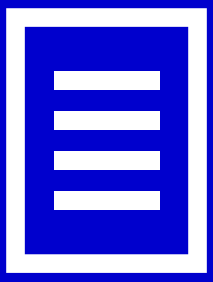
THOMAS HUG

GEWINNKORREKTUREN IN DOPPELVERTRAGS-STRUKTUREN – DIE UNGEKLÄRTE RECHTSGRUNDLAGE

ZSIS) 04/2026

WWW.THOMASHUG.COM



zsis) powered by ISIS)

Gewinnkorrekturen in Doppelvertragsstrukturen – die ungeklärte Rechtsgrundlage

Grundstücke

Zitiervorschlag: **Thomas Hug, Samuel Ramp, Gewinnkorrekturen in Doppelvertragsstrukturen – die ungeklärte Rechtsgrundlage, in zsis) 4/2026, A13, N [...] (publ.zsis.ch/A13-2026)**

QUICK READ Mit seiner neuen Praxis zur Besteuerung von Immobilienentwicklern hat das Stadtzürcher Steueramt Ende 2025 eine Diskussion über die Ermittlung des «korrekten» Veräusserungserlöses für Land bei der Zürcher Grundstückgewinnsteuer ausgelöst. Dabei gerät eine grundlegende Frage aus dem Blick: Auf welcher Rechtsgrundlage darf dieser Erlös überhaupt korrigiert werden?



Thomas HUG
dipl. Steuerexperte
Partner | Deloitte AG
contact@thomashug.com



Samuel RAMP
Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte
Partner | Fischer Ramp Partner AG
samuel.ramp@frp-law.ch

Die vom Bundesgericht 2005 begründete und in zwei weiteren Urteilen weiterentwickelte Praxis, auf die sich das Steueramt stützt, gibt darauf nach Ansicht der Autoren keine überzeugende und widerspruchsfreie Antwort. Gemessen am steuerrechtlichen Legalitätsprinzip kommen drei Grundlagen in Betracht: der Erlösbegriff nach Art. 12 StHG bzw. kantonalem Recht, eine analoge Anwendung der Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung oder die Steuerumgehungsdoktrin.

Den Erlösbegriff lehnen die Autoren als Grundlage einer Korrektur ab. Er dient der Erfassung des Erlöses und nicht der Anpassung des Sachverhaltes. Er kann genügen, um eine konkrete Leistung der Käuferschaft zu erfassen, erlaubt aber nicht, den Erlös durch einen Ersatzwert wie den Verkehrswert des Landes zu ersetzen.

Auch eine Anwendung der Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung in Analogie scheidet nach Ansicht der Autoren aus. Analogieschlüsse sind im Steuerrecht zwar nicht generell ausgeschlossen. Sie dürfen jedoch weder steuerbegründende Tatbestände noch die Bemessungsgrundlage zulasten der steuerpflichtigen Person erweitern. Dem steht die vom Legalitätsprinzip geforderte Normdichte entgegen. Art. 127 Abs. 2 BV bietet ebenfalls keine unmittelbare Eingriffsgrundlage: Die Bestimmung ist lediglich ein Massstab für behördliches Handeln.

Möglich bleiben nach Ansicht der Autoren Erlöskorrekturen bei Doppelvertragsstrukturen gestützt auf die Steuerumgehungsdoktrin. Die materiellen und formellen Hürden sind jedoch hoch. Die Erlösverschiebung muss selbst für eine Person mit wirtschaftlichem Sachverstand ohne weiteres erkennbar sein, damit sie als völlig unangemessen und absonderlich gelten kann. Zudem müssen die Steuerbehörden die Steuerumgehung beweisen. Eine falsche Erlösallokation bloss zu unterstellen und der steuerpflichtigen Person den Gegenbeweis aufzuerlegen, genügt nicht.

QUICK READ 40

HAUPTTEIL 41

1. Einleitung 41

2. Grundsachverhalt 42

3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung 42

4. Legalitätsprinzip im Steuerrecht 47

5. Grundstückgewinnsteuerlicher Erlösbegriff 48

6. Verdeckte Gewinnausschüttung in Analogie 52

7. Steuerumgehung 55

8. Fazit 58

1. Einleitung

Mit der Publikation seiner neuen Praxis zur Besteuerung von Immobilienentwicklern hat das Steueramt der Stadt Zürich Ende 2025 eine Diskussion in der Steuerwelt ausgelöst: Wie wird für die Zwecke der Zürcher Grundstückgewinnsteuer der «korrekte» Veräusserungserlös in Doppelvertragsstrukturen ermittelt, bei denen eine Land AG (Eigentümerin des zu bebauenden Grundstücks) und eine nahestehende Werk AG (Entwicklerin und Erstellerin des Gebäudes) involviert sind? Im Fokus steht die Frage, nach welcher Methode der Veräusserungserlös und damit der unverdiente Wertzuwachsgewinn berechnet wird, der die Bemessungsgrundlage der Grundstückgewinnsteuer bildet. Erscheint dieser zu tief oder wirken im Umkehrschluss die Margen der Werk AG zu hoch, nimmt das Steueramt eine Korrektur zugunsten der Grundstückgewinnsteuer vor. Diese weist aufgrund ihrer progressiven Tarife und der Zuschläge für kurze Haltedauer (§ 225 StG-ZH[01]) einen im Einzelfall materiell höheren Steuersatz auf als die kantonale Gewinnsteuer. Die Thematik betrifft nicht nur den Kanton Zürich, sondern im Grundsatz alle monistischen Kantone. 1

Startpunkt der Diskussion war der im zsis) durch das Steueramt der Stadt Zürich publizierte Artikel «Gewinnallokation zwischen Grundstückgewinnsteuer und Gewinnsteuer» vom Oktober 2025[02], der zu verschiedenen Folgepublikationen[03] und Diskussionen an Steuerseminaren[04] geführt hat. Die Debatte beschränkte sich bislang jedoch meist auf die Frage, wie der «korrekte» Veräusserungserlös methodisch ermittelt wird. Allerdings wurde in der Diskussion eine viel grundlegendere Frage kaum erörtert: Auf welche 2

[01] Steuergesetz des Kantons Zürich, vom 8. Juni 1997, Ordnungsnummer 631.1.

[02] Nicole C. Bühler, Muriel Borter, Gianfranco Gambaro, Marco Lechleiter, Gewinnallokation zwischen Grundstückgewinnsteuer und Gewinnsteuer, in zsis) 4/2025, A13 (zit. Bühler/Borter/Gambaro/Lechleiter).

[03] Laetitia Fracheboud, Grundstückgewinnsteuer bei Immobilienentwicklung, in: SteuerRevue 2025 (zit. Fracheboud), Seite 846–862; Samuel Ramp, Wie der Fiskus Eigentumswohnungen in der Stadt Zürich noch zusätzlich verteuert, in: NZZ 05. Dezember 2025.

[04] Gianfranco Gambaro, Samuel Ramp, Doppelvertragsstrukturen – Landverkauf und separater Werkvertrag, in: ISIS)-Seminar «Aktuelle Steuerfragen bei Immobilien», vom 18. Juni 2026.

steuerrechtliche Grundlage stützt sich diese Korrektur zugunsten der Grundstückgewinnsteuer? In seinem Artikel im zsis) verweist das Steueramt der Stadt Zürich auf mehrere Entscheide des Bundesgerichts, die seit 2005 ergangen sind.[05] Diesen Entscheiden liegen allerdings häufig Sachverhalte zugrunde, die nicht mit archetypischen Doppelvertragsstrukturen vergleichbar sind. Darüber hinaus überzeugt – wie nachfolgend noch detailliert aufgezeigt wird – die Begründung des Bundesgerichts nicht.

3 Mit dem vorliegenden Aufsatz wollen die Autoren daher einen Diskussionsbeitrag zur aktuellen Debatte über Gewinnkorrekturen in Doppelvertragsstrukturen leisten und sich dabei auf die ungeklärte Frage der Rechtsgrundlage solcher Korrektionen konzentrieren. Darüber hinaus wird anhand möglicher Rechtsgrundlagen auch aufgezeigt, welche Anforderungen sich daraus an das Beweismass durch die Steuerbehörden ergeben.

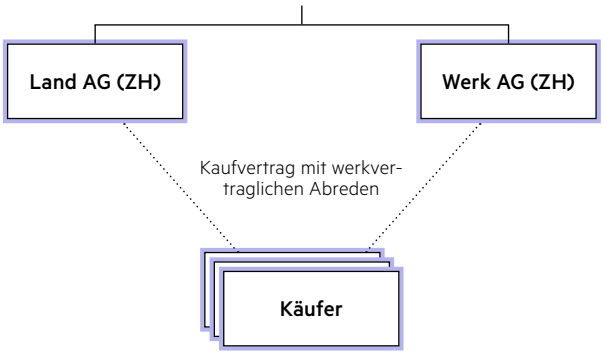
4 Zunächst wird ein archetypischer Sachverhalt einer Doppelvertragsstruktur skizziert, der die Grundlage für die Diskussion in diesem Artikel bildet (Abschnitt 2). Anschliessend wird die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung analysiert und es werden die in der Begründung vorhandenen Widersprüche aufgezeigt (Abschnitt 3). Nach allgemeinen Überlegungen zum Legalitätsprinzip im Steuerrecht (Abschnitt 4) analysieren die Autoren die verschiedenen möglichen Rechtsgrundlagen (Abschnitte 5–7) und schliessen den Artikel mit einem Fazit ab (Abschnitt 8).

2. Grundsachverhalt

5 Dieser Aufsatz geht von einem archetypischen Sachverhalt einer Doppelvertragsstruktur aus, der sich gemäss Erfahrung der Autoren wie folgt präsentiert.

6 Die Land AG und die Werk AG sind Schwestergesellschaften. Die Land AG hat ihren Sitz im Kanton Zürich und erwirbt auf dem freien Markt zu fremdüblichen Konditionen ein Grundstück in der Stadt Zürich. Für den Erwerb des Grundstücks hat die Land AG von einer Bank einen mit diesem Grundstück besicherten Hypothekarkredit aufgenommen. Die Land AG hat keine eigenen Mitarbeitenden. Die Werk AG mit Sitz in Zürich entwickelt und erstellt mittels eigener Mitarbeitenden auf diesem Grundstück für mehrere Käufer Wohnungen im Stockwerkeigentum in einem Mehrfamilienhaus. Das Grundstück muss hierfür weder auf- noch umgezont werden. Das gesamte Projekt dauert rund drei Jahre. Jeder Käufer schliesst mit der Land AG und der Werk AG einen Kaufvertrag mit werkvertraglichen Abreden ab. Der jeweilige Käufer, die Land AG und die Werk AG sind Vertragsparteien. Im Kaufvertrag wird dem Land und den Wohnungen im Stockwerkeigentum jeweils ein separater Preis zugerechnet. Die Land AG deklariert bei der Grundstückgewinnsteuer den im Kaufvertrag dem Land allozierten Preis als Veräusserungserlös, was das Steueramt der Stadt Zürich jedoch nicht akzeptiert. Im Rahmen des Veranlagungsverfahrens werden sämtliche Fakten offengelegt und durch alle involvierten Parteien volle Transparenz geschaffen [→ Abb. 1].

Abb. 1: Grundsachverhalt 7



3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Doppelvertragsstrukturen (und vergleichbaren Sachverhalten) basiert im Wesentlichen auf drei Entscheiden, die seit dem Jahr 2005 ergangen sind. Während der erste Entscheid im Jahr 2005 in Fünferbesetzung gefällt und in die amtliche Sammlung aufgenommen wurde, wurden die beiden anderen Entscheide aus den Jahren 2019 und 2021 jeweils in Dreierbesetzung gefällt. 8

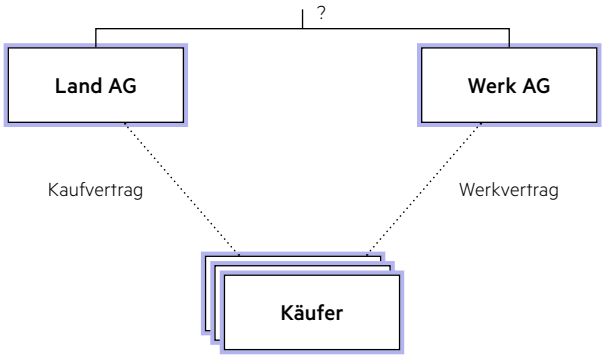
[05] Bühler/Borter/Gambaro/Lechleiter, N 7–11.

3.1 BGE 131 II 722 – Die Grundlage (2005)

3.1.1 Sachverhalt

9 Im Leitentscheid BGE 131 II 722 vom 17. Oktober 2005[06], den das Bundesgericht in Fünferbesetzung gefällt hat, befasste sich das Gericht mit einem Fall aus dem Kanton Schwyz. Die Land AG veräusserte drei Grundstücke im Kanton Schwyz an drei verschiedene Käufer, während die Werk AG als Bauherrin und Generalunternehmerin jeweils drei Gebäude auf diesen Grundstücken erstellte. Hierfür wurde jeweils ein separater Kauf- und Werkvertrag abgeschlossen (keine Doppelvertragsstruktur). Im gesamten Veranlagungs- und Rechtsmittelverfahren konnte nicht restlos geklärt werden, ob die Land AG und die Werk AG eng miteinander verbunden sind oder waren. Da die Land AG trotz mehrfacher Aufforderung verschiedene Unterlagen nicht einreichte, nahm die kantonale Steuerverwaltung Schwyz eine Ermessenseinschätzung vor und rechnete für Zwecke der Schwyzer Grundstückgewinnsteuer bei der Land AG den Landpreis und den Werklohn zusammen [→ Abb. 2].

10 **Abb. 2: Sachverhalt BGE 131 II 722**



3.1.2 Entscheid

11 Da im Verfahren nicht restlos nachgewiesen werden konnte, dass die Land AG und die Werk AG als wirtschaftliche Einheit auftreten, wurde die Ermessenseinschätzung aufgehoben und zur Neubeurteilung an die kantonale Steuerverwaltung Schwyz zurückgewiesen.

3.1.3 Erwägungen

12 In diesem Leitentscheid hält das Bundesgericht zunächst fest, dass die sogenannte Zusammenrechnungspraxis der Handänderungssteuer[07] nicht unbesehen auf die Grundstückgewinnsteuer übertragen werden kann. Begründet wird dies damit, dass es sich bei der Grundstückgewinnsteuer um eine «direkte Steuer» handle und die Land AG und die Werk AG als separate Steuersubjekte auf Basis ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ihren eigenen Gewinn versteuern müssen. Der Gewinn des einen Steuersubjekts kann damit nicht dem anderen zugewiesen werden.[08]

13 Von diesem Grundsatz gibt es allerdings eine Ausnahme: Sind die Land AG und die Werk AG miteinander verbunden und treten sie bezogen auf das fragliche Bauprojekt als wirtschaftliche Einheit auf, ist zu untersuchen, ob die Rechtsgeschäfte zwischen Land AG und Werk AG dem Drittvergleich standhalten. Ist dies nicht der Fall, kann es gerechtfertigt sein, den Gewinn der Land AG insoweit zu korrigieren, als de facto Landpreis in Werkhonorar umqualifiziert wurde.[09] Ob Land AG und Werk AG als wirtschaftliche Einheit auftreten, ergibt sich im Einzelfall aus Indizien.[10]

14 Auffallend ist allerdings, dass das Bundesgericht für diese neue Formel keine juristische Herleitung macht; es fehlt an Präjudiz und Lehrmeinungen. Vielmehr wird als Rechtsgrundlage für diese mögliche Gewinnkorrektur Art. 20 StHG[11] zur Steuerpflicht der juristischen Personen herangezogen und auf die «Dreiecks-theorie» und den «Drittvergleich» Bezug genommen. Konkret hält das höchste Gericht fest:

15 > *«Der Begriff der Steuerpflicht juristischer Personen ist in Art. 20 StHG definiert; das kantonale Recht stimmt mit dem eidgenössischen überein. […] Die Steuerbehörde darf deren Gewinn insofern berichtigen, als dieser Gegenstand ist von Zuwendungen oder verdeckten Gewinnausschüttungen an einen Aktionär oder eine*

06 Entspricht dem Urteil des Bundesgerichts 2A.20/2005, vom 17. Oktober 2005.

07 Urteil des Bundesgerichts 2P.410/1996, vom 19. Januar 1999, E.3a und 3b; Urteil des Bundesgerichts 2P.208/2003, vom 04. Dezember 2003, E. 3.1.

08 BGE 131 II 722, E. 3.2.-3.2.1.

09 Fracheboud, 848.

10 BGE 131 II 722, E. 3.2.2.

11 Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, vom 14. Dezember 1990, SR 642.14.

> *Schwestergesellschaft (sog. Dreiecksttheorie; […]). Die als steuerpflichtig anerkannten juristischen Personen müssen nach dem Grundsatz "at arm's length" bzw. des Drittvergleichs handeln (Vereinbarungen wie mit aussenstehenden Dritten; […]); nur soweit dieses Prinzip nicht beachtet wird, kann die Steuerbehörde eingreifen.»* [12]

16 In anderen Worten wendet das Bundesgericht mit der Qualifikation der Grundstückgewinnsteuer als direkte Steuer die gewinn- und einkommenssteuerlichen Rechtsinstitute der verdeckten Gewinnausschüttung und die Dreiecksttheorie in Analogie an. Diese Begründung überrascht: In derselben Entscheidung beschreibt das Bundesgericht das monistische System (allgemein und des Kantons Schwyz) dahin, dass die Gewinne mit einer besonderen Wertzuwachs- oder Grundstückgewinnsteuer «als Objektsteuer» erfasst werden, während das dualistische System sie «als Subjektsteuer» erfasst.[13] Eine Abgrenzung der beiden Aussagen zueinander findet nicht statt.

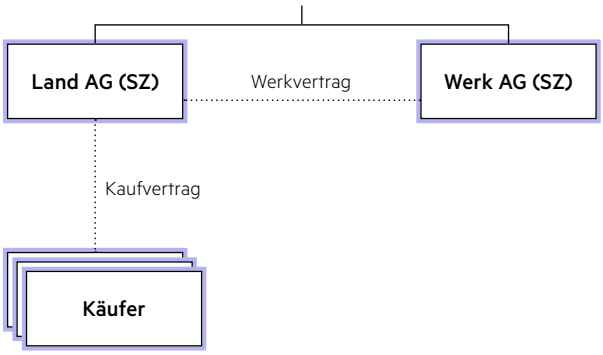
17 Allerdings ist festzuhalten, dass das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid die verdeckte Gewinnausschüttung und die Dreiecksttheorie in Analogie nicht als Eingriffsgrundlage, sondern vielmehr als Schranke anruft. Weil die Grundstückgewinnsteuer an die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Person anknüpft, darf der Land AG gerade nicht fremder Gewinn zugerechnet werden.[14]

3.2 2C_848/2018 – Die Übernahme mit modifizierter Begründung (2019)

3.2.1 Sachverhalt

18 Im Entscheid 2C_848/2018 vom 22. August 2019 befasste sich das Bundesgericht in Dreierbesetzung wiederum mit einem Fall aus dem Kanton Schwyz. Die Land AG, welche Eigentümerin eines Grundstücks im Kanton Schwyz war, beauftragte die Werk AG (Schwestergesellschaft) als Totalunternehmerin mit der Erstellung eines Mehrfamilienhauses. Die Land AG verkaufte die schlüsselfertigen Stockwerkeigentumseinheiten in diesem Haus an 20 unabhängige Dritte und deklarierte gesamthaft einen Grundstückgewinn von rund CHF 0,4 Mio. über alle 20 Einheiten. Die zuständige kantonale Steuerverwaltung Schwyz veranlagte jedoch einen Grundstückgewinn von rund CHF 2 Mio. mit der Begründung, dass «die gewählte Vertragsgestaltung einem Drittvergleich nicht standhielt» [→ Abb. 3].

Abb. 3: Sachverhalt 2C_848/2018 19



3.2.2 Entscheid

Das Bundesgericht stützte die ursprüngliche kantonale Veranlagung der Grundstückgewinnsteuer und stellte fest, dass die Steuerpflichtige im Verfahren vor der Vorinstanz keinen genügenden Nachweis erbringen konnte, dass die Entschädigung der werkvertraglichen Leistungen durch die Schwestergesellschaft fremdüblich entschädigt worden war.[15] Da diese rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz nicht willkürlich erfolgt war, wurde zugunsten der kantonalen Steuerverwaltung Schwyz entschieden. Auf eine Prüfung der Steuerumgehung, die ebenfalls Bestandteil des Verfahrens war, verzichtete das Bundesgericht.[16] 20

3.2.3 Erwägungen

Das Bundesgericht übernimmt in diesem Entscheid die vorstehend erläuterte Formel des Leitentscheids BGE 131 II 722 nahezu wörtlich und verdichtet sie auf drei Sätze.[17] Allerdings begründet das Bundesgericht in diesem Entscheid diese Formel nun anders. Während im Entscheid BGE 131 II 722 noch – mit Verweis auf die Qualifikation der Grundstückge- 21

[12] BGE 131 II 722, E. 4.1.

[13] BGE 131 II 722, E. 3.1.

[14] BGE 131 II 722, E. 2.1.

[15] Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 3 und 4.

[16] Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 3.2.

[17] Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 2.4.3.

winnsteuer als direkte Steuer und gestützt auf Art. 20 StHG [18] – die verdeckte Gewinnausschüttung und die Dreieckstheorie in Analogie angewendet wurden, wird nun der verfassungsmässige Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäss Art. 127 Abs. 2 BV [19] herangezogen. Konkret hält das Bundesgericht fest:

22 > *«Rechtsgeschäfte zwischen verbundenen Gesellschaften sind – abgesehen von hier nicht relevanten, vom Gesetz vorgesehenen Ausnahmen – zu den gleichen Bedingungen abzuwickeln, wie sie auch mit aussenstehenden Dritten vereinbart würden. Beim erforderlichen Drittvergleich (gemäss dem Grundsatz des sog. 'dealing at arm's length', in Übereinstimmung mit dem in Art. 127 Abs. 2 BV vorgesehenen Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit) wird anstelle eines tatsächlichen Geschäfts ein hypothetisches mit einem unbeteiligten Dritten unterstellt, um den Wert einer fehlenden bzw. nicht angemessenen Gegenleistung zu ermitteln. Bei Vermögensgegenständen ist auf den Verkehrswert (d.h. auf den Wert, der einem Vermögensgegenstand bei der Veräusserung im gewöhnlichen Geschäftsverkehr beigemessen wird) und bei Dienstleistungen auf den Marktwert abzustellen. Gegen diesen Grundsatz des erforderlichen Drittvergleichs wird dann verstossen, wenn die Gesellschaft auf ihr zustehende Einnahmen ganz oder teilweise verzichtet und die entsprechenden Erträge direkt einer ihr nahestehenden Person oder Gesellschaft zufliessen lässt bzw. wenn diese nicht jene Gegenleistung erbringen, welche die Gesellschaft von einem unbeteiligten Dritten fordern würde.»* [20]

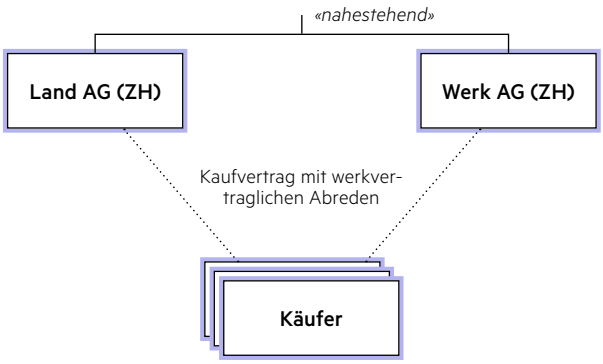
23 Während der Drittvergleich – abgeleitet aus Art. 20 StHG – in BGE 131 II 722 eine Zusammenrechnung sperrte, wird in diesem Entscheid der Drittvergleich – abgeleitet aus Art. 127 Abs. 2 BV – nun als Rechtfertigung der Korrektur herangezogen.

3.3 2C_913/2020 – Die Fortführung mit Rückbesinnung (2021)

3.3.1 Sachverhalt

24 Im Entscheid 2C_913/2020 vom 14. April 2021 befasste sich das Bundesgericht erneut in Dreierbesetzung mit einem Fall aus dem Kanton Zürich. Die Land AG mit Sitz im Kanton Zürich erwarb zwei Grundstücke im Kanton Zürich, auf welchen die Werk AG ebenfalls mit Sitz im Kanton Zürich eine Überbauung mit Mehrfamilien- und Doppeleinfamilienhäusern erstellte. Die einzelnen Wohneinheiten wurden an Dritte veräussert, wobei zwischen der Käuferschaft und der Land AG sowie der Werk AG Kaufverträge mit werkvertraglichen Abreden abgeschlossen wurden. Der Kaufpreis für den Landanteil zugunsten der Land AG und der Werkpreis zugunsten der Werk AG für das Bauprojekt wurden separat ausgewiesen. Die Land AG und die Werk AG waren nahestehende Gesellschaften (Beteiligungsverhältnis nicht restlos ersichtlich). Nach dem Verkauf reichte die Land AG entsprechende Grundstückgewinnsteuererklärungen ein. Im Rahmen der Veranlagung verlangte das zuständige kommunale Steueramt mehrere Unterlagen ein, namentlich die Verträge zwischen der Land AG und der Werk AG sowie provisorische Kostenschätzungen. Da die Unterlagen nie eingereicht wurden, erliess die Gemeinde Veranlagungsentscheide nach pflichtgemässem Ermessen. Der Grundstückgewinn wurde entsprechend erhöht [→ Abb. 4].

Abb. 4: Sachverhalt 2C_913/2020 25



3.3.2 Entscheid

26 Da genügend Indizien für eine Gewinnverschiebung aus der Land AG in die Werk AG vorlagen und die Steuerpflichtige die angeforderten Unterlagen nie

[18] BGE 131 II 722, E. 4.1.

[19] Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 18. April 1999, SR 101.

[20] Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 2.4.3.

einreichte, wurde die Beschwerde abgewiesen und der Entscheid des kommunalen Steueramts erwuchs in Rechtskraft.

3.3.3 Erwägungen

27 Im jüngsten Entscheid wird die Formel des Leitentscheids BGE 131 II 722 zunächst übernommen, allerdings nicht unverändert. Die im Vorentscheid verwendete Begründung «wegen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit»[21] entfällt ersatzlos. An ihre Stelle tritt die Umschreibung, es werde «der Idee nach einzig auf das veräusserte Grundstück, den dabei erzielten Erlös und die Anlagekosten abgestellt», unter Verweis auf BGE 145 II 206[22] (Tabelle 1). Dieser zitierte Entscheid beschäftigt sich mit der intertemporären, interkantonalen Verlustverrechnung bei der Zürcher Grundstückgewinnsteuer. Der Verweis führt allerdings an eine Stelle in diesem Entscheid, die das Gegenteil belegt. BGE 145 II 206 versieht genau diese Umschreibung mit dem Klammerzusatz «Objektsteuer» und ergänzt sie um die Feststellung, massgeblich sei der erzielte Mehrwert «ohne Rücksicht auf die gesamte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder die übrige Situation der steuerpflichtigen Person».[23]

28 **Tabelle 1: Vergleich Ergänzungen**

2C_848/2018	2C_913/2020
«Die Grundstückgewinnsteuer ist eine direkte Steuer, …	«Die Grundstückgewinnsteuer ist eine direkte Steuer, …
… die den Verkäufer als Steuerpflichtigen wegen seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit trifft.»[24]	…die den Verkäufer als Steuerpflichtigen trifft, wobei der Idee nach einzig auf das veräusserte Grundstück, den dabei erzielten Erlös und die Anlagekosten abgestellt wird (BGE 145 II 206 E. 3.1 u. 3.2.3).»[25]

29 Im Ergebnis steht das Attribut «direkte Steuer» in 2C_913/2020 unmittelbar neben einer Formulierung, die das Bundesgericht andernorts als Kennzeichen der Objektsteuer verwendet – und ohne den Zusatz, der die Brücke zu Art. 127 Abs. 2 BV überhaupt erst geschlagen hatte. Auch hier ist die Erwägung im Übrigen nicht tragend: Entschieden wurde über die Zulässigkeit einer Ermessensveranlagung wegen verletzter Mitwirkungspflicht.[26]

3.4 Zwischenfazit

30 Das Bundesgericht hat mit seinem Leitentscheid BGE 131 II 722 die neue Formel geschaffen und in den beiden späteren Entscheiden 2C_848/2018 und 2C_913/2020 fortgeführt, wonach der Gewinn der Land AG und der Werk AG nicht unbesehen zusammengerechnet werden kann. Sind allerdings die beiden Gesellschaften (i) miteinander verbunden und (ii) treten sie bezogen auf das fragliche Bauprojekt als wirtschaftliche Einheit auf, ist im Einzelfall aufgrund von Indizien zu untersuchen, ob die Rechtsgeschäfte zwischen der Land AG und der Werk AG dem Drittvergleich standhalten.

31 Die vorhergehende Analyse dieser drei Entscheide, namentlich der Erwägungen, wie auch die Anwendung dieser Entscheide durch das Steueramt der Stadt Zürich auf archetypische Doppelvertragsstrukturen bringt allerdings folgende Erkenntnisse:

32 Das Bundesgericht stützt diese Formel weder auf Präjudizien noch auf Lehrmeinungen, sondern leitet sie zunächst aus Art. 20 StHG ab, indem es die verdeckte Gewinnausschüttung und die Dreieckestheorie in Analogie auf die Grundstückgewinnsteuer anwendet. Eine vertiefte Auseinandersetzung hierzu fand nicht statt. Im zweiten Entscheid wird nicht mehr auf das Steuerharmonisierungsgesetz Bezug genommen; stattdessen wird die Gewinnkorrektur direkt aus Art. 127 Abs. 2 BV mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abgeleitet. Im dritten Entscheid wird die Formel sodann mit einer Rückbesinnung auf den Charakter der Grundstückgewinnsteuer als Objektsteuer begründet. Diese mehr-

21 Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 2.4.1.

22 Urteil des Bundesgerichts 2C_913/2020 vom 14. April 2021 E. 2.4.1, mit Verweis auf BGE 145 II 206, E. 3.1 und E. 3.2.3.

23 BGE 145 II 206, E. 3.1; vgl. auch E. 2.2.2, wonach die Grundstückgewinnsteuer eine Spezialeinkommens- bzw. Spezialgewinnsteuer ist, die als Objektsteuer getrennt vom übrigen Einkommen erhoben wird.

24 Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 2.4.1.

25 Urteil des Bundesgerichts 2C_913/2020, vom 14. April 2021, E. 2.4.1.

26 Urteil des Bundesgerichts 2C_913/2020 vom 14. April 2021, E. 2.5 ff. und E. 3.

fach geänderten Begründungen überzeugen nicht und lassen die Frage nach der Rechtsgrundlage dieser bundesgerichtlichen Formel ungeklärt.

33 Die Formel besagt, dass dann, wenn die Land AG und die Werk AG miteinander verbunden sind und als wirtschaftliche Einheit auftreten, geprüft werden kann, ob die Rechtsgeschäfte zwischen diesen beiden Gesellschaften dem Drittvergleich standhalten. In dieser Formel wird der Käufer als ebensolcher unabhängiger Dritter und Vertragspartei jedoch komplett ausser Acht gelassen. Gerade bei archetypischen Doppelvertragsstrukturen handelt es sich jedoch um Dreiparteienverträge, bei denen nicht nur die verbundenen Land AG und Werk AG, sondern auch der Käufer als Dritter an der Willensbildung beteiligt ist.

34 Dem Prozessverlauf geschuldet, hat sich das Bundesgericht bisher noch nicht mit der Frage befasst, ob solche Gewinne in Doppelvertragsstrukturen auch unter der Steuerumgehungsdoktrin korrigiert werden könnten. Aus der Prozessgeschichte ist allerdings ersichtlich, dass wenigstens im Sachverhalt des Entscheids 2C_848/2018 die Vorinstanz sich hierzu geäussert hat.

35 Die drei Entscheide zeichnen sich dadurch aus, dass der Steuerpflichtige im Veranlagungsverfahren die erforderlichen Unterlagen für die Steuerbehörden nicht zufriedenstellend eingereicht hat und es in einem Fall zu einer Ermessenseinschätzung kam. Darüber hinaus handelt es sich nicht immer um archetypische Doppelvertragsstrukturen mit drei Parteien. Diese Entscheide entsprechen nicht dem archetypischen Sachverhalt einer Doppelvertragsstruktur. Es ist daher fraglich, ob und in welchem Umfang das Steueramt der Stadt Zürich gestützt auf diese Entscheide in jedem Fall eine grundstückgewinnsteuerliche Korrektur vornehmen kann.

36 Gemäss Ansicht der Autoren gibt es für diese bundesgerichtliche Formel drei denkbare Rechtsgrundlagen, und zwar

- der grundstückgewinnsteuerliche Erlösbegriff (Art. 12 StHG bzw. § 222 StG-ZH),
- die Anwendung der gewinn- und einkommenssteuerlichen verdeckten Gewinnausschüttung in Analogie, oder
- die bundesgerichtliche Steuerumgehungsdoktrin.

37 Nach einigen allgemeinen Überlegungen zum Legalitätsprinzip (Abschnitt 4) werden diese drei Rechtsgrundlagen nachfolgend analysiert (Abschnitte 5-7) und dabei auch geprüft, was für Anforderungen sich für die Steuerbehörden an das Beweismass ergeben.

4. Legalitätsprinzip im Steuerrecht

38 Das Schweizer Steuerrecht fungiert als klassisches Eingriffsrecht, bei dem die Steuerbehörden von Bund, Kantonen und Gemeinden in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum natürlicher und juristischer Personen eingreifen (Art. 26 BV). Die Eigentumsgarantie steht der Besteuerung nicht grundsätzlich entgegen; sie bildet in ihrer Funktion als Institutsgarantie aber die äusserste Schranke, indem sie eine konfiskatorische Besteuerung untersagt. Der absolut geschützte Kernbereich umfasst die Wahrung des Vermögens in seiner Substanz und die Erhaltung der Möglichkeit der Neubildung von Vermögen. Weil die Eigentumsgarantie als Abwehrrecht nur diese Aussengrenze markiert, verlagert sich die rechtsstaatliche Kontrolle des Steuereingriffs vollständig auf das Legalitätsprinzip.[27]

39 Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 BV) ist für das Steuerrecht von besonderer Bedeutung und wird daher in zwei weiteren separaten Normen verfassungsrechtlich festgehalten (Art. 127 Abs. 1 BV, Art. 164 Abs. 1 lit. d BV). Diese mehrfache Nennung unterstreicht die herausragende Bedeutung des Legalitätsprinzips im Steuer- und Abgaberecht.[28] Das Bundesgericht hält aber auch ausdrücklich fest, dass den allgemeineren Bestimmungen – Art. 5 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 BV – im Abgaberecht keine eigenständige Bedeutung zukommt.[29] Für eine konkrete Steuer sind

[27] BGE 143 V 254, E. 6.4.1 m.H. auf BGE 105 Ia 134, E. 3a und BGE 128 II 112, E. 10b/bb; zur Vermögenssteuer BGE 143 I 73, E. 5.1.

[28] Luzius Cavelti, Art. 127 BV N 9, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hsrg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Auflage, Basel 2025 (zit. Cavelti).

[29] BGE 142 II 182, E. 2.2.2 m.H. auf Urteil des Bundesgerichts 2C_809/2015 vom 16. Februar 2016 E. 5.1.

demnach Art. 127 Abs. 1 BV und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV die einschlägigen Verfassungsnormen. Diese Norm ist gegenüber dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt kein blosser Wiederholungssatz, sondern ein Vorbehalt mit eigenständiger und strengerer Formvorschrift.[30]

40 Aus Art. 127 Abs. 1 BV ergeben sich zwei Anforderungen an das Legalitätsprinzip:

- Der Steuertatbestand muss rechtssatzmässig und formell-gesetzlich gefasst sein (Erfordernis der Normstufe bzw. Gesetzesvorbehalt).
- Der Rechtssatz muss minimal ausgestaltet sein (Erfordernis der Normdichte bzw. Tatbestandsvorbehalt), d.h. es muss zumindest das Steuersubjekt, das Steuerobjekt und die Bemessungsgrundlage umfassen.[31] Der Zweck ist es, zu verhindern, dass den rechtsanwendenden Behörden ein übermässiger Spielraum verbleibt, und sicherzustellen, dass die möglichen Abgabepflichten absehbar und rechtsgleich sind.[32] Entsprechend muss eine Rechtsnorm so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können.[33]

41 Art. 164 Abs. 1 lit. d BV verlangt, dass die grundlegenden Bestimmungen über den Kreis der Steuerpflichtigen sowie über den Gegenstand und die Bemessung von Steuern in der Form des Bundesgesetzes ergehen. Die Norm überträgt keine Zuständigkeit, sondern verteilt eine anderweitig begründete Rechtsetzungskompetenz auf die Bundesorgane; sie ist Formvorschrift, nicht Ermächtigungsnorm.[34] Ihr Adressat ist der Bundesgesetzgeber. Für die kantonale und kommunale Grundstückgewinnsteuer ist sie daher nicht unmittelbar anwendbar.[35] Bedeutung erlangt Art. 164 Abs. 1 lit. d BV im vorliegenden Zusammenhang gleichwohl, und zwar in zweifacher Hinsicht. Zum einen zeigt die Bestimmung, welche Tatbestandselemente der Verfassungsgeber für so wichtig hält, dass sie dem formellen Gesetz vorbehalten bleiben müssen. Darunter fällt ausdrücklich die Bemessung. Zum anderen bindet sie den Harmonisierungsgesetzgeber. Hätte der Bund für die Grundstückgewinnsteuer eine Korrektur von Leistungsbeziehungen unter nahestehenden Personen vorsehen wollen, wäre er im Sinne der Verfassung gehalten gewesen, dies im Steuerharmonisierungsgesetz selbst zu regeln. Ob er dies getan hat, ist nachfolgend zu prüfen.

Der Veräusserungserlös ist Bestandteil der Bemes- 42
sungsgrundlage der Grundstückgewinnsteuer (Art. 12 Abs. 1 StHG; § 219 Abs. 1 StG-ZH). Eine behördliche Korrektur des vertraglich vereinbarten und öffentlich beurkundeten Erlöses betrifft damit nicht eine Randfrage der Steuerbemessung, sondern den Kernbereich des Tatbestandsvorbehalts. Für sie ist eine formellgesetzliche Grundlage von entsprechender Normdichte zu verlangen.

5. Grundstückgewinnsteuerlicher Erlösbegriff

5.1 Erlösbegriff im Grundsteuerrecht

Die erste der drei denkbaren Rechtsgrundlagen 43
liegt in der Bemessungsnorm selbst. Liesse sich die Korrektur des deklarierten Landpreises unmittelbar aus dem Erlösbegriff ableiten, bedürfte es weder einer Analogie zur verdeckten Gewinnausschüttung (Abschnitt 6) noch der Steuerumgehungsdoktrin (Abschnitt 7). Die Steuerbehörde nähme dann keine Korrektur im eigentlichen Sinn vor, sondern würde lediglich den gesetzlich umschriebenen Erlös vollständig erfassen. Zu prüfen ist daher, wie weit der Erlösbegriff reicht und ob er es erlaubt, einen Teil des von der Käuferschaft an die Werk AG bezahlten Werkpreises der Land AG zuzurechnen, obwohl beide Preise im Dreiparteienvertrag gesondert ausgewiesen und im Veranlagungsverfahren vollständig offengelegt sind.

5.2 Erlösbegriff im Steuerharmonisierungsgesetz

Nach Art. 12 Abs. 1 StHG unterliegen Gewinne aus 44
der Veräusserung eines Grundstücks der Grundstück-

30 Leo Tiberghien, Art. 164 BV N 10, in: Schlegel/Ammann (Hrsg.), Onlinekommentar zur Bundesverfassung, Stand 16. Januar 2026 (zit. Tiberghien); ebenso Cavelti, Art. 127 BV N 9.

31 BGE 142 II 182, E. 2.2.1; BGE 140 I 176, E. 5.2; BGE 141 V 688, E. 4.2.2.

32 BGE 142 II 182, E. 2.2.2; BGE 136 II 149, E. 5.1; BGE 135 I 130, E. 7.2; BGE 131 II 271, E. 6.1.

33 BGE 147 I 450, E. 3.2.1; BGE 145 IV 513, E. 2.3.1; BGE 136 I 87, E. 3.1.

34 Tiberghien, Art. 164 BV N 7 und N 30.

35 BGE 142 II 182, E. 2.2.1.

gewinnsteuer, «soweit der Erlös die Anlagekosten (Erwerbspreis oder Ersatzwert zuzüglich Aufwendungen) übersteigt». Der Bundesgesetzgeber hat die Begriffe «Erlös» und «Anlagekosten» nicht näher umschrieben; es handelt sich folglich um unbestimmte Rechtsbegriffe.[36] Bereits die Botschaft zur Steuerharmonisierung verstand die Bestimmung als blosse Grundsatzregel.[37] Das Bundesgericht räumt den Kantonen deshalb bei der Umschreibung des steuerbaren Gewinns einen gewissen Spielraum ein.

45 In BGE 131 II 722 hielt das Bundesgericht fest, dem kantonalen Gesetzgeber verbleibe bei der Umschreibung des steuerbaren Gewinns jedoch lediglich ein beschränkter Spielraum, weil Grundstückgewinn- und Einkommenssteuer namentlich im monistischen System eng miteinander verbunden seien. Der Teil des Gewinns, welcher der Einkommens- bzw. Gewinnsteuer unterliege, und jener, welcher der Grundstückgewinnsteuer unterstehe, seien genau abzugrenzen; ob diese Aufteilung mit dem Steuerharmonisierungsgesetz übereinstimmt, prüfe das Bundesgericht mit voller Kognition.[38]

5.3 Erlösbegriff im Zürcher Grundsteuerrecht

46 Der Kanton Zürich hat Art. 12 Abs. 1 StHG in § 219 Abs. 1 und § 222 StG-ZH umgesetzt. Als Erlös gilt gemäss § 222 StG-ZH «der Kaufpreis mit Einschluss aller weiteren Leistungen des Erwerbers»; wortgleich umschreibt § 220 Abs. 1 StG-ZH den Erwerbspreis.

47 Der Wortlaut knüpft damit an die Leistungen des Erwerbers an, sagt aber nicht, an wen diese fliessen müssen. Andere monistische Kantone haben anders formuliert. Das Schwyzer Recht spricht beispielsweise vom Verkaufspreis «mit allen weiteren Leistungen», ohne diese dem Erwerber zuzuordnen, und schliesst beim Erwerbspreis Leistungen, die «unter Umgehung der Steuerpflicht erbracht worden sind», ausdrücklich aus.[39] Eine vergleichbare Umgehungsklausel kennt das Zürcher Grundstückgewinnsteuerrecht nicht. § 222 StG-ZH knüpft vielmehr an eine Zürcher Praxis an, die den Erlös bereits unter dem früheren Recht nach wirtschaftlichen Kriterien bestimmte.[40]

5.4 Wirtschaftlicher Erlösbegriff

5.4.1 Allgemein

48 Massgebend ist nach der Zürcher Rechtsprechung der Preis für diejenige Leistung, welche die Vertragsparteien zum Gegenstand des obligatorischen Vertrags als Rechtsgrund für die Übereignung des Grundstücks gemacht haben. Relevant für die Bestimmung des Erlöses sind dabei sämtliche Leistungen, die in kausalem Verhältnis zur Handänderung stehen. Der Erlös wird folglich «nicht nach zivil- bzw. sachenrechtlichen Kriterien, sondern einzig nach wirtschaftlichen Merkmalen festgelegt». Erlös ist alles, was der Erwerber in einem wirtschaftlichen Sinn verstanden «an den Veräusserer persönlich oder auf dessen Rechnung an einen Dritten für die Grundstückübertragung leistet», unabhängig davon, in welcher Form und unter welcher Bezeichnung dies geschieht.[41]

49 Die Lehre umschreibt den Erlös als Gesamtheit aller vermögenswerten Leistungen, die der Veräusserer als Gegenleistung für die Grundstückübereignung erhält; massgebend ist, was der Käufer der Verkäuferin gemäss Vertrag als Entgelt für die Übertragung des Eigentums erbringen muss, wobei es auf Bezeichnung, Form und formellen Empfänger der Leistung nicht ankommt.[42] Der Erlös ist gemäss der hier vertretenen Ansicht damit funktional bestimmt: Er umfasst das Entgelt für das Grundstück, gleichgültig, wie es bezeichnet und auf welchem Weg es geleistet wird.

---

[36] Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 2.1.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_913/2020, vom 14. April 2021, E. 2.2.1.

[37] BGE 131 II 722, E. 2.1, mit Hinweis auf die Botschaft zur Steuerharmonisierung.

[38] BGE 131 II 722, E. 2.1 und 2.2; ebenso Martin Zweifel/Silvia Hunziker/Oliver Margraf/Stefan Oesterhelt, Schweizerisches Grundstückgewinnsteuerrecht, Zürich 2021, § 10 N 69 und 109 (zit. Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt), wonach die Auslegung des Erlösbegriffs schon durch die enge Verbindung von Grundstückgewinnsteuer und Einkommens- bzw. Gewinnsteuer vorbestimmt ist.

[39] § 114 Abs. 1 und § 115 Abs. 1 des Steuergesetzes des Kantons Schwyz, vom 9. Februar 2000, SRSZ 172.200 (StG-SZ).

[40] RB 1978 Nr. 83, zit. nach StRG ZH GR.2013.23, vom 01. Oktober 2014, E. 4a.

[41] VGer ZH SB.2014.00130, vom 01. April 2015, E. 4.3.1; VGer ZH SB.2020.00045, vom 30. September 2020, E. 6.2, je mit Hinweis auf Felix Richner/Walter Frei/Stefan Kaufmann/Hans Ulrich Meuter, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 3. Auflage, Zürich 2013, § 220 N 2 f.; ebenso Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 79.

[42] Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 70 und 75.

50 Aus diesem Erlösbegriff hat die Zürcher Praxis die Zusammenrechnung von Landpreis und Werklohn abgeleitet. Schliesst der Erwerber von Bauland mit der Verkäuferin oder einer anderen, in der Regel nahestehenden Person einen Werkvertrag über die Erstellung einer Baute auf dem Kaufgrundstück ab, gilt als Erlös die Summe von Landpreis und Werklohn, sofern Land- und Werkvertrag so voneinander abhängen, dass es ohne den einen nicht zum Abschluss des anderen gekommen wäre, und das Geschäft als Ganzes dem Verkauf einer fertigen Baute gleichkommt.[43] Neben der tatsächlichen Identität von Veräusserer und Werkunternehmer genügt eine wirtschaftliche Identität, etwa wenn beide im Rahmen einer stillschweigend gebildeten einfachen Gesellschaft zusammenwirken.[44] Die ursprünglich für die Handänderungssteuer entwickelte Zusammenrechnungspraxis wurde auf die Grundstückgewinnsteuer übertragen.[45] Entscheidend ist damit nicht ein blosser sachlicher Zusammenhang, sondern die wechselseitige Abhängigkeit der Verträge und die wirtschaftliche Gleichwertigkeit mit dem Verkauf eines fertigen Gebäudes. Der Referenzsachverhalt erfüllt diese Voraussetzungen ohne Weiteres; der Kaufvertrag mit Bauleistungsverpflichtung ist der Prototyp eines Zusammenrechnungsfalls.

5.4.2 Anwendung

51 Eine Leistung der Käuferschaft erfolgt nur dann auf Rechnung der Land AG, wenn die Werk AG den betreffenden Betrag nicht aus eigenem Recht, sondern für die Land AG vereinnahmt. Im Referenzsachverhalt schuldet die Käuferschaft den Werkpreis aufgrund des Dreiparteienvertrags der Werk AG für deren Werkleistung. Wer annimmt, ein Teil davon sei in Wahrheit Landpreis, muss begründen, weshalb dieser Teil der Land AG zusteht. Unerheblich ist zwar, ob die Veräussererin ihren Erlös an Dritte weiterzuleiten hat;[46] vorausgesetzt ist aber stets, dass ihr der Betrag als Entgelt zusteht. Massgebend ist nach der Lehre, was die Käuferschaft der Veräussererin gemäss Vertrag als Entgelt für das Grundstück erbringen muss.[47]

52 Der Vertrag liefert die Begründung nicht, denn er weist den Betrag gerade der Werk AG zu. Ebenso setzt ein Gewinnverzicht einen Anspruch voraus, auf den verzichtet worden sein soll. Welcher Anteil des Gesamtpreises der Land AG zustünde, lässt sich ohne den Massstab des Drittvergleichs nicht bestimmen; es ist die Formel aus 2C_848/2018 und 2C_913/2020, wonach die Gesellschaft auf «ihr zustehende Einnahmen» verzichtet.[48] Das Verwaltungsgericht verbindet die weitere Leistung im Sinne von § 222 StG-ZH denn auch ausdrücklich mit dem vorzunehmenden Drittvergleich, den es mit dem Bundesgericht auf den Grundsatz des «dealing at arm's length» in Verbindung mit Art. 127 Abs. 2 BV stützt.[49] Mit anderen Worten liefert der Erlösbegriff in diesen Konstellationen nur die Hülle; der Massstab stammt aus dem Drittvergleich, dessen Rechtsgrundlage nach hier vertretener Ansicht gerade fehlt (Abschnitt 6). Die Begründung wird damit zirkulär: Der Erlös soll korrigiert werden dürfen, weil er dem Drittvergleich nicht entspricht, und der Drittvergleich soll anwendbar sein, weil er im Erlösbegriff enthalten sei.

53 Zudem sind verfahrensrechtliche Aspekte zu beachten. Die Entscheide, welche die Korrektur an § 222 StG-ZH anknüpfen, betrafen soweit ersichtlich ausnahmslos die Zulässigkeit von Untersuchungshandlungen und einer Ermessenseinschätzung nach verletzter Mitwirkungspflicht. Eine weitere Leistung wurde in keinem dieser Fälle festgestellt; es genügte, dass sie nicht ausgeschlossen werden konnte.[50] Dass § 222 StG-ZH die Behörde befugt, Hinweisen auf mögliche Erlösbestandteile nachzugehen, sagt nichts darüber, ob der offengelegte Werkpreis materiell Erlös der Land AG ist. Hat die steuerpflichtige Person

---

43 StRG ZH GR.2013.23, vom 01. Oktober 2014, E. 4a, mit Hinweis auf Richner/Frei/Kaufmann/Meuter, § 220 N 55; VGer ZH SB.2005.00079, vom 10. Mai 2006, E. 2.2; Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 87.

44 VGer ZH SB.2005.00079, vom 10. Mai 2006, E. 2.2.

45 StRG ZH GR.2013.23, vom 01.Oktober 2014, E. 4b; VGer ZH SB.2005.00079, vom 10. Mai 2006, E. 2.2.

46 Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 73.

47 Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 75.

48 Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 2.4.3; Urteil des Bundesgerichts 2C_913/2020, vom 14. April2021, E. 2.4.3.

49 VGer ZH SB.2020.00045, vom 30. September 2020, E. 4.3 und 6.4.

50 Urteil des Bundesgerichts 2C_450/2015, vom 14. Juni 2016, E. 4.5 und 5.2; VGer ZH SB.2014.00130, vom 01. April 2015, E. 4.3.2 und 4.5; VGer ZH SB.2020.00045, vom 30. September 2020, E. 6.4 bis 6.6; vgl. bereits Abschnitt 3.4.

pflichtgemäss mitgewirkt, gelten die allgemeinen Regeln über die Beweislast, und die Folgen der Beweislosigkeit trägt die Behörde.[51]

54 Bedeutsam ist sodann die Rolle der Käuferschaft. Der Erlös bemisst sich nach den Leistungen des Erwerbers, und im Referenzsachverhalt ist die Käuferschaft unabhängige Dritte und Vertragspartei des Dreiparteienvertrags. Das Verwaltungsgericht hat für Werkverträge zwischen der Werkerstellerin und ihr nicht nahestehenden Erwerbern vermutet, die bezahlten Werklöhne entsprächen dem Verkehrswert der erstellten Bauten, und es abgelehnt, aus der Höhe der Werkpreise Rückschlüsse auf den Bodenpreis zu ziehen.[52]

55 Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Käuferschaft vor allem am Gesamtpreis interessiert ist und ihr die Aufteilung auf Land und Werk gleichgültig sein kann.[53] Diesen Einwand hat eine Gemeinde vor Bundesgericht erhoben, ohne dass das Gericht ihn entscheiden musste;[54] das Verwaltungsgericht berücksichtigte ihn in einem Fall, in dem die Generalunternehmerin den Landpreis vorgab und keine freien Preisverhandlungen stattfanden.[55] Die Unabhängigkeit der Käuferschaft stützt deshalb die Marktkonformität des Gesamtpreises, nicht zwingend jene der internen Aufteilung. Für den Erlösbegriff ist sie gleichwohl bedeutsam: Mehr als den Gesamtpreis hat die Käuferschaft nicht geleistet, und eine zusätzliche, bisher verdeckte Leistung ist nicht ersichtlich. Die Fallgruppen, in denen die Lehre den vereinbarten Preis durch den Verkehrswert ersetzt, betreffen zudem durchwegs Konstellationen, in denen die Vertragsparteien über den Wert des Grundstücks nicht wie unabhängige Dritte verhandeln, etwa Tausch, Einbringung, Verkäufe unter Nahestehenden oder Simulation.[56] Im Verhältnis zwischen der Land AG und einer unabhängigen Käuferschaft liegt keiner dieser Fälle vor. Die Frage reduziert sich auf die Zuordnung eines offengelegten Betrags zwischen zwei Steuersubjekten.

56 Nicht weiter führt der Hinweis, die Veranlagungsbehörde dürfe vertragliche Abmachungen über die Aufteilung des Kaufpreises auf ihre steuerliche Bedeutung und Angemessenheit überprüfen; sie seien für die Behörde ebenso wenig verbindlich wie die Angaben in der Steuererklärung.[57] Die Aussage steht im Zusammenhang mit dem Untersuchungsrecht der Behörde und wird in der Lehre für die Aufteilung des Entgelts auf liegenschaftliche und nicht-liegenschaftliche Werte desselben Veräusserers konkretisiert. Ausgangspunkt bleiben auch dort die vertraglichen Vereinbarungen; nur wo bloss ein Gesamtpreis festgelegt ist, nimmt die Steuerbehörde die Aufteilung selbst vor.[58] Im Referenzsachverhalt sind Land- und Werkpreis gesondert vereinbart. Vor allem lässt sich die Befugnis, die Aufteilung des Entgelts eines Veräusserers zu überprüfen, nicht auf die Aufteilung eines Gesamtentgelts zwischen zwei Steuersubjekten übertragen, ohne den Gewinn des einen dem anderen zuzuweisen.[59]

57 Damit ist die methodische Abgrenzung angesprochen. Das Bundesgericht unterscheidet seit langem zwischen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der Auslegung einer Steuernorm, die mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten arbeitet, und jener der Steuerumgehung, bei der in Abweichung von zivilrechtlichen Anknüpfungspunkten auf das wirtschaftliche Verhältnis zurückgegriffen wird. Letztere setzt die besonderen Voraussetzungen der Steuerumgehung oder eine gesetzliche Anordnung voraus.[60] § 222 StG-ZH ist eine Norm mit wirtschaftlicher Anknüpfung. Er erlaubt, eine Leistung des Erwerbers unabhängig von ihrer Bezeichnung als Erlös zu erfassen. Er erlaubt nicht, einen von drei Parteien offengelegten und vertraglich zugewiesenen Werkpreis einem anderen Steuersubjekt zuzurechnen. Die Selbständigkeit von Land AG und Werk

51 VGer ZH SB.2020.00045, vom 30. September 2020, E. 6.3.

52 VGer ZH SB.2005.00079, vom 10. Mai2006, E. 3.2.

53 Was eine nicht bewiesene Unterstellung ist. Es sinddurchaus Konstellationen denkbar, bei dem die Land-Werk-Preis-Verteilung auch für den Käufer wichtig ist. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die finanzierende Käuferbank.

54 Urteil des Bundesgerichts 2C_776/2009, vom 25. Februar 2010, E. 2.

55 VGer ZH SB.2020.00045, vom 30. September 2020, E. 5.2 und 7.2.

56 Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 91 f.

57 Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 78.

58 Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 83.

59 BGE 131 II 722, E. 3.2.2; ebenso Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 88.

60 BGE 109 Ia 97, E. 2a bis 2c; vgl. auch Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 103.

AG als Steuersubjekte bleibt nach der Rechtsprechung «vorbehältlich von Steuerumgehung und Fällen von Simulation» massgebend.[61] Auch nach dem Verwaltungsgericht ändert der wirtschaftliche Erlösbegriff daran nichts.[62] Die Zuweisung eines Teils des Werkpreises an die Land AG ist deshalb keine Auslegung des Erlösbegriffs, sondern eine Korrektur des Sachverhalts. Folgerichtig liess das Steuerrekursgericht Gewinnkorrekturen zulasten der Landveräussererin nur bei Steuerumgehung, bei Simulation unter steuerlicher Ausblendung der Werkerstellerin und bei Gewinnverschiebungen durch nicht drittvergleichskonforme Landpreise zu.[63] Die Minderheit hielt bereits das enge Zusammenwirken und die Gestaltung eines Gesamtpreises für hinreichende Anhaltspunkte, um weitergehende Untersuchungen zu rechtfertigen.[64]

58 Die volle Transparenz im Veranlagungsverfahren verstärkt diesen Befund. Der Erlösbegriff erschliesst verdeckte, anders bezeichnete oder über Dritte geleitete Leistungen. Sind sämtliche Verträge und Zahlungsflüsse offengelegt, bleibt keine solche Leistung mehr zu entdecken. Ob die offengelegte Aufteilung steuerlich hinzunehmen ist, wird dann zu einer normativen Frage, die nicht der Erlösbegriff beantwortet, sondern allenfalls die Steuerumgehungsdoktrin (Abschnitt 7). Zum Erfordernis einer formell-gesetzlichen Grundlage für eine solche Korrektur der Bemessungsgrundlage kann auf Abschnitt 4 verwiesen werden.

5.5 Zwischenfazit

59 Gemäss der hier vertretenen Ansicht lässt sich die Korrektur des Landpreises in archetypischen Doppelvertragsstrukturen nicht auf den grundstückgewinnsteuerlichen Erlösbegriff stützen.

60 Der wirtschaftliche Erlösbegriff von § 222 StG-ZH ist eine Erfassungs- und keine Korrekturnorm. Er reicht so weit, als eine konkrete Leistung der Käuferschaft an die Land AG oder auf deren Rechnung an Dritte identifiziert werden kann. Dafür trägt die Steuerbehörde die Beweislast, und ein Ersatzwert wie der Verkehrswert des Landes darf nicht an die Stelle des Erlöses treten.

61 Wer dennoch einen Teil des offen ausgewiesenen und öffentlich beurkundeten Werkpreises der Land AG zurechnen will, kommt ohne Drittvergleich nicht aus; er legt damit nicht den Erlösbegriff aus, sondern korrigiert den Sachverhalt. Die Rechtsprechung, welche die Korrektur an § 222 StG-ZH anknüpft, betraf soweit ersichtlich ausschliesslich Fälle verweigerter Mitwirkung und vermag diese Lücke nicht zu schliessen. Unterbleibt zudem eine Gegenkorrektur bei der Werk AG, resultiert eine wirtschaftliche Doppelbelastung, die das Bundesgericht selbst als harmonisierungswidrig bezeichnet hat. Ob sich der Drittvergleich aus dem Gewinnsteuerrecht entlehnen lässt, ist nachfolgend zu prüfen (Abschnitt 6).

6. Verdeckte Gewinnausschüttung in Analogie

6.1 Allgemein

62 In seinem Leitentscheid BGE 131 II 722 begründete das Bundesgericht seine neu entwickelte Formel mit dem Verweis auf «verdeckte Gewinnausschüttungen» und die «Dreiecksttheorie» und verlangte, dass juristische Personen bei der Grundstückgewinnsteuer «nach dem Grundsatz ‘at arm’s length’ bzw. des Drittvergleichs (Vereinbarungen wie mit aussenstehenden Dritten)» handeln müssen.[65] Als rechtliche Basis wird auf die Qualifikation der Grundstückgewinnsteuer als direkte Steuer und auf Art. 20 StHG verwiesen. In anderen Worten nimmt das Bundesgericht einen Analogieschluss vor und wendet das gewinnsteuerliche Rechtsinstitut der verdeckten Gewinnausschüttung auf die Grundstückgewinnsteuer an. In seinem späteren Entscheid 2C_848/2018 wird ebenfalls von einer «verdeckten Gewinnausschüttung»[66] gesprochen, jedoch wird diese nun direkt aus dem verfassungsmässigen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abgeleitet.[67]

---

61 BGE 131 II 722, E. 3.2.2 und 4.1; Urteil des Bundesgerichts 2C_913/2020, vom 14. April 2021, E. 2.4.1.

62 VGer ZH SB.2020.00045, vom 30. September 2020, E. 5.1.

63 StRG ZH GR.2013.23, vom 01. Oktober 2014, E. 4b und 6b bis 6d; zur Beweislast für eine Simulation Zweifel/Hunziker/Margraf/Oesterhelt, § 10 N 104.

64 StRG ZH GR.2013.23, vom 01. Oktober2014, abweichende Auffassung der Minderheit, E. 7a und 7d.

65 5BGE 131 II 722, E. 4.1.

66 Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 2.4.4.

67 Urteil des Bundesgerichts 2C_848/2018, vom 22. August 2019, E. 2.4.3.

63 Das Rechtsinstitut der verdeckten Gewinnausschüttung (im weiteren Sinne) hat seine rechtliche Grundlage im Gewinnsteuerrecht. Dabei wird zwischen einer verdeckten Gewinnausschüttung im engeren Sinne (Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG) und einer Gewinnvorwegnahme (Art. 58 Abs. 1 lit. c DBG) unterschieden. Bei einer verdeckten Gewinnausschüttung im engeren Sinne wird die Gesellschaft mit zu hohen Aufwendungen oder solchen des Anteilsinhabers belastet, während es bei einer Gewinnvorwegnahme zu einem Gewinnverzicht der Gesellschaft kommt. In anderen Worten erbringt die Gesellschaft eine Leistung oder veräussert Aktiven, ohne hierfür eine angemessene Gegenleistung zu erhalten. Im vorliegend diskutierten Sachverhalt der Doppelvertragsstruktur liegt eine Gewinnvorwegnahme vor, da die Land AG mutmasslich zu wenig grundstückgewinnsteuerlich relevanten Erlös für den Verkauf des Grundstücks erhält.

64 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müssen für eine verdeckte Gewinnausschüttung folgende kumulative Kriterien erfüllt sein:[68]

- Ausrichtung einer Leistung ohne angemessene Gegenleistung;
- Mit der Leistung wird ein Anteilsinhaber oder eine ihm nahestehende Person begünstigt;
- Das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung war für die handelnden Organe erkennbar.

65 Es stellt sich die Frage, ob ein solcher Analogieschluss aufgrund des Legalitätsprinzips überhaupt zulässig ist. Während im ersten Entscheid dieser aus der Qualifikation der Grundstückgewinnsteuer als direkte Steuer erfolgt, leitet das Bundesgericht ihn in den beiden folgenden Entscheiden direkt aus der Bundesverfassung ab. Es erfolgte allerdings keine Analyse und Diskussion der Präjudizien und Lehrmeinungen.

6.2 Ableitung aus Qualifikation als direkte Steuer

66 In seinem Leitentscheid BGE 131 II 722 qualifiziert das Bundesgericht zunächst ohne weitere Begründung die Grundstückgewinnsteuer als «direkte Steuer»[69]. Bei einer solchen direkten Steuer muss die Steuerbehörde die Bemessungsgrundlage berichtigen, wenn sie «Gegenstand […] von Zuwendungen oder verdeckten Gewinnausschüttungen an einen Aktionär oder eine Schwestergesellschaft (sog. Dreiecks-theorie)»[70] ist. Die Begründung wird komplettiert mit dem Verweis auf Art. 20 StHG. Der Analogieschluss basiert folglich auf der Qualifikation der Grundstückgewinnsteuer als direkte Steuer.

67 Diese Qualifikation durch das Bundesgericht überrascht und steht im Widerspruch zur eigenen Rechtsprechung wie auch zur kantonalen Rechtsprechung zur Zürcher Grundstückgewinnsteuer. Eine quantitative Analyse ergibt, dass seit dem Jahr 2000 das Bundesgericht in 26 Fällen die Grundstückgewinnsteuer 23-mal als Objektsteuer und nur dreimal als direkte Steuer bezeichnete, währenddem das Zürcher Verwaltungs- und das Zürcher Steuerrekursgericht die Grundstückgewinnsteuer – soweit die Entscheide öffentlich verfügbar sind – in allen 47 Fällen stets als Objektsteuer einordneten (Tabelle 2). Insgesamt wurde in den letzten rund 25 Jahren die Grundstückgewinnsteuer in fast 96 % der ausgewerteten Fälle als Objektsteuer qualifiziert. Darüber hinaus bezeichnet das Bundesgericht im gleichen Leitentscheid BGE 131 II 722 die Grundstückgewinnsteuer selbst als Objektsteuer.[71] [→ Tabelle 2]

68 **Tabelle 2: Qualifikation der Grundstückgewinnsteuer in der Rechtsprechung**[72]

Gericht	Objektsteuer	Direkte Steuer	Total	Anteil Objektsteuer
Bundesgericht	23	3	26	88.5 %
Verwaltungsgericht ZH	30	0	30	100 %
Steuerrekursgericht ZH	17	0	17	100 %
Total	**70**	**3**	**73**	**95.9 %**

[68] Statt vieler: BGE 144 II 427, E. 6.1; BGE 140 II 88, E. 4.1; BGE 138 II 57, E. 2.2; BGE 131 II 593, E. 5.1.

[69] BGE 131 II 722, E. 3.2.2.

[70] BGE 131 II 722, E. 4.1.

[71] BGE 131 II 722, E. 2.1.

[72] Hinweis: Analyse durchgeführt mittels KI-Tool.

69 Die Qualifikation der Grundstückgewinnsteuer als direkte Steuer ist fraglich, zumal sich das Bundesgericht leider nicht mit seiner bisherigen Rechtsprechung und den Lehrmeinungen auseinandersetzte. Sodann unterscheiden sich die Regelungsgegenstände strukturell. Die verdeckte Gewinnausschüttung ist ein Institut der Gewinnermittlung nach dem Massgeblichkeitsprinzip. Sie korrigiert einen handelsrechtlich verbuchten, geschäftsmässig nicht begründeten Vorgang im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Anteilsinhaber (sowie ihnen nahestehenden Personen). Die Grundstückgewinnsteuer knüpft demgegenüber an einen einzelnen, öffentlich beurkundeten Veräusserungsvorgang an und besteuert den unverdienten Wertzuwachs des Grundstücks. Da das Steuersubjekt hinter das Steuerobjekt zurücktritt, ist sie eher als Objektsteuer zu qualifizieren. Wird die Qualifikation als direkte Steuer verneint, fällt der Analogieschluss in sich zusammen.

70 Allerdings könnte dem entgegengehalten werden, dass die Anwendung der Grundstückgewinnsteuer bei juristischen Personen einer differenzierteren Betrachtung bedarf. Im monistischen System ersetzt die Grundstückgewinnsteuer die ordentliche Gewinnsteuer.[73] Folglich müsste sie bei einem solchen Ersatz die gewinnsteuerlichen Korrekturmechanismen wie die verdeckte Gewinnausschüttung mitübernehmen, sonst entstünde allein durch die Wahl des monistischen Systems eine Lücke, die zur Gestaltung einlädt.

71 Der Analogieschluss sowohl bei der Qualifikation als direkte Steuer als auch aufgrund der Lücke hält aber den verfassungsmässigen Anforderungen an das Legalitätsprinzip nicht stand. Der Veräusserungserlös ist Bestandteil der grundstückgewinnsteuerlichen Bemessungsgrundlage und muss daher gestützt auf Art. 127 Abs. 1 BV und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV durch eine formell-gesetzliche Grundlage von entsprechender Normdichte abgedeckt sein. Weder das Steuerharmonisierungsgesetz noch das Zürcher Steuergesetz enthält eine präzise formulierte Rechtsvorschrift, aus der die steuerpflichtige Person das Rechtsinstitut der verdeckten Gewinnausschüttung auch für die Grundstückgewinnsteuer erkennen kann.

6.3 Ableitung aus Bundesverfassung

72 In seinem Entscheid 2C_848/2018 begründet das Bundesgericht seine Formel sodann neu direkt mit Verweis auf Art. 127 Abs. 2 BV.

73 Dieser Artikel verpflichtet, soweit es die Art der Steuer zulässt, die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten. Die Bestimmung steht nicht im Grundrechtsteil der Bundesverfassung (Art. 7-36 BV), sondern im Kapitel über die Finanzordnung des Bundes; sie betrifft daher in erster Linie die Steuern, die der Bund erhebt. Grundrechtsqualität kommt den Besteuerungsgrundsätzen nur in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV zu.[74] Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist zudem ein allgemeines Konzept, das der Konkretisierung bedarf und seinen normativen Gehalt erst aus der rechtlichen Grundordnung gewinnt.[75]

74 Aus dieser Rechtsnatur folgt zweierlei. Erstens richtet sich Art. 127 Abs. 2 BV an den Gesetzgeber und bindet diesen bei der Ausgestaltung der Steuer; die Norm setzt eine bestehende Steuer voraus, statt sie zu begründen. Zweitens wirkt sie einseitig zugunsten der steuerpflichtigen Person. Sie schützt die Pflichtigen davor, über die tatsächliche Leistungsfähigkeit hinaus belastet zu werden, und verleiht dem Gemeinwesen keinen Besteuerungsanspruch. Das Bundesgericht hat dies für eine Erlösaufrechnung bei der Zürcher Grundstückgewinnsteuer mit wünschenswerter Deutlichkeit ausgesprochen:

75 > *«Inwiefern sich der Grundsatz des Drittvergleichs jedoch aus dem Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV) ergeben soll, wurde von der Beschwerdeführerin nicht dargelegt und es ist dies auch nicht ersichtlich.»*[76]

---

73 BGE 139 II 373, E. 3.5.

74 BGE 133 I 206, E. 6.2 m.H. auf AB 1998 S. 187, Votum Rhinow.

75 BGE 133 I 206, E. 7.1, 7.2 und 7.4.

76 Urteil des Bundesgerichts 2C_776/2009 vom 25. Februar 2010, E. 4.3 (Vorinstanz: VGer ZH vom 23.09.2009).

76 In anderen Worten dient Art. 127 Abs. 2 BV als Massstab und nicht als Eingriffsgrundlage.

77 Hinzu tritt ein methodischer Vorbehalt. Die Besteuerungsgrundsätze gelten nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur, «soweit es die Art der Steuer zulässt». Das Bundesgericht präzisiert, dies gelte jedenfalls für die direkten Steuern; für indirekte Steuern und Objektsteuern sei dagegen im Einzelfall zu prüfen, inwiefern sich die Besteuerungsprinzipien sachgerecht anwenden lassen.[77] Wie im Abschnitt 6.2 bereits aufgezeigt, ist fraglich, ob die Grundstückgewinnsteuer wirklich eine direkte Steuer ist. Jedenfalls hat das Bundesgericht diese selbst vorgeschriebene Prüfung nicht vorgenommen.

78 Schliesslich hat das Bundesgericht in einem die Zürcher Grundstückgewinnsteuer betreffenden Entscheid bereits festgehalten, dass dem Drittvergleich «insbesondere bei verdeckten Gewinnausschüttungen im Unternehmenssteuerrecht» Bedeutung zukomme, und es hat es abgelehnt, ihn über Art. 127 Abs. 2 BV auf die Grundstückgewinnsteuer zu übertragen.[78] Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt sich mit diesem Entscheid bedauerlicherweise nicht auseinander.

6.4 Zwischenfazit

79 Gemäss der hier vertretenen Ansicht ist die Anwendung des Rechtsinstituts der verdeckten Gewinnausschüttung (konkreter: Gewinnvorwegnahme) in Analogie auf die Grundstückgewinnsteuer abzulehnen. Der Analogieschluss ist im Steuerrecht nicht schlechthin ausgeschlossen und steht dem abgaberechtlichen Legalitätsprinzip nicht entgegen. Er stösst allerdings dort an seine Grenzen, wo er den Kreis der steuerbegründenden Tatbestände oder die Bemessungsgrundlage zulasten der steuerpflichtigen Person erweitert. Genau das wäre hier der Fall: Die analoge Anwendung würde eine Bemessungsregel schaffen, die das Gesetz nicht enthält, und damit dem Erfordernis der Normdichte zuwiderlaufen. Auch die angepasste Argumentation mit der direkten Ableitung aus dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist abzulehnen, dient doch Art. 127 Abs. 2 BV als Massstab für das Verhalten der handelnden Behörden und nicht als Eingriffsgrundlage. Darüber hinaus hat das Bundesgericht selbst in einem früheren Entscheid diese Argumentation abgelehnt.

7. Steuerumgehung

7.1 Allgemein

80 Auch wenn bisher noch nie explizit durch das Bundesgericht geprüft, ist aus der Prozessgeschichte der einleitend diskutierten Entscheide (Abschnitt 3) zu entnehmen, dass Doppelvertragsstrukturen bei den Vorinstanzen teilweise auch im Kontext der Steuerumgehungsdoktrin geprüft wurden.

81 Die Steuerumgehung setzt bei der Sachverhaltsebene an und legt einer steuerlichen Veranlagung nicht den rechtlich verwirklichten, sondern einen fingierten Sachverhalt[79] zugrunde,[80] der sachgerecht gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen.[81] Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine Steuerumgehung dann vor, wenn:

- die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint (objektives Element),
- anzunehmen ist, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich, lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären (subjektives Element), und
- das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von den Steuerbehörden hingenommen würde (effektives Element).[82]

---

77 BGE 133 I 206, E. 6.2; vgl. auch BGE 128 I 102, E. 6d.

78 Urteil des Bundesgerichts 2C_776/2009 vom 25. Februar2010, E. 4.3.

79 Differenzierter: Peter Hongler/Luca Gmür, Rechtsfolgen der Steuerumgehung, in: Steuerrevue 79/2024, Seite 697–715.

80 Peter Brülisauer, Vorbemerkung zum 2. Kapitel, N 15, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, 4. Auflage, Basel 2022.

81 BGE 148 II 233, E. 5.2; BGE 146 II 97, E. 2.6.2; BGE 142 II 399, E. 4.2.

82 Urteil des Bundesgerichts 2A.535/2003, vom 28. Januar 2005; BGE 142 II 399, E. 4.2; BGE 138 II 239, E 4.1; Urteil des Bundesgerichts 2A.135/2000, vom 09. November 2001, E. 6 mit weiteren Hinweisen.

82 Die Autoren gehen davon aus, dass die Steuerumgehungsdoktrin, die sich nach herrschender Lehrmeinung aus Art. 2 Abs. 2 ZGB[83] ableitet,[84] im Grundsatz auf sämtliche Schweizer Steuerarten und damit auch auf die kantonale Grundstückgewinnsteuer Anwendung findet. Bei Doppelvertragsstrukturen bedarf namentlich das objektive Sachverhaltselement einer vertieften Prüfung. Einerseits ist zu analysieren, was eine Rechtsgestaltung genau darstellt, und andererseits, wann diese den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint.

7.2 Rechtsgestaltung

83 Soweit überblickbar hat sich das Bundesgericht in seiner langjährigen Rechtsprechung bisher noch nicht dazu geäussert, was eine Rechtsgestaltung ist. Da der Zweck der Steuerumgehung in der Unterstellung eines fingierten Sachverhalts liegt, handelt es sich nach hier vertretener Ansicht umfassend um die Gestaltung eines Lebenssachverhalts[85] mittels rechtlicher Instrumente wie beispielsweise eines Vertrages.

84 In der Sachverhaltskonstellation einer Doppelvertragsstruktur kann sich die Rechtsgestaltung auf zwei Aspekte beziehen: erstens das Aufsetzen eines Dreiparteienvertrags und zweitens die Aufteilung der gesamten Entschädigung auf das Grundstück (Kaufvertrag) und die Bauleistungen (Werkvertrag). Ersteres stellt unbestritten eine Rechtsgestaltung dar, da die drei involvierten Parteien (Käufer, Land AG, Werk AG) sich auf die Erstellung eines Gebäudes auf noch unüberbautem Land einigen und hierfür einen Kaufvertrag mit werkvertraglichen Abreden abschliessen. Auch die Aufteilung der gesamten Entschädigung auf das Land und die Bauleistungen ist als integrierter Bestandteil des Dreiparteienvertrags wohl als Rechtsgestaltung anzusehen.

7.3 Den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen

85 Für das objektive Tatbestandselement der Steuerumgehung muss die Rechtsgestaltung sodann «den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen» erscheinen. Hierzu ist anzumerken, dass diese Voraussetzung keinesfalls erfüllt ist, wenn sich die steuerpflichtige Person «ungewöhnlicher, innovativer» Mittel bedient. Vielmehr muss eine Rechtsgestaltung vorliegen, die eine «gehörige Portion Sachwidrigkeit» enthält und «jenseits wirtschaftlicher Vernunft» liegt.[86]

86 Doppelvertragsstrukturen sind bei Immobilientransaktionen regelmässig anzutreffen und folgen einer rechtlichen Sachlogik. Aus haftungsrechtlichen Gründen werden Grundstücke regelmässig mittels separater Gesellschaften (Land AG) erworben, die vom operativen Geschäft (Werk AG) getrennt sind. Wird auf einem solchen Grundstück ein Immobilienprojekt entwickelt und an einen Käufer veräussert, ist das Aufsetzen eines Kaufvertrages mit Bauleistungsverpflichtung und werkvertraglichen Abreden der logische Schritt. Die Doppelvertragsstruktur ist damit sachlogisch begründet und weder ungewöhnlich noch sachwidrig, was die Steuerbehörden auch bereits in zahlreichen Rulings bestätigt haben.

87 Ausgehend von solchen Verträgen, bei denen zwei Parteien Leistungen erbringen (Land AG: Veräusserung Grundstück/Werk AG: werkvertragliche Leistungen), muss die gesamte vom Käufer zu leistende Entschädigung auf die beiden Gegenparteien aufgeteilt werden. Gemäss der dem Obligationenrecht zugrundeliegenden Vertragsfreiheit steht es den drei involvierten Parteien zunächst frei, wie sie diese Aufteilung vornehmen (namentlich Art. 19 Abs. 1 OR[87]). Bei einer Erhöhung der Entschädigung zugunsten der Werk AG (tiefere Staats- und Gemeindesteuern) und zulasten der Land AG (höhere kommunale Grundstückgewinnsteuer) wird aber ab einer gewissen prozentualen Aufteilung ein Kipppunkt erreicht, ab welchem die Aufteilung völlig unangemessen erscheint.

88 Gemäss der hier vertretenen Ansicht darf dieser Kipppunkt durch die Steuerbehörden nicht zu schnell

83 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210, vom 10. Dezember 1907.

84 Umfassende Übersicht zur Thematik: Peter Locher, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, in: ASA 75, S. 675–696.

85 Vergleichbar «Sachverhaltsgestaltung»: Markus Reich, Steuerrecht, 3. Auflage, Zürich 2020, S. 141 (zit. Reich).

86 Reich, S. 141.

87 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911, SR 220.

unterstellt werden. Zum einen ist diese Aufteilung keine exakte Wissenschaft und hängt vom konkreten Einzelfall unter Würdigung sämtlicher Umstände ab – umso mehr, als das Immobiliengeschäft kein Massengeschäft ist. Jedes Grundstück, jedes Immobilienprojekt, jedes Bauvorhaben ist ein Unikat. Es gibt nicht die eine richtige Aufteilung, sondern vielmehr eine Bandbreite möglicher Werte. Zum anderen verlangt das Bundesgericht explizit, dass die Rechtsgestaltung nicht bloss «unangemessen», sondern «völlig unangemessen» oder «absonderlich» sein muss. Diese hohe Hürde ist nur dann erreicht, wenn es für einen Laien mit wirtschaftlichem Sachverstand sofort erkennbar ist, dass es zu einer Erlösverschiebung von der Land AG hin zur Werk AG gekommen ist. Das blosse Bemühen verschiedener Bewertungsmethoden für Immobilien, die mitunter zu sehr divergierenden Ergebnissen führen und nur mit hohem bewertungstechnischem Sachverstand verständlich sind, reicht nicht aus.

89 In diesem Zusammenhang ist gerade in Bezug auf den Kanton Zürich auf die 25 %-Regelung hinzuweisen, die für diese Beurteilung herangezogen werden könnte. Für Fälle, in denen der Kaufpreis nicht dem Verkehrswert entspricht und die Parteien sich nahestehen, hat die Zürcher Praxis eine Doktrin entwickelt: Liegt ein offensichtliches, in die Augen springendes Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Verkehrswert vor, ist die Behörde berechtigt, auf den Verkehrswert abzustellen. Die Praxis nimmt aus Gründen der Rechtssicherheit ein solches offensichtliches Missverhältnis erst dort an, wo der Unterschiedsbetrag zwischen Verkehrswert und vereinbartem Kaufpreis mindestens 25 % (vom Verkehrswert) ausmacht. Erreicht der vertraglich vereinbarte Kaufpreis somit weniger als 75 % des Verkehrswerts, ist anstelle dieses vereinbarten Kaufpreises der Verkehrswert als Erwerbspreis einzusetzen.[88]

90 Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass, selbst wenn der Kipppunkt erreicht ist, dies noch nicht automatisch eine Steuerumgehung zur Folge hat. Vielmehr verlangt das hier nicht weiter diskutierte subjektive Element, dass diese Erlösverschiebung allein deshalb gewählt wurde, um Steuern zu sparen. Es können auch andere Motive für diese Verschiebung bestehen.

7.4 Beweismass

91 Da die Steuerumgehung eine steuerbegründete Tatsache ist, obliegt es den Steuerbehörden, diesen Beweis zu erbringen. Das Bundesgericht hat sich zuletzt im Entscheid 9C_591/2023 vom 2. April 2024 detailliert mit den Anforderungen an das Beweismass im Steuerrecht auseinandergesetzt.

92 Das Beweismass bezeichnet den Grad, zu welchem eine Behörde oder ein Gericht von einer Tatsache überzeugt sein muss, um diese als bewiesen zu betrachten. Gemäss Bundesgericht gilt im Schweizer Steuerrecht als Regelbeweis die volle Überzeugung. Der Beweis ist erbracht, wenn die beurteilende Behörde (Steuerbehörde oder -gericht) nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist; absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden.[89] Hierzu hat das Bundesgericht weiter festgehalten:

93 > *«Das Beweismass der vollen Überzeugung ist erreicht, wenn die Behörde am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen ([…]). Dabei ist es nicht zwingend erforderlich, dass die Tatsache direkt bewiesen wird. Denn es ist zulässig und oft notwendig, dass sich die Behörden in ihrer Beweiswürdigung auch auf Indizien stützen und daraus Schlüsse auf relevante Tatsachen ziehen (sog. natürliche Vermutungen […]).»*[90]

94 Im genannten Entscheid hat das Bundesgericht in Bezug auf interkantonale Sachverhalte (Bestimmung Domizil) – mit einem fraglichen Verweis auf ausländisches Natur- und Zivilrecht – indes seine eigenen Grundsätze abgeschwächt und die «überwiegende Wahrscheinlichkeit» als Erleichterung etabliert.[91]

---

88 Urteil des Bundesgerichts 2C_785/2020, E. 2.5.4r, vom 18. Februar 2021; Urteil des Bundesgerichts 2C_1081/2018, vom 29. Januar 2020, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 2A.9./2004, vom 21. Januar 2005, E. 4.2.

89 BGer 2C_591/2023, vom 02.04.2024, E. 3.6.3.

90 BGer 2C_591/2023, vom 02.04.2024, E. 3.6.3, jeweils mit Verweis auf andere Entscheide.

91 BGer 2C_591/2023, vom 02.04.2024, E. 3.6.4.

95 Gemäss der hier vertretenen Ansicht besteht in Bezug auf die Steuerumgehung, die einen schweren Eingriff in die Grundrechte der Steuerpflichtigen darstellt (Unterstellung eines fingierten Sachverhalts), weiterhin und umso mehr die hohe Hürde der «vollen Beweiswürdigung» und nicht bloss der «überwiegenden Wahrscheinlichkeit». Mit dem blossen Unterstellen einer Erlösverschiebung von der Land AG zur Werk AG und der Auflage zum Gegenbeweis (aufgrund der gesetzlichen Mitwirkungspflicht im gemischten Verfahren) wird dieser Anforderung an das Beweismass nicht Rechnung getragen.

7.5 Konsequenzen

96 Liegt eine Steuerumgehung vor, wird der steuerlichen Veranlagung nicht der rechtlich verwirklichte, sondern ein fingierter Sachverhalt zugrunde gelegt, der dem angestrebten wirtschaftlichen Zweck sachgerecht erscheint. In Bezug auf die Erlösallokation bedeutet dies, dass der Bemessung der Grundstückgewinnsteuer nicht der vertraglich ausgewiesene Erlös, sondern der «korrekte» zugrunde gelegt wird. Es wird allerdings nicht den einen korrekten Erlös geben, sondern vielmehr eine Bandbreite möglicher sachgerechter Werte. Gemäss der hier vertretenen Ansicht muss die Steuerbehörde den für die steuerpflichtige Person günstigsten Wert innerhalb dieser Bandbreite wählen.

7.6 Zwischenfazit

97 Gemäss der hier vertretenen Ansicht sind Gewinnkorrektionen in Doppelvertragsstrukturen mit Verweis auf die Steuerumgehungsdoktrin im Grundsatz möglich, allerdings nur in Bezug auf die Erlösverschiebung, nicht jedoch auf die vertragliche Grundstruktur an sich. Dabei sind die Hürden in materieller und formeller Hinsicht hoch. Materiell muss die Erlösverschiebung auch für einen Laien mit wirtschaftlichem Sachverstand sofort erkennbar sein; nur so kann der bundesgerichtlichen Anforderung an die völlige Unangemessenheit und Absonderlichkeit Genüge getan werden. Formell obliegt es den Steuerbehörden, den Beweis zu erbringen. Dabei gilt gemäss Bundesgericht weiterhin – und bei der Schwere des Eingriffs bei einer Steuerumgehung umso mehr – das Beweismass der «vollen Beweiswürdigung». Das blosse Unterstellen einer falschen Erlösallokation mit der Auflage des Gegenbeweises genügt nicht. Liegt eine Steuerumgehung vor, muss die Steuerbehörde bei der Bemessung auf den innerhalb einer Bandbreite möglicher Werte günstigsten Wert abstellen.

8. Fazit

98 In der aktuellen fachlichen Diskussion um den «korrekten» Veräusserungserlös für Land in Doppelvertragsstrukturen für Zwecke der Grundstückgewinnsteuer gerät eine grundlegende Frage aus dem Blick: Auf welcher Rechtsgrundlage darf dieser Erlös überhaupt korrigiert werden?

99 Die vom Bundesgericht 2005 begründete und in zwei weiteren Urteilen weiterentwickelte Praxis gibt darauf nach Ansicht der Autoren keine überzeugende und widerspruchsfreie Antwort. Gemessen am steuerrechtlichen Legalitätsprinzip kommen drei Grundlagen in Betracht: der Erlösbegriff nach Art. 12 StHG bzw. kantonalem Recht, eine analoge Anwendung der Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung oder die Steuerumgehungsdoktrin.

100 Den Erlösbegriff lehnen die Autoren ab. Er dient der Erfassung des Erlöses, nicht dessen Berichtigung. Er kann genügen, um eine konkrete Leistung der Käuferschaft zu erfassen, erlaubt aber nicht, den Erlös durch einen Ersatzwert wie den Verkehrswert des Landes zu ersetzen.

101 Auch eine Anwendung der Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung in Analogie scheidet nach Ansicht der Autoren aus. Analogieschlüsse sind im Steuerrecht zwar nicht generell ausgeschlossen. Sie dürfen jedoch weder steuerbegründende Tatbestände noch die Bemessungsgrundlage zulasten der steuerpflichtigen Person erweitern. Dem steht die vom Legalitätsprinzip geforderte Normdichte entgegen. Art. 127 Abs. 2 BV bietet ebenfalls keine unmittelbare Eingriffsgrundlage: Die Bestimmung ist lediglich ein Massstab für behördliches Handeln.

102 Möglich bleiben nach Ansicht der Autoren Erlöskorrekturen bei Doppelvertragsstrukturen gestützt auf die Steuerumgehungsdoktrin. Die materiellen und

formellen Hürden sind jedoch hoch. Die Erlösverschiebung muss selbst für eine Person mit wirtschaftlichem Sachverstand ohne weiteres erkennbar sein, damit sie als völlig unangemessen und absonderlich gelten kann. Zudem müssen die Steuerbehörden die Steuerumgehung beweisen. Eine falsche Erlösallokation bloss zu unterstellen und der steuerpflichtigen Person den Gegenbeweis aufzuerlegen, genügt nicht.