

STELLUNGNAHME

Stand: 27. April 2021

Steuerrechtliche Position des ZIA Zentraler Immobilien Ausschuss e.V.

Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes (Share Deals)

BR-Drs. 320/21

Inhalt

A. Zusammenfassung der Stellungnahme.....	2
B. Rechtliche Einordnung der angedachten Neuregelungen	6
I. Einführung § 1 Absatz 2b GrEStG-E (Ergänzungstatbestand für Kapitalgesellschaften) ...	6
II. Einführung § 1 Absatz 2c GrEStG-E (Börsenklausel)	14
1. Mittelbare Anteilsübertragungen nicht erfasst.....	14
2. Nicht alle relevanten Börsen und Konstellationen erfasst	15
3. Standardisierte Wirtschaftsvorgänge unberücksichtigt	15
4. Feststellungslast ungeklärt.....	16
III. Verlängerung der Fristen von 5 auf 10 bzw. 15 Jahre	17
IV. Absenkung der 95%-Grenze in allen Ergänzungstatbeständen auf 90%.....	18
V. Übergangsregelungen.....	19
VI. Ausnahmetatbestand für geschlossene Immobilienfonds	22
C. Notwendige Anpassungen im Grunderwerbsteuerrecht.....	24
I. Anpassung § 1 Absatz 2a GrEStG / mittelbare Beteiligung	24
II. Anpassung der grunderwerbsteuerlichen Anzeigepflichten	25
III. Konzernklausel.....	26
D. Die angedachten Änderungen der Grunderwerbsteuer im Gesamtkontext.....	27
I. Share Deals stellen keinen Missbrauch dar.....	27
II. Vorteile von Share Deals im Immobiliensektor	27
III. Weit überschießende Wirkung und Schädigung des Wirtschaftsstandorts Deutschland ..	29

A. Zusammenfassung der Stellungnahme

Der Bundesrat hatte bereits im Jahr 2019 in seiner Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes Nachbesserungsbedarf des Gesetzgebers festgestellt. Zum Teil blieben Änderungsvorschläge des Bundesrates – obwohl die Bundesregierung mitunter sogar explizit zugestimmt hatte (§ 1 Absatz 2a Satz 4 GrEStG) – unberücksichtigt. Andere finden sich dem Grunde nach in dem nun vorliegenden Gesetz. Im Ergebnis bleiben Probleme des Entwurfs ungelöst, die wir im Folgenden mit der dringenden Bitte um Beachtung zusammenfassend darstellen.

Aufgrund der Diskussionsschwerpunkte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wollen wir vorweg dringend auf die Insuffizienz der Börsenklausel hinweisen:

Ungelöstes Problem der unzureichenden Börsenklausel

Die Börsenklausel erfasst auch weiterhin nicht alle erforderlichen Konstellationen, um ein substanzielles Überschießen des neuen Absatz 2b bei kapitalmarktorientierten Unternehmen zu vermeiden. Sie ist in folgender Hinsicht unzureichend und diesbezüglich noch dringend anzupassen:

- **mittelbare Anteilsübertragungen nicht erfasst**

Vereinfacht: Jeder Handel von Anteilsscheinen eines Wertpapierfonds beispielsweise an einem grundbesitzenden DAX-Unternehmen würde durch die Börsenklausel nicht erfasst.

- **nicht alle relevanten Börsen und Konstellationen erfasst**

Nicht erfasst sind beispielsweise die Handelsplätze Schweiz, Norwegen, Liechtenstein, Island und China; perspektivisch wäre auch London fraglich. Zudem setzt die Börsenklausel voraus, dass zum einen das Unternehmen an einer der erfassten Börsen gelistet sein muss und zum anderen der Transfer der Anteile zusätzlich auch an dieser Börse / diesem Markt erfolgen muss. Da Dax-Unternehmen aber auch an Börsen gelistet sind, die nicht unter diese Klausel fallen, sind nicht alle notwendigen Konstellationen erfasst (bspw. Handel an der BX Swiss), um eine überschießende Anwendung zu vermeiden.

- **nicht alle finanzmarktrelevanten Instrumente und aktienrechtlichen Strukturmaßnahmen erfasst**

Durch die Börsenklausel werden nur relativ einfache Fallkonstellationen (wie bspw. der Aktienhandel des DAX-Unternehmens über XETRA) erfasst. Die folgenden beispielhaft genannten finanzmarktrelevanten Instrumente und in der Wirtschaft standardisierten Vorgänge bleiben jedoch unberücksichtigt:

- IPOs und die Begebung neuer Aktien bei Kapitalerhöhungen werden unter Einschaltung von Bankenkonsortien abgewickelt, die in einem ersten Schritt die Aktien übernehmen und an die Investoren weiterreichen. Dies erfolgt durch unmittelbare Rechtsgeschäfte zwischen den Beteiligten und nicht „an der Börse“.

- Wertpapierleihen und Wertpapierpensionsgeschäfte, bei denen Aktien nur vorübergehend, z. B. als Kreditsicherheit übertragen werden. Hier kommt es ebenfalls zu keinem Anteilsübergang „an der Börse“.
- Aufsichtsrechtlich vorgegebene Internalisierung (das Matchen von Verkaufs- und Kaufordern der Kunden desselben Wertpapier-Dienstleistungsunternehmens) durch Wertpapier-Dienstleistungsunternehmen zur Erfüllung ihrer Pflicht zur Best Execution. Auch in diesen Fällen kommt es nicht zu einem Anteilsübergang „an der Börse“.
- Zudem sind die üblichen aktienrechtlichen Strukturmaßnahmen, die mit einem Transfer von Aktien einhergehen, wie z.B. Aktienrückkäufe, Abfindungsangebote unter Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsverträgen und Squeeze-out Maßnahmen ebenfalls nicht von der Börsenklausel erfasst, da der Aktientransfer nicht unmittelbar über die Börse erfolgt

Über die unzureichende Börsenklausel hinaus belastet das Gesetz die gesamte Wirtschaft und legt sowohl dem Steuerpflichtigen als auch der Finanzverwaltung zum Teil unlösbare Pflichten auf:

Ungelöstes Problem der relevanten Kleinstübertragungen

Bei dem neuen Ergänzungstatbestand zur Erfassung von Anteilseignerwechseln bei Kapitalgesellschaften (§ 1 Absatz 2b GrEStG-E) ist irrelevant, ob ein Erwerber einen signifikanten Anteil an der Kapitalgesellschaft erwirbt. Hierbei sind nicht nur unmittelbare Übertragungen, sondern auch lediglich mittelbare (Kleinst-)Übertragungen – beispielsweise über einen Fonds – maßgeblich. Mit der Norm wird daher keine zielgenaue Missbrauchstypisierung erreicht. Im Ergebnis können mitunter (mittelbare) Kleinstübertragungen dazu führen, dass auf Ebene der grundbesitzenden Gesellschaft Grunderwerbsteuer auf den gesamten Grundbesitz anfällt. Auch durch einen Ankeraktionär mit einer mehr als zehn Prozent Beteiligung kann dies in der Praxis nicht verhindert werden.

Ungelöstes Problem des Kollateralschadens für die Gesamtwirtschaft

Beim neuen Absatz 2b wäre jede Kapitalgesellschaft erfasst, die inländischen Grundbesitz hält – gleich, ob es sich um ein reines Verwaltungsobjekt oder eine für Produktionszwecke genutzte Immobilie handelt. Durch die angedachten Regelungen wären somit nicht nur Immobilienunternehmen betroffen, sondern alle Wirtschaftszweige, die in irgendeiner Art und Weise über Grundbesitz verfügen. Am 22. April 2020 hatte der Koalitionsausschuss mit Blick auf die pandemische Lage beschlossen, dass insbesondere Belastungen für Unternehmen durch Gesetze möglichst zu vermeiden sind – vor diesem Hintergrund steht das Gesetz auch im Widerspruch zum Koalitionsbeschluss.

Ungelöstes Problem des Vollzugsdefizits

Unabhängig von der Einführung einer Börsenklausel bestünde weiterhin das Problem, dass der (steuerauslösende) Anteilseignerwechsel weder von der Finanzverwaltung noch von der steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft rechtzeitig nachvollzogen werden kann, da die betroffenen Kapitalgesellschaften in der Praxis nur begrenzte oder gar keine Überwachungsmöglichkeiten bei unmittelbaren und erst recht nicht bei lediglich mittelbaren

Gesellschafterwechseln mit komplexen Beteiligungsstrukturen haben. Schon bei der bestehenden Regelung des § 1 Absatz 2a GrEStG zeigt sich, dass die Finanzverwaltung für indirekte Anteilsübertragungen in der Praxis ein Vollzugsproblem hat. Auch der BFH hat dieses Problem bei § 1 Abs. 2a GrEStG erkannt, ohne dies aber – mangels eines entsprechenden Verfahrens – bisher konkret entscheiden zu können (vgl. BFH, Urteil vom 24. April 2013, II R 17/10, Rz. 36 „obiter dictum“).

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass durch die angedachten Regelungen die Komplexität des deutschen Grunderwerbsteuerrechts noch weiter gesteigert würde. Beim Vergleich mit anderen europäischen Ländern ist festzustellen, dass Deutschland bereits jetzt eines der komplexesten Grunderwerbsteuergesetze hat. Für Steuerpflichtige anderer Jurisdiktionen sind diese nur schwerlich nachzuvollziehen. Wenn nun ein solcher ausländische Investoren seinen Mitwirkungspflichten in Unkenntnis der deutschen Meldepflichten nicht nachkommen würde, wären die deutschen Behörden nicht in der Lage, bei ansonsten gleichgelagerten Fällen eine gleichmäßige Belastung mit Grunderwerbsteuer sicherzustellen. Wird ein in Deutschland belegenes Grundstück direkt durch eine Gesellschaft aus dem Nicht-EU-Ausland erworben, sind alle zukünftigen Bewegungen der Anteile an dieser Gesellschaft für die deutschen Behörden in aller Regel faktisch nicht nachvollziehbar und der neue Ergänzungstatbestand wäre ohne Mitwirkung der ausländischen Beteiligten nicht durchsetzbar. Dies könnte in der Konsequenz dazu führen, dass bei konkurrierenden Käufern der ausländische Investor einen ungerechtfertigten Kostenvorteil hätte, der aufgrund der erheblichen Grunderwerbsteuer durch inländische Käufer wirtschaftlich nicht kompensiert werden kann.

Absenkung der Beteiligungsgrenze systematisch nicht zu rechtfertigen

Die Absenkung der Beteiligungsgrenze auf 90 Prozent ist aus der Systematik der Grunderwerbsteuer nicht zu rechtfertigen. Eine Gleichstellung des – grunderwerbsteuerlich maßgeblichen – zivilrechtlichen Eigentumsübergangs des Grundstücks mit einer Anteilsübertragung von 90 Prozent ist nicht sachgerecht und insbesondere vor dem Hintergrund einer 100-prozentigen Besteuerung auch verfassungsrechtlich fragwürdig. Ferner wird durch die Quotenabsenkung der Charakter einer Kapitalverkehrsteuer begründet. Eine Kapitalverkehrsteuer dürfte nach geltendem Gemeinschaftsrecht jedoch nicht durch einen Mitgliedstaat allein neu oder wieder eingeführt werden.

Notwendige Restrukturierungen bei Wirtschaftsunternehmen erschwert

In Folge der Corona-Pandemie ist die Wirtschaft unter massiven Druck geraten. Daher ist es für Unternehmen notwendig, dass sie mit der unternehmerischen Handlungs- und Anpassungsfähigkeit auf die veränderten Rahmenbedingungen reagieren können. Die angedachte Neuregelung würde allerdings die gesamte Wirtschaft betreffen und genau diese Flexibilität verhindern. Sie wäre insofern auch kontraproduktiv zu dem begrüßenswerten Bemühen der Bundesregierung, die negativen Folgen für die Wirtschaft aufzufangen. Mit der Quotenabsenkung und der Fristverlängerung wären Unternehmen in existenziell bedrohender Weise eingeschränkt. Insbesondere da eine (unechte) Rückwirkung nicht ausgeschlossen wäre, würde Unternehmen mit einem nicht einkalkulierten und in der Krise erst recht nicht zu

kompensierenden Aufwand konfrontiert. In diesem Zusammenhang gestaltet es sich nach unserer Auffassung ferner als mindestens schwierig, dass die Anpassung der Beteiligungshöhen nicht konsequent auch im § 6a GrEStG vorgenommen werden soll; zumindest müsste § 6a GrEStG – entsprechend der Prüfbitte des Bundesrats aus 2019 – auf Grundstücksübertragungen erweitert werden (BR-Drs. 355/1/19).

Aus den genannten Punkten ergibt sich nachfolgender Anpassungsbedarf – die Reihenfolge folgt der Logik der vorstehenden Kritik:

- **Börsenklausel nachbessern**
Die Börsenklausel muss um weitere relevante Börsenplätze, gängige Finanzinstrumente und die üblichen aktienrechtlichen Strukturmaßnahmen, sowie mittelbare Übergänge erweitert werden.
- **Verzicht auf die Einführung von § 1 Absatz 2b GrEStG-E**
Die Regelung ist weder sachgerecht noch vollzugsfähig. Bestehende Probleme im Rahmen von § 1 Absatz 2a GrEStG werden übertragen. Auch die Börsenklausel heilt diese Defizite nicht ausreichend.
- **Beibehaltung der 95%-Grenze**
Auf die Absenkung der 95%-Grenze sollte verzichtet werden.
- **Keine Rückwirkung**
Die Anwendbarkeit jeglicher Neuregelungen darf sich ausschließlich in die Zukunft richten und darf keine in der Vergangenheit liegenden Anteilsübertragungen miteinbeziehen.
- **Betrachtungszeiträume**
Eine Verlängerung der Fristen sollte unterbleiben. Lediglich im äußersten Falle wäre eine Verlängerung der Fristen vertretbar wobei auch dann keine Rückwirkung erfolgen darf.

B. Rechtliche Einordnung der angedachten Neuregelungen

I. Einführung § 1 Absatz 2b GrEStG-E (Ergänzungstatbestand für Kapitalgesellschaften)

Mit dem vom Bundestag beschlossenen Gesetz wird beabsichtigt, durch die Einführung eines neuen § 1 Absatz 2b GrEStG-E einen neuen Ergänzungstatbestand für Kapitalgesellschaften am Vorbild des bereits für Personengesellschaften bestehenden § 1 Absatz 2a GrEStG einzuführen.

Anmerkungen:

Die als Vorbild dienende Vorschrift des § 1 Absatz 2a GrEStG wurde für Personengesellschaften mit der Begründung eingeführt, dass bei Personengesellschaften mit gesamthänderischer, persönlicher Vermögensbindung zivilrechtlich eine neue Gesellschaft entstehe. Diese Fiktion kann allerdings schon im Ansatz nicht bei Kapitalgesellschaften verfangen und somit auch nicht als Begründung für § 1 Absatz 2b GrEStG-E tragen. Vielmehr sind Kapitalgesellschaften von Beginn ihres Entstehens verselbständigte Körperschaften ohne gesamthänderische Bindung ihres Vermögens. Dies stellt einen fundamentalen Unterschied zu Personengesellschaften dar.

In diesem Zusammenhang erschließt es sich auch nicht, warum einerseits die Grundsätze der Personengesellschaften – unrichtiger Weise – auf Kapitalgesellschaften erstreckt werden sollen, andererseits die personenbezogenen Steuerbefreiungstatbestände und die Nichterhebungsregelungen dann jedoch nicht auch für Kapitalgesellschaften Anwendung finden sollen.

Abgesehen von dieser systematisch nicht zu rechtfertigenden Ausweitung der Regelung der Anteilsveräußerung von Personengesellschaften auf Kapitalgesellschaften, ist aus grunderwerbsteuerlicher Sicht ferner nicht zu rechtfertigen, dass bei dieser Regelung das Vorliegen eines beherrschenden Einflusses einzelner Erwerber über die grundbesitzende Gesellschaft oder überhaupt einer nennenswerten Beteiligung nicht relevant sein soll. Hier sei noch einmal darauf hingewiesen, dass es bei der Grunderwerbsteuer um die Besteuerung des Rechtsverkehrs an Grundstücken geht. Die Erfassung von Anteilsübergangungen an grundstücksbesitzenden Gesellschaften wird deshalb aktuell damit gerechtfertigt, dass diese Anteilsübergangung im Ergebnis dazu führt, dass der neue Anteilseigentümer einen so beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen und damit das Grundstück hat, dass er letztendlich – für die Grunderwerbsteuer – wie der zivilrechtliche Eigentümer des Grundstücks behandelt werden kann. Dieser Grundgedanke des Grunderwerbsteuerrechts ist mit der Regelung des neuen Absatzes 2b nicht vereinbar. Durch eine Einführung würde Grunderwerbsteuer systemwidrig auch dann ausgelöst, wenn unabhängig vom Erreichen einer nennenswerten Beteiligungshöhe 90% der Anteile innerhalb von zehn Jahren den Besitzer wechseln. Somit soll die Kapitalgesellschaft künftig Schuldner von Grunderwerbsteuer auf ihren gesamten Immobilienbestand werden, wenn innerhalb von zehn Jahren beispielsweise 90 Anleger jeweils 1% der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar erwerben. Das

Aufsummieren direkter oder indirekter Anteilsübertragungen ihrer Anteile führt damit zwangsläufig zur Begründung einer Kapitalverkehrsteuer, die nach geltendem Gemeinschaftsrecht (2008/7/EG) nicht durch einen Mitgliedstaat allein neu oder wieder eingeführt werden dürfte.

Darüber hinaus begegnet die Einführung eines § 1 Absatz 2b GrEStG-E erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, da er keinen erkennbaren Steuerumgehungssachverhalt aufgreift. Das Ziel der Reform ist nach der Gesetzesbegründung die Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltungen, durch welche Grunderwerbsteuer vermieden wird. Um eine Rechtfertigung als Missbrauchsverhinderungsnorm zu erreichen, muss der Gesetzgeber allerdings eine zielgenaue Missbrauchstypisierung vornehmen. Durch die geplante Einführung eines § 1 Absatz 2b GrEStG-E werden jedoch nicht zielgenau die ungewünschten Gestaltungen verhindert, sondern es würden alle immobilienhaltenden Kapitalgesellschaften ungerechtfertigterweise steuerlich in Anspruch genommen werden.

Über die systematischen Brüche und die dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken hinaus darf ferner nicht verkannt werden, dass vor allem für börsennotierte Aktiengesellschaften nur begrenzte oder gar keine Überwachungsmöglichkeiten allein schon beim unmittelbaren Gesellschafterwechsel bestehen – insofern ist die Einführung einer Börsenklausel dem Grunde nach zwingend (zu der Börsenklausel siehe unsere Anmerkungen unter Punkt IV.). Aktionärsstrukturen sind aufgrund der Gegebenheiten des Aktienhandels in ihrem Bestandswechsel meistens nicht einmal auf erster Ebene für die Aktiengesellschaft selbst nachvollziehbar – ausdrücklich: unterhalb wertpapierhandelsrechtlicher Meldeschwellen können börsennotierte Unternehmen Gesellschafterwechsel nicht nachvollziehen! Anders als bei GmbH-Anteilen gibt es bei in Globalurkunden verbrieften Anteilen keine wirklich individualisierten Übertragungen. Wegen der unterschiedlichen Handelsebenen bis hin zum internalisierten Handel, unterschiedlichen Börsenplätzen und Verwahren bzw. Clearinghäusern gibt es keine Transparenz bezüglich des Übertragungsvolumens über den geplanten Zehn-Jahreszeitraum. Es wird steuerlich somit eine Pflicht auferlegt, für die rechtlich ein Instrumentarium zur Umsetzung fehlt. Auch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) schafft hier keine ausreichende Abhilfe. Die mit dem Gesetz vorgenommenen Neuregelungen in §§ 67a ff. AktG verfolgen den Zweck, die Möglichkeiten zur Kommunikation zwischen börsennotierten Gesellschaften und ihren Aktionären zu verbessern, um dadurch die Ausübung von Aktionärsrechten und die Mitwirkung der Aktionäre zu erleichtern. Die Neuregelungen lassen allerdings mit ihren Informationsansprüchen, auch für Namensaktien, keine zeitraumgenaue Transaktionshistorie von Aktienübertragungen zu. Ein Vollzug der Norm ist damit dem Vorstand einer selbst grundbesitzenden AG nicht möglich, einem Geschäftsführer einer grundbesitzenden Tochtergesellschaft einer börsennotierten AG schon gar nicht.

Darüber hinaus wäre es für eine verfassungskonforme Regelung zwingend notwendig, dass auch die Finanzverwaltung diese vollziehen kann. Bereits hinsichtlich der schon bestehenden Regelung des § 1 Absatz 2a GrEStG zeigt sich, dass die Finanzverwaltung für indirekte Anteilsübertragungen in der Praxis ein Vollzugsproblem hat. Hier ist die Vollziehbarkeit bereits

jetzt wegen Übertragungen weit indirekter Art über Börsen und Kapitalsammelstellen nicht mehr gewährleistet. Dies ist umso mehr für § 1 Absatz 2b GrEStG-E zu erwarten. Insofern ist die geplante Regelung mangels Erfüllbarkeit vom Steuerpflichtigen als auch der Vollziehbarkeit durch die Finanzverwaltung als verfassungswidrig einzustufen (strukturelles Vollzugsdefizit).

Der Transfer von Aktien börsennotierte Aktiengesellschaften ist aufgrund des offenbaren Vollzugsdefizites deshalb vollständig vom Anwendungsbereich des § 1 Absatz 2a und 2b GrEStG-E auszunehmen, gleich auf welcher Grundlage der Aktientransfer erfolgt.

Schlechterdings sieht das Gesetz vor, dass die Gesellschaft selbst Steuerschuldnerin ist. Es erfolgt somit eine grunderwerbsteuerliche Belastung der Gesellschaft aus etwaigen weit indirekten Anteilsübertragungen, die ohne jeden Einfluss auf das Geschäft der immobilienhaltenden Gesellschaft sind. Mit Blick auf die sehr hohen Steuersätze der Grunderwerbsteuer kann dies die immobilienhaltende Gesellschaft in wirtschaftliche Probleme bis hin zu Insolvenzproblemen führen. Die Fragwürdigkeit der Fiktion, dass es sich wegen Anteilsübertragungen auf weit höherer Ebene innerhalb von zehn Jahren nicht mehr um die gleiche grundbesitzende Gesellschaft handelt wird umso größer, auf je höherer Ebene und in je zeitlich gestreckterer Form Übertragungen stattfinden.

Ebenso bedenklich ist in diesem Zusammenhang, dass die geschäftsführenden Organe der grundbesitzenden Gesellschaft keinerlei Auskunftsansprüche auf mögliche relevante Anteilseignerwechsel haben. Sie haben keine Ansprüche auf Mitteilungen von indirekten Zählübertragungen in irgendeiner Form, wären jedoch gleichwohl Adressaten der grunderwerbsteuerlichen Anzeigepflicht, nach welcher ein Grunderwerbsteuer auslösender Sachverhalt innerhalb von lediglich 14 Tagen gemeldet werden muss. Im Ergebnis liefe die Anzeigepflicht hier in eine subjektive Unmöglichkeit hinein. Mangels Auskunftsmöglichkeiten wäre insofern auch höchst fraglich, wie die Vertretungsorgane für ihre Gesellschaft ein Einspruchs- oder Gerichtsverfahren führen sollten.

Zur Veranschaulichung der Problematik haben wir zwei Schaubilder beigefügt. Die beiden Schaubilder zeigen verschiedene Situationen von indirekten Eigentumsverhältnissen an Gesellschaften, die deutschen Grundbesitz haben können, wodurch die Komplexität der Anwendung der vorgeschlagenen „Share Deal“-Besteuerungsregeln für Kapitalgesellschaften verdeutlicht werden soll; einmal über eine börsennotierte Gesellschaft (Schaubild 1) sowie einmal über eine Fondsstruktur (Schaubild 2). Die Schaubilder sollen aufzeigen, dass es nicht nur sogenannte widely-held-Strukturen d. h. Strukturen mit sehr vielen Anteilseignern über börsennotierte Gesellschaften gibt, sondern auch über andere Strukturen nationaler und internationaler Kapitalanlage, von privatem Kapital der Vermögensanlage und Altersvorsorge über Investmentfonds nach den EU-Richtlinien oder ausländischem Recht oder von weiteren Kapitalsammelstellen wie in- oder ausländische Pensionsfonds, Lebensversicherungen und Dachfonds. Dabei zeigen die Schaubilder nicht unbedingt ein besonders kompliziertes Beteiligungsgeflecht. In der Praxis von Mittelstands- und börsennotierten Konzernen mit Sparten- und/oder Regionalholdingstrukturen sind häufig Strukturen sogar wesentlich komplexer.

Schaubild 1

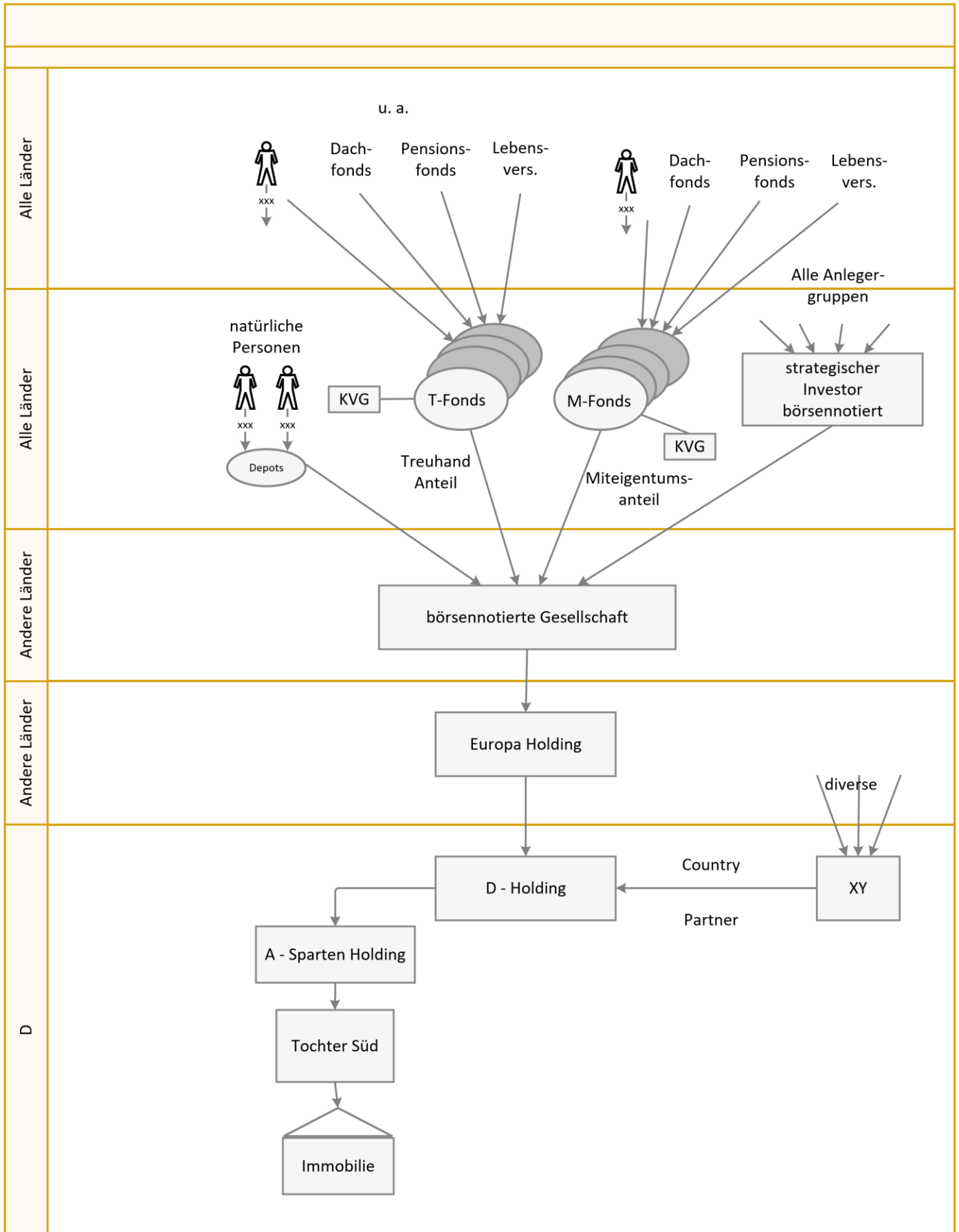
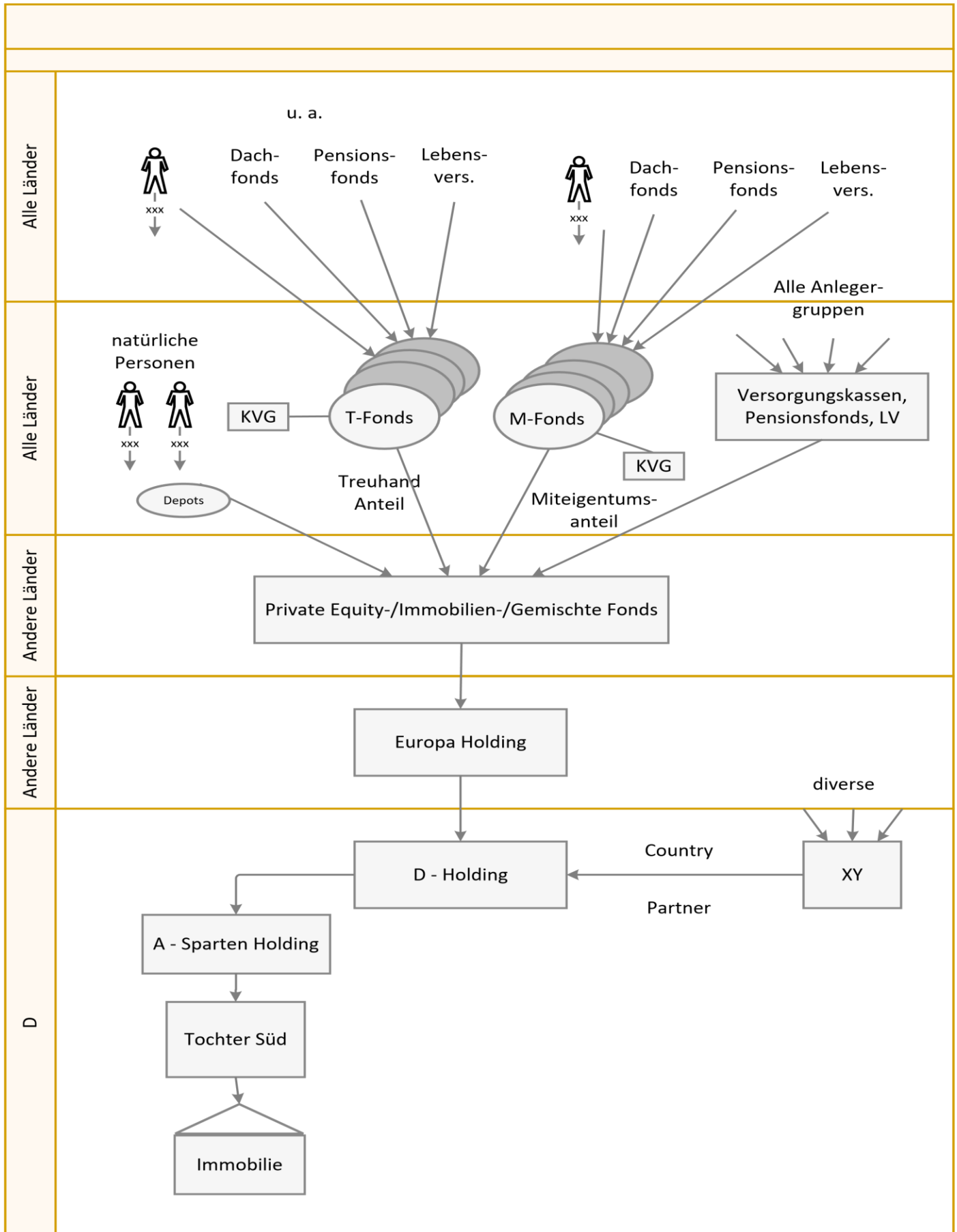


Schaubild 2



Erläuterung zum Schaubild 1

Die Strukturbilder zeigen, dass immobilienhaltende Gesellschaften sehr häufig in Holdingstrukturen von mittelständischen oder großen Konzernen oder eben auch Fonds etabliert sind.

Aus Sicht der immobilienhaltenden Gesellschaft müssten nun Anteilsübertragungen auf jeder Ebene gemessen und gezählt werden, und zwar auf jeder Ebene im Rahmen einer rollierenden Betrachtungsweise, d.h. jede einzelne Anteilsübertragung auf jeder Ebene begründet einen Zählvorgang und einen jeweils für sich beginnenden Zehn-Jahreszeitraum für den festzustellen ist, ob irgendwann 90% als übertragen gelten. Die Kombination der Erfassung von Zählvorgängen aus direkter und indirekter Übertragung erhöht die Komplexität umso mehr Beteiligungsstufen bestehen. Wie komplex und tief gestaffelt Unternehmensstrukturen dann im Einzelfall sind, lässt sich nicht standardmäßig vorhersagen. Aber bereits unterhalb der börsennotierten Gesellschaft unseres Beispiels bestehen somit erhebliche Probleme bei der Erfassung normaler – im sehr langen Zyklus von zehn Jahren natürlich vorkommender – Unternehmenssachverhalte. Bei Sparten- oder Regionalrestrukturierungen oder Co-Investitionen, Neuausgabe von Kapital, Umwandlungen oder Verschmelzungen kann es somit bereits zu dann grunderwerbsteuerrelevanten Anteilsübertragungen kommen.

Oberhalb der börsennotierten Gesellschaft besteht an dieser ein üblicherweise breit gestreuter Besitz: Anteile von natürlichen Personen sind im Depot von Banken bzw. Verwahrstellen oder gegebenenfalls auch im Rahmen der Vermögensverwaltung sehr breit gestreut. Sie sind in der Realität nicht individualisiert zuordenbar d.h. Anteilsübertragungen, die sekundlich über die Börsen innerhalb der Depot- und Sammelverwahrung stattfinden, sind hier nicht zählbar. Das ist weder durch die börsennotierte Gesellschaft selbst noch durch die Banken zu leisten. Rechtlich handelt es sich bei der Girosammelverwahrung hier sogar nur um Miteigentum der Aktionäre nach Bruchteilen am Gesamtbestand der Aktien (§§ 6 Absatz 1 i. V. m. 5 DepotG). Für die Bestimmung des Bruchteils ist der Wertpapierennennbetrag maßgebend, bei Wertpapieren ohne Nennbetrag die Stückzahl. Mithin wird eine Aktie erst übertragen, wenn alle Bruchteile am Gesamtbestand übertragen werden, d.h. bei 100% Übertragung. Einkommensteuerlich anzuwendende FIFO- oder Durchschnittssatzmethode für Zu- und Abgang und Bewertung sind grunderwerbsteuerlich irrelevant.

Selbst wenn man hier ansetzte, wäre folgendes zu konstatieren: Gemäß § 20 Absatz 4 Satz 7 EStG ist bei der Veräußerung vertretbarer Wertpapiere aus der Girosammelverwahrung (§§ 5 ff. DepotG) zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Wertpapiere zuerst veräußert werden (Fifo-Methode). Die Anwendung der Fifo-Methode i. S. d. § 20 Absatz 4 Satz 7 EStG ist auf das einzelne Depot bezogen anzuwenden. Als Depot i. S. dieser Regelung ist auch ein Unterdepot anzusehen. Bei einem Unterdepot handelt es sich um eine eigenständige Untergliederung eines Depots mit einer laufenden Unterdepot-Nummer. Der Kunde kann hierbei die Zuordnung der einzelnen Wertpapiere zum jeweiligen Depot bestimmen. Diese Methode gilt auch bei der Streifbandverwahrung (Schreiben betr. Einzelfragen zur Abgeltungsteuer; BMF-Schreibens vom 18. Januar 2016, BStBl. I S. 85, BMF IV C 1 – S

2252/08/10004 :017). So eine Hilfsregelung kann grunderwerbsteuerlich nicht angewendet werden, denn jede Transaktion müsste sekundengenau erfasst werden und in die rollierende 10 Jahresrechnung einfließen.

Es gilt jedoch ferner zu bedenken, dass Aktienanteile maßgeblich von Investmentfonds nach Europäischen OGAW- oder AIFM-Richtlinien oder auch sonstiger globaler Fonds als Kapitalanlagen von diesen Fonds gehalten werden. In der Praxis ist aber auch hier der Depot- und verwahrstellenverwaltete Anteilsbesitz der Massenanlage nicht individualisiert zuordenbar.

Selbst bei der Annahme, die Nachverfolgung des Anteilseignerwechsels wäre möglich, so wäre im nächsten Schritt eine rechtliche Analyse des neuen Anteilseigners erforderlich. Nach unserem Verständnis müsste also bei allen internationalen Fonds rechtlich analysiert werden, in welchem zivilrechtlichen Rechtskonstrukt diese aufgelegt sind. Wenn diese Fonds wie bei der Treuhandeigentumssituation (vgl. § 92 KAGB) aufgelegt sind, dann würden die Anteile zivilrechtlich der Fonds-/Kapitalverwaltungsgesellschaft zugerechnet, mit der kuriosen Konsequenz, dass Anteilsbewegungen nicht auf der Ebene des Fonds gerechnet werden, sondern auf der Ebene der Anteilseigner der Kapitalverwaltungsgesellschaft, die eigentlich gar kein wirtschaftliches Interesse an diesen Anteilen hat und haben darf. Dieses Beispiel wird ergänzt durch Beispiele von Miteigentumsfonds, also gleichermaßen für den Markt konzipierten Fonds, bei denen aber die Anteile an den Anlagegegenständen als Miteigentum der Anleger definiert werden. Dort wären jegliche Anteilsbewegungen, Anteilsrückgaben usw. relevante indirekte Übertragungen. Fonds können aber auch als Personen- oder Kapitalgesellschaften aufgelegt sein. Uns erschließt sich somit nicht, wie angesichts dieser verschiedenen Investmentfonds eine Nachvollziehbarkeit von Übertragungen, Ausgaben, Rücknahmen usw. gewährleistet werden soll.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass an diesen beispielhaft genannten Fondstypen wiederum weitere Anlegergruppen beteiligt sein können, wie Dachfonds oder Masterfonds (also andere Fonds in unterschiedlicher rechtliche Halteform), Versorgungskassen, Pensionsfonds oder Lebensversicherungen. Auch für diese müsste man nach unserem Verständnis dann wieder feststellen, ob indirekte Anteilsübertragungen stattgefunden haben. In diesem Zusammenhang sei noch darauf hingewiesen, dass eine Vielzahl der im Inland im DAX oder MDAX notierten Aktiengesellschaften auch keinen Ankeraktionär haben, durch welchen die Überschreitung der maßgeblichen Beteiligungsschwelle zumindest erschwert werden könnte. Im Zusammenhang mit einem Ankeraktionär weisen wir darauf hin, dass bei einem solchen in Form einer juristischen Person auch immer die Veränderung auf Gesellschafterebene relevant wäre und damit ein solcher Ankeraktionär keine Garantie für das Unterbleiben des Auslösens der Beteiligungsschwelle wäre. Es besteht allein aufgrund eines Ankeraktionärs somit nicht die Sicherheit dafür, dass keine Grunderwerbsteuer anfällt. Ebenso ist es in der Praxis üblich, dass ein Ankeraktionär die von ihm gehaltenen Anteile im Wege der Wertpapierleihe an Entleiher abgibt und hierdurch die Überschreitung der grunderwerbsteuerlichen Schwellenwerte auslösen kann.

Erläuterung zum Schaubild 2

In diesem Schaubild ist die börsennotierte Gesellschaft durch eine Kapitalsammelstelle ersetzt, hierbei kann es sich z.B. um einen Private Equity Fonds, um einen Immobilienfonds oder um einen gemischten Fonds handeln. Jene Fonds investieren regelmäßig über komplexere Strukturen in gewerbliche Gesellschaften, die auch deutsche Immobilien halten können (Private Equity/Venture Capital), oder Immobilienanlagegesellschaften (Immobilienfonds). Auch deren Anteilsbesitz kann durch eine sehr weit gestreute Anlegerstruktur gekennzeichnet sein und zwar wiederum durch Anteilsbesitz von natürlichen Personen, Family Offices, Versorgungskassen, Pensionsfonds und von weiteren Fonds als Dach- oder Masterfonds unterschiedlicher rechtlicher Struktur. Die bereits im Rahmen des Schaubildes 1 angesprochenen Zurechnungs- und Rechtsformfragen bei Fonds gelten hier ebenso.

Auch in diesen Fällen erschließt sich uns nicht, wie die Durchrechnung von Anteilsübertragungen auch bei diesen Institutionen praktisch möglich sein soll.

Schlussfolgerung aus den Schaubildern

Beide Schaubilder verdeutlichen unseres Erachtens, dass auch in Strukturen mit weitgefächerten Anteilsbesitz über die entsprechenden Kapitalsammelstellen eine echte Nachvollziehbarkeit von Gesellschafterwechseln und ein Vollzug durch die Finanzverwaltung mit einer vernünftigen und verfassungskonformen Aufgabenstellung für die geschäftsführenden Organe der immobilienhaltenden Gesellschaften nicht möglich ist. Es ist somit erforderlich, dass Strukturen mit weit gestreutem Anteilsbesitz auf den verschiedenen Ebenen von einer Besteuerung nach § 1 Absatz 2b GrEStG-E ausgenommen werden müssten.

Problematisch an dieser Lösung wäre unseres Erachtens jedoch, dass wenn man dies im Sinne einer gesetzlichen Ausnahme für widely-held-Strukturen umsetzen wollte, sich daraus ergeben würde, dass das Gesetz lediglich Strukturen mit im weiteren Sinne privaten oder kleinem Anlegerkreis erfasst. Dies würde bedeuten, dass hier eine Sonderbesteuerung von Anteilsübertragungen an Gesellschaften mit überschaubarem Anteilseigenbesitz stattfindet oder/und von Strukturen, die nicht durch längere Anteilseigener-Ketten gekennzeichnet sind d.h., wo die Nachvollziehbarkeit rechtlich sehr einfach möglich ist (closely held).

Bei diesen closely-held-Strukturen wären in der Folge das Eigentum und das Vermögen der betreffenden Gesellschaften durch Grunderwerbsteuer belastet. Dies käme jedoch einer Benachteiligung dieser wenigen beteiligten Gesellschaften und Eigentümer gleich und wäre zugleich eine Bevorzugung von weit gestreuten Anlegerstrukturen.

Ferner ist es kritisch zu betrachten, dass bislang nicht ausreichend klargestellt ist, wie sich der neue Ergänzungstatbestand § 1 Absatz 2b GrEStG-E hinsichtlich der Rangstufe zu den bereits vorhandenen Ergänzungstatbeständen § 1 Absatz 2a, 3 und 3a GrEStG verhält. Denn in den bereits vorhandenen Ergänzungstatbeständen werden ebenfalls Fälle von Anteilseignerwechseln bzw. Gesellschafterwechseln geregelt, welche Grunderwerbsteuer

auslösen. Es bedürfte somit zur Vermeidung einer nicht beabsichtigten Mehrfachbesteuerung, das Rangverhältnis zwischen den Ergänzungstatbeständen im Hinblick auf § 1 Absatz 2b GrEStG-E klarzustellen. Ein klares Rangverhältnis ist auch deshalb zwingend erforderlich, da sich in Abhängigkeit des jeweiligen Tatbestandes unterschiedliche Steuerschuldner ergeben. Nur im Falle einer klaren Rangverhältnisses ist unseres Erachtens gewährleistet, dass der Steuerschuldner seinen Anzeigepflichten ordnungsgemäß beim tatsächlichen zuständigen Finanzamt nachkommen kann.

Im Ergebnis lässt sich also feststellen, dass der Regelungsinhalt des angedachten § 1 Absatz 2b GrEStG-E schlicht zu weit geht und damit in jeder denkbaren Konstellation zu einem verfassungsrechtlich nicht zu billigendem strukturellen Vollzugsdefizit führen würde. Dass der Gesetzgeber bereits im Jahressteuergesetz 2020 die Regelungen zum Verspätungszuschlag zuungunsten des Steuerpflichtigen verschärft hat, ist in Anbetracht dieses Vollzugsdefizits umso bedenklicher. Auch die vorgesehene Börsenklausel würde diesen strukturellen Mangel nicht ausreichend heilen, weil eine Vielzahl von Sachverhalten hierdurch unberührt bliebe (s. u., Punkt IV). Aus diesem Grunde sollte von der Einführung des § 1 Absatz 2b GrEStG-E insgesamt Abstand genommen werden.

Petitum:

- Auf die Einführung von § 1 Absatz 2b GrEStG-E sollte gänzlich verzichtet werden. Die Regelung ist weder sachgerecht noch vollzugsfähig. Selbst die Börsenklausel heilt diesen grundlegenden Mangel nicht ausreichend.

II. Einführung § 1 Absatz 2c GrEStG-E (Börsenklausel)

Durch die Einführung des § 1 Absatz 2c GrEStG sollen Übergänge von Anteilen an Kapitalgesellschaften außer Betracht bleiben, sofern der Handel über bestimmte Börsenplätze erfolgt. Die Regelung soll sowohl für Absatz 2a als auch für den neuen Absatz 2b gelten.

Die Börsenklausel erscheint aus unserer Sicht ungenügend, da sie (1.) mittelbare Anteilsübertragungen nicht erfasst, (2.) nicht alle relevanten Börsen und Konstellationen umfasst und (3.) in der Wirtschaft standardisierte Vorgänge unberücksichtigt lässt. Darüber hinaus ist für uns nicht ersichtlich, wen (4.) die Feststellungslast hinsichtlich der Anwendung der Börsenklausel trifft.

1. Mittelbare Anteilsübertragungen nicht erfasst

Die geplante Börsenklausel ist insofern unzureichend, als mittelbare Anteilsübertragungen zur Besteuerung führen können, selbst wenn die Anteile der relevanten Gesellschaft an einem der erfassten Börsenplätze gehandelt werden. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Anteile einer AG oder KGaA von einem Aktienfonds gehalten werden. In solchen Konstellationen müssen Gesellschafterwechsel beim Fonds berücksichtigt werden. Nur wenn der Fonds wiederum unter die Börsenklausel fiel, blieben auch diese Anteilsübergänge unberücksichtigt. Somit

sind nichtbörsennotierte Fonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder eines Sondervermögens nicht von der Klausel begünstigt, was insofern problematisch ist, als die Gesellschafterwechsel beim Fonds für die grundbesitzenden börsennotierte Gesellschaft nicht im erforderlichen Maße nachvollziehbar sind. Die Problematik erstreckt sich auf die gesamte Beteiligungskette – also auch die Anleger der Anleger. Im Ergebnis müssten DAX-Unternehmen somit auch im Ausland nachverfolgen, ob auf irgendeiner Ebene der Beteiligungskette eine relevante Anteilsverschiebung erfolgt. Für eine solche Pflicht gibt es jedoch kein ausreichendes rechtliches Instrumentarium, so dass eine Nachverfolgung in weiten Teilen schlichtweg unmöglich ist. Sollte die Nachverfolgung dennoch gelingen, kann durch mittelbare Kleinstübertragungen in der Beteiligungskette Grunderwerbsteuer auf Ebene des DAX-Unternehmens für den gesamten Grundbesitz ausgelöst werden. Studien zufolge kann dies bei einem einzelnen DAX-Unternehmen zu einer grunderwerbsteuerlichen Belastung in Höhe von dreistelligen Millionenbeträgen innerhalb weniger Jahre führen.

Petiturum:

- Auch mittelbare Anteilsübertragungen an börsennotierten Gesellschaften sollten von der Börsenklausel erfasst werden.

2. Nicht alle relevanten Börsen und Konstellationen erfasst

Die Börsenklausel umfasst nicht alle relevanten Börsenplätze. Nicht erfasst sind beispielsweise die Handelsplätze Schweiz, Norwegen, Liechtenstein, Island und China; perspektivisch wäre auch London fraglich. Zudem setzt die Börsenklausel voraus, dass zum einen das Unternehmen an einer der erfassten Börsen gelistet sein muss und zum anderen der Handel der Anteile zusätzlich auch an dieser Börse / diesem Markt erfolgen muss. Da Dax-Unternehmen aber auch an Börsen gelistet sind, die nicht unter die Klausel fallen, sind nicht alle Konstellationen erfasst (bspw. Handel an der BX Swiss). Es sollte deshalb eine Ausweitung der Börsenplätze u. a. um die Schweiz erfolgen.

Petiturum:

- Die Börsenklausel sollte um die Börsenplätze der EFTA-Staaten erweitert werden.

3. Standardisierte Wirtschaftsvorgänge unberücksichtigt

Die aktuell vorgesehene Börsenklausel deckt durch die Anknüpfung an den Anteilsübergang „an diesem Markt“ einen Teil der üblichen Anteilsübergänge nicht ab, die für einen funktionsfähigen Finanzplatz unabdingbar sind:

- IPOs und die Begebung neuer Aktien bei Kapitalerhöhungen werden unter Einschaltung von Bankenkonsortien abgewickelt, die in einem ersten Schritt die Aktien übernehmen und an die Investoren weiterreichen. Dies erfolgt durch unmittelbare Rechtsgeschäfte zwischen den Beteiligten und nicht „an der Börse“.

- Auch Verkäufe größerer Aktienpositionen z. B. bei öffentlichen Übernahmen, werden üblicherweise nicht über die Börse abgewickelt, sondern vielmehr werden die Aktien unter Einschaltung von Banken bei Investoren platziert, so z. B. auch die Veräußerung von Telekom-Aktien durch die KfW bzw. die zukünftig zu erwartenden Veräußerungen seitens des Wirtschaftsstabilisierungsfonds).
- Zudem sind die üblichen aktienrechtlichen Strukturmaßnahmen, die mit einem Transfer von Aktien einhergehen, wie z.B. Aktienrückkäufe, Abfindungsangebote unter Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsverträgen und Squeeze-out Maßnahmen ebenfalls nicht von der Börsenklausel erfasst, da der Aktientransfer nicht unmittelbar über die Börse erfolgt.
- Bei Wertpapierleihen und Wertpapierpensionsgeschäften werden Aktien nur vorübergehend, z. B. als Kreditsicherheit übertragen und es kommt nicht zu einem Anteilsübergang „an der Börse“.
- Bei der Abwicklung von Kundenaufträgen sind Wertpapier-Dienstleistungsunternehmen aufsichtsrechtlich verpflichtet, die bestmöglichen Konditionen für den Kunden zu erzielen (sog. Pflicht zur Best Execution). Daher müssen zahlreiche Geschäfte zwingender Weise statt über den Parkett- oder XETRA-Handel z. B. über die sog. Internalisierung (das Matchen von Verkaufs- und Kaufordern der Kunden desselben Wertpapier-Dienstleistungsunternehmens) abgewickelt werden. Auch in diesen Fällen kommt es nicht zu einem Anteilsübergang „an der Börse“.

Es handelt sich bei diesen Punkten um in der Wirtschaft standardisierte Vorgänge, die nicht die Intention einer Grunderwerbsteuervermeidung verfolgen. Erfolgt keine Ausnahme dieser Vorgänge werden insbesondere kapitalintensive Wachstumsunternehmen regelmäßig mit Grunderwerbsteuer belastet.

Eine Anpassung könnte durch die Aufnahme des „Effektengiroverkehrs“ in die Börsenklausel erfolgen. Unter Effektengiroverkehr versteht man die stückelose Lieferung von Wertpapieren mittels Wertpapiersammelbanken (wie die Clearstream Banking AG in Deutschland). Der Effektengiroverkehr zwischen Banken ermöglicht die stückelose Übertragung von Wertpapieren, die in einem Sammelbestand bei einer Wertpapiersammelbank verwahrt werden. Die effektive Übertragung der Papiere wird durch eine buchmäßige Übertragung von Anteilsrechten am Miteigentumsanteil ersetzt.

Petitur:

- Auch wenn die Einführung einer Börsenklausel die Mängel des § 1 Absatz 2b GrEStG-E nicht zu heilen vermag, sollte zumindest der Effektengiroverkehr in die Börsenklausel aufgenommen werden.

4. Feststellungslast ungeklärt

Verfahrensrechtlich bleibt mit Blick auf die Inanspruchnahme der Börsenklausel fraglich, wer die Feststellungslast trägt. Unklar ist, ob der Steuerpflichtige beweisen muss, dass sämtliche

Anteilsübertragungen über die begünstigten Börsenplätze erfolgt sind oder ob er sich mangels besserer Kenntnisse auf diesen Standpunkt stellen darf und damit ggf. die Finanzverwaltung das Gegenteil darlegen und beweisen muss.

Petitur:

- Aus verfahrensrechtlicher Sicht sollte klargestellt werden, welche Beweislast den Steuerpflichtigen bei der Inanspruchnahme der Börsenklausel trifft.

III. Verlängerung der Fristen von 5 auf 10 bzw. 15 Jahre

In allen Ergänzungstatbeständen soll die Fünf-Jahres-Frist auf eine Zehn-Jahres-Frist angehoben werden. Darüber hinaus soll im Rahmen von § 6 Absatz 4 Nr. 3 GrEStG-E die Frist sogar bis auf 15 Jahre erweitert werden.

Anmerkungen:

Aufgrund der Vielzahl der durch das Grunderwerbsteuerrecht erfassten Sachverhalte mag es möglich sein, dass eine Zehn-Jahres-Grenze im Einzelfall mit wenig Beteiligten handhabbar ist. Der Gesetzgeber greift allerdings in anderen steuerlichen Tatbeständen auf eine Fünf-Jahres-Frist zurück, da er diese offenbar als für den Steuerpflichtigen und die Finanzverwaltung handhabbar und zumutbar erachtet (bspw. § 8c Absatz 1 KStG, § 17 Absatz 1 EStG, § 18 Absatz 3 UmwStG, § 6 Absatz 3 EStG). In der Praxis erweisen sich allerdings bereits die Fünf-Jahres-Fristen aufgrund der Dynamik des globalen wirtschaftlichen Umfelds oftmals schon als nicht mehr zu überwachen. Eine Verlängerung auf zehn Jahre ist daher problematisch. Denn in einer immer schnelllebigeren Zeit bedarf es der unternehmerischen Handlungsfähigkeit, um auf veränderte Bedingungen reagieren zu können. Eine zehnjährige Frist zementiert jedoch eine unternehmerisch getroffene Entscheidung aufgrund der hohen drohenden grunderwerbsteuerlichen Belastung. Dies gilt erst recht im Falle einer Frist von 15 Jahren.

Ferner gilt zu bedenken, dass die Unternehmen die unmittelbaren und komplexen mittelbaren Beteiligungsketten für diesen Zeitraum überwachen müssen; der detektivische Aufwand für die Unternehmen würde angesichts der täglich rollierenden Situation somit erheblich gesteigert. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass auch die Finanzverwaltung diesen Verwaltungsaufwand aufgebürdet bekäme. Insgesamt wäre dies insofern kontraproduktiv zu der ansonsten grundsätzlich politisch gewollten und begrüßenswerten Absicht der Entbürokratisierung.

Petitur:

- Auf eine Verlängerung der Fristen sollte verzichtet werden. Lediglich im äußersten Falle wäre eine Verlängerung der Fristen vertretbar, wobei hierdurch jedoch keine (auch keine sogenannte „unechte“) Rückwirkung erfolgen darf.

IV. Absenkung der 95%-Grenze in allen Ergänzungstatbeständen auf 90%

In allen Ergänzungstatbeständen soll die relevante Beteiligungshöhe von aktuell 95% auf nunmehr 90% reduziert werden.

Anmerkungen:

Das Wesen der Grunderwerbsteuer ist die steuerliche Belastung eines Grundstückswechsels zwischen verschiedenen Rechtsträgern. Zusätzlich den Wechsel im Gesellschafterbestand des Rechtsträgers der grundbesitzenden Gesellschaft (Share Deals) der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen, geht somit über das originäre Wesen der Grunderwerbsteuer hinaus. Um allerdings Steuergestaltungen mittels Einschalten einer Personengesellschaft bzw. Kapitalgesellschaft zu verhindern, hat der Ergänzungstatbestand des § 1 Absatz 3 GrEStG in seiner ursprünglichen Fassung auch Anteilsvereinigungen erfasst, wenn 100% der Anteile betroffen waren. Dabei geht es laut Bundesfinanzhof in § 1 Absatz 3 GrEStG nicht um die Besteuerung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge, sondern fingierte Grundstückerwerbe.

Das Grunderwerbsteuerrecht knüpft somit originär an den zivilrechtlichen Erwerb eines Grundstücks an. Im Falle eines Share Deals gehen zwar die Anteile der Gesellschaft an einen neuen Eigentümer, der Eigentümer des Grundstücks bleibt jedoch unverändert die bestehende Gesellschaft. Die Entscheidung des Gesetzgebers, unterhalb der ursprünglichen 100%-Beteiligungen auch Share Deals ab Beteiligungshöhen von 95% grunderwerbsteuerlich zu erfassen, stellt somit bereits jetzt eine gesetzessystematisch nicht nachvollziehbare Ausweitung des Grunderwerbsteuerrechts dar. Für die Herabsetzung von 100% auf 95% gibt es schlechterdings auch keine sachliche Rechtfertigung. Zwar findet sich zur Rechtfertigung vereinzelt die Regelung des § 327a AktG hinsichtlich des Squeeze-Out-Verfahrens wieder. Da es sich hierbei jedoch um eine erst im Nachgang zu diesen Gesetzesänderungen eingeführte Norm handelt, ist diese für eine Rechtfertigung offensichtlich ungeeignet. Es bleibt also festzuhalten, dass die Erfassung von Anteilsübertragungen ab 95% bereits jetzt eine sachlich nicht gerechtfertigte Erweiterung der Grunderwerbsteuer im Wege der Fiktion darstellt. Nun einen Anteilserwerb in Höhe von 90% mit dem zivilrechtlichen Erwerb eines Grundstücks gleichstellen zu wollen, ist unseres Erachtens sachlich keinerlei verfassungsrechtlicher Rechtfertigung mehr zugänglich.

Ferner würde es sich bei der Grunderwerbsteuer bei einer weiteren Absenkung nach unserer Auffassung um eine Kapitalverkehrsteuer handeln, die nach geltendem Gemeinschaftsrecht (2008/7/EG) nicht durch einen Mitgliedstaat allein neu oder wieder eingeführt werden dürfte. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass somit die Verwaltungs- und Ertragskompetenz gemäß Artikel 106 Absatz 1 Nr. 4 des Grundgesetzes beim Bund und nicht bei den Ländern läge.

Abgesehen von der sachlichen Rechtfertigung einer weiteren Absenkung würden bei einer Umsetzung weitere verfassungsrechtliche Problemfelder entstehen. So ist es nach unserer Auffassung nicht zulässig, aus Vereinfachungsgründen für 90% Übertragungen auf 100% der Bemessungsgrundlage abzustellen. Hierdurch erfolgt eine Übermaßbesteuerung.

Schlechterdings potenziert sich dieser Effekt bei mehreren Übertragungsvorgängen zu einer permanenten Übermaßbesteuerung.

Petitum:

- Auf die Absenkung der 95%-Grenze sollte verzichtet werden.

V. Übergangsregelungen

Die Neuerungen sollen gemäß § 23 Absatz 18 GrEStG-E grundsätzlich erstmals auf Erwerbsvorgänge anzuwenden sein, die nach dem 30. Juni 2021 verwirklicht werden. Allerdings wird dieser Grundsatz durch die in den Absätzen 19 bis 24 des § 23 GrEStG-E enthaltenen Übergangsregelungen eingeschränkt, so dass teilweise auch Übertragungen vor dem 1. Juli 2021 bei der Berechnung der Beteiligungsgrenzen zu berücksichtigen sind.

Anmerkungen:

Die Fülle der Übergangsregelungen verdeutlicht zum einen, dass die geplante Neukonzeption der Besteuerung von Übertragungen per se bereits viel zu komplex gestaltet ist. Zum anderen begegnen die Übergangsregelungen aufgrund der zum Teil vorgesehenen Rückwirkung verfassungsrechtlichen Bedenken.

In Fällen gesetzlicher Rückwirkung hat der Gesetzgeber unter Vertrauensschutzgesichtspunkten enge verfassungsrechtliche Grenzen zu beachten. Bei einer Gesamtabwägung zwischen dem enttäuschten Vertrauen des Steuerpflichtigen und dem Gewicht der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt sein. Das Vertrauen in die bestehende Regelung überwiegt u. E. gegenüber den Gründen, die für die Gesetzesänderung sprechen.

Auf der einen Seite steht die zu erwartende hohe wirtschaftliche Belastung des Steuerpflichtigen durch eine in der Vergangenheit – unter geltendem Recht – getroffene Entscheidung. Die Belastung kann bei geltenden Grunderwerbsteuersätzen von bis zu 6,5% dabei erheblich sein. Dabei ist zu erwarten, dass die wirtschaftlichen Folgen nicht allein beim Steuerpflichtigen selbst spürbar sein werden. Insbesondere mit Blick auf mögliche Auswirkungen auf Anlageprodukte aber auch Verteuerung von Baumaßnahmen wäre eine im Vorfeld nicht berücksichtigte wirtschaftliche Belastung geeignet, ungewünschte Auswirkungen auf gesellschaftspolitisch sensible Bereiche zu haben.

Auf der anderen Seite stehen diesen sehr weitreichenden Folgen angedachte gesetzliche Maßnahmen gegenüber, die nicht im Einklang mit dem eigentlichen Zweck stehen und weit überschießend sind, da sie alle immobilienhaltenden Gesellschaften ungerechtfertigter Weise treffen würden.

Insofern können nach unserer Auffassung die Gründe für die Gesetzesänderung den Vertrauensbruch bei den Steuerpflichtigen nicht rechtfertigen. Wir halten daher jegliche Form der Rückwirkung für unzumutbar und somit für verfassungsrechtlich problematisch, weshalb mögliche Änderungen nur für die Zukunft Wirkung entfalten sollten.

Dies wird insbesondere bei einem Blick auf die Verlängerung der Fristen in § 6 Absatz 4 GrEStG-E deutlich. Wenn innerhalb der letzten fünf Jahre z.B. 94% der Anteile an einer grundbesitzenden Personengesellschaft auf einen neuen Gesellschafter übergegangen sind und dem Anteilsverkäufer eine Put Option hinsichtlich der restlichen 6% der Anteile eingeräumt worden ist, die ihn berechtigt, dem Anteilskäufer nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist die restlichen 6% der Anteile anzudienen, löst die Ausübung dieser Put Option zu Lasten des Anteilskäufers aufgrund Anteilsvereinigung wegen der Verlängerung des Vorbehaltsfrist des § 6 Absatz 4 GrEStG-E in voller Höhe Grunderwerbsteuer aus, womit beim damaligen Vertragsschluss (der ggf. fast fünf Jahre zurückliegt) nicht zu rechnen war. Selbst wenn man eine Verfassungskonformität unterstellen würde, kann die im Ergebnis eintretende nachträgliche Grunderwerbsteuerbelastung für eine bereits abgeschlossene Transaktion nicht gewollt sein. Der Anteilskäufer hätte ohne Änderung der vertraglichen Vereinbarungen keinen Einfluss auf das Auslösen des neuen Tatbestandes. Eine Vertragsänderung würde regelmäßig nicht ohne Gegenleistung erfolgen können, so dass in jedem Falle eine wirtschaftliche Belastung einträte. Diese Problematik betrifft insbesondere auch geschlossene Investment-KGen, die in inländische Immobilien investiert sind, und bei denen die Anleger die unerwartete Grunderwerbsteuerbelastung tragen müssten.

Auch die Regelung des § 1 Absatz 2b GrEStG-E sollte nur Wirkung für die Zukunft entfalten. Nach unserem Verständnis ist dies auch gewollt. Nach dem Wortlaut des § 23 Absatz 23 GrEStG-E bleiben Übergänge von Anteilen der Gesellschaft, die vor dem 1. Juli 2021 erfolgen, bei der Anwendung von § 1 Absatz 2b GrEStG-E unberücksichtigt. Dies schließt das Mitzählen von vor dem 1. Juli 2021 erfolgten Anteilsübergängen bei enger Auslegung des Gesetzeswortlauts und Nichtbeachtung der Gesetzesbegründung nur auf der Ebene der unmittelbar an der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft beteiligten Gesellschafter aus. Auf mittelbarer Ebene, also bei den Gesellschaftern der an der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft beteiligten Gesellschafter, würden bei dementsprechend enger Auslegung von § 23 Absatz 23 GrEStG-E in der Vergangenheit erfolgte Anteilsübergänge auf neue Gesellschafter mitgezählt, und das wegen der sog. "Ewigkeitsklausel" in § 1 Absatz 2b Satz 4 GrEStG-E auch noch ohne zeitliche Limitierung, d. h. bis zurück zum Erwerb der betreffenden Immobilie durch die Kapitalgesellschaft. Hier darf kein Mitzählen vor dem 1. Juli 2021 erfolgter Übergänge von Anteilen an Gesellschaften, die unmittelbar oder mittelbar an der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft beteiligt sind, erfolgen. In Konsequenz sollte in diesem Zusammenhang ebenfalls klargestellt werden, dass sämtliche Gesellschafter grundbesitzender Kapitalgesellschaften, die bereits vor dem 1. Juli 2021 unmittelbar bzw. mittelbar an der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft beteiligt waren, als Altgesellschafter zu qualifizieren sind.

Außerdem sollten die im Regierungsentwurf in § 23 Absatz 22 und Absatz 23 jeweils Satz 2 GrEStG-E vorgesehene Übergangsregelungen nicht gestrichen werden, da sich deren Anwendungsbereich gerade noch nicht durch Zeitablauf erübrigt hat. Hintergrund der Regelung ist die Anwendungskonkurrenz von § 1 Absatz 2a GrEStG und § 1 Absatz 2b GrEStG zu § 1 Absatz 3 und Absatz 3a GrEStG. Während § 1 Absatz 2a GrEStG und § 1 Absatz 2b GrEStG-E auf den dinglichen Übergang der Anteile abstellen, können § 1 Absatz 3

GrEStG und wohl auch § 1 Absatz 3a GrEStG bereits bei Abschluss des rechtswirksamen schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts verwirklicht sein. Hier droht eine Doppelbesteuerung in Form der Festsetzung von Grunderwerbsteuer sowohl gegenüber dem Anteilskäufer als auch gegenüber der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft in Fällen, in denen der Kaufvertrag über 95% oder mehr der Anteile an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft durch einen Erwerber vor dem 1. Juli 2021 abgeschlossen wird, das Closing, also die dingliche Übertragung der Rechtsinhaberschaft an den Anteilen, aber erst nach dem 30. Juni 2021 erfolgt, so dass in aktuellen Transaktionen, bei denen der Anfall von Grunderwerbsteuer von den Beteiligten akzeptiert wird, entweder das Closing noch vor dem 1. Juli 2021 erfolgen müsste bzw. das Signing erst nach dem 30. Juni 2021 erfolgen dürfte, was insbesondere dann nicht steuerbar ist, wenn sich die Beteiligten der Problematik nicht bewusst sind. Die bisher in § 23 Absatz 22 und Absatz 23 GrEStG-E geplanten Übergangsregelungen schafften zumindest Rechtssicherheit für die Anteilsgeschäfte, die in dem genannten Jahreszeitraum vor der Zuleitung des Gesetzentwurfs an den Bundesrat abgeschlossen und binnen Jahresfrist nach diesem Zeitpunkt erfüllt wurden, in dem die gesetzliche Änderung auf diese Anteilsgeschäfte nicht anwendbar war. Diese Problematik hat sich allerdings nicht durch Zeitablauf erledigt. Auch wenn seit der Zuleitung des Gesetzentwurfs an den Bundesrat im August 2019 ein langer Zeitraum vergangen ist, so bestehen dennoch in der Praxis eine erhebliche Anzahl von Anteilsgeschäften, bei denen der dingliche Vollzug immer noch nicht eingetreten ist, die aber vor Bekanntwerden der Grunderwerbsteuerreform unterzeichnet worden sind, sog. Forward Deals - i.d.R. aufgrund verschiedener aufschiebender Bedingungen in den Verträgen wie z.B. Genehmigungen durch Baubehörden.

Darüber hinaus sollte sich der Vertrauensschutz auch auf die Rechtsvorgänge erstrecken, die zwischen der Zuleitung des Gesetzentwurfs an den Bundesrat im August 2019 und dem Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens im 2. Quartal 2021 abgeschlossen werden. Auch wenn nunmehr der ursprüngliche Gesetzesentwurf mit wenigen Änderungen im Bundestag verabschiedet wurde, so war aufgrund der ungewöhnlich langen Pause bei diesem Gesetzgebungsverfahren seit Oktober 2019 vollkommen unklar, ob eine entsprechende Reform überhaupt noch umgesetzt werden wird. Die Übergangsregelung sollte daher aus Vertrauensschutzgründen sämtliche Rechtsvorgänge ausnehmen, die vor der Verkündung des Gesetzes im Bundesgesetzblatt rechtswirksam abgeschlossen werden, unabhängig davon, wann diese dinglich vollzogen werden. Nur damit ließe sich unseres Erachtens ein Höchstmaß an Rechtssicherheit für die Praxis erreichen. Anderenfalls würde hier gegebenenfalls nach dem 1. Juli 2021 Grunderwerbsteuer aufgrund einer Regelung anfallen, die bei Abschluss der Verträge noch unbekannt oder zumindest ungewiss gewesen ist. Zumindest sollten Fälle, die vor dem Tag der offiziellen Einbringung des neuen Gesetzgebungsvorschlages in den Bundestag abgeschlossen werden, von der Übergangsregelung erfasst sein.

Petitum:

- Die Anwendbarkeit der Neuregelungen darf sich ausschließlich in die Zukunft richten und darf keine in der Vergangenheit liegenden Anteilsübertragungen miteinbeziehen.

- § 23 Absatz 22 GrEStG sollte wie folgt formuliert werden:

"Bei der Anwendung von § 1 Absatz 2b bleiben Übergänge von Anteilen der Gesellschaft, die vor dem 1. Juli 2021 erfolgen, unberücksichtigt. Unberücksichtigt bleiben auch vor dem 1. Juli 2021 erfolgte Übergänge von Anteilen von Gesellschaften, die unmittelbar oder mittelbar über Personen- oder Kapitalgesellschaften an der Gesellschaft beteiligt sind; die jeweiligen Anteilseigner gelten als Altgesellschafter."

- Die gestrichenen Übergangsregelungen des Regierungsentwurfs in § in § 23 Absatz 22 GrEStG-E und § 23 Absatz 23 GrEStG-E sollten in einer an den zeitlichen Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens angepassten Form wieder aufgenommen werden. Die in Bezug auf § 23 Absatz 22 GrEStG-E noch enthaltene Regelung für Zwecke des § 1 Absatz 2b GrEStG-E ist insoweit unzureichend. Entsprechend sollte in § 23 GrEStG-E noch ein weiterer Absatz mit dem folgenden Wortlaut eingefügt werden:

„§ 1 Absatz 2b GrEStG [neue Fassung] ist nicht anzuwenden, wenn eine Besteuerung nach § 1 Absatz 3 oder Absatz 3a GrEStG [alte Fassung] in Betracht kommt.“

VI. Ausnahmetatbestand für geschlossene Immobilienfonds

Geschlossene Immobilienfonds fallen unter das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) und können ausschließlich in Gestalt einer (Investment-)Kommanditgesellschaft oder einer (Investment-)Aktiengesellschaft aufgelegt werden, vgl. § 139 KAGB. Sie unterliegen im Zeitpunkt des Erwerbs von Immobilien rechtmäßigerweise der Grunderwerbsteuer. Dieser liegt regelmäßig vor dem Zeitpunkt, zu dem Anleger als Kommanditisten bzw. Aktionäre der Investmentkommandit- bzw. -aktiengesellschaft beitreten. Durch den Beteiligungsübergang auf die Anleger während der Vertriebsphase fällt sodann ein weiteres Mal Grunderwerbsteuer an. Um bei geschlossenen Immobilienfonds eine erneute Grunderwerbsteuerbelastung zu vermeiden, behält die den Fonds auflegende Kapitalverwaltungsgesellschaft (KVG) regelmäßig 5,1% der Beteiligung.

Die vorgesehene Absenkung der Beteiligungsquote auf 90% würde zu einer drastischen Erhöhung des durch die KVG investierten Eigenkapitals auf 10,1% führen. Dies würde KVGen zu einer enormen Kapitalbindung zwingen oder aber dazu, die hiermit verbundenen Refinanzierungskosten auf die Anleger umzuleiten. Dies wiederum würde für Privatanleger wie auch für institutionelle Investoren (Versicherungen, Pensionskassen, Versorgungswerke etc.) zu Einbußen in der Rendite des Produktes führen und diese bedeutende Anlageform dadurch deutlich unattraktiver machen.

Geschlossene Immobilienfonds sind voll regulierte Produkte, die durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) genehmigt werden müssen. Die auflegende und verwaltende KVG benötigt ihrerseits eine BaFin-Zulassung und unterliegt der laufenden

Beaufsichtigung. Es gelten somit für geschlossene Immobilienfonds strenge Regularien, die sie von anderen, nicht regulierten Gesellschaften unterscheiden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet der allgemeine Gleichheitssatz aus Artikel 3 Absatz 1 GG, tatbestandlich wesentlich Gleiches rechtlich gleich und wesentlich Ungleiches seiner Eigenart entsprechend rechtlich ungleich zu behandeln. Die strenge Regulierung der geschlossenen Fonds rechtfertigt als Differenzierungskriterium eine Ungleichbehandlung in Form einer Ausnahmeregelung, zumal der Gesetzgeber wohl kaum eine staatlich regulierte Anlageform als typische Gestaltung zur Steuerumgehung erklären kann.

Petitur:

- Für geschlossene Immobilienfonds ist ein Ausnahmetatbestand zu schaffen, durch welchen Anteilsübertragungen der Anleger von der Besteuerung ausgenommen werden.

C. Notwendige Anpassungen im Grunderwerbsteuerrecht

Unabhängig von den vorstehenden angedachten Änderungen des Grunderwerbsteuerrechts ergibt sich bereits aufgrund aktueller Regelungen mangels Praktikabilität in der Praxis Anpassungsbedarf.

I. Anpassung § 1 Absatz 2a GrEStG / mittelbare Beteiligung

Über den Inhalt des Gesetzes hinaus regen wir eine klarstellende Anpassung in § 1 Absatz 2a Satz 4 GrEStG an. Dieser sieht für die Anteilsübertragung bei Beteiligungsketten folgende Regelung vor: „Eine unmittelbar beteiligte Kapitalgesellschaft gilt in vollem Umfang als neue Gesellschafterin, wenn an ihr mindestens 95 vom Hundert der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen.“ Auch der Bundesrat kritisierte diese Regelung in seiner Stellungnahme vom 20. September 2019 (BR-Drs. 355/19) und die Bundesregierung stimmte dem Änderungswunsch in ihrer Gegenäußerung (BT-Drs. 19/13546) uneingeschränkt zu. Wir gehen daher davon aus, dass die Änderung bisher versehentlich unterblieben ist.

Anmerkungen:

Nach unserem Verständnis ergibt sich durch teleologische und systematische Auslegung des Gesetzes, dass der relevante Zeitraum von aktuell fünf Jahren sowohl bei unmittelbaren als auch mittelbaren Anteilsveräußerungen Anwendung findet. Hierzu wurde nun mitunter die Auffassung vertreten, dass der Fünf-Jahreszeitraum für die oben zitierte Regelung der mittelbaren Anteilsübertragung nicht gelten würde.

Im Rahmen von § 1 Absatz 2a GrEStG muss im Falle der mittelbaren Anteilsübertragung somit klargestellt werden, dass der Zeitraum nicht nur für die unmittelbare Übertragung von Anteilen an der grundbesitzenden Gesellschaft gilt, sondern auch für Anteilswechsel einer oberhalb der grundbesitzenden Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligten Kapitalgesellschaft.

Mit dem grunderwerbsteuerlichen Ergänzungstatbestand des § 1 Absatz 2a GrEStG sollen Steuerumgehungen durch Einschaltung von Personen- und Kapitalgesellschaften verhindert werden. Erfasst werden soll jedoch nur die wesentliche Änderung des Gesellschafterbestands innerhalb einer gesetzlich definierten Frist. Aus der Begründung des vorliegenden Gesetzes geht hervor, dass durch die angedachte Anpassung der Anteilsübertragungsfrist in § 1 Absatz 2a GrEStG-E die Gestaltungsspielräume verengt werden sollen, was im Umkehrschluss bedeutet, dass außerhalb dieser Frist Anteilsbewegungen grunderwerbsteuerlich nicht erfasst werden sollen. Für die Gestaltungsplanung muss es für den Steuerpflichtigen klar erkennbar sein, welche gesellschaftsrechtlichen Vorgänge ihm auch in zeitlicher Hinsicht möglich sind, ohne nach der gesetzgeberischen Intention Grunderwerbsteuer entstehen zu lassen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Steuerpflichtige oft weder Einfluss noch Kenntnis über stattfindende und bereits vollzogene mittelbare Anteilsbewegungen hat, muss der zeitliche Faktor klar definiert werden. Wären Anteilsbewegungen auf verschiedenen Beteiligungsebenen zeitlich unterschiedlich oder gar ohne jegliche zeitliche Limitation zu würdigen, würde dies dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwider

laufen, da dies eine unabsehbare Beschränkung der unternehmerischen Freiheit – oftmals ohne Anhaltspunkte für steuermisbräuchliche Gestaltungen – verursachen würde.

Petitum:

- Wir regen an, bezogen auf alle Beteiligungsebenen denselben oder zumindest einen expliziten Zeitraum zu definieren, in welchem der Gesetzgeber einen steuerbaren Grundstückserwerb fingiert.

Formulierungsvorschlag für § 1 Absatz 2a Satz 4 GrEStG:

„Eine unmittelbar beteiligte Kapitalgesellschaft gilt in vollem Umfang als neue Gesellschafterin, wenn an ihr mindestens 95 vom Hundert der Anteile **innerhalb des nach Satz 1 maßgeblichen Zeitraums** auf neue Gesellschafter übergehen.“

II. Anpassung der grunderwerbsteuerlichen Anzeigepflichten

In § 19 Absatz 3 GrEStG ist eine Anzeigepflicht von zwei Wochen ab Kenntnis des anzeigepflichtigen Vorgangs vorgesehen.

Anmerkungen:

Auch ohne die im Gesetz geplanten Anpassungen des Grunderwerbsteuerrechts bestehen für den Steuerpflichtigen und für die Finanzverwaltung bereits in der aktuell gültigen Gesetzesfassung erhebliche Schwierigkeiten bei der Überwachung der mittelbaren Anteilsübertragung im Falle der Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer grundbesitzhaltenden Personengesellschaft und insbesondere bei komplexeren Beteiligungsstrukturen (siehe hierzu Ziffer 3). So ist in § 19 Absatz 3 GrEStG für Fälle des § 1 Absatz 2a GrEStG eine Anzeigepflicht von zwei Wochen ab Kenntnis des anzeigepflichtigen Vorgangs vorgesehen. Bereits jetzt sind in der Praxis die Anteilsbewegungen insbesondere auf den entfernteren Beteiligungsebenen selbst mit immensem Verwaltungsaufwand nicht immer ermittelbar.

Auch der BFH hat die Problematik der zu kurz bemessenen Frist erkannt (vgl. BFH II B 52/04, BStBl. II 2005, 492) und vereinfachte Angaben zur ordnungsgemäßen Anzeige ausreichen lassen. Jedoch schaffen weder diese Vereinfachung, noch die im Einzelfall bestehende Möglichkeit der Fristverlängerung in einer komplexen Beteiligungsstruktur Abhilfe.

Die zu kurz bemessene Anzeigefrist wird umso deutlicher, wenn man auf die Anzeigefrist von drei Monaten im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht blickt. Denn es ist nicht nachvollziehbar, warum für vergleichsweise einfach zu überblickende Schenkungen vom Gesetzgeber drei Monate als angemessene Frist definiert wurden und höchstkomplexe Beteiligungsübertragungen in zwei Wochen anzuzeigen sind.

In diesem Zusammenhang möchten wir auch darauf hinweisen, dass die in der Praxis oft nicht einhaltbare Frist auch aus steuerstrafrechtlicher Sicht ein Problem darstellt. Entsprechend regen wir dringend an, die offensichtlich unzureichende Frist zu korrigieren.

Petitum:

- Ausdehnung der Anzeigefrist in § 19 Absatz 3 GrEStG von zwei Wochen auf drei Monate.

III. Konzernklausel

Die Grunderwerbsteuerbefreiung für konzerninterne Umwandlungen (§ 6a GrEStG) war in der jüngeren Vergangenheit insbesondere deshalb mit Vorsicht zu genießen, da nicht geklärt war, ob es sich um eine Beihilfe nach Artikel 107 AEUV handelt. Hiermit war die Gefahr nachträglicher Grunderwerbsteuerfestsetzungen verbunden. Mittlerweile vertritt sowohl der EuGH als auch der BFH die Auffassung, dass keine staatliche Beihilfe vorliege.

Hinsichtlich der inhaltlichen Kritik an der Konzernklausel hat der BFH mit seiner jüngeren Rechtsprechung bereits dadurch in Teilen Abhilfe geschaffen, dass er die Regelungen der Grunderwerbsteuerlichen Vergünstigung des § 6a GrEStG weit ausgelegt hat. Er tat dies sowohl für den in der Norm verwendeten Begriff des herrschenden Unternehmens als auch für die von der Steuerbegünstigung erfassten Umwandlungsvorgänge. Die obersten Finanzbehörden der Länder haben als Reaktion auf diese Rechtsprechung ihren Erlass zur Anwendung der Konzernklausel aktualisiert. Erfreulicherweise wurden die vom BFH sehr weit ausgelegten Tatbestandsvoraussetzungen auch von der Finanzverwaltung im neuen Erlass aufgenommen. Umstrukturierungen im Konzern werden hierdurch zwar nun aus Grunderwerbsteuerlicher Sicht erleichtert, allerdings gibt es auch weiterhin Einschränkungen.

Vor diesem Hintergrund sollte die Konzernklausel grundlegend überarbeitet werden. Hierbei sollte bedacht werden, dass bei mehrstufigen Kapital- oder Personengesellschaften Umstrukturierungen in der Regel wirtschaftlich oder administrativ motiviert sind. Die hierdurch zufällig bewirkte (mittelbare) Übertragung von Anteilen an Gesellschaften mit inländischem Grundbesitz innerhalb der Gruppe ist mitnichten von steuerlichen Umgehungsgedanken getrieben, fällt aber den nicht zielgenauen geplanten gesetzlichen Maßnahmen zum Opfer.

Petitum:

- Die Konzernklausel sollte grundlegend überarbeitet werden.

D. Die angedachten Änderungen der Grunderwerbsteuer im Gesamtkontext

I. Share Deals stellen keinen Missbrauch dar

Wir weisen darauf hin, dass der Bundesfinanzhof entschieden hat, dass kein Steuerpflichtiger verpflichtet ist, bewusst steuerauslösende Tatbestände zu verwirklichen. Bezüglich des Zurückbehaltens von Gesellschaftsanteilen im Zusammenhang mit Share Deals, hat er sogar explizit ausgeurteilt, dass insofern kein Gestaltungsmissbrauch vorliegt (BFH-Urteil vom 31. Juli 1991 – II R 157/88, BFH/NV 1992, 57). Bei Transaktionen mittels Share Deals handelt es sich somit nicht um eine missbräuchliche Gestaltung, was unseres Erachtens auch darin Ausdruck findet, dass auch die öffentliche Hand Transaktionen auf diesem Wege vorgenommen hat und weiter vornimmt. Deren Bindung an den Grundsatz der Rechtmäßigkeit der Verwaltung, sollte auch vom Bundesgesetzgeber nicht in Frage gestellt werden. Die Forderung des aktuellen Koalitionsvertrages, eine effektive und rechtssichere gesetzliche Regelung umzusetzen, um missbräuchliche Steuergestaltungen bei der Grunderwerbsteuer mittels Share Deals zu beenden, läuft insofern ins Leere. Ein Missbrauch liegt laut höchstrichterlicher Rechtsprechung hier nicht vor, weshalb sich eine Umsetzung der im Gesetz enthaltenen Regelungen nicht aus dem Koalitionsvertrag ergibt. Selbst bei Annahme eines Missbrauchsfalls, wären die angedachten Regelungen – wie oben dargelegt – insbesondere keine rechtssicheren Regelungen. Eine Umsetzung würde somit über die im Koalitionsvertrag verankerten Vorhaben hinausgehen.

Die dargestellten immensen Praxisprobleme, die sich aus der Gesetzesänderung ergäben, lassen sich noch nicht mal durch einen positiven fiskalischen Effekt rechtfertigen. Gemäß der Begründung des dem Gesetz vorausgegangen Referentenentwurfs ergeben sich aus der geplanten Anpassung der grunderwerbsteuerlichen Vorschriften keine Steuermehreinnahmen. Sofern keine zusätzlichen Steuereinnahmen zu erwarten sind, ist aus unserer Sicht auch die gesetzgeberische Intention der Missbrauchsbekämpfung nicht mehr nachvollziehbar, da offensichtlich nicht erwartet wird, bisher vermiedene Steuern einzunehmen. In diesem Zusammenhang weist das Gesetz auch darauf hin, dass eine konkrete Bezifferung der Mindereinnahmen mangels Daten nicht erfolgen kann.

II. Vorteile von Share Deals im Immobiliensektor

Ein Vorteil des Share Deals liegt beispielsweise darin, dass sichergestellt werden kann, dass die schuldrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zum Fortbetrieb der Immobilie (z. B. Betreiberverträge) auf den Erwerber übergehen. Insbesondere bei Gewerbeimmobilien stellt dieser Gesichtspunkt eine wesentliche Motivation für die Übertragung mittels Share Deal dar. Der Fortbestand schuldrechtlicher Beziehungen schließt im Übrigen Arbeitsplätze mit ein, die mit dem Betrieb großer oder komplizierter Immobilien verbunden sind.

Ferner ist es beispielsweise im Rahmen von Projektentwicklungen regelmäßig sinnvoll, dass der Projektentwickler beim Verkauf zu einem geringen Teil an der Gesellschaft beteiligt bleibt,

damit sichergestellt werden kann, dass auch der Projektentwickler die wirtschaftlichen Risiken aus der Projektentwicklung zu tragen hat.

Ebenso darf man den Status quo der grunderwerbsteuerlichen Behandlung von Share Deals hinsichtlich der Wirkung für einen funktionierenden Immobilienmarkt nicht verkennen: Wir leben in einer arbeitsteiligen Wirtschaft. Das Bild, dass ein Unternehmen eine Immobilie erwirbt und dann jahrzehntelang unverändert nutzt, trifft insbesondere für Gewerbeimmobilien nicht zu. Projektentwicklung, Entwicklung im Bestand, Bestandsverwaltung sind unterschiedliche Expertise-Bereiche. Es ist notwendig, dass Eigentümer mit unterschiedlicher Expertise aktiv werden können. In der Praxis erfolgt der Kauf des Grund und Bodens oftmals durch einen ersten Investor, der die Baugenehmigungen einreicht und nach der Aufteilung einen Teil – beispielsweise ab dem 2. Obergeschoss – an einen spezialisierten Wohnraum-Entwickler weiterverkauft. Der Entwickler verkauft sodann die Wohnungen an den Endigentümer der die eingepreiste doppelte Grunderwerbsteuer trägt. Die Grunderwerbsteuer wirkt in diesen Fällen verteuernd. Mit Blick auf den dringend benötigten bezahlbaren Wohnraum und die für die Stadtentwicklung wichtige Versorgung mit Gewerbeimmobilien wäre eine zusätzliche Belastung mit Grunderwerbsteuer fatal. Sie würde langfristig in diesem Bereich volkswirtschaftlichen Schaden anrichten.

Projektentwickler beispielsweise kaufen Grundstücke mit oder ohne Bebauung und entwickeln – wie auch politisch gewünscht – schnellstmöglich das Projekt. Damit weitere Projekte verwirklicht werden können, muss gebundenes Kapital für neue Projekte verfügbar gemacht werden. Dies gilt auch bei Forward Deals, die regelmäßig in Form eines Share Deals vorgenommen werden und der Absicherung konjunktureller Schwankungen dienen. Findet hier eine zusätzliche steuerliche Belastung von Share Deals statt, wird die zweite Grunderwerbsteuer eingepreist und das Entwickeln von Wohn- und Gewerbebaum wird weiter verteuert. Die augenblickliche Gesetzeslage bietet eine Möglichkeit, diesen sicherlich ungewollten Effekt der Doppelbesteuerung zu vermeiden.

Auch bei geschlossenen Immobilienfonds spielt eine solche Doppelbesteuerung eine Rolle. Eine erweiterte grunderwerbsteuerliche Belastung von Share Deals hätte negative Auswirkungen auf diese mittelbaren Beteiligungen an einer Immobilie über einen geschlossenen Immobilienfonds. Denn für geschlossene Immobilienfonds, die ebenfalls eine wichtige Investorengruppe der deutschen Immobilienwirtschaft darstellen, ergibt sich ebenfalls typischerweise die Situation einer zeitnahen zweifachen Übertragung: Kapitalverwaltungsgesellschaften erwerben zunächst eine geeignete Immobilie; dieser Erwerbsvorgang löst eine erste Grunderwerbsteuerzahlung aus. Durch die Veräußerung der Anteile an die Anleger würde nun eine zweite und somit doppelte Grunderwerbsteuerlast ausgelöst, wenn mindestens 95% der Anteile ausgegeben werden. Die doppelte Entstehung von Grunderwerbsteuer lässt sich hier aktuell dadurch abwenden, dass der Initiator noch für hinreichend lange Zeit zu mehr als fünf Prozent beteiligt bleibt. Hier würde die vermeintliche Lösung der Absenkung der Beteiligungsgrenze auf Seiten der Kapitalverwaltungsgesellschaft zu einer sehr hohen Kapitalbindung führen, sodass diese Strukturen für geschlossene Investmentvermögen zur Investition in die Assetklasse Immobilie für Anleger unattraktiv

werden könnten. Es ist zu befürchten, dass Anlegern diese Form der indirekten Immobilieninvestition nicht mehr zur Verfügung gestellt werden kann. Im Ergebnis würden die Kapitalverwaltungsgesellschaften vermehrt Investmentvermögen anbieten, bei denen die Immobilien während der Platzierungsphase noch nicht feststehen (sogenannte „blind pools“). Es ist aber gerade wesentlicher Charakter dieser Investitionsart, dass die Anleger von vornherein wissen, in welche konkreten Anlagegegenstände sie investieren.

III. Weit überschießende Wirkung und Schädigung des Wirtschaftsstandorts Deutschland

Im Falle der Umsetzung der diskutierten Ausweitung, würde im Ergebnis nicht nur der dringend benötigte Wohnungsbau verteuert werden. Vielmehr erzielen die angedachten Maßnahmen eine eindeutig überschießende Wirkung, wodurch im Ergebnis nicht nur die Immobilienwirtschaft, sondern alle Wirtschaftszweige betroffen wären. Ferner würden Konzernumstrukturierungen hierdurch immer weiter erschwert.

Bereits aktuell geht Deutschland bei der Besteuerung von Share Deals mit Grunderwerbsteuer einen Sonderweg. So erheben wirtschaftlich bedeutende Länder in Europa wie Spanien, Schweden, Norwegen, Großbritannien, Irland, Italien, Luxemburg und Dänemark überhaupt keine Grunderwerbsteuer auf Anteilstransfers oder Anteilsvereinigungen. In Frankreich und den Niederlanden gibt es ein wesentlich einfacheres System, das sich auf reine Grundstücksgesellschaften beschränkt, bei dem die Steuerbeträge wegen niedrigerer Steuerbemessungsgrundlagen und/oder Steuersätze geringer sind. Österreich beispielsweise erhebt 0,5% auf Share Deals und stellt Konzernsachverhalte steuerfrei. Insbesondere indirekte Anteilsbewegungen in einem rollierenden Zehn-Jahreszeitraum, d.h. mit täglicher Neuberechnung, zu erfassen, ist anderen Besteuerungsregimen fremd. Eine Umsetzung der Maßnahmen würde schlechterdings dafür sorgen, dass Deutschland als Wirtschafts- und Investitionsstandort unattraktiver würde.