

**Univ.-Prof. Dr. Ulrich Hufeld**

Helmut-Schmidt-Universität /

Universität der Bundeswehr Hamburg

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Steuerrecht

Hufeld@hsu-hh.de

**Deutscher Bundestag**

**Finanzausschuss**

**Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung**

**„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes“**

**BT-Drucksache 19/13437**

**14. Oktober 2019**

*Stellungnahme*

*Prof. Dr. Ulrich Hufeld*

**I. Zum Begriff „Share Deal“**

Soweit der Begriff (nur) auf den Erwerb eines Anteils an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft zielt, ist klarzustellen: Dieser Erwerb ist ein normaler, ökonomisch notwendiger und grundrechtlich geschützter Vorgang. Für sich genommen ist er weder problematisch noch anstößig.

Im Grunderwerbsteuerrecht hat der „Share Deal“ allerdings einen schalen Beigeschmack: Er steht im Verdacht, ein Vehikel der Steuervermeidung zu sein. Das erklärt sich aus der herkömmlichen Konzeptentscheidung der Grunderwerbsteuer, aus ihrer Anknüpfung an den Rechtsträgerwechsel. Wenn ein Rechtsträger B (natürliche Person, juristische Person oder Personengesellschaft) als Erwerber eines Grundstücks in die Eigentumsposition des Rechtsträgers A eintritt, steht der Tatbestand „Grunderwerb“ außer Zweifel und die Grunderwerbsteuer kann mühelos anknüpfen. Anders beim „Share Deal“: Die grundbesitzende Gesellschaft bleibt Eigentümerin der Grundstücke, wohl aber treten durch Anteilserwerb die neuen Gesellschafter an die Stelle der Veräußerer.

## II. Einbeziehung von „Share Deals“: ausnahmerechtlich oder systematisch?

Der Gesetzgeber muss die Frage beantworten, ob und inwieweit der Erwerb von Anteilen an grundbesitzenden Gesellschaften in die Grunderwerbsteuer einbezogen werden soll. Steuerverfassungsrechtlich ist er an den Typusbegriff „Verkehrsteuer“ (Art. 106 Abs. 2 Nr. 3 GG) in der Ausprägung „Grunderwerbsteuer“ gebunden. Unproblematisch sind nur die Extremfälle:

*Einerseits:* Der Portfolio-Investor, der einen kleinen Anteil an einer grundbesitzenden Gesellschaft erwirbt, kann nicht als „Grunderwerber“ angesprochen werden. Von der spezifischen Erwerberleistungsfähigkeit, die im grundstücksbezogenen Verkehrsakt manifest wird (Grunderwerbsteuer als Rechtsverkehrsteuer i.S. des Art. 106 Abs. 2 Nr. 3 GG), kann keine Rede sein.

*Andererseits:* Nachfragefähigkeit und Zahlungskraft, die im Verkehrsakt „Grundstückserwerb“ zum Ausdruck kommen (typisierende Vermutung), entfaltet auch derjenige, der alle Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft erwirbt (zur Anteilsvereinigung bereits BVerfGE 16, 203/207).

Die *Erwerber-Leistungsfähigkeit* – zusammengesetzt aus dem Grundstücksbezug, der Verkehrsakt-Anknüpfung und der Zahlungskraftvermutung – macht den Typus „Grunderwerbsteuer“ aus. Eine Besteuerung des Anteilserwerbs unterhalb der 50 %-Linie kippt in Richtung Kapitalverkehrsteuer oder Börsenumsatzsteuer. Im Hinblick auf den Anteilserwerb im Korridor 51 % bis 100 % jedoch kann und muss der Gesetzgeber eine anspruchsvolle Gestaltungsentscheidung treffen. Seine verfassungsrechtliche Gebundenheit hängt davon ab, ob er den Anteilserwerb ausnahmerechtlich (sogleich u. sub 1) oder systematisch (u. sub 2) in die Grunderwerbsteuer einbezieht.

### 1. Ausnahmerechtliche Einbeziehung von „Share Deals“ in die Grunderwerbsteuer

Seit Jahrzehnten wird der Share Deal ausnahmerechtlich in sog. Ergänzungstatbeständen in das Grunderwerbsteuerrecht einbezogen. Der Entwurf der Bundesregierung BT-Drs. 19/13437 bleibt in dieser Kontinuität. Ergänzt wird der *Grundtatbestand Rechtsträgerwechsel*. Seit langem wird die 100 %-Anteilsvereinigung dem Rechtsträgerwechsel gleichgestellt, seit 1997 auch der „Zwerganteil“ (bis 5 %) vernachlässigt – mit der Folge, dass der Erwerber von 95 % der Anteile grunderwerbsteuerrechtlich als Grunderwerber „gilt“ (Fiktion des Grunderwerbs).

Die ausnahmerechtliche Einbeziehung von Share Deals hat in der behelfsweisen Ergänzung der Grundtatbestände notwendig mit Schwierigkeiten zu kämpfen:

- Das Gesetz, das die Ergänzungstatbestände mit Grenzen, Quoten und Fristen abzirkelt, überbringt unvermeidlich „Gestaltungsempfehlungen“. Anteilserwerber können dem Gesetz indirekt, aber doch exakt – zeit- und prozentgenau – entnehmen, wie die Grunderwerbsteuer vermieden werden kann. Wer dieser „Gestaltungsempfehlung“ folgt, handelt in aller Regel nicht missbräuchlich.
- Die ausnahmerechtliche Einbeziehung bestimmter Share Deals kann die labyrinthische Verkettung von Ergänzungs- und Befreiungstatbeständen, von Ausnahmen und Gegenausnahmen nicht vermeiden. Das wird aktuell überdeutlich im Ringen um die sog. Börsenklausel. § 1 Abs. 2a GrEStG und der nunmehr neu vorgeschlagene § 1 Abs. 2b beobachten im bestimmten Zeitraum (vorgeschlagen: zehn Jahre), ob sich der „Gesellschafterbestand“ im bestimmten Umfang (vorgeschlagen: 90 %) ändert. Für den Fall der Änderung greift wiederum die Erwerbsfiktion („gilt“; vgl. zum fingierten Übergang der Grundstücke auf die Gesellschaft in „neuer“ Zusammensetzung auch BT-Drs. 19/13437, S. 11). Diese Tatbestände sind nicht auf einen typischen Missbrauchsfall zugeschnitten und entfernen sich allzu deutlich vom Typus Grunderwerbsteuer; der neue § 1 Abs. 2b wäre eher Börsenumsatzsteuer. Eben deshalb muss eine Börsenklausel (Bundesrat-Drs. 355/19 (Beschluss), S. 3), konzipiert als *Gegenausnahme*, den Ausnahmetatbestand zurücknehmen.
- Nicht zuletzt: Ausnahmetatbestände stehen verfassungsrechtlich unter hohem Rechtfertigungsdruck. Sie sind an die Konzeptentscheidung (hier: Rechtsträgerwechsel als Grundtatbestand) gebunden. Das Bundesverfassungsgericht verlangt Folgerichtigkeit, d.h. Ausrichtung des Gesetzes auf seine Ausgangsentscheidung („Systementscheidung“) – Abweichungen bedürfen besonderer Rechtfertigung. Zwar eröffnet das Anliegen der Missbrauchsbekämpfung Rechtfertigungspotential. Doch muss die Missbrauchsbekämpfungsnorm ihrerseits realitätsgerecht und zielgenau auf typischen Missbrauch zugeschnitten sein (dazu näher u. sub III 1). Eine abstrakte Missbrauchsgefahr kann die zielungenaue Norm, die den Missbrauchsfall nur „mitfasst“, nicht rechtfertigen.

## 2. Systematische Einbeziehung von „Share Deals“ in die Grunderwerbsteuer

Die drei Hauptschwierigkeiten der ausnahmerechtlichen Einbeziehung von Share Deals lassen sich, wenn nicht vermeiden, dann jedenfalls deutlich abmildern in einer Konzeption der Grunderwerbsteuer, die den Anteilserwerb systematisch einbezieht (vgl. Bundesrat-Drs. 355/1/19 v. 09.09.19, S. 2: „Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, inwieweit zur Besteuerung von Anteilsübertragungen an grundbesitzenden Gesellschaften im Grunderwerbsteuergesetz zu Gunsten eines quotalen Systems für die Besteuerung von Anteilsübertragungen an grundbesitzenden Gesellschaften ersetzt werden sollten.“).

Mit einer zweiten Grundentscheidung auf der „Systemebene“ nimmt der Gesetzgeber seine steuerpolitische Gestaltungsfreiheit in Anspruch. Dass er über einen „Systemwechsel“ oder eine „Systemergänzung“ gestaltungsfrei entscheiden kann, ist unbestritten. Dem Gesetzgeber steht frei, die Grunderwerbsteuer von der bisherigen alleinigen Primärausrichtung auf den sachenrechtlich wirkten Rechtsträgerwechsel zu lösen. Ihm steht frei, dem etablierten Ausgangstatbestand einen weiteren, zweiten Grundtatbestand an die Seite zu stellen in Anknüpfung an gesellschaftsrechtliche Verfügungen auf der Ebene der Anteilseigner. Die zweite Systementscheidung setzt allerdings die „Durchsicht“ durch verselbständigte („abgeschirmte“) Rechtsformen und den „Durchgriff“ auf die „dahinterstehenden“ Eigentümer (Erwerber) voraus. Der gleichheitsgerechte, vervollständigende Ersatzmaßstab ist weder eine Durchbrechung noch eine Ausnahme, sondern ein Substitut (vgl. BVerfGE 139, 285/310).

Daraus folgt für den grunderwerbsteuerlichen Durchgriff durch Gesellschaften und den Zugriff auf die Anteile der Gesellschafter: Die Anteilsbetrachtung scheitert nicht an einem Gebot der Systemeinheit und nicht daran, dass sie sich abkehrt vom Rechtsträgerwechsel. Als arrondierende Systementscheidung kann sie sogar gleichheitsrechtlich geboten sein. Über eine zweite Konzeptscheidung („Ersatzmaßstab“) befindet der Gesetzgeber gestaltungsfrei, solange er im „Typusrahmen Grunderwerbsteuer“ (Art. 106 Abs. 2 Nr. 3 GG) verbleibt. Die Belastungsfolgen der ersten (Rechtsträgerwechsel) und der zweiten Systementscheidung (quotaler Anteilserwerb) dürfen nicht strukturell auseinanderfallen. Sie sind beide dem *Belastungsgrund Grunderwerbsteuer* verpflichtet, der vermuteten Leistungsfähigkeit, die im grundstücksbezogenen Verkehrsakt manifest wird. Der Anteilserwerb führt je nach Umfang zur quotalen Belastung. Der 51 %-Erwerb wird dem Vollerwerb nicht fiktiv gleichgestellt. Erwerbsvorgänge oberhalb der 50 %-Linie können stufenweise gruppiert werden.

### **III. Verfassungsrisiken des Entwurfs BT-Drs. 19/13437**

Der Entwurf der Bundesregierung erklärt ausdrücklich: Ziel des Gesetzes sei „die Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen in der Grunderwerbsteuer durch verschiedene Einzemaßnahmen“ (BT-Drs. 19/13437, S. 8). Indem sich der Entwurf gegen eine Neukonzeption und für die Ausweitung der Ergänzungstatbestände entscheidet, greift das strenge Rechtfertigungsregime (vgl. BVerfGE 145, 106/144 ff., 153 f.) für Normen der Missbrauchsbekämpfung.

#### **1. Verbot des Schrotflintenprinzips**

Das Bundesverfassungsgericht hat 2017 im Beschluss zu § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG klargestellt: Der Gesetzgeber muss die Missbrauchsbekämpfungs norm treffsicher auf den typischen Missbrauchsfall zuschneiden. Er darf nicht eine „abstrakte Missbrauchsgefahr zum Anlass“ nehmen „für eine vom typischen Missbrauchsfall losgelöste“ und „generelle“ Regelung (BVerfGE 145, 106/154 Rn. 128). Im Zeichen dieser Rechtsprechung geraten insbesondere die Ergänzungstatbestände unter Druck, die – ohne jede Rücksicht auf die grundstücksbezogene Erwerber-Leistungsfähigkeit des einzelnen Neugesellschafters – die Änderung im „Gesellschafterbestand“ aufzaddieren, gegenwärtig auf 95 % bei Personengesellschaften (§ 1 Abs. 2a GrEStG), nach dem Entwurf künftig auf 90 % bei Personen- und Kapitalgesellschaften (§ 1 Abs. 2a und Abs. 2b GrEStG-E). Die Verfassungskonformität dieser Vorschriften ist fraglich:

- Der Additionstatbestand fingiert eine „andere“ Gesellschaft (Identitätswechsel), schließt aber auch aufaddierte Minderheiten- und Kleinanteile ein, damit mehrere/viele Neugesellschafter ohne gleichgerichtete Interessen. Damit entfernt sich die Norm vom Typus *Grunderwerbsteuer*, dem typusprägenden Gedanken der grundstücksbezogenen Erwerber-Leistungsfähigkeit, und tendiert in Richtung Kapitalverkehrsteuer.
- In dieser Reichweite löst sich der Additionstatbestand von einem typischen Missbrauchsfall und erweist sich als generelle Regelung, veranlasst von „abstrakter Missbrauchsgefahr“ (vgl. BVerfGE 145, 106/154 Rn. 128), jedoch im Tatbestand nicht (mehr) zugeschnitten auf missbrauchsgeneigte Gestaltungen. Insbesondere bei Gesellschaften, die nicht im engeren Sinne Immobiliengesellschaften sind, indiziert der aufaddierte Wechsel im Gesellschafterbestand nicht ohne weiteres einen Missbrauch.

- Die Börsenklausel (Bundesrat-Drs. 355/19 (Beschluss), S. 3) kann die überschießende Reichweite nur zu einem Teil zurückführen. Mit und ohne Börsenklausel droht ein strukturelles Vollzugsdefizit und damit ein weiteres Verfassungsrisiko: Der Vollzugsmangel ist im materiellen Grunderwerbsteuerrecht angelegt, soweit Gesellschaften den Anteilsverkauf nicht überwachen können.

Auch jenseits der Additionstatbestände ist sehr fraglich, ob der Anteilserwerb im Umfang von 90 % als „typischer Missbrauch“ qualifiziert werden kann. Jedenfalls im langen zehn-Jahre-Zeitraum werden 90 %-Erwerbe vielfach nicht missbräuchlich sein. Eine Missbrauchsbekämpfungsnorm schuldet Zielgenauigkeit. Eine Reform, die eine „Absenkung der Beteiligungsgrenze“ kombiniert mit einer „Verlängerung der Frist“ (BT-Drs. 19/13437, S. 10), löst sich vom „typischen Missbrauch“ und nähert sich einer anderen Systemidee – der Idee der (wirtschaftlichen) Gleichstellung umfänglicher Anteilserwerbe.

Gegen Systemwechsel, auch partielle Systemwechsel sind verfassungsrechtlich keine Einwände zu erheben. Deshalb ist zu fragen, ob der Entwurf BT-Drs. 19/13437 Rückhalt findet – jenseits der Rechtfertigung aus dem Anliegen der Missbrauchsbekämpfung – in einer selbständigen Konzeptentscheidung.

## **2. Gleichstellung ab 90 %: Systemidee oder „vermutlicher Missbrauch“?**

Mit der Wertung, dass der 90 %-Erwerb dem Rechtsträgerwechsel „gleichkommt“, lässt der Regierungsentwurf eine eigenständige Systemidee anklingen. Der Anteilserwerb in diesem Umfang „kommt im wirtschaftlichen Ergebnis der Übertragung des gesamten Grundstücks gleich“ (BT-Drs. 19/13437, S. 11).

Zugleich aber bekräftigt der Regierungsentwurf das Konzept des fingierten Grundstückserwerbs als Basis der Ergänzungs- und Gleichstellungstatbestände im Zeichen der Missbrauchsbekämpfung: „Gegenstand der Besteuerung ist aber nicht der Anteilserwerb als solcher, sondern ausschließlich der durch die Ergänzungstatbestände fingierte Rechtsträgerwechsel an inländischen Grundstücken. Dieser führt zur Erhebung der Grunderwerbsteuer für den fingierten Erwerb des ganzen Grundstücks“ (BT-Drs. 19/13437, S. 10). Und: Die „Absenkung der Beteiligungsgrenze“ werde „die Gestaltungsspielräume verengen und damit die missbräuchliche Vermeidung der Steuer einschränken“ (BT-Drs. 19/13437, S. 10).

Danach ist die Gleichstellung bei 90 % nicht Einstieg in einen Systemwechsel, sondern die Grundlage für *unwiderleglich vermuteten Missbrauch*. Insgesamt ist nicht erkennbar, dass „wirklich ein neues Regelwerk geschaffen“ werden soll (BVerfGE 122, 210/242 zu den Voraussetzungen einer „Neukonzeption“).

Die nicht näher präzisierte „*Berücksichtigung anderer steuerlicher Nichtbeanstandungs- oder Vernachlässigbarkeitsgrenzen in Höhe von 10 Prozent*“ (BT-Drs. 19/13437, S. 11) legt nahe, dass die Bundesregierung nunmehr die äußerste Grenze der Gleichstellung erreicht sieht. Damit freilich bekennt sich der Regierungsentwurf zu einer definitiven Gestaltungsempfehlung: Umgehungsgestaltungen werden im neu bestimmten Umfang zwar „unattraktiver“ (BT-Drs. 19/13437, S. 10 f.) – doch bleiben „attraktiv“ im nunmehr unverrückbaren Umfang bis zur 89,9 %-Grenze.

Das amtliche Bekenntnis zur Unverrückbarkeit der Gleichstellungsgrenze macht bewusst, dass die *ausnahmerechtliche* Einbeziehung der Share Deals in die Grunderwerbsteuer notwendig hinter ihrer *systematischen* Einbeziehung zurückbleibt – zurückbleiben muss. Das ist rechtsstaatlich bedenklich: Wenn die staatlich-fiskalische Teilhabe an einer Leistungsfähigkeit, die auf Zahlungskraft im Erwerb der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über Grundstücke gründet, ein steuerlich-rechtsstaatlicher Eingriff sein soll, muss dessen Allgemeinheit und damit die Gleichheit der Lastenzuteilung gelingen. Das BVerfG hat das Prinzip der steuerverfassungsrechtlichen Rechtfertigung aus der Gleichheit des Belastungserfolgs in den 1990er Jahren verdeutlicht und die *Unausweichlichkeit der Steuer* verlangt (BVerfGE 84, 239/286 f.; BVerfGE 93, 121/134; BVerfGE 96, 1/6 f.). In seiner jüngeren Rechtsprechung hat das Gericht diesen elementaren, mit dem Begriff der Steuer verknüpften Gedanken weitergeführt und ausdrücklich in Stellung gebracht gegen „steuermindernde Gestaltungen“ (BVerfGE 138, 136/235 ff. Rn. 254 f.), endlich aus dem Gebot der Gleichbesteuerung „*sogar eine Pflicht*“ abgeleitet, „*Möglichkeiten für Umgehungsgestaltungen zu vermeiden*“ (BVerfGE 148, 217/251 Rn. 123).

Damit unvereinbar ist eine gesetzlich kenntlich gemachte Attraktivitätsgrenze – eine Grenze, fixiert bei 89,9 %, die sichtbar macht, unter welchen Voraussetzungen „die missbräuchliche Vermeidung der Steuer“ (BT-Drs. 19/13437, S. 10) gelingt.

Solange der Gesetzgeber die Grunderwerbsteuer auf den Rechtsträgerwechsel ausrichtet und die Ergänzungstatbestände als fiktive oder quasi-Rechtsträgerwechsel konzipieren muss, läuft

er mit jeder Absenkung der Gleichstellungsquote ein Verfassungsrisiko. Ein verbleibender 5 %-Anteil möchte als „Zwerganteil“ zu vernachlässigen sein. Indessen lassen sich 10 % schwerlich noch verzwicken. Zudem schwächt die Quotenabsenkung die Zielgenauigkeit der Missbrauchsvermutung: Mit jeder Korrektur der Erheblichkeitsschwelle nach unten wird die *gesetzliche Gleichstellung im vermutlichen Missbrauch* brüchige, holtlose Fiktion – und ohne Basis der Gleichstellung wird die Gleichbesteuerung anhand des gesamten Grundstückswerts unverhältnismäßig.

### **3. Zehnjährige „Einschränkung der Handlungsfreiheit“ ohne Missbrauchsbefund?**

Der Regierungsentwurf will die derzeit noch möglichen Gestaltungen einschränken und den *Preis der Steuerumgehung* hochtreiben: „Sowohl die Absenkung der Beteiligungsgrenze als auch die Verlängerung der Frist binden Gesellschaft und Gesellschafter an ihre getroffenen Dispositionen. Der Preis der Steuerumgehung ist die Einschränkung der Handlungsfreiheit im gesellschaftsorganisatorischen Bereich“ (BT-Drs. 19/13437, S. 11).

Jede „Einschränkung der Handlungsfreiheit“ ist ein Grundrechtseingriff und rechtfertigungsbedürftig. Der Regierungsentwurf spiegelt und bestätigt (unfreiwillig) die verfassungsrechtliche Notwendigkeit der *zielgenauen Missbrauchsbekämpfung* (BVerfGE 145, 106/154 Rn. 128): Der „Preis“, den das Gesetz durch „Einschränkung der Handlungsfreiheit im gesellschaftsorganisatorischen Bereich“ verlangt, darf im typischen Missbrauchsfall auferlegt werden – aber nicht darüber hinaus. Eine zehnjährige „Einschränkung der Handlungsfreiheit“ ohne Typisierungsgrundlage im vermutlichen Missbrauch ist verfassungswidrig.

## **IV. Ausgewähltes Schrifttum**

*Klaus-Dieter Drüen*, Verfassungsfragen bei der Reform der Grunderwerbsteuer, Ubg 2018, S. 605–628 und Ubg 2018, S. 673–700.

*Meik Eichholz*, Drastische Verschärfungen des Grunderwerbsteuerrechts für Share Deals nach dem Referentenentwurf des BMF, Ubg 2019, S. 368–377.

*Ulrich Hufeld*, Gutachten zu Share Deals in der Grunderwerbsteuer – Reformoptionen und Steuerverfassungsrecht –, [https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag\\_de/themen\\_az/steuern/PDF/Share\\_Deals\\_Grunderwerbsteuer\\_Hufeld\\_2019.pdf](https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/steuern/PDF/Share_Deals_Grunderwerbsteuer_Hufeld_2019.pdf)

*Frieder B. Mörwald*, Verfassungswidrigkeit der geplanten Reform der Grunderwerbsteuer, DStZ 2019, S. 492–505.