert), abgestellt.³⁸⁰ Grundsätzlich knüpfen die Handänderungssteuern primär am Übergang des zivilrechtlichen Eigentums an, wobei dabei regelmässig auch weitere Vorgänge der Steuer unterworfen werden, die sich wirtschaftlich wie ein Eigentumsübergang auswirken.³⁸¹ Regelmässig ist eine zivilrechtlich Handänderung auch dann steuerbar, wenn sich die wirtschaftliche Verfügungsgewalt eigentlich nicht geändert hat.³⁸² Das kantonale Handänderungssteuerrecht kann selbst im Rahmen von wirtschaftlichen Handänderungen auf einer streng zivilrechtlichen Sichtweise beruhen oder aber eher wirtschaftlich ausgerichtet sein.³⁸³ Die handänderungssteuerliche Erfassung einer wirtschaftlichen Handänderung bedeutet jedoch nicht automatisch, dass eine zivilrechtliche Handänderung, soweit das Gesetz beide Vorgänge als steuerbar erklärt, nicht besteuert wird.³⁸⁴ Die Koexistenz der zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Handänderung, welche im Grundsatz nicht stossend ist,³⁸⁵ kann aber zu einer Kumulation steuerbarer Handänderungen führen. Soweit das Gesetz eine primäre zivilrechtliche Betrachtungsweise einnimmt und keine Befreiung der betreffenden zivilrechtlichen Handänderung angeordnet wird, kann es in bestimmten Konstellationen zu einer doppelten Erhebung der Handänderungssteuer kommen.³⁸⁶

72

³⁷³ BGE 140 II 289 E. 3.2; BGer 2C_723/2013 (1. Dezember 2014) E. 3.3.3; BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.4.2.

³⁷⁴ BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.4.2.

³⁷⁵ BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.4.2; BGer 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 2.3.1.

³⁷⁶ BGer 2C_1044/2014 (26. November 2015) E. 2.4.3; BGer 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 2.3.1; ZUPPINGER, S. 463.

³⁷⁷ ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 1.2.2, 2.2 und 4. Die Handänderungssteuer wird damit durch ein Rechtsgeschäft ausgelöst (BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 241 f.).

³⁷⁸ BGer 2C_45/2019 (29. Januar 2020) E. 4.1 m.w.Vw.

³⁷⁹ Botsch. FusG, S. 4380.

³⁸⁰ ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 6.1.

³⁸¹ BGer 2C_45/2019 (29. Januar 2020) E. 4.1 m.w.Vw.

³⁸² Vgl. StV BL, Baselbieter StB Bd. 3, 72 Nr. 1 Ziff. 1; Dienststelle Steuern LU, Weisungen HStG, § 2 Rz. 8. Nicht aber im Kanton SO (vgl. StA SO, Praxis Handänderungssteuer, Ziff. 2.3.1).

³⁸³ BGer 2C_20/2012 (24. April 2012) E. 3.3.2.

³⁸⁴ BGE 86 I 18, 21 f.; BGer 2C_9/2019 (29. Januar 2020) E. 3.3.3; BGer 2C_20/2012 (24. April 2012) E. 3.3.2.

³⁸⁵ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 77.

³⁸⁶ BGer 2C_20/2012 (24. April 2012) E. 3.3.2.

73 Bei der Umschreibung der steuerbegründenden wirtschaftlichen Handänderung stellen einige Kantone auf den Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG (Generalklausel) ab.³⁸⁷ Andere Kantone umschreiben den Tatbestand der wirtschaftlichen Handänderung enger bzw. abschliessend, wonach insb. nur jene Rechtsgeschäfte der zivilrechtlichen Handänderung gleichgestellt werden, bei welchen die Mehrheit der Anteile an einer Immobiliengesellschaft übertragen werden.³⁸⁸ In seiner Rechtsprechung zur Handänderungssteuer scheint sich das Bundesgericht allerdings stark an der Auslegung der wirtschaftlichen Handänderung im Grundstückgewinnsteuerrecht anzulehnen,³⁸⁹ sodass von einem einheitlichen Begriffsverständnis auszugehen ist. Die Umschreibung der steuerbegründenden Tatbestände erfolgt in Abhängigkeit der Ausprägung der zivilrechtlichen bzw. wirtschaftlichen Betrachtungsweise im jeweiligen Handänderungssteuerrecht, wobei sich folgende (Grob-)Kategorisierung beobachten lässt: (i) primäre zivilrechtliche Betrachtungsweise ohne Generalklausel für die wirtschaftliche Handänderung³⁹⁰ (ii) vorwiegend zivilrechtliche Betrachtungsweise mit Gleichstellung der wirtschaftlichen Handänderung i.S. einer Generalklausel³⁹¹ oder (iii) primäre wirtschaftliche Betrachtungsweise i.S. einer Generalklausel und sekundärer Bedeutung der zivilrechtlichen Handänderung.³⁹²

³⁸⁷ Bspw. die Kantone BL (§ 81 Abs. 2 lit. a StG BL), LU (§ 2 Abs. 1 Ziff. 3 HStG LU), OW (Art. 157 Abs. 1 lit. a StG OW) und SG (Art. 241 Abs. 2 StG SG).

³⁸⁸ Bspw. die Kantone BE (Art. 5 Abs. 2 lit. b HG BE), BS (§ 3 Abs. 3 lit. f HStG BS) oder FR (Art. 4 Abs. 1 lit. e HGSStG FR).

³⁸⁹ BGer 2C_643/2017 (15. Januar 2019) E. 2.4 m.Vw. auf den die Ermittlung des steuerbaren Grundstückgewinns betreffenden BGE 111 Ia 220 E. 2c. Nichts anderes indiziert die Begriffsverwendung, wenn das Bundesgericht ein der «Gewinn- oder Handänderungssteuer» unterliegender Eigentumsübergang annimmt, wenn die Gesamtheit oder die überwiegende Mehrheit der Aktien einer Immobiliengesellschaft veräussert wird (vgl. BGer 2C_643/2017 [15. Januar 2019] E. 2.4; BGer 2C_1044/2014 [26. November 2015] E. 2.1).

³⁹⁰ In den Kantonen VD (Art. 2 LMSD VD) und GE (Art. 3 LDE GE) löst eine wirtschaftliche Handänderung grundsätzlich keine Handänderungssteuer aus (vgl. OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 159d). Einige Kantone umschreiben die der zivilrechtlichen Handänderung gleichgestellten Steuertatbestände enger bzw. abschliessend und beziehen sich dabei u.a. explizit nur auf die Übertragung einer Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft (bspw. die Kantone BE, BS und FR; vgl. Fn. 388).

³⁹¹ Bspw. die Kantone SG, OW und BL (vgl. Fn. 387).

³⁹² So löst im Kanton GR eine zivilrechtliche Handänderung, durch welche die wirtschaftliche Verfügungsgewalt über das Grundstück nicht ändert, die Handänderungssteuer nicht aus (BGer 2C_45/2019 [29. Januar 2020] E. 3; Botsch. GKStG GR, S. 216; CALOURI/PENG, S. 61). Im Kanton SO sind Handänderungen nur dann steuerbar, wenn die wirtschaftliche Verfügungsgewalt durch ein Rechtsgeschäft übertragen wird (StA SO, Praxis Handänderungssteuer, Ziff. 2.3.1). Für eine allgemeine Übersicht betreffend die Umschreibung der steuerbaren Tatbestände in den einzelnen Kantonen siehe ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 4.

5 Grundsteuerliche Behandlung

5.1 Einleitende Vorbemerkungen und Annahmen

Zur grundsteuerlichen Behandlung von Umstrukturierungen eines Immobilien-AF bedarf es einiger Vorbemerkungen hinsichtlich ihrer Steuersubjektqualität, der steuerrechtlichen Massgeblichkeit der Jahresrechnung und der Übertragungsmodalitäten. Der Belegenheitsort der Grundstücke eines Immobilien-AF (monistischer bzw. dualistischer) Kanton hat keinen Einfluss darauf, ob eine allfällige Umstrukturierung steuerneutral erfolgt oder nicht.³⁹³ Die meisten Umstrukturierungen haben von Gesetzes wegen für die Anleger und den Immobilien-AF kostenneutral zu erfolgen, sodass die Fondsleitung die aus einer Umstrukturierung allenfalls resultierenden Grundsteuern selbst zu tragen hätte (Art. 114 Abs. 1 lit. e KKV). Nachfolgend wird nicht näher auf Umstrukturierungen eingegangen, deren Zulässigkeit bislang weitgehend fraglich ist.³⁹⁴

74

5.1.1 Übergreifende Steuersubjektqualität

Im Lichte der direktsteuerlichen Behandlung von Immobilien-AF hat der Gesetzgeber mittels expliziter Gleichstellung eine Steuerpflicht besonderer Art³⁹⁵ geschaffen und lässt damit den (eigentlich) rechtspersönlichkeitslosen Immobilien-AF eine autonome Steuersubjektqualität³⁹⁶ zukommen. Damit sind die Immobilien-AF für Zwecke der Gewinn- und Kapitalsteuer steuerrechtsfähig.³⁹⁷

75

Wenngleich sich das StHG nicht konkret dazu äussert, gilt jene juristische Person als grundstückgewinnsteuerpflichtig, welche der subjektiven Steuerpflicht unterliegt (Art. 20 Abs. 1 StHG) und einen steuerbaren Grundstücksgewinn (Art. 12 Abs. 1 StHG) realisiert.³⁹⁸ Steuersubjekt der Grundstückgewinnsteuer ist in allen Kantonen der Veräusserer,³⁹⁹ d.h. bei zivilrechtlichen Handänderungen jene juristische Person, die einem Dritten das Eigentum am Grundstück überträgt.⁴⁰⁰ Gemeint ist damit die als zivilrechtliche Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragene juristische Person (*in casu* Fondsleitung).⁴⁰¹ Für die Steuerpflicht im Grundstückgewinnsteuerrecht ist damit irrelevant, wem der Grundstücksgewinn endgültig zufließt, d.h. die Besteuerung erfolgt somit nicht beim Gewinnempfänger.⁴⁰² Das der grundbuchliche Eigentümer (Fondsleitung) lediglich eine (quasi-)fiduziarische Funktion innehat, führt nicht zur Steuerpflichtig des eigentlich wirtschaftlich Berechtigten am Grundstücksgewinn (Fondsanleger).⁴⁰³ Bei den nicht harmonisierten Handänderungssteuern wird für die Definition des Steuerpflichtigen auf die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit abgestellt. Je nach Gesetzgebung gilt im Handänderungssteuerrecht entweder der Erwerber oder der Veräusserer gemeinsam mit dem Erwerber als Steuersubjekt.⁴⁰⁴ Immobilien-AF werden bei der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer als intransparent behandelt.⁴⁰⁵

76

³⁹³ BEHNISCH/OPEL, in: FS-Reich, S. 252.

³⁹⁴ Siehe vorne, Rz. 47 f.

³⁹⁵ Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG; AGNER/JUNG/STEINMANN, in: Komm. aDBG, Art. 49 Rz. 2.

³⁹⁶ SPRING, S. 406; SCHMID, Besteuerung juristische Personen, S. 206; WALKER, S. 55; BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 66.

³⁹⁷ Dabei handelt es sich um eine von der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit unabhängige Sonderrechtsfähigkeit (vgl. REICH, § 5 Rz. 37). Im Betreibungsfall müsste allerdings gegen die Fondsleitung vorgegangen werden (HESS, Steuern, § 12 Rz. 21 und 131 f.; vgl. BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 66)

³⁹⁸ ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 4 Rz. 12 sowie § 9 Rz. 1.

³⁹⁹ OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 145c.

⁴⁰⁰ ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 4 Rz. 11.

⁴⁰¹ ESTV, Besteuerung Grundstücksgewinne, Ziff. 4.1; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 217 Rz. 3. Es steht den Kantonen frei, wen sie als Steuersubjekt der Grundstückgewinnsteuer definieren (vgl. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 217 Rz. 1). Im Kanton BS wird explizit die Fondsleitung als steuerpflichtige Veräusserin definiert (vgl. § 85 Abs. 1 StV BS).

⁴⁰² RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 217 Rz. 12 und 22.

⁴⁰³ LANGENEGGER, S. 24 f. *e contrario*.

⁴⁰⁴ In einigen Kantonen ist jedoch vorgesehen, dass die Vertragsparteien selbst das Steuersubjekt bezeichnen (vgl. ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 5.1).

⁴⁰⁵ OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung I, S. 268 Fn. 10.

- 77 Ein Teil der Lehre⁴⁰⁶ vertritt die Auffassung, dass die Fondsleitung mangels Rechtspersönlichkeit des Immobilien-AF *inter alia* als Steuerschuldnerin und somit als das eigentliche Steuersubjekt der Gewinn-, Kapital-, Grundstücksgewinn- und Handänderungssteuern sowie der Grundbuchgebühren gilt. Nach HESS hingegen gilt insb. für die Gewinn- und Kapitalsteuer der Immobilien-AF als eigentliches und eigenständiges Steuersubjekt.⁴⁰⁷ REINARZ/RUSSI gehen dabei noch weiter und anerkennen den Immobilien-AF als eigenständiges Steuersubjekt für Zwecke der Handänderungssteuern.⁴⁰⁸ Da sich der Kreis der Steuerpflichtigen je nach Steuerart unterscheidet,⁴⁰⁹ kann nicht automatisch von einer (steuer-)übergreifenden Steuerrechtsfähigkeit eines Immobilien-AF ausgegangen werden. Der Immobilien-AF (und damit indirekt die Anleger) ist zumindest Steuerträger, da die Fondsleitung die für den Immobilien-AF entrichteten Steuern dem Fondsvermögen belastet.⁴¹⁰

5.1.2 Massgeblichkeit der eingereichten Jahresrechnung

- 78 Die Fondsleitung muss für die von ihr verwalteten Immobilien-AF gesondert Buch führen (Art. 87 KAG). Soweit das KAG und dessen Ausführungsbestimmungen keine Abweichungen vorsehen, kommen Art. 957 ff. OR sinngemäss und subsidiär zur Anwendung, wobei die Fondsbuchhaltung den steuerrechtlichen Erfordernissen Rechnung zu tragen hat.⁴¹¹ Die kollektivanlagengesetzlich erforderliche Bewertung zu Verkehrswerten (Art. 90 Abs. 2 KAG) bedingt eine erfolgswirksame Erfassung nicht realisierter Kapitalgewinne,⁴¹² welche somit steuerbaren Gewinn darstellen.⁴¹³ Im Vergleich zu den handelsrechtlichen Bestimmungen des OR können damit keine stille Reserven gebildet werden.⁴¹⁴ Diese Aufwertungsgewinne wurden allerdings von der Mehrheit der Kantone bei der Veranlagung, aus Gleichbehandlungsgründen mit den übrigen juristischen Personen, nicht mit der Gewinnsteuer erfasst.⁴¹⁵ Immobilien-AF haben das Wahlrecht, mit der Steuererklärung eine Jahresrechnung nach KAG oder OR einzureichen, wobei die eingereichte Jahresrechnung für Steuerzwecke sodann als massgeblich gilt. Wird eine Jahresrechnung nach KAG eingereicht, werden auch die nicht realisierten Kapitalgewinne bzw. -verluste gewinnsteuerlich erfasst.⁴¹⁶ Der die Anlagekosten übersteigende Betrag unterliegt erst bei einer Veräusserung der Grundstücksgewinnsteuer.⁴¹⁷ Reicht der Immobilien-AF hingegen eine Jahresrechnung nach OR ein, werden die nicht realisierten Kapitalgewinne – analog wie bei den anderen übrigen juristischen Personen – nicht besteuert.⁴¹⁸
- 79 Nach HESS und FELBER ist der Saldo der Erfolgsrechnung i.S.v. Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG nicht für die Besteuerung massgebend, sondern der steuerbare Gewinn ist – soweit Ertrag aus direktem Grundbesitz vorliegt – dergestalt zu ermitteln, wie er auch für die übrigen juristischen Personen zu ermitteln gewesen wäre.⁴¹⁹ Für die Gewinnsteuer massgebend (sog. Gewinnsteuerwert) sind damit die Gestehungskosten vermindert um steuerlich zulässige Abschreibungen.⁴²⁰ Für Zwecke der vorliegenden Arbeit wird angenommen, dass für die an der Umstrukturierung teilnehmenden Immobilien-AF bzw. Immobilien-SICAV die Jahresrechnung nach OR als für Steuerzwecke massgeblich gilt.

⁴⁰⁶ OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 10p, 10t und 164; OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. StHG, Art. 20 Rz. 66; vgl. OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung II, S. 31 ff.

⁴⁰⁷ HESS, Steuern, § 12 Rz. 17 ff.

⁴⁰⁸ REINARZ/RUSSI, S. 28.

⁴⁰⁹ REICH, § 5 Rz. 39.

⁴¹⁰ Art. 37 Abs. 2 lit. a und Abs. 2^{bis} lit. a KKV; vgl. ferner REICH, § 5 Rz. 32.

⁴¹¹ Art. 87 KAG i.V.m. Art. 79 Abs. 4 KKV-FINMA

⁴¹² Art. 95 i.V.m. Anhang 3 Ziff. 2.3 und 2.22 KKV-FINMA.

⁴¹³ HESS, Steuern, § 12 Rz. 50 und 58; SCHUNK/KELLER/MEYER, S. 151.

⁴¹⁴ In einem Abschluss nach KAG (HESS, Steuern, § 12 Rz. 64).

⁴¹⁵ SCHUNK/KELLER/MEYER, S. 151; vgl. ferner HESS, Steuern, § 12 Rz. 57 sowie KELLER/FREY, S. 635.

⁴¹⁶ ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 3.3.3; KELLER/FREY, S. 635 f.

⁴¹⁷ HESS, Steuern, § 12 Rz. 68.

⁴¹⁸ HESS, a.a.O.

⁴¹⁹ FELBER, Rz. 119 ff.; HESS, Steuern, § 12 Rz. 60.

⁴²⁰ HESS, Steuern, § 12 Rz. 60.

5.1.3 Übertragung zu Gestehungskosten oder Verkehrswerten

Gemäss dem Grundsatz, dass nur die realisierten Kapitalgewinne ausgeschüttet werden dürfen (Art. 105 Abs. 2 lit. b KKV) hat die Buchführung derart zu erfolgen, dass die Ermittlung der nicht realisierten Kapitalgewinne und -verluste gewährleistet ist.⁴²¹ Die Buchführung erfolgt damit zu Gestehungskosten (Einstandspreisen), wobei diese auf die Jahres- und Halbjahresberichte so auszurichten und vorzunehmen ist, dass die auf der Buchführung basierende Vermögensrechnung die tatsächlichen Verhältnisse zu Verkehrswerten offenlegen kann.⁴²² Aus dem KAG ergibt sich kein Verbot für die Übertragung von Grundstücken zu Gestehungskosten gemäss Inventar des Fondsvermögens (Art. 90 Abs. 3 KAG), es verlangt lediglich die Grundstücke in die Vermögensrechnung zu Verkehrswerten einzustellen (Art. 90 Abs. 2 KAG).⁴²³ Wird nachfolgend von der Übertragung von Grundstücken gesprochen, ist damit die Übertragung zu (den steuerlich massgeblichen) Gestehungskosten gemeint.

80

5.2 Immobilien-AF als juristische Person i.S.v. Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG

Der Begriff der juristischen Person wird im steuerlichen Umstrukturierungsrecht nicht eigenständig definiert, sodass fraglich ist, ob der Begriff ungeachtet der jeweiligen Rechtsform an dessen Besteuerung als juristische Person i.S.v. Art. 49 DBG bzw. Art. 20 StHG anknüpft oder dieser vielmehr im privatrechtlichen Sinne zu verstehen ist.⁴²⁴ Die Rechtsfrage, ob ein Immobilien-AF überhaupt als juristische Person i.S.d. steuerlichen Umstrukturierungsrechts qualifiziert und damit einen Steueraufschub zufolge Umstrukturierung geltend machen kann, soll nachfolgend mittels Auslegung geklärt werden.

81

5.2.1 Auslegung

Im Interesse der vertikalen Steuerharmonisierung ist vorliegend eine identische Auslegung geboten, da die bundessteuergesetzlichen und harmonisierungsrechtlichen Regelungen dem Sinn nach⁴²⁵ übereinstimmen.⁴²⁶ Für die Auslegung der DBG Norm ist also die entsprechende Bestimmung des StHG und *vice versa* analog heranzuziehen.⁴²⁷ Die Auslegung zielt darauf ab, den Normensinn zu ermitteln,⁴²⁸ wobei sich das Bundesgericht dabei von einem (pragmatischen) Methodenpluralismus leiten lässt⁴²⁹ und ausgehend vom Wortlaut⁴³⁰ einer Norm den Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung mittels des klassischen Kanons der Auslegungselemente ohne Unterstellung einer Hierarchie dergleichen zu ermitteln versucht.⁴³¹

82

5.2.1.1. Wortlaut

Art. 49 Abs. 1 DBG (Definitionsnorm) definiert den Begriff der «juristischen Person» eigenständig mittels einer Zweiteilung und anerkennt als solche einerseits Kapitalgesellschaften und Genossenschaften sowie andererseits die Vereine, Stiftungen und die übrigen juristischen Personen. Im Gegensatz zu Art. 49 Abs. 1 DBG definiert das StHG den Begriff der juristischen Person nicht eigenständig, die Definition ergibt sich vielmehr implizit aus Art. 20 Abs. 1 StHG selbst.⁴³² Der definitorische Charakter

83

⁴²¹ BANDI/PAJER/FRIGO, in: BSK-KAG, Art. 87 Rz. 57.

⁴²² Art. 89 Abs. 1 lit. a KAG; dazu BANDI/PAJER/FRIGO, in: BSK-KAG, Art. 87 Rz. 72.

⁴²³ HESS, Steuern, § 12 Rz. 337; OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 153b; a.A. ESTV, wonach die Einbringung von Immobilien in einen Immobilien-AF nur zu Verkehrswerten möglich ist (ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 5.3.2); vgl. ferner VGer (BS) VD.2012.246 (15. November 2013) E. 4.

⁴²⁴ Vgl. GRÜNBLATT/RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 5 Rz. 13. Anlagefonds bilden keine juristische Person i.S.v. Art. 52 ff. ZGB (OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung I, S. 268).

⁴²⁵ OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. StHG, Art. 20 Rz. 3; JAKOB/SCHÜPFER/GRUNDLER, S. 267.

⁴²⁶ BGE 143 II 382 E. 4.1; BGE 133 II 114 E. 3.2.

⁴²⁷ BGer 2C_407/2012 (23. November 2012) E. 1.3; BGer 2C_1151/2012 (3. Juni 2012) E. 3.2 und 3.4.

⁴²⁸ BGE 131 II 13 E. 7.1; HONSELL, in: BSK-ZGB I, Art. 1 Rz. 1.

⁴²⁹ BGE 145 III 324 E. 6.6; BGE 116 Ia 359 E. 5c.

⁴³⁰ KRAMER, S. 59; HONSELL, in: BSK-ZGB I, Art. 1 Rz. 3.

⁴³¹ BGE 146 III 217 E. 5; BGE 145 III 324 E. 6.6 m.w.Vw.; PFAFFINGER, in: KUKO-ZGB, Art. 1 Rz. 5; KRAMER, S. 57 ff. und 187.

⁴³² LOCHER, in: Komm. DBG I, Art. 49 Rz. 1.

dieser Normen zeigt an, dass steuerrechtlich zwei «Kategorien» von juristischen Personen existieren.⁴³³ Aus dem gesagten kann *e contrario* geschlossen werden, dass die übrigen juristischen Personen sämtliche juristische Personen sind, welche keine Kapitalgesellschaft, Genossenschaft, Verein oder Stiftung sind. Aus der gegenteiligen Anordnung in Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG kann ebenfalls abgeleitet werden, dass Anlagefonds nach KAG nicht als juristische Personen i.S. des DBG bzw. StHG gelten und diese nach dem in Art. 10 Abs. 2 DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 StHG kodifizierten Transparenzprinzip⁴³⁴ für Zwecke der Gewinn- und Kapitalsteuer kein Steuersubjekt darstellen.⁴³⁵ Eine steuerrechtliche Sonderstellung⁴³⁶ nehmen allerdings die kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz nach Art. 58 KAG⁴³⁷ ein, weil diese – ungeachtet ihrer fehlenden Rechtspersönlichkeit – kraft Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG in Bezug auf deren Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz den übrigen juristischen Personen gleichgestellt und damit als juristische Person besteuert werden. Die drei Amtssprachen des Bundes (Art. 70 Abs. 1 BV) gelten jedenfalls als gleichwertig.⁴³⁸ Der Wortlaut von Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG ist in allen drei Amtssprachen dahingehend eindeutig, als das darunter zweifelslos die Anlagefonds (Immobilien-AF) und die SICAV (Immobilien-SICAV) zu subsumieren sind, soweit sie über direkten Grundbesitz verfügen (Art. 58 KAG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 KAG).

84 Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG verwenden – ohne weitere Substantiierung – ebenfalls den Begriff der juristischen Person, deren stille Reserven infolge Umstrukturierung unter Erfüllung bestimmter Voraussetzungen nicht besteuert werden. Aus dem Wortlaut von Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG ergibt sich ferner eine Einheitlichkeit im Fusions-, Umwandlungs- und Spaltungssteuerrecht, sodass darin grundsätzlich vom selben Begriff der juristischen Person auszugehen ist und keine weitere Differenzierung vorgenommen wird. Bei einer Ausgliederung⁴³⁹ hingegen hat aber die Übertragung von Betrieben oder Teilbetrieben sowie von Gegenständen des betrieblichen Anlagevermögens auf eine inländische Tochtergesellschaft, d.h. eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zu erfolgen. Auch der Wortlaut der Voraussetzungen an die Übertragung zwischen Konzerngesellschaften indiziert eine Einschränkung auf Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.⁴⁴⁰

5.2.1.2. Gleichstellung mit den übrigen juristischen Personen

85 Die Gesetzesgliederung des DBG bzw. StHG macht deutlich, dass jeweils im dritten Teil (Art. 49-52 DBG bzw. Art. 20-31 StHG), die «Besteuerung der juristischen Personen» (DBG) bzw. die «Steuern der juristischen Personen» (StHG) geregelt werden und darunter auch die Definition der juristischen Person (Art. 49 DBG bzw. Art. 20 StHG) sowie die Umstrukturierungsklauseln (Art. 61 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG) fallen. Den Art. 49 DBG bzw. Art. 20 StHG kommen neben einer Definitionsfunktion auch eine Verweisungsfunktion zu, wonach auf die als juristische Person definierten Entitäten das geltende Besteuerungsregime Anwendung findet.⁴⁴¹ Wenngleich Art. 49 DBG bzw. Art. 20 StHG formal unter dem Titel (DBG) bzw. Kapitel (StHG) «Steuerpflicht» eingeordnet sind, gilt die darin statuierte Definition für den gesamten dritten Teil des DBG bzw. StHG.⁴⁴² Somit werden beiden «Kategorien» von juristischen Personen nach Massgabe von Art. 50 ff. DBG bzw. Art. 21 ff. StHG besteuert.

⁴³³ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. DBG, Art. 49 Rz. 4.

⁴³⁴ HESS, Kollektivanlagengesetz, S. 281.

⁴³⁵ ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 3.1; OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung I, S. 268.

⁴³⁶ OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung I, S. 268; FELBER, Rz. 1 ff.

⁴³⁷ *Placements collectifs qui possèdent des immeubles en propriété directe au sens de l'art. 58 LPCC bzw. Investimenti collettivi di capitale con possesso fondiario diretto ai sensi dell'articolo 58 LICol.*

⁴³⁸ BGE 127 V 156 E. 4; BGE 120 II 112 E. 3a; vgl. ferner Art. 14 Abs. 1 PublG. Infolge allfälliger Abweichungen oder Widersprüche wäre dem grammatikalischen Element nur eine untergeordnete Bedeutung beizumessen (BGE 126 V 435 E. 3a; HÖHN, S. 191).

⁴³⁹ Art. 61 Abs. 1 lit. d DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 lit. d StHG.

⁴⁴⁰ Art. 61 Abs. 3 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3^{quater} StHG.

⁴⁴¹ LOCHER, in: Komm. DBG II, Art. 49 Rz. 1.

⁴⁴² OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. DBG, Art. 49 Rz. 2; OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. StHG, Art. 20 Rz. 3. Die Aussonderung des Ertrags und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz auf den Immobilien-AF als besonderes Steuersubjekt erfolgt damit dogmatisch unter dem Titel der «subjektiven Steuerpflicht» (vgl. WEIDMANN, Realisation und Zurechnung, S. 102).

Während die Kategorie «Kapitalgesellschaften und Genossenschaften» zum ordentlichen Satz besteuert werden (Art. 68 DBG bzw. Art. 27 StHG), wird die Kategorie «Vereine, Stiftungen und die übrigen juristischen Personen» zu einem privilegierten Satz besteuert (Art. 71 Abs. 1 DBG). Die Gewinnsteuern dieser beiden «Kategorien» gelten als gleichartig.⁴⁴³ Ferner fungieren die den privilegierten Steuersatz bestimmenden Vorschriften als komplementäre Spezialnormen, wodurch die einheitlichen Gewinnermittlungsvorschriften (Art. 58 DBG bzw. Art. 24 StHG) in Bezug auf die zweite «Kategorie» von juristischen Personen lediglich ergänzt bzw. präzisiert werden.⁴⁴⁴

Immobilien-AF unterliegen dem privilegierten Gewinnsteuersatz für den Ertrag aus direktem Grundbesitz.⁴⁴⁵ Ihr primäres Steuerdomizil befindet sich am Sitz der Fondsleitung.⁴⁴⁶ Grundstücke ausserhalb des Sitzkantons der Fondsleitung begründen jeweils ein eigenes Spezialsteuerdomizil.⁴⁴⁷ Damit ist der Ertrag aus direktem Grundbesitz für die Kantons- und Gemeindesteuern am Ort der gelegenen Sache (Art. 21 Abs. 1 lit. c StHG) und für die direkte Bundessteuer am Sitz der Fondsleitung zu versteuern.⁴⁴⁸ Der anwendbare privilegierte Gewinnsteuersatz auf Bundesebene beträgt 4,25% (Art. 72 DBG), auf Kantonsebene hingegen ist dieser infolge Tarifautonomie der Kantone nicht einheitlich normiert, aber regelmässig gleich oder unter dem ordentlichen Gewinnsteuersatz.⁴⁴⁹ Der darüber hinausgehende «andere» Ertrag aus Zinsen auf kurzfristigen festverzinslichen Effekten oder auf kurzfristig verfügbaren Mitteln (Art. 60 KAG), wird von der Bemessungsgrundlage ausgenommen und als Einkünfte den Anlegern anteilmässig zugerechnet.⁴⁵⁰ Für Zwecke der Kapitalsteuer gilt bei Immobilien-AF der auf den direkten Grundbesitz entfallende Anteil am Reinvermögen als steuerbares Eigenkapital.⁴⁵¹ Damit kommt es in Bezug auf den Ertrag und dem Reinvermögen aus direktem Grundbesitz zu einer stellvertretenden Besteuerung auf Stufe des Immobilien-AF.⁴⁵² Gemäss der Lehre führt diese steuerrechtliche Zwitterstellung und Durchbrechung des Transparenzprinzips⁴⁵³ zu einer teiltransparenten Besteuerung.⁴⁵⁴

Aufgrund der steuerlichen Gleichstellung mit den übrigen juristischen Personen (Verweisfunktion) sind für Immobilien-AF grundsätzlich die Gewinnermittlungsvorschriften von Art. 57 ff. DBG bzw. Art. 24 ff. StHG massgebend.⁴⁵⁵ Die Ermittlung des steuerbaren Reingewinns von Immobilien-AF folgt daher sinngemäss nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften für die (übrigen) juristischen Personen.⁴⁵⁶ Gestützt auf dem Grundsatz der Massgeblichkeit wird damit bei der Gewinnermittlung auf die Jahresrechnung nach Art. 958 Abs. 2 OR abgestellt.⁴⁵⁷ Der steuerbare Gewinn ist damit – soweit Ertrag aus direktem Grundbesitz vorliegt – dergestalt zu ermitteln, wie er auch für die übrigen juristischen Personen zu ermitteln gewesen wäre.⁴⁵⁸ Bestandteil des steuerbaren Reingewinns eines Immobilien-AF bildet jedenfalls der Ertrag aus direktem Grundbesitz (Art. 66 Abs. 3 DBG bzw.

⁴⁴³ Anstelle vieler REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 18 sowie ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.2.3.2.

⁴⁴⁴ LUTZ/SCHERRER, in: Komm. StHG, Art. 26 Rz. 3; FELBER, Rz. 102.

⁴⁴⁵ Bis zum 1. Januar 2000 unterlag der steuerbare Reingewinn von Immobilien-AF auf Bundesebene – ungeachtet der individuellen Verhältnisse auf Anlegerstufe (FELBER, Rz. 96) – dem progressiven Einkommenssteuersatz (Art. 72 aDBG). Da die daraus resultierende Steuerbelastung regelmässig jene überstieg, die sich bei Anwendung des Transparenzprinzips ergeben hätte, wurde eine Umstellung auf den proportionalen Gewinnsteuersatz der übrigen juristischen Personen vorgenommen (Botsch. Besteuerung Immobilien-Anlagefonds, S. 5974).

⁴⁴⁶ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 3.3.2; OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 10p.

⁴⁴⁷ OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung II, S. 31.

⁴⁴⁸ Vgl. Art. 105 Abs. 3 DBG; OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. DBG, Art. 49 Rz. 21; HESS, Steuern, § 12 Rz. 13.

⁴⁴⁹ Vgl. Übersicht bei OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 101 ff.

⁴⁵⁰ Art. 20 Abs. 1 lit. e DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 StHG.

⁴⁵¹ Dies ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 lit. c i.V.m. Art. 13 Abs. 3 StHG *e contrario*; vgl. OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 10t; vgl. ferner § 81 Abs. 1 lit. a StG ZH.

⁴⁵² OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. StHG, Art. 20 Rz. 54; OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. DBG, Art. 49 Rz. 19.

⁴⁵³ FELBER, Rz. 1 ff.

⁴⁵⁴ OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung II, S. 28; FELBER, Rz. 1 ff.; BEHNISCH/OPEL, in: FS-Reich, S. 251.

⁴⁵⁵ Vgl. ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 3.3.3.

⁴⁵⁶ Botsch. Steuerharmonisierung, S. 113; LUTZ/SCHERRER, in: Komm. DBG, Art. 66 Rz. 2; BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 170.

⁴⁵⁷ ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 3.3.3.

⁴⁵⁸ FELBER, Rz. 119 ff.; HESS, Steuern, § 12 Rz. 60.

86

87

Art. 26 Abs. 3 StHG). In der Praxis unterliegen die von Immobilien-AF erzielten Kapitalgewinne der direkten Bundessteuer und in sämtlichen Kantonen – je nach System – der Gewinn- bzw. der Grundstücksgewinnsteuer.⁴⁵⁹ Damit sind Ausschüttungen von Vermögenserträgen und Kapitalgewinnen aus direktem Grundbesitz bei natürlichen Personen, die ihre Anteile im Privat- oder Geschäftsvermögen halten, als auch bei den juristischen Personen steuerfrei.⁴⁶⁰

- 88 So gibt auch das steuerliche Umstrukturierungsrecht eigentlich nur das wieder, was sich ohnehin aus den steuerrechtlichen Vorschriften über die Gewinnermittlung ergeben hätte.⁴⁶¹ Daraus kann gefolgert werden, dass sich die Steuerfolgen von nicht explizit geregelten Umstrukturierungsvorgängen aus den allgemeinen gesetzlichen Gewinnermittlungsvorschriften ergeben.⁴⁶² Dies ist für direktsteuerliche Zwecke analog auf Immobilien-AF zu übernehmen.

5.2.1.3. *Materialien*

- 89 Mangels Rechtspersönlichkeit galten Anlagefonds (bereits) im alten Bundessteuerrecht (BdBSt) nicht als eigenständiges Steuersubjekt. Verfügen diese über direkten Grundbesitz, sind im Lichte des Transparenzprinzips für Zwecke der Steuererhebung eine Mehrzahl von Anknüpfungspunkten denkbar: Sitz der Fondsleitung, Wohnsitz des Anteilsinhabers oder am Ort der gelegenen Sache. In diesem Zusammenhang ergaben sich in den Kantonen verschiedene Lösungen die es harmonisierungsrechtlich zu lösen galt, weil diese u.U. zu einer mit der Rechtsnatur des Anlagefonds nicht in Einklang stehenden wirtschaftlichen Doppelbelastung bzw. vollständigen Steuerbefreiung führten.⁴⁶³ Durch die explizite gesetzliche Anordnung statte der Gesetzgeber die eigentlich rechtspersönlichkeitslosen Immobilien-AF mit eigener Steuerrechtsfähigkeit aus, erhob diese zu einem Steuersubjekt für den Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz und beabsichtige damit eine stellvertretende Besteuerung der Anleger auf Ebene des Immobilien-AF einzuführen (historischer Gesetzeszweck).⁴⁶⁴ Diese Gleichstellung begründete der Bundesrat damit, dass es in systematischer Hinsicht sachlich korrekter erscheint, die Immobilien-AF «[...] nicht den natürlichen, sondern den juristischen Personen gleichzustellen, da die Fondsleitung in der Regel eine juristische Person ist».⁴⁶⁵ Der Gesetzgeber wollte damit die im Einklang mit der Rechtsnatur des Anlagefonds stehende Einmalbesteuerung sicherstellen und eben keine wirtschaftliche Doppelbelastung einführen.⁴⁶⁶

- 90 Mit Schaffung des FusG konzipierte der Gesetzgeber die bisher «starren» Umstrukturierungsvorschriften des DBG bzw. StHG, welche sich lediglich auf Kapitalgesellschaften und Genossenschaften bezogen, offener und zeitgemässer.⁴⁶⁷ Wenngleich Immobilien-AF nach Art. 49 Abs. 2 aDBG bzw. Art. 20 Abs. 1 aStHG bereits den übrigen juristischen Personen gleichgestellt wurden, beschränkten sich die steuerlichen Umstrukturierungsklauseln trotz systematischer Stellung bei den Bestimmungen über die Besteuerung der juristischen Personen dem Wortlaut nach auf Kapitalgesellschaften und Ge-

⁴⁵⁹ HESS, Steuern, § 12 Rz. 49 f.; FELBER, Rz. 110 f. HESS hingegen gelangt zu einer konträren Auslegung von Art. 66 Abs. 3 DBG und Art. 26 Abs. 3 StHG, sodass auf Ebene des Immobilien-AF für Zwecke der direkten Bundessteuer nur die Vermögenserträge aus direktem Grundbesitz, nicht aber die Kapitalgewinne steuerpflichtig sind. Dies führt zum Ergebnis, dass Ausschüttungen von Kapitalgewinnen bei Anlegern die ihre Anteile im Privatvermögen halten, auf Bundesebene steuerfrei sind. Bei Anteilen im Geschäftsvermögen hingegen unterliegen die ausgeschütteten Kapitalgewinne der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer (HESS, Steuern, § 12 Rz. 43 f. und 46). Vgl. ferner WEIDMANN, Realisation und Zurechnung, S. 104.

⁴⁶⁰ ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 4.2 und 4.3.

⁴⁶¹ REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 14; REICH/TADDEI/OESTERHELT, in: Komm. DBG, Art. 61 Rz. 3.

⁴⁶² REICH/VON AH, a.a.O.; REICH/TADDEI/OESTERHELT, a.a.O.

⁴⁶³ Botsch. Steuerharmonisierung, S. 64.

⁴⁶⁴ Vgl. OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. StHG, Art. 20 Rz. 54; LOCHER, in: Komm. DBG I, Art. 49 Rz. 16; FELBER, Rz. 94.

⁴⁶⁵ Botsch. Steuerharmonisierung, S. 64 f. Der Bundesrat hielt dabei fest, dass die Besteuerung bei der Fondsleitung als der naheliegendste Anknüpfungspunkt erscheint, da die Grundstücke auf deren Namen im Grundbuch unter Anmerkung der Zugehörigkeit zum Immobilien-AF eingetragen sind (Botsch. Steuerharmonisierung, S. 64).

⁴⁶⁶ Botsch. Steuerharmonisierung, S. 69; Botsch. Besteuerung Immobilien-Anlagefonds, S. 5968.

⁴⁶⁷ Botsch. FusG, S. 4368.

nossenschaften.⁴⁶⁸ Eines der Hauptpostulate des FusG zur Änderung des DBG bzw. StHG war es, die steuerneutrale Übertragung von stillen Reserven sämtlichen juristischen Personen zu ermöglichen.⁴⁶⁹

5.2.1.4. Zweck

Wie sich aus den Materialien ergibt, wollte der Gesetzgeber mittels Gleichstellung der Immobilien-AF mit den übrigen juristischen Personen die beobachtbaren Probleme harmonisierungsrechtlich lösen. Der Zweck von Art. 49 Abs. 2 DBG bzw. Art. 20 Abs. 1 StHG ist damit von erhebungstechnischer Natur i.S. einer Vereinfachungslösung, da sich insb. im interkantonalen Verhältnis erhebliche Schwierigkeiten bei der Steuererhebung ergeben würden, wenn der Ertrag und das Reinvermögen aus direktem Grundbesitz dem Anteilsinhaber zugerechnet werden und damit zu einer Zersplitterung der subjektiven Steuerpflicht für das im jeweiligen Kanton gelegenen Grundstück führen würde.⁴⁷⁰

Die Vorschriften des steuerlichen Umstrukturierungsrechts bezwecken die Regelung der Frage der Gewinnverwirklichung bei Umstrukturierungen.⁴⁷¹ Einerseits konkretisieren und präzisieren sie die steuerrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften sowie den gesetzlichen Realisationsbegriff und entfalten andererseits z.T. eine korrigierende Wirkung.⁴⁷² In Bezug auf ihre partiell konstitutive Wirkung bei bestimmten Tatbeständen bezwecken die Umstrukturierungsklauseln eine Nichtbesteuerung von stillen Reserven sowie die Festlegung von Besteuerungsmodalitäten bei Verletzung der Voraussetzungen an die Steuerneutralität.⁴⁷³ Sind bestimmte Umstrukturierungsvorgänge nicht explizit geregelt, ist die Steuerneutralität anhand des Massgeblichkeitsprinzips unter Berücksichtigung eventueller Korrekturvorschriften herzuleiten.⁴⁷⁴ Dies ist analog für Immobilien-AF zu übernehmen, da für diese ebenfalls die gesetzlichen Gewinnermittlungsvorschriften gelten.

5.2.2 Schlussfolgerungen

Der Wortlaut macht deutlich, dass Immobilien-AF den übrigen juristischen Personen gleichgestellt werden und damit direktsteuerlich als juristische Person besteuert werden. *E contrario* werden Anlagefonds nicht als solche besteuert, soweit kein direkter Grundbesitz vorliegt. Aus dem Wortlaut selbst kann aber nicht abgeleitet werden, ob der in Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG verwendete Begriff der juristischen Person auf die Besteuerung als solche (Art. 49 DBG bzw. Art. 20 StHG) anknüpft oder vielmehr auf juristische Personen i.S.d. Privatrechts abstellt.

Historisch zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Schaffung einer Steuerpflicht besonderer Art i.S. einer stellvertretenden Besteuerung auf Ebene des Immobilien-AF beabsichtigte.⁴⁷⁵ Damit wurde die Besteuerung «verlagert», d.h. Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz einem neu geschaffenen Steuersubjekt (abweichend) zugerechnet, während diese sodann bei der eigentlich wirtschaftlich (*qua* obligatorischer Forderung gegen die Fondsleitung) verfügungsberechtigten Person von der Steuer ausgenommen sind.⁴⁷⁶ Folgerichtig hat die Fondsleitung mangels Verfügungsberechtigung am Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz diesen auch nicht zu versteuern. Die gesetzliche Gleichstellung mit den übrigen juristischen Personen, die Gewinnermittlung (insb. Art. 66 Abs. 3 DBG bzw. Art. 26 Abs. 3 StHG) sowie die kapitalsteuerliche Behandlung (Art. 29 Abs. 2 lit. c StHG) belegen, dass der Immobilien-AF als Steuersubjekt einen eigenen steuerlichen Gewinn vereinnahmt und ein eigenes steuerliches (auf den direkten Grundbesitz entfallenden Anteil am) Reinvermögen besitzt. Art. 10 Abs. 2 DBG bzw. Art. 7 Abs. 3 StHG sowie Art. 13 Abs. 3 StHG versagen die steuerliche Zu-

⁴⁶⁸ Vgl. Art. 61 Abs. 1 aDBG bzw. Art. 24 Abs. 3 aStHG; WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 87.

⁴⁶⁹ Botsch. FusG, S. 4369; Bericht Arbeitsgruppe Steuern, S. 26; WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierungen, § 1 Rz. 87.

⁴⁷⁰ WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierung, § 1 Rz. 13; FELBER Rz. 94; WEIDMANN, Realisation und Zurechnung, S. 102; vgl. ferner Botsch. Steuerharmonisierung, S. 63 ff.

⁴⁷¹ REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 11; SPORI/MOSE, S. 306.

⁴⁷² REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 14; REICH/TADDEI/OESTERHELT, in: Komm. DBG, Art. 61 Rz. 3 f.

⁴⁷³ REICH/VON AH, in: Komm. DBG, Art. 19 Rz. 15.

⁴⁷⁴ REICH/TADDEI/OESTERHELT, in: Komm. DBG, Art. 61 Rz. 3 f.

⁴⁷⁵ Vgl. AGNER/JUNG/STEINMANN, in: Komm. aDBG, Art. 49 Rz. 2; OESTERHELT/SCHREIBER, in: Komm. DBG, Art. 49 Rz. 20.

⁴⁷⁶ WEIDMANN, Realisation und Zurechnung, S. 101 f.

rechnung des Ertrags und Reinvermögens aus direktem Grundbesitz zum Anleger. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise ist sachgerecht, weil die einschlägigen Bestimmungen im Recht der direkten Steuern begrifflich nicht strikt am Zivilrecht anknüpfen.⁴⁷⁷ Auch im Grundstücksgewinnsteuerrecht kollidiert die Erhebung der Grundstücksgewinnsteuer auf Stufe der Anleger mit der Rechtsnatur des Anlagefonds,⁴⁷⁸ denn der Gesetzgeber hat diesen bewusst, insb. aus steuerlichen Gründen ohne Rechtspersönlichkeit ausgestattet.⁴⁷⁹ Der Gesetzgeber beabsichtigte weder eine wirtschaftliche Doppelbelastung noch eine vollständige Steuerbefreiung, sondern wollte mittels Transparenzprinzip steuerlich eine Direktinvestition abbilden und damit eine Einmalbesteuerung erzielen.⁴⁸⁰ Indem dass den Immobilien-AF eine eigenständige Steuerrechtsfähigkeit verliehen wurde, wollte nicht etwa eine wirtschaftliche Doppelbelastung analog dem Verhältnis zwischen Aktionär und Immobiliengesellschaft eingeführt, sondern vielmehr eine durch die stellvertretende Besteuerung auf Stufe des Immobilien-AF entstehende Vereinfachung für die sonst entstehende praktisch undurchführbare Steuerauscheidung gewährleistet werden.⁴⁸¹ Mittels gesetzlicher Gleichstellung führte der Gesetzgeber eine stellvertretende Besteuerung für den Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz auf Ebene des Immobilien-AF ein, wonach i.S. einer Einmalbesteuerung dieser Direktinvestition die daraus resultierenden Ausschüttungen auf Ebene der Anleger steuerbefreit sind.⁴⁸² Damit widerspricht also eine wirtschaftliche Doppelbelastung der Rechtsnatur des Anlagefonds.⁴⁸³

- 95 Zweck der gesetzlichen Anordnung zur Gleichstellung mit den übrigen juristischen Personen ist die Beseitigung der sich sonst aus der Steuererhebung ergebenden Schwierigkeiten im interkantonalen Verhältnis. Die Gleichstellung erfolgte daher nicht vor dem Hintergrund einer besonderen Ähnlichkeit zu den juristischen Personen,⁴⁸⁴ sondern bezweckt vielmehr die Schaffung einer praktikablen Lösung. Ferner erfolgt die Gleichstellung nicht allumfassend, sondern beschränkt sich lediglich auf den Ertrag und Reinvermögen aus dem direkten Grundbesitz.⁴⁸⁵ Nach dem gesagten kann aus der Gleichstellung nicht auf einen integralen Verweis geschlossen werden.⁴⁸⁶
- 96 Aus der Verweisfunktion von Art. 49 DBG bzw. Art. 20 StHG ergibt sich aber systematisch die Anwendbarkeit der Normen über die Bestimmung des Steuerobjekts (Art. 57 ff. DBG bzw. Art. 24 ff. StHG), worunter auch die Umstrukturierungsklauseln fallen, wengleich sich das Steuerobjekt von Immobilien-AF lediglich auf den Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz⁴⁸⁷ beschränkt. Nichts anderes ergibt sich aus der komplementären Spezialnorm betreffend die Anwendung des privilegierten Gewinnsteuersatzes (Art. 71 DBG bzw. Art. 26 StHG) sowie auch aus der Tatsache, dass die Umstrukturierungsklauseln weitgehend nur das wiedergeben, was sich ohnehin aus den – für Immobilien-AF ebenfalls anzuwendenden – allgemeinen steuerrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften ergibt.⁴⁸⁸ Im Gewinnsteuerrecht wurde damit die Gleichstellung mit den (übrigen) juristischen Personen «faktisch vollständig verwirklicht».⁴⁸⁹ Da unter dem KAG die Übertragung der Grundstücke zu Gestehungskosten nicht verboten ist, müsste im Lichte der für Steuerzwecke massgeblichen Jahresrechnung nach OR auch die Berufung auf die Umstrukturierungsklauseln zulässig sein.⁴⁹⁰

⁴⁷⁷ Vgl. BETSCHART, S. 160.

⁴⁷⁸ OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung II, S. 32.

⁴⁷⁹ OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 145g; Botsch. aAFG, S. 287; Botsch. Steuerharmonisierung, S. 65.

⁴⁸⁰ Vgl. Botsch. Steuerharmonisierung, S. 65; Botsch. aAFG, S. 287.

⁴⁸¹ Vgl. WEIDMANN, in: Komm. Umstrukturierung, § 1 Rz. 13.

⁴⁸² Vgl. ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 4.2 f.

⁴⁸³ Botsch. Steuerharmonisierung, S. 65.

⁴⁸⁴ Vgl. HESS, Steuern, § 12 Rz. 33.

⁴⁸⁵ Vgl. AGNER/JUNG/STEINMANN, in: Komm. aDBG, Art. 49 Rz. 2.

⁴⁸⁶ LOCHER, in: Komm. DBG I, Art. 49 Rz. 1. Die Kantone AI (Art. 51 Abs. 2 StG AI), SG (Art. 70 Abs. 2 StG SG) und VS (Art. 71 Abs. 1 lit. c StG VS) stellen die Immobilien-AF direkt den juristischen Personen gleich.

⁴⁸⁷ Art. 66 Abs. 2 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 DBG bzw. Art. 26 i.V.m. Art. 7 Abs. 3 StHG.

⁴⁸⁸ Vgl. REICH/TADDEI/OESTERHELT, in: Komm. DBG, Art. 61 Rz. 3.

⁴⁸⁹ FELBER, Rz. 97.

⁴⁹⁰ OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 153b; OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung II, S. 37.

Wenngleich Immobilien-AF bereits unter dem alten Recht den übrigen juristischen Personen gleichgestellt wurden, beschränkten sich die Umstrukturierungsklauseln, trotz ihrer systematischen Stellung bei den Vorschriften über die Besteuerung der juristischen Personen, auf Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.⁴⁹¹ Erst mit Inkrafttreten des FusG und der damit einhergehenden Änderung des DBG und StHG wurde die steuerneutrale Übertragung von stillen Reserven sämtlichen juristischen Personen eröffnet.⁴⁹² In Zusammenhang mit diesen Entwicklungen ist auch das Bundesgericht bei seiner Auslegung vom Wortlaut der Art. 61 Abs. 3 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3^{quater} StHG abgewichen, weil dieser nicht dem wirklichen Sinn und Zweck dieser Norm entspricht. Folglich ist gemäss Bundesgericht die steuerneutrale Umstrukturierung infolge Übertragung zwischen Konzerngesellschaften entgegen dem Wortlaut der Bestimmung nicht nur auf Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, sondern auch auf die übrigen juristischen Personen anwendbar.⁴⁹³ Gestützt auf bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist auch das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Stadt zum Schluss gekommen, dass diese Bestimmung im Grundsatz auch von Immobilien-AF angerufen werden kann, weil diese für direktsteuerliche Zwecke den übrigen juristischen Personen gleichgestellt werden.⁴⁹⁴ Diese Auslegung geht nach RIEDWEG im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einem «[...] wirtschaftlich geprägten Grundverständnis der Normen der steuerneutralen Umstrukturierung aus».⁴⁹⁵ Damit ist im Lichte der ergebnisorientierten und wirtschaftlichen Auslegung des Umstrukturierungsbegriffs und der Gewährleistung einer einheitlichen Steuerrechtsordnung auch der Personenkreis weit zu fassen, sodass unter dem Begriff der juristischen Person im steuerlichen Umstrukturierungsrecht des DBG bzw. StHG auch die Immobilien-AF (für ihren direkten Grundbesitz) zu subsumieren sind.⁴⁹⁶ So verwendet zwar auch die ESTV in ihren Ausführungen im KS Nr. 5 aus Vereinfachungsgründen den Begriff «Gesellschaft», meint dies aber sinngemäss für die übrigen juristischen Personen.⁴⁹⁷ Ferner erklärt die ESTV mit ihrer Praxisänderung die Umstrukturierungsklauseln auf Umstrukturierungen von Anlagefonds als sinngemäss anwendbar.⁴⁹⁸ Daraus kann weiter gefolgert werden, dass für die steuerliche Würdigung von Umstrukturierungstatbeständen eines Immobilien-AF das zivilrechtliche Vorgehen nicht massgebend, sondern vielmehr auf die Ausgangslage sowie das Endresultat der Transaktion abzustellen ist.⁴⁹⁹ Nach dem gesagten ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber die sinngemässe Anwendung der steuerlichen Umstrukturierungsvorschriften für Umstrukturierungen eines Immobilien-AF versagen sollte.⁵⁰⁰

97

5.3 Erfüllung der Grundvoraussetzungen

Die Erfüllung der Grundvoraussetzungen für die Steuerneutralität einer Umstrukturierung eines Immobilien-AF soll nachfolgend einmalig und einheitlich geprüft werden.

98

5.3.1 Fortbestand der Steuerpflicht in der Schweiz

Die fiskalische Verknüpfung verlangt die Aufrechterhaltung der latenten Steuerlast auf den Grundstücken.⁵⁰¹ Basierend auf der mit dem Untersuchungsobjekt einhergehenden Bedingung, wonach nur jene Umstrukturierungstatbestände betrachtet werden, bei welchen vor als auch nach der Umstrukturierung

99

⁴⁹¹ Art. 49 Abs. 2 aDBG bzw. Art. 20 Abs. 1 aStHG.

⁴⁹² Dies war eines der Hauptpostulate (Botsch. FusG, S. 4369; Bericht Arbeitsgruppe Steuern, S. 26).

⁴⁹³ BGE 138 II 557 E. 7.1.

⁴⁹⁴ VGer (BS) VD.2012.246 (15. November 2013) E. 2.3.

⁴⁹⁵ RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierung, § 7 Rz. 28.

⁴⁹⁶ Vgl. RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 7 Rz. 60; REICH/TADDEI/OESTERHELT, in: Komm. DBG, Art. 61 Rz. 263 und 265; GRÜNBLATT/RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 5 Rz. 16.

⁴⁹⁷ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.1.7.

⁴⁹⁸ Bei der Vereinigung und Umwandlung ist Art. 61 DBG sinngemäss anwendbar, wohingegen bei der Vermögenübertragung einschränkend die Bestimmung des Art. 61 Abs. 3 und 4 DBG nicht angerufen werden kann (ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 5.3.1). Nach langjähriger Praxis der ESTV war die Anwendbarkeit des steuerlichen Umstrukturierungsrechts nicht möglich (ESTV, aKS Nr. 25, Ziff. 4.2.2).

⁴⁹⁹ KELLER/FREY, S. 634.

⁵⁰⁰ Vgl. ferner HESS, Steuern, § 12 Rz. 374.

⁵⁰¹ BAUER-BALMELLI/HARBEKE, S. 495 f.

die Grundstücke direkt einem (schweizerischen) Immobilienfonds nach Art. 58 KAG zuzurechnen sind,⁵⁰² geht das Steuersubstrat für Zwecke der Gewinn- und Grundsteuern nicht unter, sodass die Grundvoraussetzung der Fortführung der Steuerpflicht in der Schweiz jedenfalls eingelöst ist.

5.3.2 Fortführung der bisherigen Gewinnsteuerwerte

100 Wird für Steuerzwecke eine Jahresrechnung nach OR eingereicht, richtet sich auch der Buch- bzw. Gewinnsteuerwert nach obligationenrechtlichen Grundsätzen aus. Für die Gewinnsteuer massgebend (sog. Gewinnsteuerwert) sind damit die Gestehungskosten vermindert um steuerlich zulässige Abschreibungen.⁵⁰³ Nehmen an einer Umstrukturierung Immobilien-AF bzw. eine Immobilien-SICAV teil, für welche der obligationenrechtliche Abschluss als massgeblich gilt, werden durch eine Übertragung von Grundstücken zu Gestehungskosten im Rahmen einer Umstrukturierung auch die für die Gewinnsteuer massgeblichen Werte übernommen.⁵⁰⁴ Wenngleich Immobilien-AF gemäss KAG die Grundstücke in der Vermögensrechnung zu Verkehrswerten auszuweisen haben (Art. 88 KAG), sind die Gestehungskosten beim übertragenden und dem übernehmenden Immobilien-AF identisch, sodass das Buchwertkriterium erfüllt ist.⁵⁰⁵

5.4 Vereinigung

101 Bei Vereinigung zweier Immobilien-AF derselben Fondsleitung kommt es «lediglich» zu einer bilanztechnischen Zusammenführung zweier Sondervermögen, sodass sich die (zivilrechtlichen) Eigentumsverhältnisse nicht ändern.⁵⁰⁶ Ohne Identität der Fondsleitung kommt es allerdings zu einer zivilrechtlichen Eigentumsänderung an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke. Die Vereinigung ist als eigenständiges Rechtsinstitut des KAG zu verstehen, welches gemäss Lehre die Wesensmerkmale einer Fusion aufweist.⁵⁰⁷ Direktsteuerlich gelten Immobilien-AF als eigenständiges Steuersubjekt, sodass dieser Umstrukturierungsvorgang für Zwecke der direkten Steuern aus dessen Sichtweise zu beurteilen ist. Damit wird deutlich, dass nach Vollzug der Vereinigung auch der direkte Grundbesitz vom übernehmenden Immobilien-AF gewinn- und kapitalsteuerlich zu versteuern ist, d.h. die Gewinn- und Kapitalsteuerpflicht auf den übernehmenden Immobilien-AF übergeht. Fraglich ist, ob es bei der Vereinigung zweier Immobilien-AF (mit und ohne Identität der Fondsleitung) überhaupt zu einer Realisation kommt.⁵⁰⁸ Die Vereinigung berührt zwar die Bilanz der an der Vereinigung teilnehmenden Immobilien-AF bzw. Immobilien-SICAV, ist aber kein erfolgswirksamer Geschäftsvorfall und beeinflusst damit die steuerlich massgebliche Erfolgsrechnung nicht.⁵⁰⁹ Je nach Konstellation kann im Grundsteuerrecht eine steuerbaren Handänderung an Grundstücken vorliegen, sodass die sich daraus allenfalls ergebenden Steuerfolgen ohne Vorliegen eines Umstrukturierungstatbestandes nicht «beseitigen» lassen. Damit ist zu prüfen, ob eine Vereinigung nach Art. 95 Abs. 1 lit. a KAG einer steuerrechtlichen Fusion i.S.v. Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG gleichkommt.

5.4.1 Fusion i.S.d. DBG bzw. StHG

102 Vorbemerkend ist zu erwähnen, dass der steuerrechtliche Fusionsbegriff (wie auch der Umwandlungs- und Spaltungsbegriff) von der Gewährung von Anteils- oder Mitgliedschaftsrechten der übernehmenden Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft gekennzeichnet ist.⁵¹⁰ Die ESTV erwähnt in Zusammenhang mit der Steuerneutralität der Vereinigung und Umwandlung eine sinng-

⁵⁰² Siehe vorne, Rz. 33.

⁵⁰³ HESS, Steuern, § 12 Rz. 60.

⁵⁰⁴ Vgl. RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 7 Rz. 33.

⁵⁰⁵ Vgl. BAUER-BALMELLI/HARBEKE, S. 495 f.

⁵⁰⁶ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 14.

⁵⁰⁷ STAEHELIN/BOPP, a.a.O.; HESS, Steuern § 4 Rz. 206; m.a.W. TAGMANN, S. 102; SCHÖNFELD, S. 404 Fn. 2834. So sprach auch die EBK in ihrem Grundsatzentscheid von einer Fusion zweier Anlagefonds (EBK, JB 1995, S. 70 f.); a.A. jedoch JUTZI, welcher darin eine gewisse Ähnlichkeit zur Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG sieht (JUTZI, Umstrukturierung, S. 53).

⁵⁰⁸ Vgl. WILDERINK, S. 246.

⁵⁰⁹ BÖCKLI, Fusions- und Spaltungssteuerrecht, S. 7 f.

⁵¹⁰ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.3.1.

mässe Anwendbarkeit von Art. 61 DBG.⁵¹¹ Fraglich ist damit, inwieweit Anleger eines Immobilien-AF (sinngemäss) überhaupt als «Gesellschafter» und Anteile an solchem als «Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte» qualifizieren. Anleger eines Immobilien-AF stellen keine Gesellschafter im eigentlichen Sinne dar, da deren Anteile nicht gesellschaftsrechtlicher, sondern (rein) obligatorischer Natur sind, sodass sie eine Forderung gegen die Fondsleitung auf Beteiligung an Vermögen und Ertrag vermitteln (Art. 11 KAG), aber eben keine Beteiligung an einer Gesellschaft verkörpern. Gestützt auf der wirtschaftlichen Betrachtungsweise von Umstrukturierungen kann es m.E. nicht sein, eine Umstrukturierung eines Immobilien-AF zu versagen, nur weil dessen Anleger nicht als Gesellschafter im eigentlichen Sinne qualifizieren, wenn doch die Ausgangslage und das Endresultat der Transaktion einer Fusion gleichkommen würde.⁵¹²

Bei der Vereinigung wird die vermögensrechtliche Kontinuität gewahrt, weil sämtliche Vermögenswerte und Verbindlichkeiten *uno actu* ohne Mitwirkung der Anleger übertragen werden.⁵¹³ Wenngleich aus streng zivilrechtlicher Sichtweise bei der Vereinigung zweier Immobilien-AF derselben Fondsleitung gar keine Übertragung von Eigentum stattfindet, tritt doch der übernehmende Immobilien-AF anstelle des übertragenden Immobilien-AF (analog der «Gesamtrechtsnachfolge»), weil kraft Surrogationsprinzip sodann sämtliche Rechte, welche, «[...] juristisch gesehen, die Werte des [übertragenden Immobilien-AF] darstellen»⁵¹⁴ auf den übernehmenden Immobilien-AF übergehen. Wenngleich die Fondsleitung unverändert als Rechtsträgerin und zivilrechtliche Eigentümerin der Grundstücke in Erscheinung tritt, hat direktsteuerlich die Beurteilung aus Sicht des übertragenden Immobilien-AF zu erfolgen, sodass auch bei Identität der Fondsleitung sinngemäss von einer Übertragung nach dem Prinzip der Universalsukzession zwischen zwei unabhängigen Immobilien-AF (bzw. einer Immobilien-SICAV) auszugehen ist. Analog wie bei der Fusion bedingt auch die Vereinigung eine anschliessende liquidationslose Auflösung des untergehenden Immobilien-AF (Art. 115 Abs. 1 KKV). Ein Anteilstausch findet insoweit statt, als das die Anleger des übertragenden Immobilien-AF Anteile (bzw. Anlegeraktien) am übernehmenden Immobilien-AF (bzw. der fremdverwalteten Immobilien-SICAV) in entsprechender Höhe erhalten (Art. 115 Abs. 1 KKV). Damit wird auch die anteilsrechtliche Kontinuität gewahrt, weil sich die Natur der Anteilsrechte i.S. einer obligatorischen Forderungen gegen die Fondsleitung nicht ändert und kraft Umtauschverhältnis der (absolute) Beteiligungswert der einzelnen Anleger an Vermögen und Ertrag unverändert bleibt.⁵¹⁵ Erfolgt allerdings eine Vereinigung zwischen einem Immobilien-AF und einem Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten Immobilien-SICAV werden die Anleger zu Anlegeraktionären. Damit ändert sich zugleich die Natur der Anteilsrechte,⁵¹⁶ wonach den Anlegern neuerdings ein Stimmrecht zukommt (Art. 47 Abs. 1 KAG). Die ehemaligen Anleger sind als Anlegeraktionäre der SICAV insb. stimmberechtigt für das übernehmende Anlegerteilvermögen, an dem sie durch Vereinigung beteiligt werden (Art. 62 Abs. 1 lit. a KKV). Aber auch in diesem Fall bleibt der (absolute) Beteiligungswert am Fondsvermögen der einzelnen Anleger unverändert. Damit kommt das wirtschaftliche Endergebnis einer Vereinigung dem einer echten (Absorptions-)Fusion (zwischen unabhängigen Gesellschaften) gleich und ist damit unter Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG zu subsumieren. Das gesagte gilt m.E. auch für die Vereinigung von Teilvermögen eines Immobilien-AF.⁵¹⁷

Besteht allerdings keine Identität der Fondsleitung bedarf es einer zweistufigen Vorgehensweise, wonach vorangehend ein Wechsel der Fondsleitung durchzuführen wäre und erst im Anschluss eine Vereinigung erfolgen kann. Dass die übernehmende Fondsleitung in den Fondsvertrag eintritt und zur neu-

⁵¹¹ ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 5.3.1.

⁵¹² Vgl. ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.1.6.

⁵¹³ Vgl. BGE 108 Ib 450 E. 6aa; vgl. ferner VISCHER, S. 296 f.

⁵¹⁴ JÄGGLI, S. 130

⁵¹⁵ Vgl. STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 14.

⁵¹⁶ Vgl. VON DER CRONE/DOBLER/EUGSTER, in: FS-Böckli, S. 244.

⁵¹⁷ Die Zulässigkeit ergibt sich aus Art. 114 Abs. 1 KKV.

en Rechtsträgerin der den Immobilien-AF bildenden Werte wird, ändert nichts am identischen wirtschaftlichen Endergebnis wie bei der einstufigen Vorgehensweise, weil sich infolge Fondsleitungswechsel zwar die Forderungen der Anleger gegen die übernehmende Fondsleitung richten, sich aber nach wie vor auf Beteiligung an Vermögen und Ertrag desselben Immobilien-AF beziehen. Wenn vorliegender Umstrukturierungsvorgang in einem Schritt steuerneutral erfolgen kann, ist nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber denselben Vorgang in zwei Schritten mit identischem wirtschaftlichen Endergebnis nicht steuerneutral zulassen sollte.⁵¹⁸ Schliesslich ist für die steuerliche Würdigung die Ausgangslage sowie das Endresultat der Transaktion losgelöst von der formellen (zivilrechtlichen) Abwicklung entscheidend,⁵¹⁹ daran ändert auch nichts, dass infolge Fondsleitungswechsel das zivilrechtliche Eigentum an den Grundstücken des untergehenden Immobilien-AF geändert hat. Diese Betrachtungsweise setzt m.E. aber voraus, dass ein sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden (Einzel-)Transaktionen besteht, da diese grundsätzlich auch unabhängig voneinander durchgeführt werden können. Folglich ist der Fondsleitungswechsel als Vorbedingung für die Durchführbarkeit der Vereinigung (mangels Identität der Fondsleitung) zu verstehen, wobei die zeitliche Abfolge in ihrem Gesamtbild wirtschaftlich eine einheitliche Transaktion vermitteln soll. Nur dann weist die zweistufige Vorgehensweise sämtliche Wesensmerkmale einer Fusion i.S.v. Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG auf, um gewinnsteuerneutral durchgeführt werden zu können.

5.4.2 Grundstückgewinnsteuer

105 Infolge Vereinigung eines Immobilien-AF mit einem Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten Immobilien-SICAV kommt es zu einer zivilrechtlichen Eigentumsübertragung, welche grundsätzlich den Steuertatbestand der Grundstückgewinnsteuer (Art. 12 Abs. 2 StHG) erfüllt, jedoch im monistischen System als steueraufschiebende Veräusserung zu behandeln ist (Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG). Bei einem Aufschub gehen die massgeblichen Steuerfaktoren, d.h. die historischen Anlagekosten sowie die latente Steuerlast mit allfälliger Anrechnung der historischen Haltedauer auf das Anlegerteilvermögen der übernehmenden fremdverwalteten Immobilien-SICAV über.⁵²⁰ In dualistischen Kantonen ergibt sich die Steuerneutralität für Zwecke der Gewinnsteuer direkt aus Art. 24 Abs. 3 StHG. Im Gegensatz dazu stellt sich bei der Vereinigung zwischen zwei Immobilien-AF derselben Fondsleitung die Frage nach dem Vorliegen einer grundstückgewinnsteuerrelevanten Übertragung von Grundstücken, denn in diesem Fall kommt es lediglich zu einer Änderung der Anmerkung auf Anmeldung der Fondsleitung, durch welche neu die Verwaltung der Grundstücke für Rechnung eines anderen Immobilien-AF erfolgt.⁵²¹ Faktisch liegt lediglich eine Art «Umbuchung» vor, die keinem Verfügungsgeschäft bedarf.⁵²² Diese Änderung der Anmerkung stellt keine Eintragung einer Eigentumsänderung im Grundbuch dar⁵²³ und begründet damit keine zivilrechtliche Eigentumsübertragung, sodass dieser Steuertatbestand im Grundstückgewinnsteuerrecht ausscheidet.⁵²⁴ Auch wenn das Bundesgericht von einer weitgehenden zivil- und steuerrechtlichen Zugehörigkeit der Grundstücke zum Immobilien-AF spricht,⁵²⁵ kann daraus nach geltendem Recht keine zivilrechtliche Handänderung i.S.v. Art. 12 Abs. 2 StHG abgeleitet werden. Ferner lässt sich der Steuertatbestand der zivilrechtlichen Handänderung auch nicht damit begründen, dass infolge Übertragung der Grundstücke auf den übernehmenden Immobilien-AF eine Änderung des Bestands der am gemeinschaftlichen Eigentum berechtigten Personen vorliegt,⁵²⁶ weil die Rechtsnatur

⁵¹⁸ Vgl. HESS, Steuern, § 12 Rz. 366.

⁵¹⁹ WEIDMANN, in: FS-Reich, S. 292 f.; ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.1.2.1.6; ALTENBURGER/CALDERAN/LEDERER, Rz. 1498.

⁵²⁰ Vgl. ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 7 Rz. 199; MÜLLER/SCHREIBER, in: Komm. Umstrukturierungen, § 2 Rz. 342.

⁵²¹ Vgl. HESS, Steuern, § 12 Rz. 319.

⁵²² STAEHELIN, in: FS-Hasenböhler, S. 101.

⁵²³ Vgl. PETER, S. 286.

⁵²⁴ Die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch ist ein wesentliches Merkmal einer grundstückgewinnsteuerpflichtigen zivilrechtlichen Handänderung (PETER, S. 287).

⁵²⁵ BGer 2C_684/2010 (24. Mai 2011) E. 2.5.1.

⁵²⁶ ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 6 Rz. 28 m.w.H.; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 216 Rz. 56 ff.

des Anlagefonds die Anleger nicht zur Gesamt- bzw. Miteigentümer am Fondsvermögen werden lässt.⁵²⁷ Folglich ist zu prüfen, ob eine wirtschaftliche Handänderung i.S.v. Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG als Ersatztatbestand zur Anwendung gelangt, denn andernfalls müsste kein Steueraufschub nach Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG geltend gemacht werden.

5.4.2.1. Verfügungsgewalt bei den Anlegern

Um eine wirtschaftliche Handänderung zu bejahen, wäre die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt über die dem Immobilien-AF zugehörigen Grundstücke bei dessen Anlegern zu verorten, sodass diese infolge Vereinigung allenfalls auf die Anleger des übernehmenden Immobilien-AF übergeht.⁵²⁸ Anleger eines Immobilien-AF kennzeichnen sich i.d.R. dadurch aus, dass sie keine Managementaktivitäten ausüben wollen und auch nicht das Fondsvermögen selbst bewirtschaften möchten. Dies ist vielmehr Funktion der Fondsleitung. Damit haben sie grundsätzlich auch kein Interesse die Verfügungsgewalt über die Grundstücke auszuüben, noch sind sie bereit, diese anderen, ihnen ebenfalls gegenüberstehenden Anlegern zuzugestehen.⁵²⁹ Da ein Immobilien-AF regelmässig über ein umfassendes Portfolio verfügt, hat der einzelne Anleger kein Interesse an der Ausübung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsgewalt über einzelne oder mehrere Grundstücke. Mit Erwerb von Fondsanteilen erwarten Anleger vielmehr eine professionelle Bewirtschaftung des Portfolios.⁵³⁰ Mit Erwerb von Fondsanteilen haben die Anleger unmittelbar eine obligatorische Forderung gegen die Fondsleitung auf Beteiligung an Vermögen und Ertrag (Art. 78 Abs. 1 lit. a KAG). Diese obligatorische Forderung hat allerdings nicht eine Sachherrschaft (Art. 641 ZGB) zum Inhalt. Der Anleger ist im Grundsatz von der Verwaltung des Fondsvermögens ausgeschlossen und vermag auch keinen Einfluss auf die Geschäftsführung der Fondsleitung zu nehmen.⁵³¹ Demnach besteht kein Mitspracherecht seitens der Anleger.⁵³² Folglich ist die Fondsleitung gegenüber den Anlegern nicht weisungsgebunden, noch kann der Anleger seinen Anteil am Fondsvermögen *in natura* (Sachauskehrung) herausverlangen.⁵³³ Ihnen stehen keine Eigentumsrechte an den Grundstücken zu.⁵³⁴ Ferner können die Anleger weder die Fondsleitung ernennen, abberufen noch ihre Massnahmen aufheben.⁵³⁵ Die Verortung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsgewalt über die Grundstücke bei den Anlegern ist im Lichte der vom Bundesgericht geforderten restriktiven Auslegung⁵³⁶ kritisch zu hinterfragen, weil daraus augenscheinlich nur schwer eine dem zivilrechtlichen Eigentümer weitgehend ähnliche Eigentümerstellung abgeleitet werden kann, weder hinsichtlich der tatsächlichen Verfügungsgewalt (insb. Besitz, Gebrauch, Fruchtgenuss, etc.) noch der rechtlichen Verfügungsbefugnis (insb. Verkauf und Belastung).⁵³⁷ Aus der blossen Teilhabe am Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz *qua* obligatorischer Forderung gegen die Fondsleitung kann zwar eine wirtschaftliche Verfügungsgewalt an den Einkünften bzw. dem Vermögen abgeleitet werden, wohl aber nicht eine tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt i.S. eines Liegenschaftseigentümers über die dem Immobilien-AF zugehörigen Grundstücke.⁵³⁸ Die Anleger sind lediglich wirtschaftlich Berechtigte (Endbegünstigte) des Fondsvermögens,⁵³⁹ ihrerseits besteht keine Rechtszuständigkeit.⁵⁴⁰

106

⁵²⁷ KUHN, Rz. 328; HESS, Steuern, § 3 Rz. 28; m.a.W. DU PASQUIER, S. 201; SPINLER, S. 80 und 86 *e contrario*; WALKER, S. 54.

⁵²⁸ Die Grundstückgewinnsteuererhebung bei den Anlegern gilt als fraglich (vgl. OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 145g).

⁵²⁹ Vgl. BEILSTEIN/WATTER, S. 829.

⁵³⁰ Vgl. BEILSTEIN/WATTER, a.a.O.

⁵³¹ Botsch. aAFG, S. 291 f.

⁵³² Eine Einflussnahme der Anleger soll insb. bei Bau- und Immobilienprojekten (FINMA-Mitteilung 16 [2010], S. 9). Eine Abhängigkeit könnte zumindest bei beschränktem Anlegerkreis abgeleitet werden, wenn bspw. der Erwerb neuer Grundstücke an eine Kapitalerhöhung gebunden ist (TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 192).

⁵³³ Botsch. aAFG, S. 291 f.; BRAND, Rz. 321; vgl. SPRANGER, S. 58.

⁵³⁴ Botsch. aAFG, a.a.O.; RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 10.

⁵³⁵ Botsch. aAFG, a.a.O.; RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 25.

⁵³⁶ Siehe vorne, Rz. 71.

⁵³⁷ BGER 2C_138/2014 (12. Dezember 2014) E. 2.3.1 und 3.4.4;

⁵³⁸ Vgl. WEIDMANN, Realisation und Zurechnung, S. 101 f; TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 189; KUHN, Rz. 745.

⁵³⁹ Botsch. aKAG, S. 6418; HESS, Kollektivanlagengesetz, S. 273; ABT, S. 228; vgl. SPRANGER, S. 58.

⁵⁴⁰ JUTZI/SCHÄREN, § 7 Rz. 217.

5.4.2.2. Zwischenfazit

107 Die einzige gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Grundstückgewinnsteuer würde in diesem Fall Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG bieten. Die Analyse zeigt allerdings, dass eine tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt auf Ebene der Anleger abzulehnen wäre, sodass auch keine wirtschaftliche Handänderung infolge Vereinigung erwirkt werden könnte. Das prägende Element der Übertragung der uneingeschränkten Verfügungsgewalt mit Ausnahme des Grundbucheintrages kann aus dieser Optik nicht erfüllt sein, weil die Fondsleitung die Rechte an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke einheitlich im Rahmen ihrer ausschliesslichen und unentziehbaren (quasi-)fiduziarischen Rechtszuständigkeit⁵⁴¹ im (kollektiven) Interesse der Anleger ausübt. So impliziert auch das Ergebnis von HESS die Nichtanwendbarkeit des Konzeptes der wirtschaftlichen Handänderung.⁵⁴²

108 Dieses Ergebnis erscheint zwar für die an der Umstrukturierung teilnehmenden Parteien als vorteilhaft, jedoch befriedigt es aus einer ganzheitlichen, steuersystematischen Sichtweise nur wenig, weil sodann auch im Sonderfall einer Veräusserung von Grundstücken zwischen zwei Immobilien-AF derselben Fondsleitung bspw. im Rahmen einer von der FINMA genehmigten Auflösung (Art. 96 KAG)⁵⁴³ mangels zivilrechtlicher Handänderung auch auf Grundlage einer wirtschaftlichen Handänderung keine Grundstückgewinnsteuer erhoben werden könnte. Dies überzeugt somit auch in Hinblick auf die Parallelität der Steuerfolgen nicht, weil damit zwar gewinnsteuerlich grundsätzlich stille Reserven des Immobilien-AF als Steuersubjekt realisiert werden könnten, während im Grundstückgewinnsteuerrecht die steuerpflichtige Fondsleitung keine Veräusserung tätigt. Einziger Anknüpfungspunkt für die Steuererhebung bietet die Generalklausel für die wirtschaftliche Handänderung (Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG), deren Wortlaut und Auslegung vorliegend aber gerade an seine Grenzen stösst. Diese Schlussfolgerungen impliziert damit das Erfordernis einer Modifikation des bisherigen Begriffsverständnisses der «wirtschaftlichen Handänderung» unter Berücksichtigung der rechtlichen Besonderheiten der kollektiv-anlagenrechtlichen Treuhandlösung, denn es ist schliesslich nicht vorstellbar, dass an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke (überhaupt) keine Verfügungsgewalt besteht, weil im Grundsatz sämtliche Grundstücke stets in einer tatsächlichen oder wirtschaftlichen Verfügungsgewalt einer oder mehrerer Personen stehen.⁵⁴⁴ Die tatsächliche Verfügungsgewalt kann aufgrund gesetzlicher, vertraglicher oder faktischer Beziehungen zum Eigentümer aber auch anderen Personen als dem zivilrechtlichen Eigentümer zufallen.⁵⁴⁵

5.4.2.3. Modifizierte Betrachtungsweise

109 Die Rechtszuständigkeit der Fondsleitung an allen Rechten, welche, «[...] juristisch gesehen, die Werte des [Immobilien-AF] darstellen»⁵⁴⁶ macht deutlich, dass diese «[...] nur als mediatisierte bestehen kann»,⁵⁴⁷ weil sie ansonsten bei der juristischen Person selbst liegt, welche der Anlagefonds mangels Rechtspersönlichkeit aber nicht darstellt.⁵⁴⁸ Hätte sich der Gesetzgeber bei Schaffung des Anlagefonds für eine Miteigentumlösung i.S. einer Bruchteilsgemeinschaft bestehenden «Mitberechtigung» entschieden, so wäre die Rechtszuständigkeit beim Immobilien-AF selbst dauernd zugunsten der Anleger gebunden.⁵⁴⁹ Auf Ebene der Fondsleitung existiert damit eine «gespaltene» Verfügungsgewalt, einerseits bezogen auf die im «eigenen» Vermögen gehaltenen Vermögenswerte zu ihren Gunsten und andererseits bezogen auf die im Sondervermögen gehaltenen Grundstücke ausschliesslich zugunsten der Anleger.

⁵⁴¹ BRAND, Rz. 320.

⁵⁴² HESS, Steuern, § 20 Rz. 21 und 23.

⁵⁴³ Vgl. KGer (VD) FI.2018.0207 (23. Juli 2020).

⁵⁴⁴ BGer 2C_9/2019 (29. Januar 2020) E. 3.1 m.w.H.

⁵⁴⁵ BGer 2C_9/2019 (29. Januar 2020) E. 3.1.

⁵⁴⁶ JÄGGI, S. 130.

⁵⁴⁷ JÄGGI, S. 132. Grund dafür ist die «Einschiebung» der Fondsleitung.

⁵⁴⁸ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 2 Rz. 8 und 92.

⁵⁴⁹ JÄGGI, S. 132. In der Literatur wurde lange Zeit die These vom Miteigentum der Anleger vertreten (Botsch. aAFG, S. 291).

Indem das die Rechtszuständigkeit nur als «mediatisierte» besteht, kann auch die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt nur als solche bestehen. Weil die Fondsleitung das Fondsvermögen ausschliesslich im kollektiven Interesse der Anleger zu verwalten hat, ist auch die Verfügungsgewalt über die zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke vollständig und einheitlich bei der Fondsleitung gebündelt, aber deren Inhalt wirtschaftlich zwingend auf die Anleger gerichtet. Dabei ist nicht der einzelne Anleger entscheidend, sondern vielmehr die Gesamtheit aller Anleger eines Immobilien-AF, deren (kollektives) Interesse durch den Fondsvertrag artikuliert wird. Die Gesamtheit aller Anleger eines Immobilien-AF vereinigt damit die uneingeschränkte Verfügungsgewalt über die Grundstücke, welche formell und damit stellvertretend bei der Fondsleitung gebündelt ist.⁵⁵⁰ Bei Vereinigung zweier Immobilien-AF derselben Fondsleitung verliert die Gesamtheit aller Anleger des «kleineren» Immobilien-AF i.S.d. Nettofondsvermögens durch Anteilstausch ihre Verfügungsgewalt über die Grundstücke an die Gesamtheit aller Anleger des «grösseren» Immobilien-AF (und *vice versa*). Die Verschiebung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsgewalt materialisiert sich regelmässig kraft dem grundsätzlichen Erfordernis der weitgehenden Übereinstimmung der Fondsverträge, d.h. dass der Fondsvertrag des untergehenden (i.d.R.) «kleineren» Immobilien-AF auf den Fondsvertrag des übernehmenden (i.d.R. «grösseren») Immobilien-AF ausgerichtet wird und somit die durch den Fondsvertrag artikulierten Interessen der Gesamtheit der Anleger des untergehenden Immobilien-AF inhaltlich vom neu geltenden Fondsvertrag determiniert bzw. vorgegeben wird. Die quasi-fiduziarische Vermögensverwaltungstätigkeit der Fondsleitung wird damit faktisch vom «verbleibenden» Fondsvertrag des übernehmenden Immobilien-AF geleitet. Werden lediglich einzelne Grundstücke oder ein Grundstücksportfolio zwischen Immobilien-AF derselben Fondsleitung bspw. im Rahmen einer von der FINMA bewilligten Liquidation übertragen, überlässt die Gesamtheit der Anleger des zu liquidierenden Immobilien-AF die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt über die Grundstücke gegen Entgelt der Gesamtheit der Anleger des erwerbenden Immobilien-AF. Die besagten Transaktionen wirken damit gemäss Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG in Bezug auf die Verfügungsgewalt über ein Grundstück wirtschaftlich wie eine Veräusserung, wobei der Grundbucheintrag als äusseres Merkmal offen bleibt. Damit würde auch die Vereinigung von Immobilien-AF derselben Fondsleitung im Grundsatz eine wirtschaftliche Handänderung (Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG) darstellen, wäre jedoch zufolge Erfüllung der Voraussetzungen an eine steuerneutrale Fusion als steueraufschiebende Veräusserung zu behandeln (Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG).

5.4.3 Handänderungsabgaben

Das Bundesgericht geht von einem einheitlichen Verständnis der wirtschaftlichen Handänderung (i.S.d. Generalklausel) für Zwecke der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer aus.⁵⁵¹ Die im Grundstückgewinnsteuerrecht diskutierte Thematik verschärft sich im Handänderungssteuerrecht, da nicht sämtliche Kantone eine Generalklausel für die wirtschaftliche Handänderung kennen und damit für diese *de lege lata* – soweit ersichtlich und die Anknüpfung nicht ausschliesslich wirtschaftlich erfolgt – unter Berücksichtigung des Legalitätsprinzips keine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Handänderungssteuer zufolge Übertragung von Grundstücken zwischen Immobilien-AF derselben Fondsleitung besteht. Gestützt auf o.g. These wäre eine wirtschaftliche Handänderung auch im Handänderungssteuerrecht zu bejahen, soweit das kantonale Gesetz eine Generalklausel i.S.d. Wortlauts von Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG kennt. Hingegen kommt es bei einer Vereinigung eines Immobilien-AF mit einem Anlegerteilvermögen einer Immobilien-SICAV (grundsätzlich) zu einer steuerauslösenden zivilrechtlichen Handänderung. Die einstufige bzw. zweistufige Vereinigung stellt steuerlich eine Fusion i.S.v. Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG dar, sodass Art. 103 FusG angerufen werden kann. Eine handänderungssteuerbefreite Fusion i.S. dieser Vorschrift liegt dann vor, wenn sämtliche Aktiven und Passiven einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft übertragen werden und die über-

⁵⁵⁰ Auch eine Delegation der Anlageentscheide seitens der Fondsleitung an einen Vermögensverwalter würde dies m.E. nicht ändern.

⁵⁵¹ Siehe vorne, Rz. 72 f.

tragende Gesellschaft gleichzeitig aufgelöst wird.⁵⁵² Nach dem Gesagten erfüllt auch die Vereinigung diese Voraussetzungen sinngemäss, sodass die Erhebung kantonaler und kommunaler Handänderungsabgaben (vorbehaltlich kostendeckender Gebühren) ausgeschlossen ist (Art. 103 FusG).

5.5 Umwandlung in ein Anlegerteilvermögen einer Immobilien-SICAV

112 Ähnlich wie bei der Vereinigung bleibt der (absolute, aber auch relative) Beteiligungswert der einzelnen Anleger an Vermögen und Ertrag infolge Umwandlung unverändert. Hierbei kommt es jedenfalls zu einer Änderung des zivilrechtlichen Eigentums an Grundstücken, sodass der Steuertatbestand der Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer grundsätzlich erfüllt ist. Die Umwandlung nach KAG erfolgt i.d.R. über die Vermögensübertragung (Art. 69 ff. FusG), d.h. für die Steuerneutralität ist mithin entscheidend, ob die auf der Vermögensübertragung beruhende Umstrukturierung wirtschaftlich einer Fusion, Umwandlung oder Spaltung gleichkommt.⁵⁵³ Damit ist zu prüfen, ob die kollektivanlagenrechtliche Umwandlung einer steuerlichen Umwandlung i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. a DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 lit. a StHG gleichkommt.

5.5.1 Umwandlung i.S.d. DBG bzw. StHG

113 Die Umwandlung hat gemäss Wortlaut in eine «andere juristische Person» zu erfolgen. Das Auslegungsergebnis kann sinngemäss auf eine Immobilien-SICAV übertragen werden, sodass auch diese m.E. als juristische Person i.S.d. steuerlichen Umstrukturierungsrechts zu gelten hat. Es lassen sich keine sachlich gerechtfertigten Gründe vorbringen, einer Immobilien-SICAV – nicht aber einem Immobilien-AF – den Zugang zu den Umstrukturierungsklauseln zu verwehren. Dies ergibt sich bereits daraus, dass Immobilien-AF als auch eine Immobilien-SICAV unter dem steuerlichen Begriff der «kollektiven Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz nach Art. 58 KAG» zu subsumieren sind. Beide werden für ihren Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz identisch besteuert.⁵⁵⁴

114 Die Tatbestandselemente einer übertragenden Umwandlung erfüllt auch die Umwandlung eines Immobilien-AF in ein Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten Immobilien-SICAV, weil sämtliche Vermögenswerte und Verbindlichkeit des Immobilien-AF i.d.R. mittels Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG (stellvertretend) von der Fondsleitung auf die für Zwecke der Umwandlung neu gegründete Immobilien-SICAV übertragen werden und sodann der übertragende Immobilien-AF liquidationslos aufgelöst wird. Die Anleger werden durch Umtausch ihrer Anteile zu Anlegeraktionären des übernehmenden Anlegerteilvermögens der fremdverwalteten Immobilien-SICAV und auch hinsichtlich ihres (absoluten und relativen) Beteiligungswertes am Fondsvermögen nicht verkürzt. Damit kommt das wirtschaftliche Endergebnis der kollektivanlagenrechtlichen Umwandlung eines Immobilien-AF in ein Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten Immobilien-SICAV dem einer übertragenden Umwandlung gleich und ist unter Art. 61 Abs. 1 lit. a DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 lit. a StHG zu subsumieren.

5.5.2 Grundstückgewinnsteuer

115 Die zivilrechtliche Übertragung von Grundstücken zufolge übertragender Umwandlung erfüllt grundsätzlich den Steuertatbestand einer grundstückgewinnsteuerrelevanten Veräusserung i.S.v. Art. 12 Abs. 2 StHG.⁵⁵⁵ Diese Übertragung ist für Zwecke der Grundstückgewinnsteuer gemäss Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG allerdings als steueraufschiebende Veräusserung zu behandeln, weil eine Umwandlung i.S.v. Art. 24 Abs. 3 lit. a StHG vorliegt. Kantone mit dualistischem System erheben keine Grundstückgewinnsteuer, sodass der Ausnahmetatbestand von Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG ohnehin nicht angerufen werden muss.⁵⁵⁶

⁵⁵² OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 19c.

⁵⁵³ Botsch. FusG, S. 4371.

⁵⁵⁴ M.a.W. OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 7 ff.

⁵⁵⁵ Vgl. MÜLLER/OESTERHELT, in: Komm. Umstrukturierungen, § 4 Rz. 79.

⁵⁵⁶ MÜLLER/OESTERHELT, in: Komm. Umstrukturierungen, § 4 Rz. 79.

5.5.3 Handänderungsabgaben

Eine handänderungssteuerbefreite Umwandlung liegt dann vor, wenn sämtliche Aktiven und Passiven einer Gesellschaft auf eine Gesellschaft mit anderer Rechtsform übertragen werden und die übertragende Gesellschaft gleichzeitig aufgelöst wird.⁵⁵⁷ Vorliegende Transaktion erfüllt diese Voraussetzungen sinngemäss, sodass die Erhebung kantonaler und kommunaler Handänderungsabgaben (vorbehaltlich kostendeckender Gebühren) ausgeschlossen ist (Art. 103 FusG).

116

5.6 Aufspaltung

Ähnlich wie die Fusion berührt die Spaltung lediglich die Bilanz, beeinflusst aber grundsätzlich nicht die steuerlich massgebliche Erfolgsrechnung und stellt lediglich eine Strukturänderung dar, welche häufig zu keiner Realisation führt.⁵⁵⁸ Steuerlich erblickt der Fiskus ungeachtet der Form der Spaltung vielfach einen Entnahmetatbestand, sodass eine Realisation der stillen Reserven vorliegt,⁵⁵⁹ soweit im Gesetz nicht ausdrücklich Steuerneutralität vorgesehen ist.⁵⁶⁰ Von Interesse ist *in casu*, ob die stillen Reserven (weiterhin bzw. überhaupt) einem Betrieb dienen (objektive Verknüpfung).⁵⁶¹ In diesem Zusammenhang ist zu prüfen, inwiefern eine Aufspaltung eines Immobilien-AF als steuerneutrale Spaltung i.S.v. Art. 61 Abs. 1 lit. b DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 lit. b StHG qualifiziert.

117

5.6.1 Spaltung i.S.d. DBG bzw. StHG

Von zentraler Bedeutung ist die Frage, ob dem im Rahmen einer Spaltung eines Immobilien-AF übertragenen Grundstücksportfolio steuerrechtlich überhaupt Betriebsqualität zukommen kann (objektive Verknüpfung). Die Betriebsqualität ist gemäss Bundesgericht insb. dann abzulehnen, wenn sich die Verwaltung von Grundstücken einzig darin erschöpft, was ohnehin mit der blossen Kapitalanlage in Grundstücke einhergeht.⁵⁶² Da Immobilien-AF ein blosses Vehikel zur Immobilienhaltung für Anlage- bzw. Renditezwecke darstellen, wird seitens Steuerbehörden regelmässig der Einwand geltend gemacht, dass diese auch keinen Betrieb im steuerlichen Sinne führen können, sondern lediglich reine Vermögensverwaltung betreiben.⁵⁶³ Die Steuerbehörden würden damit das Betriebskriterium als nicht erfüllt erachten. Nichts anderes indiziert auch die Praxis der ESTV, wonach die Sacheinlage von im Geschäftsvermögen gehaltenen Grundstücken in eine kollektive Kapitalanlage nicht steuerneutral durchgeführt werden kann, weil die stillen Reserven dann keinem Betrieb mehr dienen.⁵⁶⁴ Die von der ESTV im KS Nr. 5 definierten Kriterien, wann eine Immobilienverwaltungsgesellschaft einen Betrieb bzw. Teilbetrieb führt, werden allerdings regelmässig von Immobilien-AF erfüllt, weil deren Portfolio mindestens einen Verkehrswert von CHF 50 Millionen aufweist, denn andernfalls lässt sich der Verwaltungsaufwand nicht mehr durch andere Vorteile kompensieren.⁵⁶⁵ Ferner überträgt die Fondsleitung die Liegenschaftsverwaltung, das Mietzinsinkasso und die bauliche Unterhaltung zulasten des Fondsvermögens an entsprechende Immobilien-Dienstleister. Es kann steuerrechtlich keinen Unterschied machen, ob sich die Grundstücke in einer Aktiengesellschaft oder einem Immobilien-AF befinden.⁵⁶⁶ Der Übertragung eines umfassenden Grundstücksportfolios zwischen zwei Immobilien-AF die Betriebsqualität abzusprechen, vermag damit nicht zu überzeugen.⁵⁶⁷

118

⁵⁵⁷ OESTERHELT, BSK-FusG, Art. 103 Rz. 19e.

⁵⁵⁸ BÖCKLI, Fusions- und Spaltungssteuerrecht, S. 7 f.

⁵⁵⁹ Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG bzw. Art. 24 Abs. 1 lit. b StHG.

⁵⁶⁰ BÖCKLI, Fusions- und Spaltungssteuerrecht, a.a.O.

⁵⁶¹ BÖCKLI, Fusions- und Spaltungssteuerrecht, S. 8; REICH, § 25 Rz. 50.

⁵⁶² BGer 2A.52/2003 (23. Januar 2004) E. 2.5.

⁵⁶³ Vgl. BEHNISCH/OPEL, in: FS-Reich, S. 252 und 257.

⁵⁶⁴ Vgl. ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 5.3.1; ESTV, aKS Nr. 25, Ziff. 4.2.2.

⁵⁶⁵ ANDREY, S. 766.

⁵⁶⁶ BEHNISCH/OPEL, in: FS-Reich, S. 258.

⁵⁶⁷ MARGRAF, Vorsorgeeinrichtungen, S. 749 m.Vw. auf BAUER-BALMELLI/HARBEKE, S. 495. Auch das Bundesgericht nimmt bei einem umfassenden Immobilienbestand einer Anlagestiftung einen Betrieb an (BGer 2C_340/2011 [1. Februar 2012] E. 2.5).

119 Damit die Spaltung allerdings steuerneutral abgewickelt werden kann, müssen die nach der Spaltung bestehenden Immobilien-AF (bzw. daraus hervorgehende Immobilien-AF derselben Fondsleitung oder allenfalls ein Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten Immobilien-SICAV) einen Betrieb bzw. Teilbetrieb weiterführen. Eine unveränderte Weiterführung des durch die Spaltung übertragenen als auch des zurückbleibenden Betriebes ist allerdings nicht erforderlich.⁵⁶⁸ Wird die Betriebsqualität bejaht, ist *in casu* regelmässig auch die Weiterführung eines Betriebs bzw. Teilbetriebs auf Ebene des abgespaltenen Immobilien-AF bzw. des aufnehmenden Immobilien-AF oder dem aufnehmenden Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten Immobilien-SICAV zu bejahen, weil deren Fondsvermögen regelmässig mindestens CHF 50 Millionen übersteigt.⁵⁶⁹ Die Aufspaltung von Immobilien-AF erfüllt – soweit das doppelte Betriebserfordernis bejaht wird – sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen einer steuerneutralen (Auf-)Spaltung, weil sämtliche Vermögenswerte und Verbindlichkeiten des aufzuspaltenen Immobilien-AF nach Massgabe des von der Fondsleitung bestimmten Aufteilungsverhältnisses auf zwei oder mehrere aus der Spaltung hervorgehende Immobilien-AF bzw. Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten SICAV übertragen werden und sodann die Anleger Anteile bzw. Anlegeraktien in entsprechender Höhe gemäss Umtauschverhältnis erhalten. Die Aufspaltung erfolgt damit symmetrisch.

5.6.2 Grundstückgewinnsteuer

120 Die für die Vereinigung entwickelte These gilt sinngemäss für die Aufspaltung von Immobilien-AF auf bereits bestehende Immobilien-AF derselben Fondsleitung, wonach die Anleger des aufzuspaltenen Immobilien-AF ihre Verfügungsgewalt über die Grundstücke an die Anleger der aufnehmenden Immobilien-AF *qua* Anteilstausch verlieren, wenn der jeweilige aufnehmende Immobilien-AF i.S.d. des Nettofondsvermögens den abgespaltenen Vermögensteil übersteigt.⁵⁷⁰ Erfolgt hingegen die Aufspaltung eines Immobilien-AF (symmetrisch) auf aus der Spaltung hervorgehende, neu errichtete Immobilien-AF, so kommt es infolge Identität der Anleger zu keiner Übertragung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsgewalt. Wird das Fondsvermögen eines Immobilien-AF auf zwei oder mehrere aus der Spaltung hervorgehende Anlegerteilvermögen einer fremdverwalteten Immobilien-SICAV aufgespalten, kommt es zu einer zivilrechtlichen Handänderung an Grundstücken. Da diese Umstrukturierung – soweit das doppelte Betriebserfordernis bejaht wird – als steuerneutrale Spaltung qualifiziert, ist die Übertragung von Grundstücken als steuerneutrale Veräusserung (Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG) zu behandeln, sodass in monistischen Kantonen ein Aufschub der Besteuerung des Wertzuwachsgeinns eintritt und die Steuerfaktoren entsprechend übertragen⁵⁷¹ werden. Kantone mit dualistischem System erheben keine Grundstückgewinnsteuer, sodass der Ausnahmetatbestand von Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG ohnehin nicht angerufen werden muss.⁵⁷²

5.6.3 Handänderungsabgaben

121 Wie bei der Vereinigung wäre gestützt auf o.g. These eine wirtschaftliche Handänderung auch im Handänderungssteuerrecht zu bejahen, soweit das kantonale Gesetz eine Generalklausel i.S.d. Wortlauts von Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG kennt. Sind an der Spaltung allerdings ein Immobilien-AF und eine fremdverwaltete Immobilien-SICAV beteiligt, kommt es zu einer zivilrechtlichen Handänderung, welche grundsätzlich den Steuertatbestand der Handänderungssteuer erfüllt. Die Aufspaltung eines Immobilien-AF stellt eine Spaltung i.S.v. Art. 24 Abs. 3 lit. b StHG dar, sodass Art. 103 FusG angerufen werden kann. Demnach liegt eine handänderungssteuerbefreite Spaltung vor, wenn ein Betrieb oder ein Teilbetrieb einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft übertragen und auch nach der Spaltung

⁵⁶⁸ ESTV, KS Nr. 5, Ziff. 4.3.2.1.

⁵⁶⁹ Vgl. ANDREY, S. 766.

⁵⁷⁰ Und *vice versa* verlieren die Anleger des aufnehmenden Immobilien-AF ihre Verfügungsgewalt über die Grundstücke an die hinzutretenden Anleger, wenn der hinzukommende Vermögensteil des aufzuspaltenen Immobilien-AF das Nettofondsvermögen des aufnehmenden Immobilien-AF übersteigt.

⁵⁷¹ MÜLLER/SCHREIBER, in: Komm. Umstrukturierungen, § 2 Rz. 342.

⁵⁷² MÜLLER/OESTERHELT, in: Komm. Umstrukturierungen, § 4 Rz. 79.

durch beide Gesellschaften ein Betrieb oder Teilbetrieb weitergeführt wird.⁵⁷³ Soweit das doppelte Betriebserfordernis gestützt auf o.g. Argumenten bejaht wird, erfüllt diese Transaktion die Voraussetzungen sinngemäss, sodass die Erhebung der kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben (vorbehaltlich kostendeckender Gebühren) ausgeschlossen ist (Art. 103 FusG).

5.7 Wechsel der Fondsleitung

Bei einem Fondsleitungswechsel erwirbt die übernehmende Fondsleitung als gesetzliche Folge der Übertragung gemäss Entscheid der FINMA das (zivilrechtliche) Eigentum an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke.⁵⁷⁴ Aus gewinnsteuerlicher Sicht ist ein Fondsleitungswechsel unbedeutend, weil die steuerlich massgebliche Erfolgsrechnung nicht beeinflusst wird und derselbe Immobilien-AF für denselben Ertrag und Reinvermögen aus direktem Grundbesitz gewinn- bzw. kapitalsteuerpflichtig bleibt. Aufgrund der zivilrechtlichen Handänderung an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücken ist von einer für die Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer relevanten Handänderung auszugehen. Ein Wechsel der Fondsleitung stellt jedenfalls keine Vereinigung dar.⁵⁷⁵

122

5.7.1 Grundstückgewinnsteuer

Die zivilrechtliche Handänderung infolge Fondsleitungswechsel erfüllt grundsätzlich den Steuertatbestand für die Grundstückgewinnsteuer (Art. 12 Abs. 2 StHG). Unter Erlös (Art. 12 Abs. 1 StHG) wird die Gesamtheit aller vermögensrechtlichen Leistungen verstanden, welche dem Veräusserer für die Übereignung des Grundeigentums zufließen.⁵⁷⁶ Da der übertragenden Fondsleitung aber keine vermögensrechtliche Leistung zufließt (Unentgeltlichkeit), stellt ein Fondsleitungswechsel m.E. keine grundstückgewinnsteuerrelevante (zivilrechtliche) Veräusserung dar, mit welcher ein Wertzuwachsgeinn realisiert werden könnte. Damit löst dieser in monistischen Kantonen nicht die Grundstückgewinnsteuer bzw. in dualistischen Kantonen nicht die Gewinnsteuer aus. Sollte der Fondsleitungswechsel allerdings gegen Entgelt erfolgen, bezieht sich die Ablösesumme nicht auf die dem Immobilien-AF zugehörigen Grundstücke, sondern auf die Auslagen der übertragenden Fondsleitung für die Strukturierung und Auflegung des Immobilien-AF. Damit handelt es sich nicht um liegenschaftliche Werte,⁵⁷⁷ welche auch nicht der Grundstückgewinnsteuer unterliegen.⁵⁷⁸

123

5.7.2 Handänderungsabgaben

Wird nach kantonalem Recht jede zivilrechtliche Handänderung von der Handänderungssteuer erfasst, bildet ein Fondsleitungswechsel nach Lehrmeinung grundsätzlich eine steuerbegründende zivilrechtliche Handänderung.⁵⁷⁹ Dieser gilt jedenfalls in keiner Handänderungssteuergesetzgebung i.S. einer objektiven Ausnahme als ein von der Steuer befreiter Handänderungsvorgang.⁵⁸⁰ Somit ist zu untersuchen, ob eine Befreiung direkt über Art. 103 FusG hergeleitet werden könnte. Dies setzt allerdings voraus, dass ein Wechsel der Fondsleitung als Umstrukturierung qualifiziert.

124

5.7.2.1. Befreiung über Art. 103 FusG

Beim Fondsleitungswechsel kommt es zu Art der Vermögensübertragung,⁵⁸¹ da die Forderungen und das Eigentum an den zum Immobilien-AF gehörenden Sachen und Rechten von Gesetzes wegen auf die übernehmende Fondsleitung übergehen (Art. 141 Abs. 2 KKV). Zu prüfen ist damit, ob mit dieser «Vermögensübertragung» gleichzeitig der Tatbestand der Fusion, Umwandlung oder Spaltung (auf

125

⁵⁷³ OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 19d.

⁵⁷⁴ Art. 39 Abs. 5 FINIG i.V.m. Art. 141 Abs. 2 KKV.

⁵⁷⁵ Vgl. HASBACH, S. 1118 Fn. 7 m.w.Vw.

⁵⁷⁶ ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 10 Rz. 70. Wurde kein Kaufpreis festgelegt, wird regelmässig der Verkehrswert im Realisationszeitpunkt als Ersatzwert herangezogen (ZWEIFEL/HUNZIKER/MARGRAF/OESTERHELT, § 10 Rz. 91).

⁵⁷⁷ Vgl. RICHTER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, in: Komm. StG ZH, § 220 Rz. 73 ff.

⁵⁷⁸ Vgl. ZWAHLEN/NYFFENEGGER, in: Komm. StHG, Art. 12 Rz. 47.

⁵⁷⁹ ABT, S. 220; ABT, in: CS-LPCC, § 3 Rz. 68; TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 173.

⁵⁸⁰ Vgl. ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 5.2.2.

⁵⁸¹ HURNI, S. 244.

Ebene der Fondsleitung) erfüllt ist.⁵⁸² Wenngleich ein Fondsleitungswechsel eine gewisse Ähnlichkeit zu einer Fusion aufweist,⁵⁸³ kommt es weder zu einer Übertragung sämtlicher Aktiven und Passiven⁵⁸⁴ und liquidationsloser Auflösung der übertragenden Fondsleitung, noch erhalten die Aktionäre der übertragenden Fondsleitung Anteile an der übernehmenden Fondsleitung. Damit liegt keine handänderungssteuerbefreite Fusion i.S.v. Art. 24 Abs. 3 StHG vor.⁵⁸⁵ Mangels Übertragung von Aktiven und Passiven auf eine für Zwecke der Umwandlung errichtete Zielgesellschaft und gleichzeitiger Auflösung der übertragenden Gesellschaft liegt auch keine Umwandlung (Art. 24 Abs. 3 lit. a StHG) vor. Bei einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise weist der Fondsleitungswechsel eine gewisse Ähnlichkeit zu einer (Ab-)Spaltung auf, da infolge Unteilbarkeit des Vermögens als Gesamtheit⁵⁸⁶ insb. die im Sondervermögen gehaltenen Grundstücke an eine andere Fondsleitung übertragen werden. Allerdings liegt keine (Ab-)Spaltung i.S.d. Steuerrechts (Art. 24 Abs. 3 lit. b StHG) auf Ebene der Fondsleitung vor, weil es sich beim Immobilien-AF um ein vom Vermögen der Fondsleitung abgetrenntes Sondervermögen handelt, welches ausserhalb der Bilanz der Fondsleitung geführt wird (Art. 87 KAG *e contrario*). Ferner erhalten die Aktionäre der übertragenden Fondsleitung im Gegenzug keine Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte an der übernehmenden Fondsleitung. Entscheidend ist, dass der Immobilien-AF in seiner Gesamtheit vom Fondsleitungswechsel nicht betroffen ist, d.h. selbst in keiner Weise «aufgeteilt» (abgespalten) wird. Mit Blick auf die Ausgangslage sowie das Endresultat erfährt der Immobilien-AF keine Änderung. Mangels Erfüllung eines Katalogtatbestandes kann gestützt auf Art. 103 FusG keine Befreiung von den kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben geltend gemacht werden.

5.7.2.2. Erwerb von zivilrechtlichem Eigentum

126

Inhalt des zivilrechtlichen Eigentums ist, dass der Eigentümer eines Grundstückes in den Schranken der Rechtsordnung nach seinem darüber Belieben verfügen kann (vgl. Art. 641 Abs. 1 ZGB). Wenngleich der Fondsleitung eine «uneingeschränkte» Verfügungsgewalt zugesprochen wird, ist ihre Verfügungsbefugnis in Bezug auf das Eigentum an den Grundstücken des Immobilien-AF durch obligatorische Forderungen der Anleger auf Beteiligung an Vermögen und Ertrag des Immobilien-AF (Art. 78 Abs. 1 lit. a KAG) so wesentlich beschränkt, dass sie nur innerhalb ihrer (quasi-)fiduziarischen Rolle gemäss KAG und Fondsvertrag im Interesse der Anleger über die Grundstücke verfügen kann.⁵⁸⁷ Als alleinige Trägerin der zum Immobilien-AF gehörenden Rechte ist sie lediglich Beauftragte der Anleger und darf von ihrem Eigentum an den Grundstücken keinen freien Gebrauch machen.⁵⁸⁸ Wenngleich die Fondsleitung in ihrem Amt als (quasi-)Fiduziarin selbständig und ohne Weisungsgebundenheit gegenüber den Anlegern über Kauf und Verkauf entscheiden kann,⁵⁸⁹ kommt ihr letztendlich der daraus erzielte Ertrag aus direktem Grundbesitz nicht zu. Die Fondsleitung kann vom Immobilien-AF keine Grundstücke übernehmen (Art. 63 Abs. 2 KAG) und den Wert der Grundstücke nicht für eigene Rechnung nutzbar machen, sie hat lediglich Anspruch auf die im Fondsvertrag vorgesehenen Vergütungen (Art. 38 Abs. 1 lit. a FINIG). Die Ausübung ihrer Verfügungsbefugnis ist, wenngleich sie formal unabhängig und im eigenen Namen über ihr Eigentum verfügt, strikt auf das Interesse der Anleger gerichtet, da hinsichtlich der Verwaltung auf die im Sondervermögen gehaltenen Vermögensgegenstände andere Vorschriften zur Anwendung gelangen als auf die restlichen Gegenstände des «eigenen» Ver-

⁵⁸² Vgl. OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 21. Unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Sonderstellung von Immobilien-AF ist streng zwischen Umstrukturierungen auf Ebene der Fondsleitung und des Immobilien-AF zu differenzieren (HESS, Steuern, § 4 Rz. 216).

⁵⁸³ Vgl. KITTNER, S. 271.

⁵⁸⁴ Art. 141 Abs. 2 KKV.

⁵⁸⁵ Vgl. OESTERHELT, in: Umstrukturierungen, § 16 Rz. 32.

⁵⁸⁶ SCHMID, Grundlagen Vermögensverwaltung, Rz. 2.18. Die beiden Vermögensmassen, d.h. «eigenes» Vermögen und Sondervermögen stehen rechtlich gesehen der Fondsleitung zu (AMONN, S. 300); vgl. ferner FREITAG, S. 146.

⁵⁸⁷ Vgl. BGE 101 II 154 E. 1; Botsch. aAFG, S. 293; vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, in: ZK-OR, Art. 18 Rz. 204 m.w.Vw.; vgl. LICHTSTEIN, in: Investmentgesetze, § 92 Rz. 21; vgl. BRAND, Rz. 320; vgl. RÜEGG-PEDUZZI, S. 116; vgl. ZUPPINGER, S. 464.

⁵⁸⁸ BGE 101 II 154 E. 1; BGE 99 Ib 436 E. 2 m.w.Vw.

⁵⁸⁹ Botsch. aAFG, S. 273; RAYROUX/DU PASQUIER, in: BSK-KAG, Art. 7 Rz. 26; KÜHNE, § 2 Rz. 142.

mögens der Fondsleitung.⁵⁹⁰ Die tatsächliche Verfügungsgewalt über die zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke, welche sich grundsätzlich aus dem Inhalt des (zivilrechtlichen) Eigentums i.S.v. Art. 641 ZGB ergibt,⁵⁹¹ befindet sich formell bei der Fondsleitung, ist aber in ihrer obligatorischen Bindung ausschliesslich auf die Interessen der Anleger gerichtet. Daraus kann grundsätzlich die Frage abgeleitet werden, ob infolge Wechsel der Fondsleitung die übernehmende Fondsleitung überhaupt das zivilrechtliche Eigentum erwirbt, da ihr in Bezug auf die im Sondervermögen gehaltenen Grundstücke keine unbeschränkte Eigentümerstellung i.S.v. Art. 641 ZGB zukommt. Der «Theorie vom vollen Rechtserwerb» folgend erwirbt die Fiduziarin das uneingeschränkte Eigentum und wird durch die obligatorische Bindung in ihrer Eigentümerstellung nicht berührt.⁵⁹² Dieses Treuhandeigentum stellt sachenrechtlich keine besondere Art des Eigentums dar.⁵⁹³ Der Steuertatbestand der zivilrechtlichen Handänderung folgt grundsätzlich den zivilrechtlichen Gegebenheiten und differenziert nicht, ob sog. Treuhandeigentum vorliegt. Der Steuertatbestand wird durch einen gültigen Rechtsgrund (Verpflichtungsgeschäft oder gesetzlicher Erwerbstatbestand) und der Eintragung im Grundbuch (Verfügungsgeschäft) konstituiert.⁵⁹⁴ Damit stellt ein Wechsel der Fondsleitung eine zivilrechtliche Handänderung dar.

5.7.2.3. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Wenngleich das Bundesgericht in seinem das BewG betreffenden Urteil vom 24. Mai 2011 von einer weitgehenden zivil- und steuerrechtlichen Zugehörigkeit der Grundstücke zum Immobilien-AF spricht,⁵⁹⁵ kann damit die Tatsache einer zivilrechtlichen Eigentumsübertragung aus der Sicht einer Rechtsverkehrssteuer grundsätzlich nicht beseitigt werden, weil die Kantone im Handänderungssteuerrecht grundsätzlich nicht an die bundesgerichtliche Erwägung aus einem anderen Rechtsgebiet (*in casu* BewG) gebunden sind. Die beiden betroffenen Erlasse (Handänderungssteuergesetz und BewG) dienen unterschiedlichen Zwecken, sodass die Übertragung von Grundeigentum unabhängig von der Bewilligungspflicht i.S.d. BewG der Handänderungssteuer unterworfen werden kann.⁵⁹⁶ Im Handänderungssteuerrecht erfolgt die Zurechnung der Grundstücke grundsätzlich nach Massgabe der sachenrechtlichen Gegebenheiten, d.h. zum zivilrechtlichen Eigentümer (*in casu* der Fondsleitung). Weiter wurde rund um das BewG die Praxis entwickelt, dass die Fondsleitung eines Immobilien-AF als Immobiliengesellschaft (i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. e BewG) qualifiziert, wenn sich ihre Aktiven zu mehr als einem Drittel aus bewilligungspflichtigen Grundstücken i.S.d. BewG zusammensetzen. Dabei wird das «eigene» Vermögen der Fondsleitung mit dem von ihr fiduziarisch verwalteten Vermögen des Immobilien-AF zusammengerechnet, weil die Fondsleitung sachenrechtliche Eigentümerin ist und sie zugleich die Verfügungsgewalt über die dem Immobilien-AF wirtschaftlich zugehörigen Immobilienwerten innehat.⁵⁹⁷ Die im BewG entwickelte Zusammenrechnungspraxis auf das Handänderungssteuerrecht zu übertragen ist m.E. aufgrund der unterschiedlichen Zwecksetzung der beiden Erlasse bereits fraglich. Während ein Handänderungssteuergesetz die Besteuerung der Übertragung von Grundeigentum zum Gegenstand hat, dient das BewG der Beschränkung des Erwerbs von Grundstücken durch Personen im Ausland (Art. 1 BewG). Bei Prüfung der Bewilligungspflicht i.S.d. BewG wird danach gefragt, wie ein Grundstück genutzt wird, währenddessen im Handänderungssteuerrecht die Frage nach dem Zweck eines

127

⁵⁹⁰ HURNI, S. 73 m.w.H.

⁵⁹¹ Vgl. MEIER-HAYOZ, in: BK-ZGB, Art. 641 Rz. 26.

⁵⁹² WOLF/WIEGAND, in: BSK-ZGB II, Art. 641 Rz. 23; WIEGAND, in: BSK-OR I, Art. 18 Rz. 143 m.w.H.; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, in: ZK-OR, Art. 18 Rz. 203 ff. Damit kommt der Fiduziarin eine «überschiessende Verfügungsgewalt» zu, wonach diese «mehr kann, als sie darf» (BGE 71 II 167 E. 1; BGE 119 II 326 E. 2b).

⁵⁹³ ARNET, in: CHK-ZGB, Art. 641 Rz. 27. Im Kanton GE begründet ein Wechsel der Fondsleitung keine steuerbare Handänderung i.S.v. Art. 33 LDE GE, weil der Fondsleitung dadurch kein Inhalt des Eigentums (Art. 641 ZGB) zukommt (VGer [GE] JTA-PI/142/2021 [11. Februar 2021] E. 18).

⁵⁹⁴ REY, Rz. 311 und 314.

⁵⁹⁵ BGer 2C_684/2010 (24. Mai 2011) E. 2.5.1.

⁵⁹⁶ Vgl. BGer 2C_643/2017 (15. Januar 2019) E. 8.3.

⁵⁹⁷ Vgl. TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 475 ff. und Rz. 829; TRANDAFIR, S. 62; SCHUMACHER/TISSOT, S. 17; KLUNGE, in: FS-Python, S. 84 Fn. 5; MÜHLEBACH/GEISSMANN, in: Komm. BewG, Art. 4 Rz. 25; REBORD, S. 165. So auch die Auslegung des *Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé* des Kantons GE (vgl. Directives d'interprétation GE, Ziff. 3.2.4).

Grundstückes für eine (Immobilien-)Gesellschaft geklärt werden soll.⁵⁹⁸ Gemäss den oben dargestellten Charakteristika der Verfügungsgewalt seitens der Fondsleitung führt ein Wechsel dergleichen in Kantonen mit einer (rein) wirtschaftlichen Anknüpfung (insb. die Kantone GR und SO) zu keiner steuerbaren Handänderung, weil kraft der von Beginn an eingegangenen Rechtsverhältnisse ersichtlich ist, dass nur eine gebundene Sachherrschaft über das Grundeigentum übertragen wird.⁵⁹⁹

128 Einen Fondsleitungswechsel der Handänderungssteuer zu unterwerfen befriedigt aufgrund der gesamten rechtlichen Verhältnisse zwischen der Fondsleitung und dem Immobilien-AF nicht. Aus wirtschaftlicher Optik zu begrüssen ist die vom Kantonsgericht Waadt in seinem *obiter dictum* vom 23. Juli 2020 eingeleitete Änderung der Waadtländer Handänderungssteuerpraxis, wonach die Besteuerung einer zivilrechtlichen Handänderung infolge eines Fondsleitungswechsels neuerdings unterbleibt.⁶⁰⁰ So sollte grundsätzlich aus steuersystematischen Überlegungen darüber nachgedacht werden, ob eine zivilrechtliche Eigentumsübertragung grundsteuerlich erfasst werden soll, wenn die Grundstücke weiterhin durch denselben Immobilien-AF gewinn- und kapitalsteuerlich zu versteuern sind.⁶⁰¹ Das Kantonsgericht VD erblickte in der vom Bundesgericht im Urteil vom 24. Mai 2011 dargelegten Differenzierung zwischen formalem Eigentum der Fondsleitung und der «weitgehenden» zivil- und steuerrechtlichen Zugehörigkeit der Grundstücke zum Immobilien-AF⁶⁰² einen sachlich gerechtfertigten Grund,⁶⁰³ um ausnahmsweise den grundsätzlich formalen (zivilrechtlichen) Eigentumsbegriff in Art. 2 Abs. 1 LMSD VD wirtschaftlich i.e.S. gebunden an die sich aus der quasi-fiduziarischen Rechtzuständigkeit der Fondsleitung ergebenden wirtschaftlichen Merkmale auszulegen und die Veräusserung von Grundstücken zwischen zwei Immobilien-AF derselben Fondsleitung der Handänderungssteuer zu unterwerfen.⁶⁰⁴ Im Umkehrschluss löst ein Fondsleitungswechsel somit keine Handänderungssteuer aus.⁶⁰⁵ Der Entscheid impliziert gestützt auf o.g. Bundesgerichtsurteil die Annahme, dass die Anleger als «wahre» Eigentümer zu verstehen sind und damit die Verfügungsgewalt auf die Anleger des erwerbenden Immobilien-AF übergegangen ist.⁶⁰⁶ Im Zusammenhang mit dem (strengen) Legalitätsprinzip im Steuerrecht (Art. 127 Abs. 1 BV) ist es allerdings kritisch zu betrachten, ob das Kantonsgericht Waadt mit dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise aufgrund der Abwesenheit eines Generaltatbestandes im kantonalen Handänderungssteuergesetz die gebotene Zurückhaltung nicht überdehnt hat.⁶⁰⁷

5.7.2.4. Massgebender Handänderungswert

129 Der Fondsleitungswechsel erfolgt i.d.R. unentgeltlich, sodass der Übertragungsvertrag kein betragsmässig festgelegter Kaufpreis enthält. Bemessungsgrundlage für die Handänderungssteuer ist im Grundsatz die Gegenleistung für die Übereignung des Eigentums an einem Grundstück, d.h. die vom Erwerber erbrachte bzw. die dem Verkäufer zufließende Gegenleistung. Für die Bemessung ist der wirkliche Wert der Leistung des Erwerbers entscheidend,⁶⁰⁸ d.h. der Kauf-/Erwerbspreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers. Erfolgt die Handänderung aber unentgeltlich, so fehlt es an einer Ge-

⁵⁹⁸ BGer 2C_643/2017 (15. Januar 2019) E. 8.4. Die Fondsleitung eines Immobilien-AF qualifiziert m.E. für Zwecke der Grundstücksgewinn- und Handänderungssteuer nicht als Immobiliengesellschaft (gl.M. BERGER/NERI-CASTRACANE, S. 180).

⁵⁹⁹ Vgl. ferner ZUPPINGER, S. 463 f.

⁶⁰⁰ KGer (VD) FI.2018.0207 (23. Juli 2020) E. 5b.

⁶⁰¹ PETER, S. 291.

⁶⁰² BGer 2C_684/2010 (24. Mai 2011) E. 2.5.1.

⁶⁰³ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann unter dem Gesichtspunkt des Willkürverbotes bei Vorliegen von sachlich triftigen Gründen unter gebotener Zurückhaltung (Legalitätsprinzip) eine wirtschaftliche Betrachtungsweise eingenommen werden, auch wenn das kantonale Handänderungssteuerrecht auf die zivilrechtlichen Vorgänge abstellt und keine Generalklausel für eine wirtschaftliche Handänderung vorsieht (vgl. BGE 99 Ia 459 E. 3b).

⁶⁰⁴ KGer (VD) FI.2018.0207 (23. Juli 2020) E. 5b; dazu BARAKAT, S. 645. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die infrage stehende Veräusserung im Rahmen einer Auflösung nach Art. 96 KAG erfolgte und von der FINMA genehmigt wurde.

⁶⁰⁵ Die Behörden würden einem sachwidrigen Methodendualismus verfallen, wenn sie sich beim gleichen Sachverhalt ohne sachlichen Grund bei der Anwendung der fraglichen Rechtsnorm einmal von der zivilrechtlichen Gestaltung und dann wieder von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise leiten lassen (REICH, § 25 Rz. 22).

⁶⁰⁶ Nach BARAKAT hat sich das Bundesgericht für eine «transparente» Betrachtung der formalen Eigentümerposition der Fondsleitung ausgesprochen und anerkennt die Anleger als die «wahren» Eigentümer der Grundstücke (BARAKAT, S. 646 f.).

⁶⁰⁷ Siehe vorne, Rz. 111 und Rz. 121.

⁶⁰⁸ RÜEGG-PEDUZZI, S. 141.

genleistung. So existiert bspw. bei einer reinen Schenkung (Art. 239 Abs. 1 OR) kein Erwerbspreis, welcher als Bemessungsgrundlage herangezogen werden könnte,⁶⁰⁹ wobei der Vermögensvorteil auf Seiten des Beschenkten bspw. in einer Vermehrung der Aktiven bzw. Verminderung der Passiven bestehen kann.⁶¹⁰ In einem solchen Fall – soweit die Schenkung überhaupt steuerpflichtig ist – wäre mangels Gegenleistung für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage auf einen Ersatzwert abzustellen.⁶¹¹

Die FINMA genehmigt den Wechsel der Fondsleitung mit Entscheid (Art. 39 Abs. 5 FINIG), wobei es mangels Leistung auch zu keiner Gegenleistung kommt, denn die übertragende Fondsleitung erbringt der übernehmenden Fondsleitung keine vermögensrechtliche Leistung i.S.d. Übereignung des zum Immobilien-AF gehörenden Grundeigentums. Diese Tatsache ergibt sich aus dem das Sondervermögen charakterisierende Surrogationsprinzip,⁶¹² d.h. wenngleich die übernehmende Fondsleitung das zivilrechtliche Eigentum «erwirbt», werden dadurch nicht ihre Aktiven vermehrt, weil hinsichtlich der Verwaltung auf die im Sondervermögen gehaltenen Vermögensgegenstände andere Vorschriften zur Anwendung gelangen als auf die restlichen Gegenstände des «eigenen» Vermögens der Fondsleitung.⁶¹³ Kraft rechtlicher Sonderstellung ist das Sondervermögen vom Schicksal des Geschäftsvermögens der Fondsleitung streng zu trennen.⁶¹⁴ So ist die Fondsleitung nach Art. 55 Abs. 1 FINIV zur dauerhaften Segregation zwischen «eigenem» und den verwalteten Vermögen verpflichtet. Ferner werden die zum Immobilien-AF gehörenden Sachen und Rechten im Konkurs der Fondsleitung zugunsten der Anleger abgedockt (Art. 40 Abs. 1 FINIG).⁶¹⁵ Im KAG ist nirgends die Rede von Eigentum der Fondsleitung am Immobilien-AF.⁶¹⁶ Aus wirtschaftlicher Sicht gehören die im Sondervermögen gehaltenen Vermögenswerte zum Vermögen der Anleger.⁶¹⁷ Zur Berücksichtigung allfälliger weiterer Leistungen des Erwerbers in der Bemessungsgrundlage hat ein kausaler Zusammenhang zwischen der erbrachten Leistung und der (steuerpflichtigen) Übertragung des Grundeigentums zu bestehen.⁶¹⁸ So könnte augenscheinlich auch in der Übernahme von Schulden in Zusammenhang mit der Fremdfinanzierung der Grundstücke des Immobilien-AF eine in die Bemessungsgrundlage einflussende Leistung des Erwerbers erblickt werden, weil mit dem Fondsleitungswechsel nur die Aktiven, nicht aber die (bestehenden) Passiven aus dem Fondsvertrag auf die übernehmende Fondsleitung übergehen.⁶¹⁹ Die Passiven aus dem Fondsvertrag wie bspw. Hypothekarschulden verbleiben unverändert in der Vermögensrechnung des Immobilien-AF.⁶²⁰ Eine derartige Schuldübernahme als eine den Handänderungswert erhöhende Leistung für den Grundstückerwerb⁶²¹ in der Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen, scheint m.E. nicht sachgerecht zu sein, weil die Fondsleitung Anspruch auf Befreiung von für den Immobilien-AF eingegangenen Verbindlichkeiten sowie auf Aufwandsersatz hat.⁶²²

Obschon ein Fondsleitungswechsel damit eine zivilrechtliche Handänderung darstellt, fehlt es m.E. an einer Leistung bzw. Gegenleistung auf deren Grundlage die Handänderungssteuer zu erheben wäre.⁶²³ Da die übernehmende Fondsleitung vermögensmässig kraft Surrogationsprinzip nicht bereichert wird,

⁶⁰⁹ RÜEGG-PEDUZZI, S. 148.

⁶¹⁰ VOGT/VOGT, in: BSK-OR I, Art. 239 Rz. 1.

⁶¹¹ Vgl. THOMAS, S. 225; vgl. RÜEGG-PEDUZZI, S. 148.

⁶¹² Siehe vorne, Rz. 31.

⁶¹³ HURNI, S. 73 m.w.H.

⁶¹⁴ KÜHNE, § 2 Rz. 129; LUCHSINGER GÄHWILER, Vertrieb, S. 9.

⁶¹⁵ Bei der Aussonderung handelt es sich um eine ausserordentliche Trennung nach Massgabe der wirtschaftlichen Zugehörigkeit (AMONN, S. 300).

⁶¹⁶ BGE 101 II 154 E. 1

⁶¹⁷ STADLER/MAGER/MEYER, S. 410.

⁶¹⁸ SCHÖNENBERGER, S. 105; SCHWARZ, S. 186.

⁶¹⁹ Für Passiven aus dem Fondsvertrag kommt entweder eine Übertragung auf die übernehmende Fondsleitung (Schuldübernahme) oder ein Verbleib bei der übertragenden Fondsleitung in Frage (ABEGGLEN/SCHAUB, in: BSK-KAG, Art. 34 Rz. 20).

⁶²⁰ Art. 95 i.V.m. Anhang 3 Ziff. 1.9.1 KKV-FINMA.

⁶²¹ Vgl. BRÜCKNER, S. 676.

⁶²² Vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. b und c FINIG; dazu BUTTSCHARDT, in: Komm. AFG, Art. 14 Rz. 4; grundlegend BGE 97 I 866. Diese Ansprüche werden aus den Mitteln des Immobilien-AF erfüllt (Art. 38 Abs. 2 FINIG).

⁶²³ Vgl. im Kanton BE, wonach die Steuer auf der Gegenleistung für den Grundstückerwerb bemessen wird. Unter Gegenleistung ist dabei die Summe aller vermögensrechtlichen Leistungen des Erwerbers an den Veräusserer zu verstehen (Art. 6 Abs. 1 HG BE).

wäre es auch nicht sachgerecht, auf einen Ersatzwert abzustellen. Streng zivilrechtlich kann freilich dagegegenghalten werden, dass die übernehmende Fondsleitung i.S.d. «Theorie vom vollen Rechtserwerb» zivilrechtliche Eigentümerin wird und das Vermögen schliesslich unteilbar ist, wonach auch das Sondervermögen rechtlich gesehen der Fondsleitung zusteht.⁶²⁴ Ferner bleibt zu erwähnen, dass die Vorschriften über die Bemessungsgrundlage nicht harmonisiert sind. So könnte auch argumentiert werden, dass sich durch Eintritt der übernehmenden Fondsleitung in den Fondsvertrag auch die Forderungen der Anleger auf Beteiligung an Vermögen und Ertrag neuerdings gegen solche richten und die übernehmende Fondsleitung *qua* Vertragseintritt die übertragende Fondsleitung von diesen «Verbindlichkeiten» abgelöst, welche sie nun mittels dem durch Fondsleitungswechsel «erworbenen» Grundeigentum erfüllt.

5.7.2.5. Vereitelung bzw. Beeinträchtigung von Art. 39 FINIG

132 Analog wie bei den Unternehmensumstrukturierungen⁶²⁵ stellt sich vorliegend die Frage, ob eine Gefährdung der Verwirklichung des bundesrechtlichen Instituts des Fondsleitungswechsels einen (punktuellen) Eingriff in die kantonale Steuerhoheit rechtfertigt.⁶²⁶ So könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Erhebung der kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben infolge Wechsel der Fondsleitung eine Vereitelung oder übermässige Erschwerung von Bundeszivilrecht darstellt.⁶²⁷ Eine solche Vereitelung liegt dann vor, «wenn die *rechtlichen* oder *tatsächlichen Anwendungsbedingungen* für eine vom Bundeszivilrecht *vorgesehene Regelung* [...] *grundsätzlich* oder in einem *grossen Teil der Fälle* (nicht nur in besonders gelagerten Einzelfällen) durch das kantonale öffentliche Recht *beseitigt* werden».⁶²⁸ Hingegen ist eine übermässige Erschwerung dann anzunehmen, wenn «das an sich *zulässige Ziel* des kantonalen Rechts auch mit *Mitteln* erreicht werden kann, welche die Anwendung des *Bundeszivilrechts weniger stark beeinträchtigen*».⁶²⁹

133 Ein Wechsel der Fondsleitung kommt in der Praxis regelmässig zur Anwendung, im Segment der Immobilienfonds aber verhältnismässig wenig, da deutlich mehr Effektenfonds bzw. übrige Fonds für traditionelle Anlagen existieren und die Anzahl an Fondsleitungen, welche in diesem Anlagesegment überhaupt «gewechselt» werden können, ebenso überschaubar ist.⁶³⁰ Die Erhebung von Handänderungsabgaben zufolge Fondsleitungswechsel betrifft aufgrund der Treuhandlösung im Wesentlichen nur Immobilien-AF, nicht aber eine Immobilien-SICAV.⁶³¹ Das historisch betrachtet deutlich weniger Fondsleitungswechsel bei Immobilien-AF als bei anderen Anlagefonds (Effekten- oder übrige Fonds) erfolgten, indiziert doch, dass die Handänderungssteuern ein signifikantes Hemmnis darstellen⁶³² und damit ein bundesrechtliches Institut (Art. 39 FINIG) vereitelt wird. Wenngleich der Fondsleitungswechsel Umstrukturierungen erleichtert, besteht das Ziel des FINIG bzw. KAG v.a. im Schutz der Anleger bzw. der Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des (Finanz-)Marktes,⁶³³ wohingegen das FusG insb. die Durchführung von Umstrukturierungen auf die wirtschaftlich sinnvollste Weise bezweckt.⁶³⁴ Das KAG verfolgt darüber hinaus einen zivilrechtsgestaltenden Zweck.⁶³⁵ Die scheinbar geringe Höhe der Handänderungssteuern (ohne allenfalls kumulativ fälligen Grundbuchgebühren) relativiert sich

⁶²⁴ SCHMID, Grundlagen Vermögensverwaltung, Rz. 2.18; AMONN, S. 300; vgl. ferner FREITAG, S. 146.

⁶²⁵ Zur Entstehungsgeschichte von Art. 103 FusG siehe OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 2 ff.; vgl. ferner VPB 1999.63.83.

⁶²⁶ Vgl. GRIESSHAMMER/HETTICH, S. 267.

⁶²⁷ Die Zulässigkeit des Bundes zum Erlass privatrechtlicher Vorschriften über die kollektiven Kapitalanlagen, welche Ergänzungen des OR darstellen, ergibt sich aus Art. 122 Abs. 1 BV (Botsch. aKAG, S. 6498). Als jüngere Spezialnorm geht Art. 39 FINIG der Rechtslage gemäss Zivilrecht vor (vgl. ABEGGLEN/SCHAUB, in: BSK-KAG, Art. 34 Rz. 4).

⁶²⁸ MARTI, in: ZK-ZGB, Art. 6 Rz. 375 m.w.H.

⁶²⁹ MARTI, in: ZK-ZGB, Art. 6 Rz. 380.

⁶³⁰ Vgl. FINMA, Liste der bewilligten schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen; vgl. FINMA, Liste der bewilligten Fondsleitungen, Verwalter von Kollektivvermögen und Vertreter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen.

⁶³¹ Auch eine fremdverwaltete Immobilien-SICAV kann ihre Administratorin (Fondsleitung) «(aus)wechseln», indem das Delegationsmandat gekündigt wird und an eine andere Fondsleitung delegiert wird (vgl. Art. 51 Abs. 2 KKV).

⁶³² Vgl. ABT, in: CS-LPCC, § 3 Rz. 68; TRANDAFIR, Lex Koller, Rz. 173.

⁶³³ Art. 1 FINIG bzw. Art. 1 KAG.

⁶³⁴ OESTERHELT, in: BSK-KAG, Art. 103 Rz. 6.

⁶³⁵ WINZELER, in: BSK-KAG, Art. 1 Rz. 17.

dergestalt, dass diese regelmässig auf dem Verkehrswert erhoben werden.⁶³⁶ Wird also in der Übereignung des Grundeigentums eine für die Handänderungssteuer relevante Bemessungsgrundlage erblickt, so wären die Handänderungssteuern vom gesamten (schweizerischen) direkten Grundbesitz des Immobilien-AF geschuldet. Bei Steuersätzen zwischen einem und 3,3% (ohne Grundbuchgebühren) der Bemessungsgrundlage⁶³⁷ würde eine erhebliche Steuerbelastung resultieren, die regelmässig von der übernehmenden Fondsleitung zu tragen ist und damit einen erheblichen Abfluss von Liquidität nach sich zieht. Wird der Immobilien-AF durch Kündigung der Fondsleitung aufgelöst (Art. 96 Abs. 1 KAG), liegt dessen Fortführung allerdings im Interesse der Anleger, kann die FINMA die Übertragung des Fondsvertrags mit Rechten und Pflichten auf eine neue Fondsleitung verfügen, soweit sich eine solche finden lässt (Art. 141 Abs. 1 KKV). Ein solches Interesse der Anleger ist insb. dann anzunehmen, wenn sich für diese durch die Liquidation Verluste ergeben, die bei einer Fortführung nicht eintreten würden und wenn seitens der Anleger keine Massenkündigungen zu erwarten sind.⁶³⁸ Tritt nun die neue Fondsleitung in den Fondsvertrag ein, gehen die Forderungen und das Eigentum an den zum Immobilien-AF gehörenden Sachen und Rechten von Gesetzes wegen auf die neue Fondsleitung über (Art. 141 Abs. 2 KKV). Die Erhebung von Handänderungssteuern würde damit die Identifikation einer übernahmewilligen Fondsleitung erschweren⁶³⁹ und im schlechtesten Fall zu einer – dem Interesse der Anleger zuwiderlaufenden – verlustbringenden Liquidation des Immobilien-AF führen (vgl. Art. 116 Abs. 1 lit. a KKV). Die Erhebung von Handänderungssteuern erschwert m.E. die Benützung des bundesprivatrechtlichen Instituts des Fondsleitungswechsels für Immobilien-AF, sodass Bundeszivilrecht verfassungswidrig vereitelt wird.

5.8 (Absorptions-)Fusion von Fondsleitungen

Eine (Absorptions-)Fusion zweier Fondsleitungen hat keinen Einfluss auf die Anteilsrechte der Anleger am jeweiligen Sondervermögen,⁶⁴⁰ wengleich das Eigentum an den zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke zivilrechtlich auf die übernehmende Fondsleitung übergeht. Analog wie beim Fondsleitungswechsel ist die Fusion von Fondsleitungen aus Sicht des Immobilien-AF gewinnsteuerlich unbedeutend. Sind beide Grundvoraussetzungen erfüllt, können bei der Fusion zweier Fondsleitungen die un versteuerten stillen Reserven steuerneutral auf die übernehmende Fondsleitung übertragen werden. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise hat dort seine Grenzen, wo die Grundstückgewinn- und Handänderungssteuer an die zivilrechtliche Eigentumsübertragung anknüpfen.

134

5.8.1 Grundstückgewinnsteuer

Die Fusion ist bei der Grundstückgewinnsteuer (monistisches System) als steueraufschiebende Veräusserung zu behandeln (Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG). In dualistischen Kantonen ergibt sich die Steuerneutralität für Zwecke der Gewinnsteuer direkt aus Art. 24 Abs. 3 StHG.

135

5.8.2 Handänderungsabgaben

Die Eigentumsübertragung der zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke zufolge Fusion ist von den kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben (vorbehaltlich kostendeckender Gebühren) befreit (Art. 103 FusG). In Kantonen mit einer primären wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Handänderungssteuerrecht (insb. GR und SO) muss der Ausnahmetatbestand von Art. 103 FusG nicht angerufen werden, weil durch eine Fusion zweier Fondsleitungen von Immobilien-AF gestützt auf oben formulierter These keine tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt auf die übernehmende Fondsleitung bzw. deren Aktionäre übertragen wird.

136

⁶³⁶ Vgl. ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 6.1; OESTERHELT, in: BSK-FusG, Art. 103 Rz. 6.

⁶³⁷ Vgl. ESTV, Handänderungssteuer, Ziff. 6.2.2.

⁶³⁸ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 96 Rz. 34; TSCHÄNI, in: Komm. AFG, Art. 29 Rz. 87.

⁶³⁹ Die Anzahl an Fondsleitungen, welche für einen «Wechsel» überhaupt in Frage kommen, ist im Segment der Immobilien-AF durchaus beschränkt (vgl. FINMA, Liste der bewilligten Fondsleitungen, Verwalter von Kollektivvermögen und Vertreter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen).

⁶⁴⁰ STAEHELIN/BOPP, in: BSK-KAG, Art. 95 Rz. 10.

6 Schlussbetrachtung

- 137 Vorliegende Arbeit zielte darauf ab, die grundsteuerliche Behandlung von Umstrukturierungen eines Immobilien-AF *de lege lata* zu untersuchen und die steuersystematischen Zusammenhänge zwischen Umstrukturierungsvorgang einerseits und steuerauslösendem Tatbestand im Grundsteuerrecht andererseits aufzuzeigen. Hierzu wurde grundlegend die Rechtsnatur von Immobilien-AF sowie die Rechtstellung der Fondsleitung bzw. der Anleger insb. in Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse und Rechtszuständigkeit an den Grundstücken dargestellt und der Umstrukturierungsbegriff im Lichte der dem Immobilienfondsgeschäft zugrunde liegenden Motive für die Durchführung dergleichen kontextualisiert. Unter Berücksichtigung des Anwendungsbereiches der steuerlichen Umstrukturierungsklauseln im DBG bzw. StHG wurde mittels Auslegung die Rechtsfrage nach deren Anwendbarkeit für Immobilien-AF zu klären versucht und gestützt auf dem Auslegungsergebnis die nach Massgabe des Untersuchungsobjektes hergeleiteten Umstrukturierungsvorgänge nach KAG und FINIG bzw. ausserhalb davon (insb. FusG) aus grundsteuerlicher Sicht gewürdigt.
- 138 Als blosse Vertragskonstruktion zwischen der Fondsleitung, den Anlegern und der Depotbank wird der Immobilien-AF als Sondervermögen nicht zum Träger von Rechten und Pflichten. Die Rechte an dem zum Immobilien-AF gehörenden Grundstücke werden einheitlich von der Fondsleitung als selbständige Rechtsträgerin im Rahmen ihrer ausschliesslichen und unentziehbaren (quasi-)fiduziarischen Rechtszuständigkeit,⁶⁴¹ jedoch in einem Sondervermögen i.S. des Fondsvertrags zugunsten der Anleger verwaltet. Aufgrund der Treuhandlösung verfügt die Fondsleitung selbständig und im eigenen Namen – wirtschaftlich für Rechnung des Immobilien-AF – über ihr Eigentum an den Grundstücken. Obschon die Fondsleitung damit nach aussen hin als unbeschränkt Verfügungsbefugte Rechtsträgerin in Erscheinung tritt, ist sie nach innen durch den Fondsvertrag verpflichtet, von ihrer Verfügungsbefugnis nur in bestimmter Weise, insb. nicht zu ihren eigenen Gunsten, Gebrauch zu machen.⁶⁴² Aus wirtschaftlicher Sicht gehören die im Sondervermögen gehaltenen Vermögenswerte zum Vermögen der Anleger.⁶⁴³
- 139 Bei näherer Betrachtung der Umstrukturierungen wird ersichtlich, dass infolge der Eigentumsverhältnisse die Umstrukturierungssphären ineinander zu «verschwimmen» scheinen, sodass es – wie bereits HESS⁶⁴⁴ postulierte – für die steuerliche Würdigung dergleichen einer strengen Differenzierung zwischen Umstrukturierung auf Ebene des Immobilien-AF, der Fondsleitung bzw. der Anleger bedarf. Die Unbestimmtheit des Tatbestandes der wirtschaftlichen Handänderung zeigt sich vorliegend darin, dass sich aufgrund der gesamten rechtlichen Gestaltung der Verhältnisse zwischen Fondsleitung und dem Immobilien-AF die Verortung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsgewalt über die Grundstücke nicht ohne weiteres ergibt. Eine eindeutige Verortung dergleichen ist vorliegend sachlogisch nur bedingt möglich, da die Verwaltung des Fondsvermögens durch ein rechtlich selbstständiges Leitungsorgan erfolgt, dass wiederum von den Anlegern und vom Immobilien-AF selber verschieden ist.⁶⁴⁵ Die versuchte Verortung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsgewalt legt die Nichtanwendbarkeit des Konzeptes der wirtschaftlichen Handänderung nach bisherigem Verständnis nahe, weil dessen prägendes Element der Übertragung der Verfügungsgewalt im Lichte der vom Bundesgericht geforderten restriktiven Auslegung nicht sinnvoll möglich ist, da die Rechtszuständigkeit als Ausfluss des Grundsatzes der Fremdverwaltung dauerhaft und einheitlich bei der Fondsleitung gebunden ist und auf das Sondervermögen hinsichtlich der darin gehaltenen Vermögensgegenstände andere Bestimmungen als auf das «eigene» Vermögen der Fondsleitung Anwendung finden und damit die Ausübung ihrer Verfügungsbefugnis ausschliesslich auf das Interesse der Anleger gerichtet ist.

⁶⁴¹ BRAND, Rz. 320.

⁶⁴² Vgl. BÖCKLI, Trust, S. 212 f.; vgl. DOMEJ/SCHMIDT, in: KUKO-ZGB, Art. 641 Rz. 15.

⁶⁴³ STADLER/MAGER/MEYER, S. 410.

⁶⁴⁴ HESS, Steuern, § 4 Rz. 216.

⁶⁴⁵ Vgl. JÄGGI, S. 129; ABEGLLEN/SCHAUB, in: BSK-KAG, Art. 35 Rz. 1a.

Der in Art. 61 Abs. 1 DBG bzw. Art. 24 Abs. 3 StHG verwendete Begriff der «juristischen Person» ist im Lichte des ergebnisorientierten und wirtschaftlich geprägten steuerlichen Umstrukturierungsbegriffs und der Gewährleistung einer einheitlichen Steuerrechtsordnung derart auszulegen, dass darunter auch Immobilien-AF zu subsumieren sind. Dies hat zur Folge, dass auch Immobilien-AF *de lege lata* die Umstrukturierungsklauseln (sinngemäss) anrufen können und für die steuerliche Würdigung derselben nicht das zivilrechtliche Vorgehen, sondern auf die Ausgangslage sowie das Endresultat abzustellen ist. Diese weite Auslegung des Personenkreises indiziert auch die seit Inkrafttreten des FusG ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts,⁶⁴⁶ die revidierte Verwaltungspraxis der ESTV⁶⁴⁷ und auch die Erkenntnisse der h.L.⁶⁴⁸ Wie die Untersuchung zeigt, kommen die Vereinigung, Umwandlung und Aufspaltung einer steuerneutralen Umstrukturierung gleich. Ohne Identität der Fondsleitung kommt es jedenfalls zu zivilrechtlichen Eigentumsübertragungen, welche im Grundstückgewinnsteuerrecht als steueraufschiebende Veräusserungen (Art. 12 Abs. 4 lit. a StHG) zu behandeln sowie von den kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben (soweit nicht kostendeckend) zu befreien (Art. 103 FusG) sind. Bei Identität der Fondsleitung führen insb. die Vereinigung und Spaltung bei Anwendung des vorherrschenden Begriffsverständnisses der wirtschaftlichen Handänderung zu keiner im Grundstückgewinn- und Handänderungssteuerrecht relevanten Handänderung an Grundstücken. Dieses Ergebnis befriedigt aus ganzheitlicher Sichtweise allerdings nicht. Einziger Anknüpfungspunkt nach geltendem Recht stellt die Generalklausel für die wirtschaftliche Handänderung dar. Dem Wortlaut und der Auslegung folgend wird die These vertreten, dass die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsgewalt über die einem Immobilien-AF zugehörigen Grundstücke analog der Rechtszuständigkeit nur als «mediatisierte» und «gebündelte» bestehen kann. Folglich kann die Gesamtheit aller Anleger diese Verfügungsgewalt über die Grundstücke der infolge Vereinigung *qua* Anteilstausch hinzutretenden Gesamtheit von Anlegern übernehmen, wenn der aufnehmende Immobilien-AF den untergehenden Immobilien-AF i.S.d. Nettofondsvermögens übersteigt.

140

Auch beim Wechsel der Fondsleitung stellt sich – soweit ersichtlich – gestützt auf dem Gesetzeswortlaut des jeweiligen kantonalen Handänderungssteuerrechts kein befriedigendes Ergebnis ein, weil in keinem der Gesetze der Spezialität dieser Transaktion hinreichend Rechnung getragen wird. Der Fondsleitungswechsel begründet *de jure* eine zivilrechtliche Handänderung, die sich auch nicht über Art. 103 FusG beseitigen lässt, da der Fondsleitungswechsel – soweit nicht i.V.m. einer Vereinigung durchgeführt – keine Umstrukturierung darstellt. Einziger Anknüpfungspunkt *de lege lata* bilden die kantonalen Bestimmungen über die Bemessungsgrundlage. Das bundesrechtliche Institut des Fondsleitungswechsels kommt zwar in der Praxis häufig zur Anwendung, allerdings verhältnismässig selten bei Immobilien-AF. Die Verfügbarkeit einer übernahmefähigen Fondsleitung wird wesentlich eingeschränkt, wenn die kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben auf dem gesamten (schweizerischen) Grundbesitz geschuldet und i.d.R. von der übernehmenden Fondsleitung zu tragen sind. Entgegen dem Interesse der Anleger wird dadurch ein Wechsel der Fondsleitung faktisch vereitelt.

141

Hinsichtlich der in *de lege ferenda* in Betracht kommenden Erwägungen kann zudem gesagt werden, dass Umstrukturierungen (insb. die Spaltung) zwischen kollektiven Kapitalanlagen (rechtsformübergreifend) zivil- bzw. gesellschaftsrechtlich umfassender im KAG (oder z.T. allenfalls im FusG) geregelt werden sollten. Die gewonnenen Erkenntnisse motivieren die Überlegung, ob die schweizweit harmonisierten Umstrukturierungsklauseln nicht auch diese Umstrukturierungsvorgänge regeln und die hierfür erforderlichen Voraussetzungen an die Steuerneutralität statuieren sollten. Dabei wäre dem Willen des Gesetzgebers⁶⁴⁹ Rechnung zu tragen und (weitgehende) Steuerneutralität anzustreben.

142

⁶⁴⁶ BGE 138 II 557.

⁶⁴⁷ ESTV, KS Nr. 25, Ziff. 5.3.1.

⁶⁴⁸ OESTERHELT, in: BSK-KAG, Vor Art. 1 Rz. 153b; OESTERHELT/WINZAP, Besteuerung II, S. 37; vgl. RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 7 Rz. 60; REICH/TADDEI/OESTERHELT, in: Komm. DBG, Art. 61 Rz. 263 und 265; GRÜNBLATT/RIEDWEG, in: Komm. Umstrukturierungen, § 5 Rz. 16.

⁶⁴⁹ Vgl. Botsch. aKAG, S. 6472.