

Per E-Mail: finanzausschuss@bundestag.de

An die
Vorsitzende des Finanzausschusses
Frau Bettina Stark-Watzinger, MdB
Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Paul-Löbe-Haus
11011 Berlin

**Fachbereich V –
Rechtswissenschaft**



Prof. Dr. Henning Tappe

**Öffentliches Recht, deutsches und
internationales Finanz- und Steuerrecht**

Telefon +49(0)651/201-2576 oder -2577
Telefax +49(0)651/201-3816
E-Mail: tappe@uni-trier.de
<http://www.steuerrecht.uni-trier.de>

Trier, den 8. Oktober 2019

**PA 7 – 19/13437 – Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes“
(BT-Drucksache 19/13437)**

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Stark-Watzinger,
sehr geehrte Mitglieder des Finanzausschusses,

für die Einladung zur öffentlichen Anhörung am 14. Oktober 2019 bedanke ich mich. Zur Vorbereitung übersende ich Ihnen vorab meine schriftliche Stellungnahme¹:

I. Ausgangslage

Der vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes reagiert auf das Phänomen der sogenannten *share deals*, mit deren Hilfe hochpreisige Immobilientransaktionen rechtlich so gestaltet werden können, dass keine Grunderwerbsteuer anfällt.

Grundsätzlich unterliegen der Grunderwerbsteuer Rechtsgeschäfte, die einen Anspruch auf Übereignung inländischer Grundstücke vermitteln (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG). In der Regel ist dies ein notarieller Kaufvertrag über ein Grundstück (sog. *asset deal*). Ein normaler Grundstückskauf löst damit Grunderwerbsteuer in Höhe von – je nach Bundesland – 3,5 % bis 6,5 % des Kaufpreises (Wert der Gegenleistung, § 8 Abs. 1 GrEStG) aus.

¹ Diese Stellungnahme greift in Teilen auf eine frühere schriftliche Stellungnahme zurück, die ich zur Vorbereitung des öffentlichen Fachgesprächs am 13.2.2019 im Bauausschuss (PA 24/11-5410) abgegeben habe, s. Ausschuss-Drs. 19(24)058.

Allerdings hat sich in der Praxis seit einiger Zeit eine alternative Form des Immobilienkaufs etabliert, die als *share deal* bezeichnet wird. Hier wird das zu veräußernde Grundstück zunächst in eine Gesellschaft eingebracht, sodann kauft der Erwerber nicht das Grundstück selbst, sondern erwirbt die Anteile an der Gesellschaft. Als Vehikel können dabei sowohl Personengesellschaften als auch Kapitalgesellschaften zum Einsatz kommen. Typisch ist der Einsatz einer Kapitalgesellschaft, insbesondere in Form der GmbH.

1. Personengesellschaften, § 1 Abs. 2a GrEStG

Schon in der Vergangenheit hat der Gesetzgeber versucht, Gestaltungen mittels einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen einzudämmen. So wurde in § 1 Abs. 2a GrEStG (1997) eine zuvor in der Rechtsprechung entwickelte Regelung zur Abwehr missbräuchlicher Gestaltungen bei Personengesellschaften aufgenommen. Danach reicht der Übergang von 95 % der Anteile (Änderung des Gesellschafterbestandes) innerhalb von fünf Jahren aus, um die Steuerbarkeit im Fall eines *share deal* auszulösen.

§ 1 Abs. 2a GrEStG liegt dabei die Vorstellung zu Grunde, dass bei einem Übergang der Anteile – neue Gesellschafter treten an die Stelle alter Gesellschafter – mit dem Überschreiten eines bestimmten Schwellenwertes (z.Zt. 95 %) letztlich eine „neue“ Personengesellschaft entsteht, die das Grundstück von der „alten“ Gesellschaft erwirbt. § 1 Abs. 2a GrEStG fingiert daher eine Übertragung des Grundstücks von der Personengesellschaft an die („neue“) Personengesellschaft. Steuerschuldnerin ist dementsprechend die Personengesellschaft, § 13 Nr. 6 GrEStG. Eine dem § 1 Abs. 2a GrEStG direkt vergleichbare Regelung gibt es für Kapitalgesellschaften bisher nicht. Eine solche ist jetzt mit dem neuen § 1 Abs. 2b GrEStG-E (BT-Drs. 19/13437, S. 4) geplant. Der vorgeschlagene § 1 Abs. 2b orientiert sich eng am bisherigen § 1 Abs. 2a und soll insoweit Personen- und Kapitalgesellschaften gleichbehandeln.

2. Kapital- und Personengesellschaften, § 1 Abs. 3 GrEStG

Im Fall von Kapitalgesellschaften konnten bestimmte *share deals* bisher über § 1 Abs. 3 und Abs. 3a GrEStG erfasst werden, wenn ein Erwerber (ggf. zusammen mit nahestehenden Personen) mindestens 95 % (bis 31.12.1999: 100 %) der Gesellschaftsanteile in sich vereinigt (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 u. 2 GrEStG) oder wenn bereits vereinigte Anteile an einen neuen Gesellschafter übertragen werden (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 u. 4 GrEStG). Die Absätze 3 und 3a des § 1 GrEStG sprechen allgemein von „Gesellschaften“, so dass hier neben den Kapitalgesellschaften grundsätzlich auch Personengesellschaften erfasst werden, „soweit eine Besteuerung nach Absatz 2a nicht in Betracht kommt“ (s. § 1 Abs. 3 GrEStG). § 1 Abs. 3 GrEStG ist also gegenüber § 1 Abs. 2a GrEStG nachrangig; er wäre auch gegenüber dem neuen § 1 Abs. 2b GrEStG nachrangig².

² Art. 1 Nr. 1 c) aa) Änderungsgesetz, BT-Drs. 19/13437, S. 4.

In ihrer Grundidee unterscheiden sich die Varianten des § 1 Abs. 3 GrEStG von der Fiktion in § 1 Abs. 2a GrEStG. Anders als im Fall des § 1 Abs. 2a GrEStG fingiert § 1 Abs. 3 GrEStG bei Änderungen im Gesellschafterbestand ($\geq 95\%$) nicht den Übergang von einer „alten“ an eine „neue“ Gesellschaft, sondern den Erwerb des (Haupt-)Gesellschafters von der Gesellschaft (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 u. 2 GrEStG)³ bzw. den Erwerb des neuen (Haupt-)Gesellschafters vom früheren (Haupt-)Gesellschafter (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 u. 4 GrEStG)⁴. Steuerschuldner sind dementsprechend im Fall des § 1 Abs. 3 Nr. 1 u. 2 GrEStG der Erwerber (§ 13 Nr. 5 GrEStG) bzw. im Fall des § 1 Abs. 3 Nr. 3 u. 4 GrEStG die am Erwerbsvorgang Beteiligten (§ 13 Nr. 1 GrEStG).

3. RETT-Blocker

Zur Vermeidung der Grunderwerbsteuer bei *share deals* nach § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG haben sich sog. „RETT-Blocker“-Strukturen etabliert (RETT = Real Estate Transfer Tax). Diese bauen darauf auf, dass Erwerbe unterhalb der jeweiligen Schwellenwerte von z. Zt. 95 % nicht steuerbar sind („94/6-Modell“). Ein Investor erwirbt also gezielt nicht die ganze (Grundstücks-)Gesellschaft, sondern nur 94 % (94,9 %), die übrigen 6 % (5,1 %) verbleiben entweder in der Hand des Verkäufers oder werden von einem Dritten übernommen (häufig eine Investmentbank). Nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist kann der (Haupt-)Investor dann auch die Restanteile übernehmen, ohne Grunderwerbsteuer auszulösen.

Vor Einführung des § 1 Abs. 3a GrEStG (2013) war es für einen Investor mit dem Ziel, einen höheren Anteil zu erwerben, auch möglich, über geschachtelte Strukturen jeweils knapp unter 95 % jeder Gesellschaft zu halten und damit unter der Beteiligungsschwelle zu bleiben (Doppel-stock-Blocker-Modell: $99,6\% [= 94\% + 94\% \cdot 6\%]$). Nach § 1 Abs. 3a S. 3 GrEStG sind die Beteiligungsanteile nunmehr zusammen zu betrachten (zu multiplizieren).

Auch hier wird aber in der Gestaltungspraxis überlegt, dass wegen der Beschränkung des § 1 Abs. 3a GrEStG auf gesellschaftsrechtliche Beteiligungsquoten eine Erhöhung der *wirtschaftlichen* Beteiligung durch schuldrechtliche Vereinbarungen (z.B. partiarisches Darlehen, atypisch stille Gesellschaft) weiter möglich sei. Der Erfindungsreichtum ist beträchtlich. Angesichts des hohen Aufwands, solche Strukturen aufzusetzen, lohnt sich eine gesellschaftsrechtliche Gestaltung typischerweise erst ab einem größeren Investitionsvolumen (Schätzungen: 25 Mio. €⁵).

³ BFH v. 25.11.2015, II R 35/14, BStBl. II 2016, 234; v. 27.9.2017, II R 41/15, BStBl. II 2018, 667; st. Rspr.

⁴ BFH v. 2.4.2008, II R 53/06, BStBl. II 2009, 544; v. 23.5.2012, II R 21/10, BStBl. II 2012, 793; st. Rspr.

⁵ Vgl. etwa Süddeutsche Zeitung Nr. 27 v. 1.2.2019 (Immobilien), S. 29.

II. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Zentraler Maßstab für das Steuerrecht und auch für die Bewertung gesetzgeberischer Maßnahmen zur Gestaltungsabwehr im Bereich des Steuerrechts ist der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG. Dieser trifft hier Aussagen in zwei Richtungen:

Einerseits ergibt sich die Rechtfertigung für jeden steuerlichen Zugriff aus der gleichmäßigen Lastenverteilung⁶. Zu besteuern ist nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, die dann nicht richtig erfasst wird, wenn der Steuerpflichtige sich durch den Gebrauch oder Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts (vgl. auch § 42 Abs. 1 AO) der Besteuerung entziehen kann. Steuergesetze sind so auszugestalten, dass auch im praktischen Vollzug eine Gleichheit im Belastungserfolg hergestellt werden kann.⁷ Ein Steuergesetz ist also dann verfassungswidrig, wenn es Gestaltungen zulässt, mit denen Steuerentlastungen erzielt werden können, die gesetzlich nicht bezweckt und die gleichheitsrechtlich nicht zu rechtfertigen sind.⁸ In seinem Urteil zur Zinsbesteuerung hat das BVerfG schon 1991 festgestellt, dass es für den Gesetzgeber eine verfassungsrechtliche Pflicht gibt, strukturelle Erhebungsmängel binnen angemessener Frist zu beseitigen, wenn ihm solche Mängel auffallen⁹. Aus dem „Gebot der gleichheitsgerechten Besteuerung“ kann „eine Pflicht [folgen], Möglichkeiten für Umgehungsgestaltungen im Gesetz zu vermeiden“¹⁰.

Andererseits sind Abweichungen vom eigentlichen Belastungsgrund der Steuer rechtfertigungsbedürftig. Die Grunderwerbsteuer knüpft an den Erwerb eines Grundstücks an, und soll nicht den Erwerb von Gesellschaftsanteilen oder sonstige Veränderungen des Gesellschafterbestandes besteuern. Ein Anknüpfen an Veränderungen im Gesellschafterbestand, wie sie auch jetzt schon (mit der 95 %-Grenze) im Gesetz enthalten ist, lässt sich als Typisierung rechtfertigen. Nicht jeder Erwerb von Gesellschaftsanteilen ist eine Umgehung der Grunderwerbsteuer. Weil jedoch bei der Bemessungsgrundlage auch nicht auf den Kaufpreis für die Anteile, sondern auf den Grundbesitzwert abgestellt wird (§ 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GrEStG), bleibt die Verknüpfung mit dem Belastungsgrund der Steuer (Grundstück) erhalten.

Grundgedanke schon der bisherigen Tatbestände in § 1 Abs. 2a und 3 GrEStG ist, dass durch entsprechende Mehrheiten an einer grundstücksbesitzenden Gesellschaft zugleich ein wirtschaftlicher Zugriff auf das Grundstück ermöglicht wird (vgl. auch § 1 Abs. 2 GrEStG). Im Fall des typischen *share deals*, bei dem eine Grundstücks-Gesellschaft als Zweckgesellschaft, also als „Mantel“ für den Immobilienerwerb genutzt wird, ist dieser Gedanke offenkundig. Aber auch in den Fällen, in denen keine missbräuchliche Gestaltung vorliegt, wird – über die Anknüpfung am Grundbesitzwert – nur diejenige finanzielle Leistungsfähigkeit als Belastungsgrund herangezogen, die durch den Wert des Grundstücks bestimmt wird.

⁶ BVerfGE 84, 239 (268 f.) – Zinsbesteuerung; BVerfGE 105, 17 (46) – Sozialpfandbriefe.

⁷ BVerfGE 96, 1 (6) – Weihnachtsfreibetrag; BVerfGE 101, 297 (309) – Häusliches Arbeitszimmer.

⁸ BVerfGE 138, 136 (235 f.) – Erbschaftsteuer.

⁹ BVerfGE 84, 239 (272).

¹⁰ BVerfGE 148, 217 (251) – Gewerbesteuer.

Die steuerlichen Vorteile der Typisierung müssen im rechten Verhältnis zu der mit der Typisierung notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen.¹¹ Eine gesetzliche Typisierung darf keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss sich realitätsgerecht am typischen Fall orientieren.¹² Hier sind aus verfassungsrechtlicher Sicht zwei Ansätze denkbar: Typisierung der wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis oder Typisierung der Missbrauchsfälle.

Greift die Grunderwerbsteuer schon dann, wenn sich der Gesellschafterbestand ändert, auch wenn das Ziel der Anteilsübertragung(en) nicht primär der Erwerb eines Grundstücks ist, so dürfen diese Fälle – nach dem derzeitigen Grundgedanken des GrEStG – nur erfasst werden, wenn der Erwerb der Anteile einer wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis gleichkommt. Im Fall des § 1 Abs. 2a GrEStG erwerben letztlich die neuen Gesellschafter über die insoweit „neue“ Personengesellschaft das Grundstück von der „alten“ Gesellschaft („gilt dies als“); im Fall des § 1 Abs. 3 GrEStG unterstellt das Gesetz, dass der Erwerb von ≥ 95 % der Anteile einem Erwerb des Grundstücks gleichkommt.

Eine Beteiligung an einer Gesellschaft ist nicht zwangsläufig eine Umgehungsgestaltung für den Kauf eines Grundstücks. Es kann sich hier um einen normalen Unternehmenskauf handeln. Ein *share deal* lässt sich aber als Umgehung der Eigentumsübertragung ansehen, wenn das „Unternehmen“ nur oder jedenfalls im Wesentlichen aus dem zu übertragenden Grundstück besteht (Zweckgesellschaft). In diesem Fall wären auch niedrige Beteiligungsgrenzen als Gestaltungsabwehr zu rechtfertigen. Ein solcher Rechtfertigungsansatz würde indes eine Umsetzung im Gesetz erfordern, die „normale“ Unternehmen von Zweckgesellschaften unterscheidet. Dies ist nicht unmöglich (vgl. das „Verwaltungsvermögen“ in § 13b Abs. 4 ErbStG), aber voraussichtlich verwaltungsaufwändig und streitanfällig.

Allerdings sieht das GrEStG schon traditionell einen Ersatztatbestand für den Fall der Anteilsvereinigung vor. Diesen hat das BVerfG 1969 in einem Kammerbeschluss zu § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a.F. (100 %-Anteilsvereinigung) für gerechtfertigt gehalten: Bei „Regelung der Grunderwerbsteuerrechtlichen Steuertatbestände brauch[e] der Gesetzgeber nicht durchgängig an die bürgerlich-rechtliche Ordnung anzuknüpfen“¹³.

Beide Ansätze (wirtschaftliche Verfügungsmacht und Gestaltungsabwehr) sind also zu kombinieren: Wird die Schwelle, die die Annahme einer wirtschaftlichen Zugriffsmöglichkeit erlaubt (auch als „Durchgriff“ durch eine Kapitalgesellschaft), bewusst knapp unterschritten (99 % / 94,9 %), so begründet sich hieraus die Einordnung als Gestaltung. Wo genau dieser Schwellenwert zu setzen ist, ergibt sich weder aus dem Verfassungsrecht noch aus der Natur der Sache. Dem Gesetzgeber kommt insoweit ein Spielraum zu, den er mit Blick auf die beiden Rechtfertigungsansätze ausüben muss.

¹¹ BVerfGE 21, 12 (27) – Allphasenumsatzsteuer.

¹² BVerfGE 145, 106 (153) – § 8c KStG.

¹³ BVerfG v. 16.5.1969, 1 BvR 600/66, HFR 1969, 398.

III. Bewertung des vorliegenden Gesetzentwurfs (BT-Drs. 19/13437)

Der vorliegende Gesetzentwurf möchte den Gestaltungen durch *share deals* mit drei Regelungskomponenten begegnen: (1.) Die maßgeblichen Beteiligungsschwellen sollen von 95 % auf 90 % gesenkt, (2.) die Behaltensfristen von fünf auf zehn Jahre verlängert werden. Hierbei handelt es sich um Verschärfungen, aber gleichzeitig noch um Modifikationen bisheriger Tatbestände. Wesentliche Neuerung ist (3.) die Schaffung eines neuen Ergänzungstatbestands für Kapitalgesellschaften in § 1 Abs. 2b GrEStG-E, der sich am Vorbild des § 1 Abs. 2a GrEStG orientiert und für den Fall einer Änderung im Gesellschafterbestand von mindestens 90 % einen Grundstückserwerb fingiert („[...] gilt dies als ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Kapitalgesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft“)¹⁴. Zur Reduzierung der Auswirkungen dieses neuen Tatbestands auf große Aktiengesellschaften ist zudem vom Finanzausschuss des Bundesrates (4.) eine Börsenklausel vorgeschlagen worden¹⁵.

1. Absenkung der Beteiligungsschwellen von 95 % auf 90 %

a) Die Absenkung der maßgeblichen Beteiligungsschwellen von 95 % auf 90 % ist mit Blick auf die Verhinderung der oben beschriebenen Gestaltungen ein Schritt in die richtige Richtung. Bezogen auf § 1 Abs. 2a und den geplanten § 1 Abs. 2b GrEStG führt die Quotenabsenkung dazu, dass die bisherigen RETT-Blocker-Strukturen erschwert werden. Eine Übertragung von Anteilen auf „neue“ Dritte (z.B. Investmentbank) wird hier mitgerechnet, so dass als möglicher RETT-Blocker nur noch der Veräußerer als Altgesellschafter in Frage kommt. Wenn aber ein Altgesellschafter statt 6 % (5,1 %) mindestens 11 % (10,1 %) der Anteile über einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren (s. dazu III. 2.) zurückbehalten muss, damit keine Grunderwerbsteuer ausgelöst wird, werden entsprechende *share deals* letztlich unattraktiver. Sicher verhindert werden sie indes auf diese Weise nicht; an die Stelle des bisherigen „94/6-Modells“ könnte ein „89/11-Modell“ treten.

b) Gleichzeitig werden die Ergänzungstatbestände aber auch für solche Fälle erweitert, die nicht als Umgehungsgestaltungen anzusehen sind. Für Personengesellschaften lässt sich die Fiktion, dass bei einem Übergang von ≥ 90 % der Anteile eine „neue“ Personengesellschaft das Grundstück erwirbt, gut vertreten. Bei Kapitalgesellschaften ist dies etwas schwieriger zu begründen, weil hier die Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter stärker ausgeprägt ist (s. dazu noch unten III. 3.). Während nämlich eine Personengesellschaft durch die Anknüpfung an Personen charakterisiert ist, und ihre Existenz und Identität insbes. in der gesetzlichen Grundkonstellation von den Gesellschaftern abhängt (vgl. § 727 Abs. 1 BGB), zeichnet sich eine Kapitalgesellschaft dadurch aus, dass sie gesellschaftsrechtlich von ihren Gesellschaftern unabhängig besteht; die Konstante ist hier das gegebene Kapital.

¹⁴ BT-Drs. 19/13437, S. 4.

¹⁵ BR-Drs. 355/1/19, S. 3-5; Stellungnahme des BR, BT-Drs. 19/13437, S. 25-27 (Anlage 4).

Dennoch lässt sich die Fiktion – jedenfalls bei einem Schwellenwert von 90 % – verfassungsrechtlich noch als Typisierung und vor allem als notwendige Gleichbehandlung mit den Personengesellschaften rechtfertigen¹⁶.

c) Um Gestaltungsmodelle wirksamer zu verhindern, wäre darüber hinaus eine weitere Absenkung der Beteiligungsschwelle auf 75 % zu erwägen. Weil die vorrangig zu adressierenden typischen Umgehungsgestaltungen aber nicht im Kern auf dem Umschlag einer bestimmten Quote von Anteilen basieren (Fälle des Abs. 2a und Abs. 2b), sondern darauf aufbauen, dass statt eines Grundstücks eine *Grundstücksgesellschaft* (vollständig, fast vollständig oder jedenfalls mehrheitlich) erworben wird, sollte eine Antimissbrauchsregelung systematisch nicht an § 1 Abs. 2a bzw. 2b GrEStG, sondern an § 1 Abs. 3 GrEStG (Anteilsvereinigung) ansetzen.

aa) Vor allem hier, bei einer Vereinigung von 95 %, 90 % oder auch 75 % der Anteile in der Hand eines Gesellschafters (§ 1 Abs. 3, 3a GrEStG) oder abhängiger Personen (§ 1 Abs. 4 GrEStG), lässt sich die gesetzliche Typisierung, dass durch den Haupt- bzw. Mehrheitsgesellschafter die „Zwecksetzungsmacht“ bzw. die durch den Anteilsbesitz mediatisierte „Sachherrschaft“ über das Grundstück erworben wird, gut begründen¹⁷. Zwar würden bei einer Absenkung der Beteiligungsgrenze Übertragungen, bei denen nur 90 % oder 75 % am gesamthänderisch gehaltenen Immobilienvermögen übergehen, genauso behandelt wie eine Übertragung von 100 % (zum alternativen Quotenmodell s.u. IV. 2.). Allerdings ließe sich eine weitere Absenkung auf 75 % verfassungsrechtlich rechtfertigen, wenn auf diese Weise wirksamer gegen Steuerumgehungsmodelle vorgegangen werden kann. Denn das Ziel der Verhinderung von legalen, jedoch unerwünschten, dem jeweiligen Gesetzeszweck zuwiderlaufenden Steuergestaltungen ist ein legitimer Zweck, der grundsätzlich Ungleichbehandlungen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen kann. Unter Umständen folgt aus dem Gebot der gleichheitsgerechten Besteuerung sogar die Pflicht, Möglichkeiten für die Umgehungsgestaltung im Gesetz zu vermeiden und Gesetze entsprechend anzupassen.

bb) Damit überhaupt die verfassungsrechtliche Pflicht erfüllt werden kann, Steuerumgehungsmodelle wirksam zu verhindern bzw. entsprechende Gestaltungen steuerlich zu erfassen, muss die Neuregelung die Typisierung in relevantem Maße weiter fassen als bisher. Eine Absenkung der 95 %-Grenze auf 90 % ist aus meiner Sicht noch nicht ausreichend, da dieselben Umgehungsmodelle wie bisher mit leichter Modifizierung angewandt werden könnten.¹⁸ Damit das Ziel, Steuerumgehungsmodelle zu verhindern, erreicht werden kann, müssen die Umgehungsmodelle wirtschaftlich deutlich unattraktiver werden.

Beispiele aus dem GmbH- und Aktienrecht zeigen, dass mit einer 75 %-Mehrheit die Gesellschaft immer noch alleine beherrscht werden kann.¹⁹ Damit wäre eine 75 %-Grenze nicht willkürlich gewählt. Fällt der Anteil unter 75 % nehmen die Gesellschafterrechte ab, sodass eine

¹⁶ Vgl. zu diesem Aspekt BVerfGE 148, 217 (251 ff.).

¹⁷ Vgl. *Drüen*, Ubg 2008, 605 (612) m.w.N.

¹⁸ Vgl. die Fallgestaltungen bei *Broemel/Mörwald*, DStR 2018, 1521 ff.

¹⁹ Vgl. § 53 Abs. 2 GmbHG, § 103 Abs. 1 S. 2 AktG, § 179 Abs. 2 S. 1 AktG; ähnlich *Drüen*, Ubg 2018, 605 (617).

alleinige Beherrschung der Gesellschaft nicht mehr in gleicher Art und Weise möglich ist, wie es eine Anteilsmehrheit von über 75 % gewährleistet.

cc) Bei Personengesellschaften müsste dann, auch wenn es hier kein Vorbild für die 75 %-Grenze im Gesellschaftsrecht gibt, der gleiche Schwellenwert herangezogen werden, um nicht eine neue Umgehungsvariante zu ermöglichen, die sich einer Personengesellschaft als Vehikel bedient. Dass ein solches Ausweichen zu erwarten ist, zeigt ein früheres Modell zur Vermeidung der GewSt. Die entsprechende Regelung zur Gestaltungsabwehr (§ 7 S. 2 Nr. 2 GewStG) hat das BVerfG im Fall der Gewerbesteuer mit Urteil vom 10. April 2018 gebilligt. Nicht nur hat das BVerfG keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG festgestellt, sondern auch betont, dass der Gesetzgeber zur Verhinderung von Steuerumgehungsmodellen aufgerufen ist²⁰. Art. 3 Abs. 1 GG steht also einer Typisierung nicht entgegen, wenn die Regelung Steuerumgehungsmodelle effektiv verhindert. Damit ist eine Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 75 % auch bei allen Gesellschaften i.S.d. § 1 Abs. 3 und Abs. 3a GrEStG verfassungsrechtlich möglich.

2. Verlängerung der Behaltensfristen von fünf auf zehn Jahre

Für die geplante Verlängerung der Behaltensfristen gilt das zu der Absenkung der Quoten Gesagte entsprechend. Auch hier führt die Änderung dazu, dass die bisherigen RETT-Blocker-Strukturen erschwert werden. Völlig verhindert werden können RETT-Blocker durch eine Verlängerung der Frist zwar auch nicht; in Kombination mit der Absenkung der Beteiligungsschwelle (s.o.) ist durchaus aber ein gewisser Rückgang der Gestaltungen zu erwarten; es werden in jedem Fall mehr Fälle grunderwerbsteuerlich erfasst als zuvor.

3. Ergänzungstatbestand für KapGes, § 1 Abs. 2b GrEStG

Die eigentliche Neuerung des vorliegenden Gesetzentwurfs ist die Einführung eines neuen Ergänzungstatbestands für Kapitalgesellschaften in § 1 Abs. 2b GrEStG. Danach gilt eine Änderung des Gesellschafterbestands als „ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Kapitalgesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft“, wenn – unmittelbar oder mittelbar – innerhalb von zehn Jahren „mindestens 90 vom Hundert der Anteile der Gesellschaft auf neue Gesellschafter übergehen“.

a) Der neue § 1 Abs. 2b GrEStG (Kapitalgesellschaften) lehnt sich inhaltlich sehr eng am jetzigen § 1 Abs. 2a GrEStG (Personengesellschaften) an. Die bisherigen Auslegungsfragen zu § 1 Abs. 2a GrEStG stellen sich daher auch im neuen § 1 Abs. 2b GrEStG²¹. Gleichzeitig lassen sich aber auch die bisherigen Auslegungsergebnisse, d.h. die Rechtsprechung zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 1 Abs. 2a GrEStG für die Auslegung des neuen § 1 Abs. 2b GrEStG heranziehen.

²⁰ BVerfGE 148, 217 (251) m. Hinw. auf BVerfGE 138, 136 (235 f.).

²¹ Vgl. dazu etwa *Broemel/Mörwald*, DStR 2019, 1113 (1115).

Für die Frage, wann ein Übergang auf „neue Gesellschafter“ vorliegt, bedeutet das z.B., dass ein Gesellschafter dann „neu“ ist, wenn er erstmals Anteile an einer Gesellschaft erwirbt oder innerhalb von fünf bzw. zehn Jahren nach dem erstmaligen Anteilswerb seine Beteiligung durch den Erwerb weiterer Anteile aufstockt²². Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 2b GrEStG-E könnte zwar auch jede Anteilsübertragung, unabhängig davon, wer auf wen überträgt, also der reine „Börsenumsatz“ erfasst sein. Dafür ließe sich anführen, dass Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft nicht – wie im Fall der Personengesellschaften – einen einheitlichen Anteil unabhängig von der Höhe der wirtschaftlichen Beteiligung²³ halten, sondern ggf. eine Vielzahl von Anteilen (entsprechend der Stückelung, wie sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist). Die Parallelität zu § 1 Abs. 2a GrEStG, die in der Entwurfsbegründung auch deutlich hervorgehoben wird²⁴, spricht aber nach meiner Auffassung dafür, dass Umsätze (= Verschiebungen) zwischen Altgesellschaftern nicht erfasst sind. Der reine Börsenumsatz hätte dann nur eine Indizwirkung, wäre aber für die Überschreitung der Schwellenwerte als solches nicht maßgeblich.

b) Eine parallele Ausgestaltung der Absätze 2a und 2b birgt Chancen und Risiken: Eine Gleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften, wie sie auch bereits in § 1 Abs. 3 GrEStG angelegt ist, der allgemein von „Gesellschaft“ spricht und der in gleicher Weise Anwendung auf Personen- und Kapitalgesellschaften findet, erschwert ein Ausweichen auf andere Gesellschaftsformen und sorgt für eine rechtsformneutrale Erfassung von *share deals* – unabhängig davon, ob das eigentlich zu erfassende inländische Grundstück von einer Personen- oder Kapitalgesellschaft gehalten wird. Schon jetzt sind Veränderungen im Gesellschafterbestand von Kapitalgesellschaften durch § 1 Abs. 2a GrEStG für mehrstufige Strukturen (mit-)geregelt, weil Anteilserwerbe durch neue Gesellschafter bei Überschreitung des Schwellenwertes *mittelbar* auf Ebene der Personengesellschaft berücksichtigt werden (§ 1 Abs. 2a S. 3-5 GrEStG). Insofern ist § 1 Abs. 2b GrEStG eine Weiterentwicklung des jetzigen § 1 Abs. 2a GrEStG.

c) Allerdings ist die geplante Regelung in § 1 Abs. 2b GrEStG ebenso wie die bereits existierende Regelung in § 1 Abs. 2a GrEStG nicht primär auf die Abwehr von unerwünschten Gestaltungen („*share deals*“) zugeschnitten, sondern ein eher allgemeiner Ergänzungstatbestand im Sinne einer „Ersatzbesteuerung“. Weil Gesellschaften ewig leben und ihrerseits verkauft werden können, kann ein Grundstück *mittelbar* (oder wirtschaftlich) den „Eigentümer“ wechseln, ohne dass das Grundstück als solches übereignet wird. Die eigentumsrechtliche Zuordnung des Grundstücks bleibt bestehen (das Grundstück gehört der Gesellschaft), lediglich die eigentumsrechtliche Zuordnung der Gesellschaft ändert sich (die Gesellschaft gehört neuen Gesellschaftern).

Auf diese Weise erfassen die Abs. 2a und 2b zwar auch klassische *share deals*, weil hier notwendigerweise Anteile in einer bestimmten Größenordnung übergehen müssen; sie erfassen aber eben auch „normale“ Anteilsveräußerungen (etwa den Umschlag von Streubesitzanteilen

²² BFH v. 17.5.2017, II R 35/15, BStBl. II 2017, 966 (Rn. 21). Für eine entsprechende Klarstellung s. Stellungnahme des BR, BT-Drs. 19/13437, S. 25 (Anlage 4).

²³ *Lieder* in: Oetker HGB, § 105 Rn 40; *Wertenbruch* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn HGB, § 105 Rn 47.

²⁴ BT-Drs. 19/13437, S. 11.

an börsennotierten Unternehmen), soweit diese insgesamt innerhalb des 5- bzw. 10-Jahres-Zeitraums die Schwellenwerte überschreiten. Auch dies lässt sich verfassungsrechtlich rechtfertigen, allerdings eher als Gleichbehandlung von *asset deals* und *share deals* einerseits bzw. als Gleichbehandlung von Personen- und Kapitalgesellschaften andererseits.

Um vor allem die Gleichbehandlung der Personen- und Kapitalgesellschaften zu betonen (Rechtsformneutralität), würde es sich möglicherweise anbieten, die Regelungen nicht auf zwei Absätze zu verteilen, sondern in *einem* Absatz zu regeln:

„(2a) ¹Gehört zum Vermögen einer *Gesellschaft* ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von zehn Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt, dass mindestens 90 vom Hundert der Anteile der Gesellschaft auf neue Gesellschafter übergehen, gilt dies als ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Gesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft. ²Mittelbare Änderungen im Gesellschafterbestand von den an einer Gesellschaft beteiligten Personengesellschaften werden durch Multiplikation der Vomhundertsätze der Anteile anteilig berücksichtigt. ³Ist eine Kapitalgesellschaft an einer Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt, gelten die Sätze 4 und 5. ⁴Eine unmittelbar beteiligte Kapitalgesellschaft gilt in vollem Umfang als neue Gesellschafterin, wenn an ihr mindestens 90 vom Hundert der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen. ⁵Bei mehrstufigen Beteiligungen gilt Satz 4 auf der Ebene jeder mittelbar beteiligten Gesellschaft entsprechend. ⁶Bei der Ermittlung des Vomhundertsatzes bleibt der Erwerb von Anteilen von Todes wegen außer Betracht. [...]“

Ob die Befreiungstatbestände in den §§ 5 ff. GrEStG, die bisher nur für Personengesellschaften (Gesamthandsgemeinschaften) gelten, auf alle Gesellschaftsformen ausgedehnt werden sollen, wäre politisch zu entscheiden. Grundsätzlich erscheint dies im Sinne einer Gleichbehandlung sinnvoll. Grundstücksübergänge zwischen (Kapital-)Gesellschaft und Gesellschafter sowie zwischen (ganz oder teilweise) beteiligungsgleichen (Kapital-)Gesellschaften könnten den jetzigen Regelungen gleichgestellt werden²⁵. Das Trennungsprinzip würde es aber wohl auch erlauben, hier von der Behandlung der Gesamthandsfälle abzuweichen. Je nach Ausgestaltung der §§ 5 und 6 GrEStG wäre dann der bisherige Satz 7 in Abs. 2a anzupassen.

d) Mit Blick auf die in der öffentlichen Diskussion als besonders problematisch wahrgenommenen Gestaltungsmodelle, bei denen ein hochpreisiges Grundstück im Mantel einer Personen- oder Kapitalgesellschaft veräußert wird (typischer Missbrauchsfall der *share deals*), erscheint allerdings eine Lösung vorzugswürdig, die sich am bisherigen § 1 Abs. 3 GrEStG orientiert. Systematisch verfolgt § 1 Abs. 3 GrEStG, wie oben gezeigt, einen anderen Ansatz als die Ergänzungstatbestände in Abs. 2a und 2b: Während § 1 Abs. 2a und 2b GrEStG für den Fall des Anteilseignerwechsels eine Übertragung des Grundstücks von der Gesellschaft an die („neue“) Gesellschaft fingieren, fingiert § 1 Abs. 3 GrEStG einen Erwerb des Grundstücks durch den Gesellschafter, wenn dieser 95 % bzw. 90 % der Anteile einer grundbesitzenden Gesellschaft

²⁵ Ähnlich BR-Stellungnahme, BT-Drs. 19/13437, S. 27 (Anlage 4) zu § 6a GrEStG.

unmittelbar oder mittelbar erwirbt oder erworben hat (Anteilsvereinigung). Der Tatbestand des § 1 Abs. 3 GrEStG unterscheidet bereits jetzt nicht zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften; vor allem aber ist er auch zielgerichteter auf das Gestaltungsmodell „*share deal*“ zugeschnitten. Denn hier geht es für einen Käufer regelmäßig darum, tatsächlich ein Grundstück zu erwerben, das nur aus Steuerspargründen in Form einer Gesellschaft (im Gesellschaftsmantel) erworben wird. Während also bei § 1 Abs. 2a und 2b der bloße Austausch der Gesellschafter ab einem gewissen Schwellenwert die Steuerbarkeit begründet (Grundgedanke: neue Gesellschafter = neue Gesellschaft), ist in § 1 Abs. 3 GrEStG grundsätzlich der Erwerb von Anteilen in einer bestimmten Größenordnung durch *einen* Erwerber²⁶ maßgeblich (Grundgedanke: Sachherrschaft durch dominante Gesellschafterstellung).

Eine weitere Absenkung der Beteiligungsschwelle auf 75 % wäre daher im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG möglich und effektiv (s.o. III. 1. c)), während eine weitere Absenkung der Schwellenwerte und eine Verlängerung der Behaltensfristen bezogen auf die (bloßen) Änderungen im Gesellschafterbestand (§ 1 Abs. 2a und 2b GrEStG) zu Folgeproblemen führen kann, denen dann z.B. mit einer Börsenklausel begegnet werden soll.

4. Einführung einer Börsenklausel (BR-Stellungnahme)

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Börsenklausel²⁷ verfolgt das Ziel, Anteilsübergänge i.S.d. § 1 Abs. 2a und Abs. 2b GrEStG, die an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 11 WpHG bzw. Art. 25 Abs. 4 lit. a) RL 2014/65/EU stattfinden, von der Berechnung auszunehmen. Hintergrund dieses Vorschlags ist die Sorge, dass vor allem bei großen Publikums-Aktiengesellschaften mit einem hohen Anteil an Streubesitz bereits durch den normalen Börsenhandel Änderungen im Gesellschafterbestand auftreten können, die die Grunderwerbsteuerpflicht nach § 1 Abs. 2a GrEStG (mittelbare Beteiligung) bzw. § 1 Abs. 2b GrEStG-E auslösen. In Betracht kommt dies vor allem in solchen Fällen, in denen kein größerer „Ankeraktionär“ ein Überschreiten der Schwellenwerte ($\geq 90\%$) von vornherein sperrt.

a) Bei einer vollständigen Ausnahme des Börsenhandels von den geplanten gesetzlichen Maßnahmen zur Gestaltungsabwehr besteht zumindest ein gewisses Risiko, dass sich auf diese Weise neue Varianten der Gestaltung ergeben. Für den klassischen Gestaltungsfall eines *share deals* wird eine Börsenzulassung regelmäßig ein zu hoher Aufwand sein. Die Kosten eines Börsengangs sind beträchtlich und dürften vor allem dann unverhältnismäßig sein, wenn letztlich nur eine einzige Transaktion – die Übernahme der Grundstücksgesellschaft – geplant ist.

aa) Andererseits erfasst der geplante § 1 Abs. 2b GrEStG eben nicht nur die klassischen Gestaltungsfälle, sondern zielt darauf ab, grundsätzlich einen $\geq 90\%$ -Übergang der Anteile auf neue Gesellschafter zu erfassen und einen solchen Anteilsübergang über dem Schwellenwert als Übergang des Grundstücks auf eine „neue“ Gesellschaft anzusehen. Warum diese Fiktion

²⁶ Einschließlich der abhängigen Personen i.S.d. § 1 Abs. 4 GrEStG und der wirtschaftlichen Beteiligungen i.S.d. § 1 Abs. 3a GrEStG.

²⁷ BT-Drs. 19/13437, S. 25 f. (Anlage 4).

im Fall nicht-börsennotierter Unternehmen richtig, im Fall börsennotierter Unternehmen aber falsch sein soll, ist nicht selbsterklärend. Eine Begünstigung speziell börsennotierter Unternehmen müsste daher als Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden. Dies wäre unter dem Gesichtspunkt „Gestaltungsabwehr“ sicher leichter möglich als unter dem Aspekt „fiktiv neues Unternehmen“. Die bisherige Entwurfsbegründung der Börsenklausel stützt sich darauf, dass „[b]eim Handel mit [...] Anteilen über eine Börse [...] grundsätzlich andere Gründe als die Einsparung von Grunderwerbsteuer im Vordergrund“ stehen²⁸. Dies ist gleichermaßen aber auch in den anderen von § 1 Abs. 2b GrEStG erfassten Fällen denkbar.

bb) In Betracht kommt eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung unter den Gesichtspunkten der Verwaltungsvereinfachung (Typisierung) und der Vermeidung eines Vollzugsdefizits. Dass ein neuer Aktionär Aktien erwirbt, ist von der Aktiengesellschaft selbst – diese wäre bei Anwendung des Abs. 2b gem. § 13 Nr. 7 GrEStG-E Steuerschuldnerin – nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Nur bei der Ausgabe von Namensaktien werden die Aktionäre in das Aktienregister der Gesellschaft eingetragen (§ 67 Abs. 1 S. 1 AktG). Bei ihrer Übertragung muss die Aktiengesellschaft informiert und beteiligt werden (§§ 67, 68 AktG). Für den Börsenhandel erforderlich sind jedoch blankoindossierte Aktien oder Inhaberaktien. Hier ist ein vergleichbarer Informationsfluss an die Aktiengesellschaft jedenfalls bis zur Hauptversammlung und Dividendenausschüttung nicht gegeben. Bei nicht börsennotierten Gesellschaften ist die Ausgabe von Inhaberaktien nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig (§ 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AktG)²⁹. Damit stellt sich das Problem des Informationsflusses ab der ersten Beteiligungsstufe hauptsächlich bei börsennotierten Unternehmen und erst ab der zweiten Beteiligungsstufe auch bei Namensaktien³⁰.

Alternativ sind Meldesysteme möglich, die steuerlich relevante Anteilseignerwechsel erfassen. Ein solches Meldesystem ist bereits – nach Beteiligungsgrenzen gestuft – in § 33 Abs. 1 WpHG geregelt. Bei Überschreitung eines Schwellenwerts von 30 % besteht zudem eine Veröffentlichungspflicht nach § 35 WpÜG. Wenn ein solches Meldesystem aber jeden neuen (Klein-)Aktionär erfassen soll, weil jeder Anteilseignerwechsel potentiell zum ≥ 90 %-Umschlag der Anteile führen kann, wäre dies recht aufwendig. Einfachere stichtagsbezogene Systeme hätten wiederum den Nachteil, dass die Aktien vor und nach einem Stichtag auf kurzfristig auf Altgesellschafter zurückübertragen werden könnten.

b) Bei der Einführung des § 1 Abs. 2b GrEStG mit gleichzeitiger Börsenklausel verkleinert sich der Anwendungsbereich des bisherigen § 1 Abs. 3 GrEStG. Bisher werden Anteilsvereinigungen auch bei börsennotierten Kapitalgesellschaften grunderwerbsteuerlich durch § 1 Abs. 3 GrEStG erfasst. Der neue § 1 Abs. 2b GrEStG erfasst aber auch Fälle, die zuvor unter § 1 Abs. 3 GrEStG gefallen wären. § 1 Abs. 2a GrEStG, der nur für Personengesellschaften gilt, sperrt die Anwendung des Abs. 3 auf Kapitalgesellschaften bisher nicht; dies wäre im Fall der Einführung

²⁸ BT-Drs. 19/13437, S. 26 (Anlage 4).

²⁹ *Solveen* in: Hölters AktG, § 10 Rn 19.

³⁰ Vgl. *Broemel/Mörwald*, DStR 2019, 1113 (1115 f.).

des § 1 Abs. 2b GrEStG anders. Weil die Regelung über die Anteilsvereinigung in § 1 Abs. 3 GrEStG gegenüber § 1 Abs. 2a und Abs. 2b nachrangig ist, kann § 1 Abs. 3 GrEStG nur eingreifen, wenn eine Besteuerung nach § 1 Abs. 2a und Abs. 2b „nicht in Betracht kommt“. Dies kann im Ergebnis dazu führen, dass im Fall eines Erwerbs von $\geq 90\%$ der Anteile an einer börsennotierten (Immobilien-)Gesellschaft grundsätzlich § 1 Abs. 2b GrEStG anwendbar ist (Anteilsübergang auf neue Gesellschafter), wegen der Börsenklausel aber eine Besteuerung ausscheidet. Hier wäre ggf. klarzustellen, dass auch bei einem Eingreifen der Börsenklausel § 1 Abs. 3 und Abs. 3a GrEStG anwendbar bleiben. In diesem Fall würden bisher steuerpflichtige Übernahmen, auch wenn sie unter die Börsenklausel des § 1 Abs. 2b GrEStG fallen, nicht steuerfrei werden, sondern weiter von § 1 Abs. 3 GrEStG erfasst werden, weil insoweit „eine Besteuerung nach Absatz 2a und Absatz 2b nicht in Betracht kommt“.

c) Bei der oben (III. 3. d]) vorgeschlagenen Variante einer Erfassung der *share deals* bei Kapitalgesellschaften im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG stellt sich ein vergleichbares Problem nicht. Eine Börsenklausel, die den § 1 Abs. 2b GrEStG-E wieder entschärft, wäre dann verzichtbar. Denn wer $\geq 90\%$ der Aktien eines Unternehmens erwirbt (Anteilsvereinigung) ist bzw. war ohnehin gem. § 33 WpHG meldepflichtig (Stufen z.Zt. bei 3 %, 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 50 % und 75 % der Stimmrechte). Ein Umschlag der Aktien im Streubesitz wäre für die Variante des § 1 Abs. 3 GrEStG nicht relevant.

IV. Weitere bzw. alternative Maßnahmen?

1. Flankierende Maßnahmen zur Eindämmung von „share deals“

Zur Erschwerung sog. „RETT-Blocker“-Strukturen, bei denen Altgesellschafter Anteile behalten oder auch – wenn auf die Einführung des § 1 Abs. 2b verzichtet würde und § 1 Abs. 3 GrEStG die Aufgabe der Gestaltungsabwehr übernimmt – Neugesellschafter Anteile übernehmen, um nicht innerhalb des Zehn-Jahres-Zeitraums den Schwellenwert von 90 % zu überschreiten, könnten besondere Anforderungen an den „Blocker“ normiert werden.

Bisher werden alle Gesellschafter einer Personen- oder Kapitalgesellschaft für die Ermittlung, ob die relevanten Schwellenwerte (z.B. 90 %) überschritten sind, gleichermaßen mitgezählt (formale Betrachtung). Typischerweise sind aber die Beteiligungsrechte des neuen (Haupt-)Gesellschafters einer Immobiliengesellschaft, der im Wege des *share deal* letztlich – bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise – das Grundstück erwerben will, vertraglich deutlich anders ausgestaltet als die des „Blocker“-Altgesellschafters, der das Grundstück eigentlich veräußern möchte und nur Restanteile zurückbehält, damit keine Grunderwerbsteuer anfällt. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise wäre es also durchaus sachgerecht, nur solche Gesellschafter im Rahmen des § 1 Abs. 2a, 2b und 3, 3a GrEStG mitzuzählen, deren Beteiligungsrechte „normal“, d.h. nach dem gesetzlichen Leitbild, ausgestaltet sind. Unmittelbar oder mittelbar beteiligte (Alt-)Gesellschafter mit wesentlich eingeschränkten Beteiligungsrechten (Gewinnbezugsrechte, Stimmrechte usw.) würden dann bei der Berechnung ausgeklammert. Eine solche

wirtschaftliche Betrachtungsweise ist für das Steuerrecht nicht untypisch; eine vergleichbare Regelungstechnik hat der Gesetzgeber für die „cum-cum“-Fälle in § 36a EStG gewählt.

Auf ähnliche Weise ließen sich Gestaltungsvarianten erfassen, die sich die Beschränkung des § 1 Abs. 3a GrEStG auf gesellschaftsrechtliche Beteiligungsquoten zu Nutze machen. Weil hier zum Teil eine Erhöhung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung (§ 1 Abs. 3a S. 2 GrEStG) durch schuldrechtliche Vereinbarungen (z.B. partiarisches Darlehen, atypisch stille Gesellschaft) ersetzt wird, könnte man umgekehrt schuldrechtliche Verträge, die eine gesellschaftlerähnliche Stellung einräumen, bei den Beteiligungsquoten mitzählen.

Der Vorteil einer solchen wirtschaftlichen Betrachtungsweise liegt in der weiteren Verhinderung von Umgehungsgestaltungen; sie ermöglicht grundsätzlich ein zielgenaueres Vorgehen. Entsprechende Regelungen sind allerdings – dies wäre ein Nachteil – streitanfälliger und weniger leicht zu administrieren als die stärker typisierenden und an formalen Kriterien ausgerichteten Tatbestände.

2. Quotales Besteuerungssystem?

Alternativ wird z.T. nach niederländischem Vorbild ein quotales Besteuerungssystem vorgeschlagen³¹. Hier sollen drei Anteilsquoten eingeführt werden. Den Gesellschaftern werden dabei in 25 %-Schritten Anteile am Grundstück nach Bruchteilen zugeordnet. Besteuert werden soll bei Erreichen von Anteilsgrenzen von mehr als 50 %, mindestens 75 % und 100 %. Bei 50 % sollen zwei, bei 75 % drei und bei 100 % vier Grundstücksanteile besteuert werden.

Dadurch dass je nach Anteilsquote auch die Besteuerung quotal erfolgt, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt, da gerade nicht jeder Anteilerwerb wie ein Vollerwerb behandelt wird, sondern auch die steuerliche Belastung in dem Verhältnis zunimmt, wie der Erwerber Gesellschaftsanteile erwirbt. Personen- und Kapitalgesellschaften werden im Modell gleichbehandelt.

Allerdings beruht das Quotensystem dabei auf dem Gedanken des Durchgriffs und löst sich von der bisherigen Systematik des GrEStG. Letztlich wird der Gedanke einer „wirtschaftlichen Verfügungsmacht“ auf die Spitze getrieben, weil Anteilerwerb und Miteigentum gleichgestellt werden³². Neben der Stufenbildung, die als Vereinfachungsregelung gerechtfertigt werden kann, ist hierbei vor allem der Durchgriff durch die Kapitalgesellschaft (Negierung des Abschirmeffekts) als problematisch anzusehen. Denn die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft partizipieren nicht zwangsläufig an den Grundstückswerten, die dem Vermögen der Kapitalgesellschaft zugeordnet sind³³.

³¹ Schlussbericht der AL v. 18.4.2018, S. 6 f.; *Hufeld*, Gutachten zu Share Deals in der Grunderwerbsteuer v. 22.1.2019, S. 4, 27 ff.

³² Zur fehlenden Vergleichbarkeit von Miteigentums- und Gesellschaftsanteilen vgl. auch FG Nürnberg v. 4.4.2018, 4 K 900/17, EFG 2018, 1578; BFH v. 15.5.2019, II B 55/18, BFH/NV 2019, 927.

³³ Vgl. auch *Drüen*, Ubg 2018, 673 (685 f., 693).

Vor allem aber würde sich in einem Quotenmodell der Belastungsgrund der Steuer verschieben. Aus dem Anknüpfungspunkt „Beherrschung“, der sich aus einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Erwerbsvorgangs rechtfertigt, wird der Anknüpfungspunkt „Beteiligung“, der dem Gedanken einer Verkehrsteuer auf den Grundstückserwerb weniger entspricht. Der Systemwechsel passt insoweit auch weniger zum zentralen Aspekt der Gestaltungsabwehr (*share deals* in Bezug auf Immobilien-Zweckgesellschaften).

Trier, den 8. Oktober 2019

Prof. Dr. Henning Tappe