

# **ZH\_STEUERREKURSGERICHT GR.2017.7 vom 15. November 2016**

ZH Steuerrekursgericht, 2016-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_steuerekursgericht\\_GR.2017.7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_steuerekursgericht_GR.2017.7)

FR: ZH\_STEUERREKURSGERICHT GR.2017.7 du 15 novembre 2016

IT: ZH\_STEUERREKURSGERICHT GR.2017.7 del 15 novembre 2016

## **Regeste**

Gewerbmässiger Liegenschaftshandel einer Kapitalgesellschaft Verkauf einer Renditeliegenschaft in der Stadt Zürich nach einer Besitzesdauer von über 12 Jahren Die beiden wichtigsten Kriterien (Zahl an Handänderungen, Besitzesdauer) sprechen klar gegen einen gewerbmässigen Liegenschaftshandel: Es liegen nur 3 Handänderungen vor, wovon nur eine einzige Handänderung einen Verkauf darstellt. Die Besitzesdauer beträgt über 12 Jahre. Weitere Indizien, welche gegen eine Gewerbmässigkeit sprechen, sind die einfache Vertragsgestaltung (ohne Beteiligung an einem Baukonsortium), die nur teilweise Wiederinvestition des Verkaufserlöses, der ausländische Wohnsitz des Geschäftsführers und die Verbuchung der Liegenschaften im Anlagevermögen. Andererseits stellen die berufliche Qualifikation des Geschäftsführers und die Umbauarbeiten an den Liegenschaften in der Stadt Zürich und in Frankreich Anhaltspunkte dar, welche für eine Gewerbmässigkeit sprechen. Unerheblich sind vorliegend die Fremdfinanzierung und der statutarische Zweck der Pflichtigen. Insgesamt überwiegen die Indizien, welche gegen das Bestehen einer Gewerbmässigkeit sprechen, klarerweise, so dass das Vorliegen eines gewerbmässigen Liegenschaftshandels zu verneinen ist. Deswegen könne die Grundstückgewinnsteuer selber und die anteilige direkte Bundessteuer nicht angerechnet werden.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

GR.2017.7

- 7 - natürlichen Personen –, wenn sie eine Händlertätigkeit ausübt und damit über Geschäftsvermögen verfügt (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 221 N 156). Hinsichtlich der Begriffsbestimmung des Liegenschaftshändlers ist für das Bundesgericht nicht zuletzt von Bedeutung, ob die Grundstücke zum Anlage- oder zum Umlaufvermögen gehören (BGE 111 Ia 220, E. 2d). Die Gesellschaften, bei denen sich die Liegenschaften im Anlagevermögen befinden (Immobilienanlagegesellschaften), fasst das Bundesgericht unter der Kurzbezeichnung "Immobilienengesellschaften" zusammen. Bei diesen handelt es sich um Gesellschaften, deren Geschäftstätigkeit nach dem statutarischen Zweck im Ankauf, eventuell Verkauf, in der Überbauung und in der Verwaltung der Liegenschaften besteht. Ihr Grundbesitz dient ausschliesslich der Vermögensanlage (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 221 N 157 und § 216 N 97). Diese Gesellschaften sind somit keine Liegenschaftshändler. Im Gegensatz zu den blossen Immobilienengesellschaften stehen die gewerbmässigen Liegenschaftshändler und Generalbauunternehmer (Immobilienhandelsgesellschaften). Bei diesen bilden Liegenschaften, die laufend angeschafft und wieder veräussert werden, Umlaufvermögen. Die Erzielung von Gewinn

durch die Veräusserung von Grundstücken muss ein eigentlicher Geschäftszweck der juristischen Person sein. Dabei muss es sich aber nicht um den Hauptzweck handeln. Die Gewinnerzielung durch Erwerb und Veräusserung von Grundstücken kann auch einen Nebenzweck bilden, der aber immerhin einige Bedeutung haben muss (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 221 N 158).

### E. 1.1

mit Hinweisen; BGr, 7. April 2009, StE 2009 B 23.1 Nr. 66; vgl. auch Urs Schüpfer / Sereina Mader, Qualifikation juristischer Personen als gewerbsmässige Liegenschaftenhändler, in: Expert Focus 2015, S. 696, Ziff. 2.2.2; Pierre-Marie Glauser/Michael Beusch, Entwicklungen im Steuerrecht, SJZ 2010, 268). b) Zwischen dem Erwerb der Liegenschaft am 2. Oktober 1998 und dem Verkauf am 12. Januar 2011 liegen über 12 Jahre. Seit ihrer Gründung im Jahr 1998 erwarb die Pflichtige lediglich drei Liegenschaften, von denen sie eine einzige wieder veräusserte. Der Verkauf der Liegenschaft in der Stadt Zürich stellte den ersten und bisher auch einzigen Verkauf dar, welchen die Pflichtige während ihres mittlerweile 19-jährigen Bestehens tätigte. Die blosser Absicht, in Zukunft weitere Liegenschaftsverkäufe zu tätigen, kann für die Frage, ob die Pflichtige im Jahr 2011 als Liegenschaftenhändlerin anzuerkennen ist, keine Bedeutung haben. Die sehr seltenen Liegenschaftsgeschäfte und das kleine Immobilienportefeuille deuten darauf hin, dass die Pflichtige nicht systematisch und mit der Absicht einen Gewinn zu erzielen, tätig wurde. Die Tatsache, dass die Pflichtige bereit war, die streitbetroffene Liegenschaft zu einem passenden Zeitpunkt wieder zu veräussern, ist im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen der Handelstätigkeit und der Vermögensanlage von untergeordneter Bedeutung. Denn wer sein Vermögen in Grundeigentum anlegt und in erster Linie am Vermögensertrag interessiert ist, wird es dennoch kaum je unterlassen, Überlegungen über die Möglichkeit einer späteren, gewinnbringenden Veräusserung anzustellen (BGE 96 I 667, 672, mit Verweisung auf BGE 93 I 288). Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang auch, dass aus dem Veräusserungserlös der streitbetroffenen Liegenschaft in Höhe von Fr. 4'600'000.- lediglich ein kleiner Anteil von gut Fr. 600'000.- wiederinvestiert wurde, als die Eigentumswohnung in Winterthur für Fr. 565'000.- erworben und für Fr. 49'000.- saniert wurde. Dieser Umstand spricht ebenfalls gegen eine Gewerbsmässigkeit (Peter Locher, Art. 18 N 38 mit Hinweisen). 1 GR.2017.7

- 9 - c) Wenngleich die baulichen Investitionen in die streitbetroffene Liegenschaft nicht vor dem Verkauf, sondern nach dem Erwerb getätigt wurden, stellen die Kosten des Umbaus und der Instandsetzung ein gewisses Indiz einer Gewerbsmässigkeit dar. Denn der Umbau erforderte den Einsatz kommerzieller Methoden und führte zu einer Wertvermehrung (Peter Locher, Art. 18 N 38). Gleichwohl ist festzuhalten, dass eine Liegenschaft auch im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung periodisch renoviert und allenfalls auch umgebaut werden muss, um die Vermietbarkeit der Liegenschaft zu erhalten und allenfalls auch zu verbessern. Wohlgermerkt errichtete die Pflichtige keinen Neubau, was für einen Investor ein erhebliches wirtschaftliches Risiko darstellt, sondern beschränkte sich auf bauliche Investitionen an einer bestehenden Liegenschaft. Auch wurde die Pflichtige nicht im Rahmen eines Baukonsortiums tätig. d) Als gelernter Elektromonteur war D zweifellos in der Lage, den Zustand einer Liegenschaft aus bautechnischer Sicht zu beurteilen und die notwendigen Sanierungs- und Umbaumaassnahmen abzuschätzen. Eine gewisse Nähe von D zur Immobilienbranche ist daher grundsätzlich zu bejahen. Ob und in welchem Ausmass D in der massgeblichen Zeit, als die streitbetroffene Liegenschaft

erworben und umgebaut wurde, im Elektrogewerbe tätig war, lässt sich den unsubstanzierten Ausführungen der Pflichtigen nicht entnehmen (act. 2 S. 15, act. 9/9). Denn die H AG, deren Organ D war, änderte im Jahr 1997 ihren Zweck, als sie das Elektrogewerbe aufgab und neu in die Arbeitsstellen- und Personalvermittlung einstieg (act. 3/4). Es ist davon auszugehen, dass die Pflichtige eine Tätigkeit von D im Elektrogewerbe in der massgeblichen Zeit des Erwerbs und Umbaus geltend gemacht hätte, hätte diese Tätigkeit denn auch tatsächlich bestanden (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 138 N 21). Da ein solches Argument nicht vorgebracht wurde, kann davon ausgegangen werden, dass D in der massgeblichen Zeit nicht mehr im Elektrogewerbe tätig war. Daher kann der Zusammenhang zwischen dem Beruf von D und dessen Tätigkeit im Immobilienbereich nicht als eng bezeichnet werden. Was die berufliche Nähe von F zur Immobilienbranche betrifft, so lässt sich diesbezüglich den Ausführungen der Pflichtigen in der Rekursschrift nichts Sachdienliches entnehmen. e) Beim Erwerb der streitbetroffenen Liegenschaft und auch bei seinem Tod hatte der Geschäftsführer D seinen Wohnsitz im Ausland. Ein ausländischer Wohnsitz ist für einen Liegenschaftenhändler, der auf den persönlichen Kontakt zu Geschäfts-

1 GR.2017.7

- 10 - partnern in der Schweiz angewiesen ist, um überhaupt zu sachdienlichen Informationen zu gelangen, gewiss nicht förderlich. Der ausländische Wohnsitz stellt daher ein weiteres Indiz dar, dass es sich bei der Pflichtigen nicht um eine gewerbsmässige Liegenschaftenhändlerin mit einem schweizerischen Tätigkeitsbereich handelte. Der Kauf der Liegenschaft in Frankreich beweist höchstens, dass sich D mit den spezifischen Eigenheiten des französischen Immobilienmarkts auskannte. Im Hinblick auf die Frage der Immobilienhändlerstätigkeit ist der französische Standort der Liegenschaft jedoch von untergeordneter Bedeutung. f) Liegenschaften stellen im Vermögen des Liegenschaftenhändlers Handelsware dar und sollten daher im Umlaufvermögen bilanziert werden. Die Pflichtige bilanzierte die streitbetroffene Liegenschaft indessen während der gesamten Besitzdauer im Anlagevermögen. Wenngleich dieses rein formale Kriterium für die Frage der gewerbsmässigen Händlerstätigkeit als wenig bedeutsam einzustufen ist (Peter Locher, Art. 18 N 39; Schüpfer/Mader, Ziffer 2.2.3), so lässt sich aus der Verbuchung immerhin ableiten, dass die Organe der Pflichtigen einen Verkauf der Liegenschaft auf absehbare Zeit nicht in Betracht zogen. g) Zudem ist zu beachten, dass ein Steuerpflichtiger die von ihm gewählte Art der Verbuchung gegen sich selbst gelten lassen muss, sofern keine zwingenden Bestimmungen des Handelsrechts verletzt wurden und sofern keine steuerrechtlichen Korrekturvorschriften zur Anwendung gelangen (Massgeblichkeitsprinzip der Handelsbilanz; BGr, 13. September 2011, 2C\_515/2010, E. 2.2). Die Verbuchung der streitbetroffenen Liegenschaft im Anlagevermögen, verstösst in keiner Weise, was sich aus vorstehenden Erwägungen ergibt, gegen zwingende Bestimmung des Handelsrechts. Auch sind keine steuerrechtlichen Korrekturvorschriften anwendbar. Die Pflichtige muss daher die Verbuchung im Anlagevermögen gegen sich gelten lassen. h) Der von der Pflichtigen zitierte Bundesgerichtsentscheid (BGr, 2. April 2012, StE 2012 B 23.5 Nr. 6) ist vorliegend nicht einschlägig, da er die Ersatzbeschaffung von betriebsnotwendigem Anlagevermögen bei Immobiliengesellschaften betrifft. Müsste dieser Entscheid im vorliegenden Zusammenhang beachtet werden, wären auch die Liegenschaften von reinen Immobilienanlagegesellschaften, bei wel-

1 GR.2017.7

- 11 - chen die Liegenschaften im Anlagevermögen bilanziert werden, beim Verkauf während einer logischen Sekunde Umlaufvermögen. Eine Unterscheidung zwischen

Immobilienhandels- und Immobilienanlagegesellschaften wäre dann gar nicht mehr möglich. i) Der internationale Handel mit und die Verwaltung von Liegenschaften bildet (unter anderem) den statutarischen Zweck der Pflichtigen. Sowohl die Handelstätigkeit wie auch die Vermögensanlage sind von diesem Zweck abgedeckt. Zudem ist der statutarische Zweck rein formeller Natur. Aus dem statutarischen Zweck kann daher im Hinblick auf die Frage der gewerbsmässigen Liegenschaftenhändlerstätigkeit nichts abgeleitet werden. j) Eine komplexe Vertragsgestaltung ist, was den Erwerb, Umbau und die Veräusserung der streitbetroffenen Liegenschaft betrifft, aus den Akten nicht ersichtlich, worauf auch die Rekursgegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid hinweist (Ziffer 3.5). Dieser Umstand spricht gegen die Annahme einer gewerbsmässigen Liegenschaftenhändlerstätigkeit (Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 18 N 26). k) Der Einsatz von Fremdkapital ist generell beim Erwerb von Liegenschaften üblich (BGr, 18. September 1997, StE 1998 B 23.1 Nr. 38, E. 2a). Dennoch stellt das Mass der Fremdfinanzierung von Liegenschaftskäufen grundsätzlich ein wichtiges Kriterium bei der Beurteilung der Gewerbsmässigkeit von Liegenschaftsgeschäften dar. Die Höhe der Fremdfinanzierung ist bei der Unterscheidung zwischen Immobilienhandels- und Immobilienanlagegesellschaften indessen kein sehr hilfreiches Kriterium, da auch letztere mit Fremdkapital finanziert werden. In der Bilanz der Pflichtigen per 31. Dezember 1999 figurieren ein langfristiges Hypothekendarlehen von Fr. 1'105'000.- und Schulden gegenüber Gesellschaftern in Höhe von Fr. 521'047.05. Nachdem die Gesellschaft insgesamt ein negatives Eigenkapital von Fr. 34'492.50 ausweist, muss ein Teil der Schulden gegenüber den Gesellschaftern in verdecktes Eigenkapital im Sinn von § 80 StG umqualifiziert werden, damit den Erfordernissen des Kreisschreibens Nr. 6 der eidgenössischen Steuerverwaltung vom 6. Juni 1997 (Verdecktes Eigenkapital [Art. 65 und 75 DBG] bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften) und dem Grundsatz des Drittvergleichs Genüge getan wird. 1 GR.2017.7

- 12 - Die Annahme eines verdeckten Eigenkapitals in der notwendigen Höhe bedeutet gleichzeitig aber auch, dass keine übermässige Fremdfinanzierung vorliegen kann. Somit kann vorliegend dem Kriterium der Fremdfinanzierung keine Aussagekraft entnommen werden. l) In den Jahren 2000 bis 2010 stieg das zu Beginn sehr tiefe Eigenkapital kontinuierlich an, bis es per 31.12.2010 Fr. 461'254.26 erreichte, was bei einem Gesamtkapital von Fr. 2'709'014.91 als angemessen bezeichnet werden kann. Ab dem Jahr 2004 bildete die Pflichtige zudem Rückstellungen für Grossreparaturen. Diese und weitere Kennzahlen der Bilanz und Erfolgsrechnung (Aktivierung und Abschreibung von Umbauten etc.) sind für die Frage der Liegenschaftenhändlereigenschaft von untergeordneter Bedeutung. m) Mit Bezug auf geerbte Liegenschaften, die der Erblasser in seinem Privatvermögen hielt und bei denen er keine über die gewöhnliche Vermögensverwaltung hinausgehende Tätigkeit entfaltete, ist auch nach dem Erbgang grundsätzlich nicht auf Erwerbstätigkeit zu schliessen. Die Qualifikation eines Vermögensgegenstandes ändert durch den Erbgang allein nicht. Eine Erwerbstätigkeit kann aber vorliegen, wenn die Erben selber eine Tätigkeit entfalten, die über die private Vermögensverwaltung hinausgeht, namentlich wenn die Erben sich zu einer Personengesellschaft zusammenschliessen (Peter Locher, Art. 18 N. 40; Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 18 N 29; BGr, 31. Oktober 2011, StE 2012 B 23.2 Nr. 40) und wertvermehrende Massnahmen ergreifen (BGr, 8. September 2004, 2A.74/2003, E. 3.3 mit Hinweisen). Auch nach dem Tod von D sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche für einen gewerbsmässigen Liegenschaftshandel sprechen würden: Die

streitbetroffene Liegenschaft wurde vor dem Verkauf nicht umgebaut. Auch erfolgten mit Ausnahme des Erwerbs der Eigentumswohnung in Winterthur keine Handänderungen an Grundstücken. Die Pflichtige beteiligte sich auch nicht an einem Konsortium. Das Darlehen von Fr. 300'000.-, welches die Pflichtige der Hauptgesellschafterin F gewährte, ist im Hinblick auf die Frage der gewerbsmässigen Liegenschaftenhändlerstätigkeit von untergeordneter Bedeutung. 1 GR.2017.7

- 13 - Ferner ist auch unerheblich, dass die Gesellschafter der Pflichtigen, F und E, im Jahr 2011 eine Eigentumswohnung in der Gemeinde J und eine Ferienwohnung in der ausserkantonalen Gemeinde K erwarben. Denn für die Frage, ob der Pflichtigen der Status einer Liegenschaftenhändlerin zuzubilligen ist, sind allein die Verhältnisse bei der Pflichtigen selber und nicht bei deren Anteilsinhabern massgebend. n) Die Tatsache, dass die Pflichtige nach dem Verkauf der streitbetroffenen Liegenschaft einzig die Wohnung in Winterthur erwarb und keine weiteren Liegenschaftsgeschäfte tätigte, kann nicht der Rekursgegnerin angelastet werden. Denn hätte die Pflichtige die Tätigkeit einer Liegenschaftenhändlerin entfaltet, wäre sie wohl auch von der Rekursgegnerin als solche anerkannt worden. o) Zusammenfassend ist festzustellen, dass vorliegend die beiden wichtigsten Kriterien (Zahl an Handänderungen, Besitzesdauer) klar gegen einen gewerbsmässigen Liegenschaftenshandel sprechen: Es liegen nur 3 Handänderungen vor, wovon nur eine einzige Handänderung einen Verkauf darstellt. Die Besitzesdauer beträgt über 12 Jahre. Weitere Indizien, welche gegen eine Gewerbsmässigkeit sprechen, sind die einfache Vertragsgestaltung (ohne Beteiligung an einem Baukonsortium), die nur teilweise Wiederinvestition des Verkaufserlöses, der ausländische Wohnsitz des Geschäftsführers D und die Verbuchung der Liegenschaften im Anlagevermögen. Andererseits stellen die berufliche Qualifikation des Geschäftsführers und die Umbauarbeiten an den Liegenschaften in der Stadt Zürich und in Frankreich Anhaltspunkte dar, welche für eine Gewerbsmässigkeit sprechen. Unerheblich sind vorliegend die Fremdfinanzierung und der statutarische Zweck der Pflichtigen. Insgesamt überwiegen die Indizien, welche gegen das Bestehen einer Gewerbsmässigkeit sprechen, klarerweise, so dass das Vorliegen eines gewerbsmässigen Liegenschaftenshandels zu verneinen ist. Da der Pflichtigen der Status der Liegenschaftenhändlerin zu verweigern ist, können die Grundstückgewinnsteuer selber und die anteilige direkte Bundessteuer bei den Anlagekosten nicht angerechnet werden (§ 221 Abs. 2 StG). Der Rekurs ist demgemäss abzuweisen. 1 GR.2017.7

- 14 -

## **E. 2**

a) Das Halten und langfristige Vermieten der Liegenschaften spricht stark gegen die Absicht eines raschen, gewinnbringenden Weiterverkaufs (BGr, 13. April 2017, 2C\_784+785/2016, E. 4.6), wenngleich die Gesamtheit aller Umstände im Einzelfall zu berücksichtigen ist und ausnahmsweise auch wenige Verkäufe zur Annahme der Gewerbsmässigkeit ausreichen können (BGr, 25. August 2014, 2C\_1048/2013 = StR 2014, 790; BGr, 14. April 2008, 2A.125/2007). Eine hohe Anzahl an Verkäufen spricht demgegenüber für das Bestehen einer Gewerbsmässigkeit (BGr, 21. August 1987, StE 1988 B 23.1 Nr. 15, E. 2). 1 GR.2017.7

- 8 - In einer neueren Entscheidung hat das Bundesgericht seine Praxis dahin präzisiert, dass beim Wertschriftenhandel – wo die Verhältnisse allerdings etwas anders liegen als beim Liegenschaftenshandel – die systematische und planmässige Vorgehensweise sowie der

Einsatz spezieller Fachkenntnisse nur noch von untergeordneter Bedeutung seien. Stattdessen seien die Kriterien der Höhe des Transaktionsvolumens und des Einsatzes erheblicher fremder Mittel stärker zu gewichten (Julia von Ah, Ziffer

**E. 3**

a) Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Pflichtigen aufzu- erlegen (§ 151 Abs. 1 StG). b) Eine Parteientschädigung ist keiner Partei zuzusprechen (§ 152 StG i.V.m. § 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997).

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