

## **BGE 150 II 98**

Bundesgericht (BGE), 2023-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_150\\_II\\_98](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_150_II_98)

FR: ATF 150 II 98

IT: DTF 150 II 98

### **Regeste**

Regeste Art. 49 BV; Art. 38 und 39 FINIG; Art. 37 KKV; Handänderungssteuer, die anlässlich des Wechsels der Leitung eines Immobilien-Anlagefonds erhoben wird; Überwälzung der Steuer auf die Anleger. Sofern der Wechsel der Fondsleitung - nach Abwägung von Nutzen und Kosten - im Interesse der Anleger liegt und die erforderlichen Genehmigungen der FINMA vorliegen, kann eine dadurch ausgelöste Handänderungssteuer nach Art. 38 Abs. 1 lit. b und c FINIG i.V.m. Art. 37 Abs. 2 bis lit. a KKV dem Fondsvermögen jedenfalls dann belastet werden, wenn der Fondsvertrag dies ausdrücklich vorsieht (E. 4.5). Die Erhebung der Handänderungssteuer verunmöglicht den Wechsel der Fondsleitung nicht und verletzt weder Art. 39 FINIG noch den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 4.6).

Regeste Art. 49 Cst.; art. 38 et 39 LÉFin; art. 37 OPCC; droit de mutation perçu à l'occasion d'un changement de direction d'un fonds de placement immobilier; transfert de l'impôt aux investisseurs. Si le changement de direction du fonds est dans l'intérêt des investisseurs - après évaluation des avantages et des coûts - et les autorisations nécessaires de la FINMA ont été obtenues, les droits de mutation qui en découlent peuvent en tout cas être imputés à la fortune du fonds conformément à l'art. 38 al. 1 let. b et c LÉFin, en relation avec l'art. 37 al. 2 bis let. a OPCC, si le contrat du fonds le prévoit expressément (consid. 4.5). Le prélèvement des droits de mutation ne rend pas impossible le changement de direction du fonds et ne viole ni l'art. 39 LÉFin ni le principe de la primauté du droit fédéral (confirmation de la jurisprudence; consid. 4.6).

Regesto Art. 49 Cost.; art. 38 e 39 LIsFi; art. 37 OICol; imposta sul trasferimento immobiliare riscossa in occasione di un cambiamento della direzione di un fondo di investimento immobiliare; trasferimento dell'imposta agli investitori. Se il cambio della direzione del fondo - dopo ponderazione di vantaggi e costi - è nell'interesse degli investitori e se sono state ottenute le necessarie approvazioni della FINMA, l'imposta sul trasferimento immobiliare che ne consegue può in ogni caso essere addebitata al patrimonio del fondo conformemente all'art. 38 cpv. 1 lett. b e c LIsFi in relazione all'art. 37 cpv. 2 bis lett. a OICol, se il contratto del fondo lo prevede esplicitamente (consid. 4.5). Il prelevamento dell'imposta sul trasferimento immobiliare non rende impossibile il cambiamento della direzione del fondo e non viola né l'art. 39 LIsFi né il principio della preminenza del diritto federale (conferma della giurisprudenza; consid. 4.6).

### **Erwägungen**

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Erhebung der Handänderungssteuer den Wechsel der Fondsleitung und damit den Anlegerschutz nach KAG respektive FINIG

vereitle. Ihr stehe folglich der Vorrang des Bundesrechts ( Art. 49 BV ) entgegen.

#### **E. 4.1**

Das Bundesgericht hat im bereits erwähnten Leiterteil eine ähnliche Rüge eingehend geprüft ( BGE 148 II 121 E. 8). Es ist dabei zum Schluss gekommen, dass die Bundeskompetenz im Bereich des Privatrechts ( Art. 122 BV ) in Konflikt tritt mit der kantonalen Fiskalhoheit respektive Art. 129 BV , der den Bund nur im Bereich der direkten Steuern, nicht aber in Bezug auf die Handänderungssteuer zur Harmonisierung der kantonalen Steuern ermächtigt. Bei Umstrukturierungen hat der Gesetzgeber den Kantonen die Erhebung der Handänderungssteuer verboten ( Art. 103 des Bundesgesetzes vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung [FusG; SR 221.301] ). Ein solches gesetzliches Verbot fehlt beim Wechsel der Fondsleitung. Vor diesem Hintergrund hielt das Bundesgericht es für einen unzulässigen Eingriff in die kantonale Fiskalhoheit, zugunsten des Privatrechts des Bundes ein solches Verbot per Gerichtsentscheid einzuführen ( BGE 148 II 121 E. 8.8).

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin legt dar, dass sie ihre Funktion als Fondsleitung mehr als 20 Jahre ausüben müsste, bevor die Kommissionen, BGE 150 II 98 S. 101 die sie für ihre Tätigkeit erhalte, die Handänderungssteuer von 3 % decken würden. Diese Rechnung beruht auf der Annahme, dass die Beschwerdeführerin die Handänderungssteuer zwingend selbst tragen muss. Die Beschwerdeführerin verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 37 der Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (KKV; SR 951.311). Diese Bestimmung umschreibt in Konkretisierung von Art. 26 Abs. 3 KAG ("Der Bundesrat legt den Mindestinhalt [des Fondsvertrags] fest."), welche Vergütungen und Nebenkosten dem Fondsvermögen oder allfälligen Teilvermögen belastet werden können. Art. 37 Abs. 2 sowie betreffend Immobilienfonds Abs. 2 bis KKV nennen eine Reihe von Nebenkosten, die dem Fondsvermögen oder den Teilvermögen belastet werden können, sofern der Fondsvertrag dies ausdrücklich vorsieht, darunter etwa "Kosten für den An- und Verkauf von Immobilienanlagen, namentlich [...] Steuern" ( Art. 37 Abs. 2 bis lit. a KKV ). Aus dem Umstand, dass Art. 37 KKV die im Zusammenhang mit einem Fondsleitungswechsel anfallende Handänderungssteuer nicht speziell aufführt, leitet die Beschwerdeführerin ab, dass sie die Steuer schon aus regulatorischen Gründen nicht auf die Anleger abwälzen dürfe.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin übersieht, dass sie nach Art. 38 Abs. 1 FINIG grundsätzlich Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten (lit. b) und Auslagenersatz (lit. c) hat, soweit diese Verbindlichkeiten und Auslagen in der richtigen Erfüllung ihrer Aufgaben eingegangen bzw. getätigt worden sind. In der Literatur wird aufgrund dieser Bestimmung vertreten, dass in gewissen Fällen auch in Art. 37 KKV nicht ausdrücklich aufgeführte Aufwendungen aus dem Fondsvermögen zu ersetzen seien, wenn sich dies sachlich rechtfertigt (vgl. ABEGGLEN/SCHAUB, in: Basler Kommentar, Finanzdienstleistungsgesetz, Finanzinstitutsgesetz, 2023, N. 41 f. zu Art. 38 FINIG ; GIGER/SCHMID, in: Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, 2021, N. 10 zu Art. 38 FINIG ). Auf jeden Fall drängt es sich auf, in der Auslegung von Art. 37 KKV auch Art. 38 Abs. 1 lit. b und c FINIG im Auge zu behalten. Solange der Fondsleitungswechsel im Interesse der Anleger liegt, fällt eine dadurch ausgelöste Handänderungssteuer zweifellos

unter Art. 38 Abs. 1 lit. b und c FINIG . Sie kann zudem unter Art. 37 Abs. 2 bis lit. a KKV subsumiert werden (a.M. ABEGGLEN/SCHAUB, a.a.O., N. 67 zu Art. 39 FINIG ). Jedenfalls bei einer gesetzeskonformen Auslegung der Verordnung im Lichte von Art. 38 Abs. 1 BGE 150 II 98 S. 102 lit. b und c FINIG erfüllt die Handänderungssteuer beim Fondsleitungswechsel den Tatbestand von Art. 37 Abs. 2 bis lit. a KKV (vgl. oben E. 4.2), erwerben und veräussern zwar die Anleger keine Immobilienanlagen, wohl aber die beiden involvierten Fondsleitungsgesellschaften.

#### **E. 4.4**

In der Literatur wurde BGE 148 II 121 als Beleg dafür gesehen, dass die Überwälzung der Handänderungssteuer auf die Anleger unzulässig sei (vgl. ABEGGLEN/SCHAUB, a.a.O., N. 67 zu Art. 39 FINIG ). Das Bundesgericht hat in diesem Urteil indessen nur erwogen, dass der Anlegerschutz, dem das KAG und das FINIG dienen ( Art. 1 KAG und Art. 1 Abs. 2 FINIG ), durch die Erhebung der Handänderungssteuer nicht gefährdet wird und der Anlegerschutz der Steuererhebung folglich von vornherein nicht entgegen steht, wenn die Fondsleitungsgesellschaft die Handänderungssteuer trägt. Im konkreten Fall hatte bereits der Übertragungsvertrag ausdrücklich vorgesehen, dass die Kosten aus der Übertragung der Fondsleitung nicht den Anlegern belastet werden durften (vgl. BGE 148 II 121 E. 8.4). Zur Frage, ob die Überwälzung der Kosten auf die Anleger im Lichte von Art. 38 Abs. 1 lit. b und c FINIG sowie Art. 37 KKV regulatorisch zulässig ist, hat sich das Bundesgericht in diesem Urteil nicht geäußert. Ebenso wenig lässt sich aus diesem Urteil ableiten, dass sich die Überwälzung der Handänderungssteuer auf die Anleger in keinem Fall mit dem gesetzlichen Ziel des Anlegerschutzes vereinbaren lässt.

#### **E. 4.5**

Jedenfalls wenn der Fondsvertrag dies ausdrücklich vorsieht, können Handänderungssteuern, die im Zusammenhang mit einem Fondsleitungswechsel anfallen, also dem Fondsvermögen belastet werden, sofern der Fondsleitungswechsel im Interesse der Anleger liegt. Ob Letzteres der Fall ist, hängt davon ab, ob der Nutzen aus dem Fondsleitungswechsel für die Anleger die Kosten daraus (einschliesslich der Handänderungssteuer) überwiegt. Die Beurteilung dieser Frage obliegt einerseits den mit dem Abschluss des Übertragungsvertrags befassten Fondsleitungen, andererseits der FINMA, die den Wechsel der Fondsleitung nur genehmigt, wenn die Fortführung des Anlagefonds im Interesse der Anlegerinnen und Anleger liegt ( Art. 39 Abs. 5 FINIG ). Zusammen mit der Genehmigung des Fondsvertrags ( Art. 26 Abs. 2 KAG ) und von Änderungen desselben ( Art. 27 Abs. 1 KAG ) durch die FINMA gewährleistet dieser Mechanismus, dass die Fondsleitung gewechselt werden kann, BGE 150 II 98 S. 103 sofern die Vorteile für die Anleger hieraus die Nachteile (einschliesslich gegebenenfalls einer Überwälzung der Handänderungssteuer) überwiegen. Damit ist dem Anliegen des Anlegerschutzes hinreichend Rechnung getragen, auch wenn die Anleger naturgemäss kein Interesse daran haben, Steuern oder andere Kosten tragen zu müssen.

#### **E. 4.6**

Entgegen der Beschwerdeführerin lässt sich also nicht sagen, dass die Erhebung der Handänderungssteuer den Wechsel der Fondsleitung faktisch verunmöglicht. Es trifft zwar zu, dass die Erhebung einer Handänderungssteuer in der hier streitigen Höhe ein ernsthaftes Hindernis für einen Wechsel der Fondsleitung und gegebenenfalls für die Fortführung des Anlagefonds darstellen kann. Doch hat dies das Bundesgericht bereits in BGE 148 II 121

nicht übersehen. Es hat dort erwogen, dass die Behebung dieses Hindernisses nicht in der Kompetenz der Gerichte liegt, sondern in Anbetracht des eingangs erwähnten verfassungsrechtlichen Konflikts dem Bundesgesetzgeber zu überlassen ist ( BGE 148 II 121 E. 8.8). Es gibt keinen überzeugenden Grund dafür, von dieser publizierten Rechtsprechung abzurücken. Die Rüge der Verletzung von Art. 49 BV bzw. von Art. 39 FINIG erweist sich als unbegründet.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.