

**Univ.-Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger**  
Universität Ulm  
Fachgebiet Wirtschafts- und Steuerrecht  
[heribert.anzinger@uni-ulm.de](mailto:heribert.anzinger@uni-ulm.de)

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

nur via Mail: [finanzausschuss@bundestag.de](mailto:finanzausschuss@bundestag.de)

Ulm, 10. Oktober 2019

**Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes“ (BT-Drucks. 19/13437, BT-Drucks. 19/13546)**

Sehr geehrte Frau Stark-Watzinger,

vielen Dank für die Einladung zur öffentlichen Anhörung zu o.g. Bundestagsdrucksachen. Die Gelegenheit, dem Ausschuss vorab eine schriftliche Stellungnahme zukommen zu lassen, nehme ich mit diesem Schreiben wahr. In der gebotenen Kürze beschränke ich mich auf die Eckpunkte des Änderungsvorschlags. Der Stellungnahme liegt in Teilen ein Gutachten für eine Bundestagsfraktion zu Grunde, an dem ich mitgewirkt habe<sup>1</sup>.

**A. Zielsetzung des Änderungsvorschlags**

**I. Regierungsentwurf**

Ausgangspunkt und rechtspolitischer Hintergrund des Gesetzgebungsvorschlags sind Sachverhalte, in denen Mehrheitsbeteiligungen an grundstückshaltenden Gesellschaften übertragen werden, ohne im geltenden Recht einen Grunderwerbsteueratbestand auszulösen („Share Deals“).

---

<sup>1</sup> Gutachten zum Rechtsrahmen und Rechtsrahmen und Reformoptionen für die Behandlung von share deals im deutschen Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) nach dem Vorbild des niederländischen Wertdurchgriffsmodells im Auftrag der Bundestagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, erstattet von Professor Dr. jur. Heribert Anzinger, Professor Dr. jur. Ekkehart Reimer, Ref. iur. Christian Jung, 2019.

Die Bundesregierung erkennt hierin eine Praxis, „durch gestalterische Maßnahmen die Grunderwerbsteuer zu vermeiden“. Diese Praxis führe zu Steuermindereinnahmen von erheblicher Bedeutung und zu einer Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen, denen diese Gestaltungen nicht möglich seien. Ziel des Gesetzes soll es sein, solche „missbräuchlichen Steuergestaltungen in der Grunderwerbsteuer“ zu unterbinden (BT-Drucks. 19/437, S. 1).

## II. Stellungnahme zur Zielsetzung

In der parlamentarischen Diskussion ist vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung die Frage aufgeworfen worden, wo die Grenze zwischen einer zulässigen Gestaltung und einem Missbrauch zu ziehen sei<sup>2</sup>. Aus der Perspektive des gestaltenden Gesetzgebers lässt sie sich nur als Frage nach der, am Maßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes, widerspruchsfreien und folgerichtigen Ausgestaltung der Grunderwerbsteuertatbestände stellen. Diese Frage führt zum äußeren und inneren System der Anknüpfungsmerkmale der Grunderwerbsteuer und zu ihrem Belastungsgrund.

### 1. Folgerichtige Ausgestaltung der Anknüpfungsmerkmale im System der Grunderwerbsteuertatbestände

Dem System der Grunderwerbsteuertatbestände lässt sich keine eindeutige Grundentscheidung darüber entnehmen, ob bei einer Fortentwicklung des geltenden Rechts an den formalen Übergang des Eigentums, als Herrschafts- und Ausschlussrecht an Grundstücken oder an den Übergang des grundstücksbezogenen Substanz- und Ertragswerts angeknüpft werden sollte. Die Grund- und Ergänzungstatbestände des geltenden Grunderwerbsteuerrechts sind vielfältig verschränkt und lassen sich nicht scharf auf das Anknüpfungsmerkmal des sachenrechtlichen Grundstücksübergangs und ergänzende typisierende Missbrauchsregelungen fokussieren<sup>3</sup>.

Das geltende Recht ist vielmehr „durch ein Oszillieren zwischen zivilrechtsaffiner und wirtschaftlicher Betrachtungsweise (...) charakterisiert“ (*J. Englisch*)<sup>4</sup>. Bereits § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG knüpft nicht an den Grundstücksübergang, sondern an die kaufrechtliche Übertragungsverpflichtung an. Sie kann ohne Eigentumswechsel durch Kettenübertragung mehrfach begründet werden. Die Vorschrift des § 1 Abs. 2 GrEStG sieht eine an einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise orientierte Zurechnung vor. Die Ergänzungstatbestände in den §§ 1 Abs. 2a – 3a EStG, die nach dem Gesetzentwurf um einen neuen § 1 Abs. 2b GrEStG-E ergänzt werden sollen, lassen sich aus der Perspektive des gestaltenden Gesetzgeber als Umgehungsnormen oder als Zurechnungsnormen verstehen und in die jeweilige Richtung fortprägen. Der Gesetzgeber muss sich deshalb entscheiden, ob er mit einer wirtschaftlichen Betrachtung die Übertragung des grundstücksspezifischen Substanz- und Ertragswerts oder formal die Übertragung der Herrschaftsbefugnis an einem Grundstück zum Ausgangspunkt nimmt. Abhängig von dieser Grundentscheidung ist eine Gestaltung dann – de lege ferenda – „missbräuchlich“ und führt zu rechtfertigungsbedürftigen Belastungsunterschieden, wenn unmittelbar oder mittelbar, aus der einen Perspektive, der Substanz- und Ertragswert oder aus der anderen, die Herrschaftsbefugnis übertragen werden, ohne Grunderwerbsteuer auszulösen.

---

<sup>2</sup> BT-Pl.-Prot. 19/116 v. 27.9.2019, S. 14282 (A).

<sup>3</sup> Zum offenen Spielraum für eine „systembewahrende“ oder „systemfortschreibende“ Weiterentwicklung des Grunderwerbsteuerrechts: *Drüen*, Ubg 2019, 506, 509.

<sup>4</sup> *Englisch*, in: Tipke/Lang (Hrsg.), Steuerrecht, 23. Aufl. (2018), § 18 Rn. 3.

## 2. Folgerichtige Ausgestaltung der Anknüpfungsmerkmale im Belastungsgrund

Die Frage nach der Grundentscheidung lässt sich rückkoppeln an den Belastungsgrund der Grunderwerbsteuer.

Wenig überzeugend ist die Qualifikation der Grunderwerbsteuer als Verbrauchsteuer<sup>5</sup>. Bei Immobilienanlagen, also insbesondere den im Gesetzentwurf mit der Begriffswahl „hochpreisige Immobilientransaktionen“ adressierten Kapitalanlage- und Vermietungsobjekten steht nicht der Verbrauch und die Nutzung, sondern vielmehr der Ertrag und, in der gegenwärtigen Entwicklung der Kapital- und Immobilienmärkte, noch mehr die Substanzwertsteigerung im Vordergrund. Aber nur, wenn man Grundstücke als Verbrauchsgut auffasst und die Grunderwerbsteuer damit auf den Leistungsfähigkeitsindikator der Vermögensverwendung bezieht, lässt sich das Anknüpfungsmerkmal des Herrschafts- und Ausschlussrechts glaubhaft begründen.

Einen überzeugenderen Ansatz zur Rechtfertigung der Grunderwerbsteuer als einer Verkehrssteuer liefert die Bewertungsdifferenztheorie. Sie geht von der Annahme aus, dass sich bei Kauf- und Tauschgeschäften unterschiedliche Werteinschätzungen, Zahlungserwartungen und Zahlungsbereitschaften in einem Einigungsbereich gegenüberstehen. Durch eine Transaktion erziele jede Partei einen Vermögenszuwachs in Höhe der Differenz zwischen Erwartung und Realisation. Der Leistungsfähigkeitszuwachs, an den eine am Leistungsfähigkeitsprinzip orientierte Verteilung der staatlichen Finanzierungslasten anknüpfen kann, ergibt sich nach diesem Erklärungsmodell aus der in Rechtsverkehrsakten zum Vorteil beider Transaktionsparteien realisierten Bewertungsdifferenz. Dies erscheint plausibel. Wenn beide Transaktionsparteien bereit sind, Transaktionskosten in Kauf zu nehmen, ist das ein Indiz dafür, dass die Transaktion für beide Parteien mit einem Vermögensvorteil verbunden ist<sup>6</sup>.

Die Rechtfertigung der Grunderwerbsteuer nach der Bewertungsdifferenztheorie spricht für eine am unmittelbaren oder mittelbaren Übergang des Substanz- und Ertragswerts an Grundstücken orientierten Ausgestaltung der Grunderwerbsteuer. Sie findet, wenngleich unvollkommen, Ausdruck im Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, der die Kettenveräußerung ohne Eigentumsübergang mehrfach erfasst. Sie lässt sich hineinlesen in § 1 Abs. 2 GrEStG, der eine wirtschaftliche Zurechnung bei Treuhandgestaltungen vorsieht und kann richtungsweisend für die Fortentwicklung der Ergänzungstatbestände in den § 1 Abs. 2a – 3a GrEStG oder für eine Neugestaltung des Systems der grunderwerbsteuerlichen Anknüpfungsmerkmale und ihrer Bemessungsgrundlage sein.

## 3. Qualifikation der „Share Deals“ als missbräuchlicher Steuergestaltungen

Abhängig vom Leitbild des Gesetzgebers sind nach diesen Vorüberlegungen solche Gestaltungen – *de lege ferenda* – als „missbräuchlich“ anzusehen, mit denen aus der einen Perspektive dem Eigentum vergleichbare grundstücksbezogene Herrschafts- und Ausschlussrechte oder aus der anderen Perspektive mittelbar der Substanz- und Ertragswert an Grundstücken übertragen wird, ohne Grunderwerbsteuer auszulösen.

Bei den in der Gestaltungspraxis gewählten und vielfach beschriebenen Strukturen, die Anlass für den Gesetzentwurf der Bundesregierung geboten haben, werden sowohl die grundstücksbezogenen Herrschafts- und Ausschlussrechte als auch der Substanz- und Ertragswert

---

<sup>5</sup> Zu dieser Einordnung: *Tipke*, Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. (2003), § 17, S. 1023.

<sup>6</sup> *Mirre*, Hdb. der Finanzwissenschaft (1927), S. 274 ff.; *Desens*, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler/Palm/Puhl/Seiler (Hrsg.), Festschr. Paul Kirchhof, Bd. II (2013), S. 2069, 2071; kritisch *Hartlich*, Die Verwertungsmöglichkeit in der Grunderwerbsteuer (2016), S. 74 f.

mittelbar durch den Übergang der Anteile an grundstückshaltenden Gesellschaften übertragen. Dass sie nicht von den bestehenden Grund- und Ergänzungstatbeständen erfasst wurden, erscheint nach allen Auffassungen als systemwidrig, mit anderen Worten ausgedrückt – *de lege ferenda* – missbräuchlich. Bei der Ausgestaltung von Missbrauchsvermeidungsnormen stellt sich dann aber die Frage, wie weit Beteiligungsschwellen abgesenkt werden dürfen, um aus der ersten Perspektive die Herrschafts- und Ausschlussrechte an den von der Gesellschaft gehaltenen Grundstücken noch einem Mehrheitsgesellschafter – alleine – zu rechnen und deshalb die Zwischenschaltung einer Gesellschaft typisierend als Missbrauch qualifizieren zu können<sup>7</sup>.

Im inkonsistenten System des geltenden Grunderwerbsteuergesetz, in dem die Grenzen zwischen einer Ausgestaltung der Bemessungsgrundlage, Ergänzungstatbeständen und speziellen Missbrauchsnormen verwischen, steht es dem Gesetzgeber frei, Anknüpfungs- und Missbrauchstatbestände in einem breiten Gestaltungsspielraum umzuformen. Er ist im eigenständigen Wertungssystem der Grunderwerbsteuer insbesondere nicht durch die das Ertragsteuerrecht prägende Unterscheidung zwischen Transparenz- und Trennungsprinzip und auch nicht durch zivil- und gesellschaftsrechtliche Überlegungen über die Möglichkeiten der Durchsetzung von Herrschafts- und Verwertungsmöglichkeiten der Gesellschafter gebunden. In einer Grundstücksgesellschaft spiegelt sich der anteilige Substanz- und Ertragswert der gehaltenen Grundstücke stets und notwendig im Marktwert der Anteile. Wo dieser Wert durch eine Anteilstransaktion realisiert wurde, stellt sich nicht mehr die Frage seiner Realisierbarkeit. Zu fragen ist daher nicht danach, ob, sondern wie grundstücksbezogene Werte in diesen Anteilen Ausdruck finden. Folgt man der Bewertungsdifferenztheorie, wäre es folgerichtig, oberhalb vom Gesetzgeber festzulegender Schwellenwerten, jeden Anteilsübergang an einer Immobiliengesellschaft als mittelbare Grundstückstransaktion zu erfassen. Grenzen setzen nur das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit, der Vollziehbarkeit und die Notwendigkeit den Charakter der Grunderwerbsteuer als Verkehrssteuer zu erhalten (dazu unten zu C.).

Bezogen auf den breiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind die Hinweise auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen der Typisierungsbefugnis in der Entscheidung zur partiellen Unvereinbarkeit des § 8c S. 1 KStG 2007 (BVerfG v. 29.3.2017, 2 BvL 6/11) zu relativieren. Sie beziehen sich auf die Grenzen des Durchgriffs und damit verbundene typisierende Missbrauchsvorschriften. Zutreffend, und im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens nochmals gründlich herausgearbeitet worden ist, dass der Gesetzgeber typisierende Missbrauchsvorschriften am „typischen Fall“ ausrichten muss, wenn er durch die typisierende Missbrauchsregelung von einer Grundentscheidung abweicht<sup>8</sup>. Bezieht man die Grunderwerbsteuer auf den Übergang der Herrschafts- und Ausschlussrechte an einem Grundstück, dann bildet der Übergang von Anteilen an einer – auch – Grundstücke haltenden Gesellschaft unterhalb bestimmter Schwellen keine Rechtfertigung mehr für eine typisierende Missbrauchsnorm.

Der Gesetzgeber darf aber seine Reaktion auf eine missbräuchliche Gestaltung mit einer Änderung der Bemessungsgrundlage verbinden. Das hat das Bundesverfassungsgericht in der späteren Entscheidung zur Gewerbesteuerpflicht für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an einer Mitunternehmerschaft klargestellt (BVerfG v. 10.4.2018 – 1 BvR 1236/11, Rn. 122, 130)<sup>9</sup>. Gerade im Grunderwerbsteuerrecht, in dem Grundentscheidungen undeutlich

---

<sup>7</sup> Dazu *Drüen*, Ubg 2019, 605, 609 ff.

<sup>8</sup> *Drüen*, Ubg 2019, 605, 615 ff.

<sup>9</sup> Mit diesem Hinweis auch *Drüen*, Ubg 2019, 505, 608.

bleiben, die Grenzen zwischen Grund-, Ergänzungs- und Missbrauchstatbeständen verfließen und der Belastungsgrund der Grunderwerbsteuer eine Anknüpfung an den mittelbaren Übergang des grundstücksbezogenen Substanz- und Ertragswert rechtfertigen würde, kann der Gesetzgeber das Ziel der Missbrauchsvermeidung mit einer adjustierten Ausgestaltung der Bemessungsgrundlage verbinden – und auch die Akzentuierung der Grundentscheidung implizit verändern.

## **B. Lösungsansatz des Änderungsvorschlags**

### **I. Regierungsentwurf**

Der Regierungsentwurf sieht zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen in der Grunderwerbsteuer folgende Maßnahmen vor:

- Absenkung der 95 Prozent-Grenze in den Ergänzungstatbeständen auf 90 Prozent,
- Einführung eines neuen Ergänzungstatbestands zur Erfassung von Anteilseignerwechseln in Höhe von mindestens 90 Prozent bei Kapitalgesellschaften,
- Verlängerung der Fristen von fünf auf zehn Jahre,
- Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage auf Grundstücksverkäufe im Rückwirkungszeitraum von Umwandlungsfällen,
- Verlängerung der Vorbehaltensfrist in § 6 GrEStG auf fünfzehn Jahre,
- Aufhebung der Begrenzung des Verspätungszuschlags.

Dazu sollen in den Vorschriften der §§ 1 Abs. 2a – 3a, 5 Abs. 3, 6 Abs. 3, 7 Abs. 3, 13 und 19 GrEStG die Schwellenwerte angepasst und ein neuer Ergänzungstatbestand durch § 1 Abs. 2b GrEStG-E eingefügt werden.

Die Anknüpfung an einen Gesellschafterwechsel bei Kapitalgesellschaften mit dem Schwellenwert von 90 % im Zeitraum von zehn Jahren soll nach der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates für börsennotierte Gesellschaften zurückgenommen werden. Nach der vom Bundesrat vorgeschlagenen „Börsenklausel“ soll diese Erweiterung nicht gelten,

„für Kapitalgesellschaften, bei denen die Anteile, die den überwiegenden Teil des Kapitals der Gesellschaft repräsentieren, zum Handel an einem im Inland, in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum betriebenen organisierten Markt nach § 2 Absatz 11 des Wertpapierhandelsgesetzes oder einem Drittlandhandelsplatz, der gemäß Artikel 25 Absatz 4 Buchstabe a der Richtlinie 2014/65/EU von der Europäischen Kommission als gleichwertig erklärt wurde, zugelassen sind“

Diese Vorschrift nimmt nicht alle börsennotierten Gesellschaften vom Anwendungsbereich des Ergänzungstatbestands der neuen Vorschrift des § 1 Abs. 2b GrEStG-E aus, sondern nur solche Gesellschaften, deren Aktien an einem organisierten Markt zugelassen sind. In Deutschland ist das der regulierte Markt, für den besondere Zulassungsvoraussetzungen gelten. Organisierte Märkte böten nach der Entwurfsbegründung des Bundesrates „die größtmögliche Gewähr dafür, dass diese nicht missbräuchlich genutzt werden“ (BT-Drucks. 19/13437, S. 26).

## **II. Stellungnahme zum Lösungsansatz des Regierungsentwurfs und zur „Börsenklausel“**

### **1. Ausgangslage**

Wie andernorts dargestellt<sup>10</sup>, lässt sich im geltenden Recht die Grunderwerbsteuer dadurch vermeiden, dass an der Grundstückshaltenden Gesellschaft weniger als 95 % der wirtschaftlich zurechenbaren Beteiligung erworben werden. Bei Kapitalgesellschaften darf ein Erwerber dazu dauerhaft eine Beteiligungsschwelle von 95 % nicht überschreiten. Bei Personengesellschaften genügt es, wenn ein Erwerber dies für mindestens 5 Jahre vermeidet und dadurch in diesem Zeitraum nur weniger als 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen.

Dazu reicht es bei Immobilienkapitalgesellschaften bisher aus, dass stets mehrere Investoren in der Weise beteiligt sind, dass niemals ein Gesellschafter eine Beteiligungsquote von 95 % erreicht. Dann sind beliebige Anteilsübertragungen möglich, ohne dass Grunderwerbsteuer anfällt.

### **2. Eignung des Lösungsvorschlags zur Erreichung des angestrebten Ziels der Missbrauchsvermeidung**

Der Regierungsentwurf begegnet diesen Gestaltungen, indem die Schwellenwerte auf 90 % abgesenkt und die Haltedauern verlängert werden und bei Kapitalgesellschaften nicht nur auf eine Anteilsvereinigung, sondern darüber hinaus auch auf einen Anteilseignerwechsel in einem Betrachtungszeitraum von zehn Jahren abgestellt wird.

Diese Maßnahmen erscheinen wenig geeignet, um das Ziel des Gesetzentwurfs zu erreichen. Durch sie wird unter den bisherigen Modellen nur ein Teil der Gestaltungen erfasst. Die neuen Vorschriften lassen sich mit höheren Transaktionskosten umgehen.

Bislang genügt die Beteiligung eines zweiten Gesellschafters zu wenigstens 5,1 % für den Zeitraum von 5 Jahren. Das kann eine Projektentwicklungsgesellschaft sein, die ohnehin am Risiko beteiligt werden soll. Beteiligt werden kann auch ein am Immobilienmarkt auftretender unabhängiger Dienstleister oder ein Investmentfonds, um die bisher notwendige 5 %-ige Ankerbeteiligung zu übernehmen. Solche RETT-Blocker-Ankerbeteiligungen können auch über einen längeren Zeitraum und in höherem Umfang bestehen. Deshalb erhöhen die im Gesetzentwurf vorgesehenen höheren Schwellenwerte und längere Haltedauern allenfalls die Transaktionskosten. Das Gewicht dieser Kosten nimmt mit steigenden Transaktionswerten und Grunderwerbsteuersätzen ab<sup>11</sup>.

Es erscheint daher naheliegend, zukünftig neu erworbene Grundstücke oder neu zu errichtende Gebäude dauerhaft in einer Gesellschaft mit einem unabhängigen Ankergesellschafter zu verbinden. Dabei ist es nicht zwingend erforderlich, einen solchen Minderheits-Anker-Gesellschafter durch schuldrechtliche Stimmbindungsverträge zu entrichten, insbesondere dann nicht, wenn ihn ein gemeinsames Interesse mit den übrigen Investoren verbindet. Der Minderheitsgesellschafter ist, wie im Fall der Projektentwicklungsgesellschaft, nicht notwendig „lästig“<sup>12</sup>. Deshalb wäre auch eine an die effektiven Mitwirkungsbefugnisse anknüpfende Missbrauchsvorschrift nur begrenzt wirksam. Als Rechtsform für RETT-Blocker-Gesellschafter bieten sich schließlich bereits verbreitete Gestal-

---

<sup>10</sup> Gutachten (Fn. 1), S. 12 f.

<sup>11</sup> Gutachten (Fn. 1), S. 13.

<sup>12</sup> Gutachten (Fn. 1), S. 13.

tungen mit Stiftungen an, bei denen sich die Problematik einer „erwünschten“ Entrenchung der Gesellschafter weniger gravierend stellt. Sie müssen nicht nach deutschem Stiftungsrecht errichtet sein.

Eine neue Umgestaltungsgestaltung könnte sich aus den sog. „Unit Deals“ im Kontext einer blockchaingetriebenen Token-Economy entwickeln. In der Gestaltungspraxis wird die unter der Bezeichnung Unit Deal beschriebene Übertragung der Anteile an einem Investmentsondervermögen teilweise aktiv als Alternative zu Share Deals beworben. Die bislang begrenzte Bedeutung von Unit Deals könnte über das Investmentsteuerrecht hinauswachsen, wenn sich als Anwendung von Blockchain-Technologie die Idee einer „Asset-Tokenization“ durchsetzt. Hier hält ein Treuhänder das zivilrechtliche Eigentum an Immobilien und emittiert Token, die als elektronische Wertrechte auf einem Sekundärmarkt gehandelt werden können. Die aufsichtsrechtlichen Grenzen und die (grunderwerb-)steuerliche Behandlung dieser Anwendungsperspektive sind noch ungeklärt.

Unit Deals setzen die Konstruktion eines Investmentfonds nach dem Treuhandmodell voraus. Danach werden Immobilien zivilrechtlich von einer Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) für Rechnung der Anleger gehalten. Publikumsfonds müssen in Deutschland nach dem Treuhandmodell konstruiert werden. Spezialfonds werden in der Regel ebenfalls danach ausgestaltet. Beim alternativen Miteigentumsmodell gilt der Verwaltungsaufwand als zu hoch.

Unit Deals als Gestaltungsalternative zu grunderwerbsteuervermeidenden Share Deals beruhen auf einer Rechtsauffassung, nach der die dem Sondervermögen zuzuordnenden Immobilien grunderwerbsteuerlich der KVG zuzurechnen sind und deshalb eine Übertragung der Investmentanteile weder nach § 1 Abs. 2 GrEStG noch nach § 1 Abs. 2a, 3, 3a GrEStG grunderwerbsteuerbar sei<sup>13</sup>. Diese Auffassung ist angreifbar, hat aber in § 100a KAGB auch den Gesetzgeber geleitet. Folgt man dieser Rechtsauffassung, ist jede Übertragung der Investmentanteile an einem Investmentsondervermögen, d.h. auch die Übertragung aller Anteile und ihre Vereinigung in einer Person, nicht grunderwerbsteuerbar. Wenn der Gesetzgeber das nicht will, müsste er nachsteuern. Das ist nicht einfach. Er könnte zwar § 1 Abs. 2 klarstellend ergänzen, um Ausweichgestaltungen zu vermeiden. Dabei müssten aber alle Wechselwirkungen mit dem Investmentsteuerrecht und insbesondere auch mit § 100a KAGB durchdacht werden.

### **3. Unintendierte Wirkungen des Reformvorschlags**

Während sich die Grunderwerbsteuer durch planvolle Gestaltung nach dem Reformvorschlag weiterhin vermeiden lässt, wird eine große Gruppe nicht in der Immobilienwirtschaft aktiver Unternehmen aller Größenordnungen mit Grunderwerbsteuer stärker belastet werden. Denn unabhängig von der Immobilienquote führt der Vorschlag dazu, dass schleichende Veränderungen im Gesellschafterbestand noch stärker als bisher Grunderwerbsteuer bei der Gesellschaft auslösen können.

Für diese Gruppe der arglosen, jenseits planvoller Gestaltungen Betroffenen stellt vermutlich weniger die zusätzliche Steuerbelastung, sondern vielmehr die nochmals gewachsene Komplexität der Vorschriften eine erhebliche Belastung dar. Ihnen werden ein erhebliches Rechtstreuerisiko und damit verbunden, erhebliche Verwaltungskosten aufgebürdet. Jede Personen- und Kapitalgesellschaft, von der GbR bis zur SE, würde durch die

---

<sup>13</sup> Spranger, RdF 2016, 57, 59 f.

herabgesetzten Schwellenwerte und die verlängerten Haltefristen noch stärker als bisher, bereits bei kleinsten Grundstücksvermögen, gehalten sein, über einen langen Zeitraum sämtliche unmittelbaren und mittelbaren Änderungen in der Gesellschafterstruktur zu verfolgen. Damit verbunden ist stets eine drohende strafrechtlichen Verfolgung bei Verletzung der Sorgfaltspflichten. Der Entwurf verschärft das Sanktionsregime noch durch Aufhebung der Grenze des Verspätungszuschlags. Diese „Nebenwirkungen“ der Reform werfen zusammen mit der mangelnden Eignung zur Erreichung der verfolgten Ziele auch die Frage der Verhältnismäßigkeit auf. Sie ist verfassungsrechtlich in die gleichheitsrechtliche Rechtfertigung der typisierenden Missbrauchsvorschriften einzubetten.

#### 4. Börsenklausel

Das Missverhältnis zwischen Eignung und unintendierten Nebenwirkungen verschlechtert sich zusätzlich durch die Einschränkung des Anwendungsbereichs der neuen Vorschriften mit der vom Bundesrat ergänzten Börsenklausel.

Die Notwendigkeit dieser Börsenklausel ist zum Teil damit gerechtfertigt worden, dass es börsennotierten Gesellschaften nicht möglich sei, Veränderungen in ihrem Aktionärsbestand individualisiert nachzuvollziehen, deshalb auf den Aktienumschlag abzustellen sei und bei dieser Betrachtung, statistisch, Aktien im Volumen von 90 % des Grundkapitals regelmäßig in weniger als zehn Jahren ausgetauscht würden. Damit soll es zu einer unvermeidbaren dauernden Grunderwerbsteuerbelastung bei börsennotierten Gesellschaften kommen.

Diese Argumentation ist in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft. Sie geht einerseits davon aus, dass in typischen börsennotierten Gesellschaften die Gruppe der der Gesellschaft bekannten und dauerhaft verbundenen Aktionäre nicht wenigstens 10 % der Aktien hält. Tatsächlich dürften bei den meisten Gesellschaften Vorstand und Aufsichtsrat die Gruppe der Ankeraktionäre und deren Beteiligungen sehr genau verfolgen und mit diesen auch in laufendem Kontakt stehen<sup>14</sup>. Unterschätzt wird weiter die Bedeutung der Meldepflichten nach § 33 Abs. 1 WpHG. Dadurch haben gerade börsennotierte Gesellschaften regelmäßig Kenntnis über die wesentlich beteiligten Gesellschafter. Schließlich haben alle Aktiengesellschaften nach der Umsetzung des Art. 3a der 2. Aktionärsrechterichtlinie durch einen allgemeinen Informationsanspruch der Gesellschaft in § 67d Abs. 1 AktG-ARUG II-E (BT-Drucks. 19/9739, S. 9 f.) zukünftig nicht nur bei Namensaktionären, sondern auch bei Inhaberaktien die Möglichkeit, ihre Aktionäre und die wirtschaftlich Berechtigten zu identifizieren<sup>15</sup>. Es würde genügen, dadurch festzustellen, dass wenigstens 10 % der Anteile über einen Zeitraum von 10 Jahren in den festen Händen einer individualisierten Aktionärsgruppe, bzw. den dahinterstehenden wirtschaftlich Berechtigten geblieben ist.

Zutreffend an der Kritik, die zur Forderung nach einer Börsenklausel geführt hat, ist hingegen der enorme Verwaltungs- und Kontrollaufwand bei der Gesellschaft. Dieser Verwaltungs- und Kontrollaufwand trifft aber in gleichem Maße auch solche Gesellschaften,

---

<sup>14</sup> Zu diesem Aspekt der Investor Relations und den damit verbundenen Schranken einer bevorzugten Behandlung *Fleischer*, ZGR 2009, 505, 520.

<sup>15</sup> Zur Aktionärsidentifizierung nach ARUG II: BReg., Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) v. 5.4.19, BR-Drucks. 156/19, S. 30 f.; *Foerster*, AG 2019, 17, 20; *Stiegler*, WM 2019, 620.



deren Aktien nicht an einem regulierten Markt, sondern im Freiverkehr gehandelt werden. Und auch alle anderen nicht börsennotierten Gesellschaften.

Lehnt man die Reform nicht insgesamt, und auch die Börsenklausel nicht insgesamt ab, erscheint die Beschränkung der Börsenklausel auf solche Unternehmen, deren Aktien an einem regulierten Markt notiert sind, gleichwohl folgerichtig. Die Notierung an einem regulierten Markt setzt voraus, dass eine Gesellschaft seit mindestens drei Jahren bestand (§ 3 BörsZulV) und sich in der Regel wenigstens 25 % der Aktien in Streubesitz befinden (§ 9 BörsZulV). Auch diese Voraussetzungen lassen sich planvoll gestalten. Die Hürden einer solchen Gestaltung sind aber höher als im Freiverkehr.

## C. Alternativen

### I. Regierungsentwurf

Der Regierungsentwurf bezieht die Position, dass zur vorgeschlagenen Reform keine Alternative besteht. Die Änderungen würden auf dem Ergebnis der länderoffenen Arbeitsgruppe „Share Deals“ beruhen, die unter Federführung von Hessen und Nordrhein-Westfalen die Regelungsmöglichkeiten intensiv geprüft habe.

### II. Stellungnahme

Die länderoffene Arbeitsgruppe „Share Deals“ hatte mehr Reformoptionen geprüft. Neben dem nun vorgeschlagenen Modell auch niedrigere Schwellenwerte und das Modell eines Wertdurchgriffs. Nicht geprüft worden war dagegen ein Systemwechsel nach dem Vorbild des niederländischen Grunderwerbsteuersystems. Eine Reform in Anlehnung und durch Weiterentwicklung des niederländischen Modells könnte eine vorzugswürdige Alternative zum Lösungsansatz im Gesetzentwurf der Bundesregierung darstellen. Im Schrifttum hat es bereits Anhänger gefunden<sup>16</sup>.

Das niederländische System sieht zunächst eine Beschränkung auf Immobiliengesellschaften vor. Sie zeichnen sich durch eine Mindestimmobilienquote, bemessen nach dem Wertverhältnis zur Bilanzsumme, und durch einen qualifizierten Unternehmensgegenstand aus. Der Erwerb von Anteilen an Immobiliengesellschaften löst, wiederum oberhalb bestimmter Erwerbsschwellen (30 %), Grunderwerbsteuer aus. Bemessungsgrundlage ist im Grundsatz und Regelfall der in der Beteiligung enthaltene Anteil am Grundvermögen der Gesellschaft<sup>17</sup>.

Das Niederländische Modell ließe sich in den verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmen des deutschen Steuersystems einbetten<sup>18</sup>. Es würde die finanzverfassungsrechtliche Einordnung der Grunderwerbsteuer als Verkehrssteuer iSd. Art. 106 Abs. 2 Nr. 1 GG, deren Aufkommen den Ländern zusteht, nicht in Frage stellen<sup>19</sup>. Der Anknüpfung an den Anteilsübergang würde insbesondere nicht die Kapitalverkehrsrichtlinie entgegen stehen<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Christian Joisten/Etienne Spierts/Bart Heijnen/Anna Ratzenhofer, Reform der Erfassung von Share Deals bei der Grunderwerbsteuer, ifst 528 (2019).

<sup>17</sup> Ausführlich: Gutachten (Fn. 1), S. 41 ff.

<sup>18</sup> Gutachten (Fn. 1), S. 15 ff.

<sup>19</sup> Gutachten (Fn. 1), S. 15.

<sup>20</sup> Gutachten (Fn. 1), S. 26 f.; zum Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsrichtlinie auch Anzinger, in: Ismer/Reimer/Rust/Waldhoff (Hrsg.), Territorialität und Personalität, Festschr. f. Moris Lehner, 2019, 355, 369 f.

Eine Weiterentwicklung des deutschen Grunderwerbsteuerrechts nach dem Niederländischen Modell<sup>21</sup> hätte bezogen auf Share Deals den Vorzug größerer Zielgenauigkeit und besserer Vollziehbarkeit. Mit der Beschränkung auf Immobiliengesellschaften, würde der Anwendungsbereich der auszudehnenden Ergänzungstatbestände auf die relevante Gruppe der Unternehmen beschränkt, bei denen der Substanz- und Ertragswert von Immobilien besonders im Vordergrund steht und sich daher auch im Anteilswert spiegelt. Bei diesen Unternehmen würde sich zudem das Bewertungsproblem weniger gravierend darstellen, weil bei ihnen aufgrund des Geschäftsmodells regelmäßig eine laufende Bewertung des Immobilienvermögens erwartet werden kann. Schließlich könnte der Gesetzgeber mit der Fokussierung auf Immobiliengesellschaften die Komplexität der Ergänzungstatbestände für die breite Gruppe aller Unternehmen deutlich reduzieren, mit dieser Vereinfachung zur Rechtssicherheit beitragen und würde zudem Spielraum gewinnen, um Lenkungsmaßnahmen in Befreiungstatbeständen umzusetzen.

(Prof. Dr. Heribert M. Anzinger)

---

<sup>21</sup> Ausführlich zu möglichen Szenarien eines Subsystemwechsels in ein rechtsformneutrales grunderwerbsteuerliches Transparenzprinzip („Wertdurchgriff“): Gutachten (Fn. 1), S. 46 ff.