

# **BGer 9C 312/2023 vom 7. Dezember 2023**

Bundesgericht, 2023-12-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_312\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_312_2023)

FR: TF 9C 312/2023 du 7 décembre 2023

IT: TF 9C 312/2023 del 7 dicembre 2023

## **Regeste**

Handänderungssteuer des Kantons Freiburg, Steuerperiode 2021 | Öffentliche Finanzen & Abgaberecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Voraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sind erfüllt (Art. 82 lit. a, Art. 83 e contrario, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, Art. 89 Abs. 1, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 BGG). Die Anträge der Beschwerdeführerin sind zulässig. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann unter anderem eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Die Verletzung von Grundrechten und - in den Schranken von Art. 95 BGG - von kantonalem Recht überprüft das Bundesgericht allerdings nur, wenn eine konkrete Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht gem. Art. 106 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 147 I 73 E. 2.1; 143 II 283 E. 1.2.2; 139 I 229 E. 2.2; 138 I 274 E. 1.6).

### **E. 3**

Die Vorinstanz hat die Erhebung der Handänderungssteuer und der kommunalen Zusatzabgaben geschützt und hat sich dafür stark an BGE 148 II 121 sowie an ihrem eigenen Urteil orientiert, das BGE 148 II 121 zugrunde gelegen hatte. Die Rügen der Beschwerdeführerin ähneln jenen, die das Bundesgericht in BGE 148 II 121 zu beurteilen hatte. Die Beschwerdeführerin ist jedoch der Ansicht, dass im bereits beurteilten Fall zumindest eine relevante Tatsache nicht vorgetragen und demnach in BGE 148 II 121 nicht beurteilt worden sei.

### **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 Leiturtel 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, 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. 2bis 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. 2bis 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, FIDLEG/FINIG, 2023, N. 41 f. zu Art. 38 FINIG ; GIGER/SCHMID, in: Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, Schulthess Kommentar, 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. 2bis 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 lit. b und c FINIG erfüllt die Handänderungssteuer beim Fondsleitungswechsel den Tatbestand von Art. 37 Abs. 2bis 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, 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.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Erhebung der Handänderungssteuer in ihrem Fall die Grundsätze der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung ( Art. 127 Abs. 2 BV und Art. 81 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 [KV/FR; SR 131.219]) verletze.

### **E. 5.1**

Das Bundesgericht hat in BGE 148 II 121 erwogen, dass die Handänderungssteuer als indirekte Steuer, welche die Handänderung am Grundstück zum Objekt hat und nicht davon abhängt, ob aus der steuerbaren Transaktion ein Gewinn resultiert, nicht dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unterliegt ( BGE 148 II 121 E. 6.1 und 6.4). Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was es rechtfertigen würde, hierauf zurückzukommen. Soweit sie geltend macht, dass sie als Fondsleitungsgesellschaft über keine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfüge, welche die Belastung mit der Handänderungssteuer rechtfertigen würde, ist ihr überdies entgegen zu halten, dass eine Überwälzung der Handänderungssteuer auf die Anlegerinnen und Anleger, denen die Grundstücke wirtschaftlich zustehen, nicht ausgeschlossen ist.

#### **E. 5.2.1**

Nach dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung sind Personen, die sich in gleichen Verhältnissen befinden, in derselben Weise mit Steuern zu belasten und müssen wesentliche Ungleichheiten in den tatsächlichen Verhältnissen zu entsprechend unterschiedlichen Steuerbelastungen führen ( BGE 147 I 16 E. 4.2.3 ; 141 I 78 E. 9.2; 140 II 157 E. 7.1 ; 133 I 206 E. 6.1).

#### **E. 5.2.2**

Die Beschwerdeführerin führt aus, dass sich ihre Situation von derjenigen eines "regulären" Grundeigentümers oder eines "herkömmlichen" fiduziarischen Eigentümers unterscheide, weil sie die Steuer tragen müsse, ohne den wirtschaftlichen Nutzen aus den Liegenschaften zu ziehen. Ihr ist entgegen zu halten, dass sie unter den erwähnten Voraussetzungen (vgl. oben E. 4.3-4.5) die Handänderungssteuer dem Fondsvermögen belasten kann und sich folglich nicht in relevanter Weise von einem "herkömmlichen" fiduziarischen Eigentümer unterscheidet, der einen auftragsrechtlichen Anspruch auf Auslagenersatz hat ( Art. 402 Abs. 1 OR ). Dementsprechend ist die Erhebung der Handänderungssteuer bei einem Fondsleitungswechsel mit dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung vereinbar.

### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin hält des Weiteren die Eigentumsgarantie ( Art. 26 BV und Art. 28 KV/FR ) für verletzt, weil die Erhebung der Handänderungssteuer bei einem Fondsleitungswechsel eine konfiskatorische Besteuerung bedeute. Auch diese Rüge basiert auf der unzutreffenden Annahme, dass die Fondsleitungsgesellschaft die Handänderungssteuer unter keinen Umständen dem Fondsvermögen belasten darf. Es ist sehr unwahrscheinlich und wird von der Beschwerdeführerin auch gar nicht geltend gemacht, dass die Erträge aus den belasteten Liegenschaften auf Dauer die streitbetroffene Handänderungssteuer nicht deutlich übersteigen. Wenn die Beschwerdeführerin die Fondsleitung übernimmt, ohne darauf zu bestehen, die Handänderungssteuer den Anlegern überwälzen zu können, hat sie sich dies selbst zuzuschreiben. Eine konfiskatorische Besteuerung, die ohnehin nur unter engen Voraussetzungen angenommen wird (vgl. BGE 143 I 73 E. 5.1 und 5.2), ist darin jedenfalls nicht zu erblicken. Wie es sich verhalten würde, wenn die Beschwerdeführerin aus regulatorischen Gründen tatsächlich gezwungen wäre,

die Handänderungssteuer zu tragen, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

## **E. 7**

Schliesslich beruft sich die Beschwerdeführerin auf das Willkürverbot ( Art. 9 BV ). Sie ist der Ansicht, dass die Vorinstanz das kantonale Recht willkürlich angewendet habe, weil sie die Erhebung der Handänderungssteuer geschützt habe, obschon die Beschwerdeführerin gar kein "steuerrechtliches" Eigentum an den Liegenschaften erworben habe und der Erwerb nicht entgeltlich gewesen sei.

### **E. 7.1**

Mit ähnlichen Argumenten hat sich das Bundesgericht bereits in BGE 148 II 121 auseinander gesetzt. Es ist dort zum Schluss gekommen, dass es keine willkürliche Anwendung des kantonalen Handänderungssteuerrechts bedeutet, wenn der Übergang des (zivilrechtlichen) Eigentums auf die neue Fondsleitungsgesellschaft der Handänderungssteuer unterworfen wird ( BGE 148 II 121 E. 6.5). Was sodann die Entgeltlichkeit des Geschäfts angeht, hat das Bundesgericht zunächst die Position der Vorinstanz zusammengefasst, die dafür gehalten hatte, dass die Übernahme der Hypothekarschulden zur Annahme der Entgeltlichkeit genüge. Die Fondsleitungsgesellschaft hatte sich vor Bundesgericht zwar zur Verbuchung der Liegenschaften im Fondsvermögen geäussert, dabei aber ausser Acht gelassen, dass der Fonds keine Rechtspersönlichkeit hat und demgemäss nicht Träger der übertragenen Schulden sein kann. Dies genügte den Begründungsanforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG nicht ( BGE 148 II 121 E. 6.6).

### **E. 7.2**

Die Willkürklage ist auch im vorliegenden Verfahren zu verwerfen. Im Unterschied zur Beschwerdeführerin, die auf ein "steuerrechtliches" Eigentum abstellen will, befürwortet die überwiegende Lehre die Erhebung der Handänderungssteuer bei jeder Übertragung des zivilrechtlichen Eigentums und damit auch beim Wechsel der Fondsleitung, solange das kantonale Handänderungssteuerrecht nicht ausnahmsweise primär an die wirtschaftliche Verfügungsmacht anknüpft (vgl. zum Handänderungssteuerrecht des Kantons Graubünden Urteil 2C\_9/2019 vom 29. Januar 2020 E. 2.4.4) und kein Ausnahmetatbestand greift (vgl. neben den in BGE 148 II 121 E. 6.5 zitierten Autoren NATHAN BOUVIER, in: La jurisprudence fiscale du Tribunal fédéral en 2021-2022, RDAF 2023 II S. 333; STEFAN OESTERHELT, Aus der Rechtsprechung im Jahr 2021/2022 [Teil 1], FStR 2022 S. 269; kritisch dagegen TONI HESS, Kollektive Kapitalanlagen mit Grundbesitz: Ausgewählte Fragen in der Handänderungssteuer, zsis) 1/2022 A4, Rz. 5 f. und 11, der sich zwar aus verschiedenen Gründen gegen die Erhebung der Handänderungssteuer ausspricht, aber anerkennt, dass der Fondsleitungswechsel eine zivilrechtliche Handänderung bedeutet; FABIEN LIÉGEOIS, D'une direction de fonds, l'autre, 4. Mai 2022, <<https://cdbf.ch/1233>> [besucht am 11. Oktober 2023], der in der Anmerkung der Zugehörigkeit zum Fondsvermögen im Grundbuch einen Grund dafür sieht, nicht von einer steuerpflichtigen Handänderung auszugehen). Es leuchtet folglich weiterhin nicht ein, inwiefern es unhaltbar sein und Art. 9 BV verletzen soll, im Übergang des zivilrechtlichen Eigentums anlässlich eines Fondsleitungswechsels einen "rechtlichen Erwerb von Eigentum" zu sehen, der nach Art. 3 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Handänderungs- und Grundpfandsteuern des Kantons Freiburg vom 1. Mai 1996 (HGStG/FR; SGF 635.1.1) die Handänderungssteuer auslöst. Ebenso wenig ist es offensichtlich unrichtig, wenn die Vorinstanz in diesem

Vorgang eine "entgeltliche Grundstücksübertragung" im Sinne von Art. 1 lit. a HGStG/FR sieht, sobald die neue Fondsleitungsgesellschaft (formell) auch die Verbindlichkeiten des Fondsvermögens übernimmt (vgl. angefochtenes Urteil E. 5.2). Ob die diesbezüglich tendenziell appellatorischen Ausführungen der Beschwerdeführerin überhaupt den qualifizierten Begründungsanforderungen genügen oder sie wie die beschwerdeführende Fondsleitungsgesellschaft in BGE 148 II 121 bereits an der Hürde von Art. 106 Abs. 2 BGG scheitert, kann daher offen bleiben.

#### **E. 8**

Die Beschwerde erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen. Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens sind der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Es ist keine Parteientschädigung geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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