

**Stellungnahme**

der

**Initiative Deutsche Wohnimmobilien-REITs (IDWR)**

**zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung  
„Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2013“ (BT-Drs. 17/10000)  
unter Einbeziehung der Stellungnahme des Bundesrates und  
Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drs. 17/10604 )**

**anlässlich der öffentlichen Anhörung  
vor dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestages**

**am 26. September 2012**

---

**c/o Dr. Carls Consulting**

Mittelstraße 55 · 10117 Berlin

Tel. 0 30 / 22 48 87 12 · Fax 0 30 / 22 48 82 94 · [Info@carls-consulting.de](mailto:Info@carls-consulting.de)

---

**Inhalt:**

I.	Die IDWR	S. 3
II.	Allgemeines	S. 3
III.	Zu Nr. 62 der Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drs. 302/12 [Beschluss]): Vermeidung von RETT-Blocker-Strukturen in GrEStG	S. 7
1.	Kein Anfall von Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 2a <u>oder</u> Abs. 3 GrEStG	S. 7
2.	Wirtschaftliche Betrachtungsweise gegen RETT-Blocker-Strukturen?	S. 8
3.	"Durchrechnen" zur Durchbrechung der Sperrwirkung einer Komplementär-GmbH in RETT-Blocker-Strukturen	S. 9
4.	Völlige Aufgabe des grunderwerbsteuerlichen Zweckbegriffs der "mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes"?	S. 12
5.	Keine "kleine" oder "große" Neuregelung der Ergänzungstatbestände bei Anteilsverschiebungen im GrEStG	S. 13
6.	Eliminierung der Sperrwirkung von Komplementär-GmbHs als Überschreitung der europarechtlichen Norm des Ausnahmetatbestandes für die Grunderwerbsteuer in § 4 Nr. 9 Buchstabe a UStG?	S. 14
IV.	Zu Nr. 46 der Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drs. 302/12 [Beschluss]): Änderung des Umwandlungsteuergesetzes	S. 16
1.	Problem einer Verhinderung der Verrechnung mit positiven Einkünften der übertragenden Gesellschaft durch Ergänzung von § 2 Abs. 4 UmwStG	S. 17
2.	Die allgemeine Anforderung, Umwandlungen steuerlich nicht schlechter zu stellen als Erwerbe	S. 18
V.	Gesetzliche Regelung des Zwischenerwerbs von Anteilen an einer Gütergesellschaft zum Zwecke von Kapitalmaßnahmen (IPO, Erstnotierung, Kapitalerhöhungen)	S. 21

## I. Die IDWR

Die IDWR ist ein im Dezember 2004 gegründeter Zusammenschluss von großen ehemals gemeinnützigen Wohnungsunternehmen, die mehr als 950.000 eigene Wohnungen bewirtschaften. Mitglieder der IDWR sind große kommunale, industrieverbundene sowie bankengestützte Wohnungsunternehmen.

## II. Allgemeines

1. Vor allem durch die Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drs. 302/12 [Beschluss]) hat das Jahressteuergesetz 2013 einen starken Schwerpunkt in der Unternehmensbesteuerung, insbesondere der Konzernbesteuerung, erhalten. Dies gilt vor allem, nachdem die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zugesagt hat, eine Reihe der vom Bundesrat geforderten Regelungsinhalte im Zusammenhang mit dem Jahressteuergesetz 2013 zu prüfen.

Die Unternehmen der IDWR sind besonders durch die Forderungen des Bundesrates betroffen, sog. **RETT-Blocker-Strukturen** künftig zu unterbinden (BR-Drs. 302/12 [Beschluss], Nr. 62). RETT-Blocker-Strukturen werden als zwischen Konzernspitzen und Konzerngesellschaften mit Grundeigentum eingeschaltete GmbH & Co. KGs gebildet, um zu verhindern, dass Anteilsverschiebungen in der Konzernspitze zu einem Anfall von Grunderwerbsteuer führen. Ohne eine solche Abschirmung würden entsprechende Anteilseignerwechsel oder Ausgliederungen von Teilen eines Konzerns für die Veräußerung kaum möglich sein.

Bis zum jetzigen Zeitpunkt liegt ein entsprechender Gesetzgebungsvorschlag noch nicht vor. Unsere Stellungnahme beruht zu einem ganz überwiegenden Teil auf der Stellungnahme, die am 07.08.2012 an die zuständigen Referatslei-

ter oder Referenten im Bundesministerium der Finanzen und der Finanzministerien der Bundesländer versandt worden ist. Die Darstellung ist über weite Teile sehr technisch, weil in der Stellungnahme des Bundesrates RETT-Blocker-Strukturen als "Gestaltungsmodelle" bezeichnet werden, die der Grunderwerbsteuerbelastung beim Eigenheimerwerb einfach gegenübergestellt werden.

Unsere Stellungnahme soll zeigen:

- dass mit der Stellungnahme des Bundesrates allgemein eine besondere grunderwerbsteuerliche Eingriffsschwelle bei mittelbaren Anteils- bzw. Beteiligungsverschiebungen bei Gesellschaften mit Grundeigentum, insbesondere die gesellschaftsrechtlichen Ergänzungstatbestände § 1 Abs. 2a GrEStG (für Personengesellschaften) und § 1 Abs. 3 GrEStG (für Kapitalgesellschaften), in Frage gestellt werden;
- dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Grunderwerbsteuerrecht, das in hohem Maße an das Zivilrecht angelehnt ist, besonderes achtam durch entsprechende gesetzliche Grundlagen für die gemeinten Fallgestaltungen eingeführt werden muss und dass dabei auf die wirtschaftliche Funktion von zwischengeschalteten Gesellschaften im Konzernverbund geachtet werden muss;
- dass das alternative und vermutlich in der Diskussion unter den Bundesländern auch favorisierte Modell eines Durchrechnens der Anteile über mehrere Konzernebenen (Multiplikation der Anteile über die Anteils-kette) wahrscheinlich eher mehr Fälle aus der Grunderwerbsteuer herausnimmt als in diese einbezieht;
- dass europarechtlich vom EuGH der Begriff des "Anteils" auch für Komplementäre in GmbH & Co. KGs so festgelegt worden ist, dass die-

ser Terminus erklärtermaßen der Disposition des nationalen Gesetzgebers für Verkehrssteuern nicht mehr unterliegt.

Diese Überlegungen sprechen eindeutig dafür, der Forderung des Bundesrates nicht nachzukommen.

Soweit die Diskussion sich um "kleine" (auf REIT-Blocker-Strukturen beschränkte) oder "große" (durch § 1 Abs. 3 GrEStG auch Kapitalgesellschaften einbeziehende) Regelungsvorschläge dreht, durch die unmittelbare oder mittelbare Anteile bzw. Beteiligungen zusammengezogen werden, ergeben sich u. E. in jedem Fall Folgen, die die Ergänzungstatbestände des Grunderwerbsteuerrechts für die Besteuerung von Anteils- bzw. Beteiligungsverschiebungen bei grundstücksverwaltenden Gesellschaften insgesamt in Frage stellen.

Wir möchten diesbzgl. besonders auf die **Anwendung von § 6a GrEStG** verweisen. Bei dieser durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz eingeführten Vorschrift zur Verschonung bestimmter Umwandlungen in einem Konzern, hat die Entscheidung, auf welcher Ebene die beherrschende Gesellschaft anzusetzen ist (§ 6a Satz 4 GrEStG), sehr weitreichende fiskalische Folgen, weil sich die bisherige Abgrenzung von 95% des Kapitals oder Gesellschaftsvermögens über die Anteilskette nicht mehr aufrechterhalten lässt.

2. Der zweite Punkt unserer Stellungnahme betrifft die Forderungen des Bundesrates, **§ 2 Abs. 4 UmwStG so zu ergänzen, dass auch positive Einkünfte des übertragenden Rechtsträgers nicht mit Verlusten beim übernehmenden Rechtsträger verrechnet werden dürfen**. Unserer Ansicht nach wird hier die Tendenz fortgesetzt, Umwandlungen, insbesondere Verschmelzungen, schlechter zu behandeln als Erwerbsvorgänge (§ 8c KStG). **§ 2 Abs. 4 UmwStG**

würde aus dem Regelungszusammenhang mit § 8c KStG, der überhaupt erst mit dem Jahressteuergesetz 2009 hergestellt worden ist, gelöst.

Wir bemängeln insbesondere, dass von Seiten der Arbeitsgruppe der Finanzverwaltung in dem Bericht "Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung" für den Finanzausschuss des Deutschen Bundestages (September 2011) eine angemessene Evaluierung gar nicht vorgelegt worden ist. Vor allem jedoch werden die wirtschaftlichen Aspekte im Vergleich zwischen Erwerbsvorgängen und Umstrukturierungen dadurch geradezu außer Acht gelassen, dass in dem Bericht auf einen aussagekräftigen internationalen Vergleich verzichtet worden ist. Dabei stand ein derartiger Vergleich von anderer Seite detailliert zur Verfügung (s. Punkt IV.2.).

Insbesondere verweist die Stellungnahme der IDWR auch darauf, dass wirtschaftlich sehr bedeutsame Probleme in Unternehmenskaufverträgen (Earn-out-Klauseln; vororganschaftliche und organschaftliche Mehrabführungen) nicht durch die Ungleichmäßigkeit der Verlustverrechnung bei Erwerben einerseits und bei Umwandlungen andererseits vertieft werden dürfen. Wirtschaftlich ist es zudem zweckwidrig, wenn aufgeblähte Konzernstrukturen beibehalten werden, weil Umwandlungen aus steuerlichen Gründen unterbleiben.

3. Im dritten Punkt der Stellungnahme regt die IDWR an, **die Rolle von Zwischenerwerben, insbesondere von Emissionsbanken, bei Kapitalmaßnahmen wie IPOs, Erstnotierungen und Kapitalerhöhungen in § 8c KStG gesetzlich zu regeln**. Die bisherige Verwaltungsauslegung ist auf IPOs beschränkt und in der wirtschaftlichen Abgrenzung so unzutreffend, dass Vertragsgestaltungen unsicher im Hinblick auf Besteuerungsfolgen nach § 8c KStG bleiben.

Die Thematik ist wegen der veränderten Kapitalstruktur von Unternehmen, die Eigenkapital anstelle von Fremdkapital bevorzugen, von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Die offenkundige Schwäche der geltenden Regelung kann vom Gesetzgeber leicht behoben werden.

### **III. Zu Nr. 62 der Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drs. 302/12 [Beschluss]): Vermeidung von RETT-Blocker-Strukturen in GrEStG**

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Jahressteuergesetzes 2013 an die Bundesregierung die Aufforderung gerichtet, "Lösungsvorschläge zur Vermeidung von Gestaltungsmodellen mit sogenannten RETT-Blocker-Strukturen in der Grunderwerbsteuer" auszuarbeiten.<sup>1</sup>

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zugesagt, dieser Bitte um Prüfung nachzukommen.

#### **1. Kein Anfall von Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 2a oder Abs. 3 GrEStG**

Alle Unternehmen der IDWR weisen infolge des Erwerbs von größeren Wohnungsbeständen über mehrere Jahrzehnte hinweg komplexe Konzernstrukturen auf. In diesen werden durchweg auch klassische RETT-Blocker-Strukturen genutzt, um mithilfe von GmbH & Co. KGs die grundstücksbesitzenden Untergesellschaften gegen ansonsten möglicherweise Grunderwerbsteuer auslösende Beteiligungsverschiebungen bei der Obergesellschaft des Konzerns abzuschirmen. Dem Zweck nach vergleichbare Strukturen mit Kapitalgesellschaften, die an einer Immobilien-Kapitalgesellschaft zu 5,1% beteiligt sind, findet man ebenso. Das hängt damit zusammen, dass in zahlreichen Untergesellschaften Wohnungsbestände von der öffent-

---

<sup>1</sup> BR-Drs. 302/12, Nr. 62.

lichen Hand gekauft worden sind, deren Eigenständigkeit zur Absicherung von langfristigen Veräußerungsverboten oder Vorkaufsrechten der Mieter nicht angetastet werden darf. Bei beiden gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen zur Vermeidung von Grunderwerbsteuer (durch GmbH & Co. KGs; durch mit 5,1% beteiligte Kapitalgesellschaften) gibt es solche, bei denen bei der Eingliederung von Wohnungsbeständen bereits Grunderwerbsteuer angefallen ist und ebenso solche, bei denen das nicht der Fall ist.

Werden nachträglich Zwischenstrukturen gegen den Anfall von Grunderwerbsteuer geschaffen, so werden natürlich regelmäßig GmbH & Co. KGs verwendet. Die Unternehmen machen es sich dabei zunutze, dass die Komplementärin im Extremfall, der allerdings in der Praxis selten ist, gar nicht vermögensmäßig beteiligt sein muss und dennoch, sofern Konzerngesellschaften als Kommanditist bzw. Kommanditisten nicht auch zumindest zu 95% an der Komplementär-GmbH beteiligt sind, die der GmbH & Co. KG zugehörigen Grundstücke grunderwerbsteuerrechtlich nicht dem Kommanditisten zugerechnet werden.<sup>2</sup>

## **2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise gegen RETT-Blocker-Strukturen?**

Die Wiederbelebung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zur wesentlichen Änderung des Gesellschafterbestandes, wie sie durch das Jahressteuergesetz 1997 in § 1 Abs. 2a GrEStG eingeführt worden ist,<sup>3</sup> muss wohl nicht befürchtet werden. Diese Regelung ist ja bereits durch Art. 15 des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 als nicht rechtssicher aufgehoben worden.<sup>4</sup>

Mit der jetzt diskutierten wirtschaftlichen Betrachtungsweise, mit deren Hilfe § 1 Abs. 2a GrEStG so ausgelegt werden könnte, dass eine wertmäßige Beteiligung von mehr als 5% auch der Komplementär-GmbH zu fordern wäre, steht es jedoch nicht

---

<sup>2</sup> Vgl. Wischoll/Schönweiß/Fröhlich, Grunderwerbsteuerliche Gestaltungsmöglichkeiten durch wechselseitige Beteiligungen: Wirtschaftliche oder rechtliche Betrachtungsweise im Rahmen der Übertragungsfiktionen?, DStR 2007, S. 833 ff. [S. 836].

<sup>3</sup> BGBl. I 1996, S. 2049.

<sup>4</sup> S. Bericht und Beschlussempfehlung BT-Drs. 14/443 vom 03.03.1999, S. 42.

besser. Denn es scheint mehr als zweifelhaft zu sein, ob ein solches Merkmal sich noch im Rahmen der Übertragungsfiktion wie das geltende Recht hält. In § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG hat der Gesetzgeber unter der Vorgabe, dass der vermögensmäßige Anteil von 5% vernachlässigbar sein soll, die Parallelität von gesellschaftsrechtlichen und sachenrechtlichen Folgen festgelegt.<sup>5</sup>

Bei der zusätzlichen Anforderung, die Komplementär-GmbHs den KGs vermögensmäßig gleichzustellen, wird jedoch sehr weitgehend in die Funktionsweise von GmbH & Co. KGs eingegriffen. Die Anforderung geht auf jeden Fall in den Fällen zu weit, in denen eine GmbH als Komplementärin mehrerer GmbH & Co. KGs fungiert. Zumindest in diesen Fällen kann nicht typisierend vorausgesetzt werden, dass die mittelbare Beteiligung von den Kommanditisten ausschließlich als ein grunderwerbsteuerliches Gestaltungsinstrument genutzt wird.<sup>6</sup> Durch die Beziehung der Komplementär-GmbH zu ihrer KG entsteht jedenfalls bei dieser gesellschaftsrechtlichen Fallgestaltung ein eigener Konzernsachverhalt,<sup>7</sup> den die dargelegte "wirtschaftliche Betrachtungsweise" missachten würde.

### **3. "Durchrechnen" zur Durchbrechung der Sperrwirkung einer Komplementär-GmbH in RETT-Blocker-Strukturen**

Die durch die Verfügungsbeschränkungen bei Anteilen am Gesamthandsvermögen von Personengesellschaften (§ 719 BGB) bedingte Problematik kann vermieden werden, indem eine Gesetzesänderung rein formal auf das Durchrechnen von Anteilen beschränkt würde. Insbesondere im Hinblick auf eine vermögensmäßig nur geringfügig beteiligte Komplementär-GmbH würde der Anteil von 5,1% das Entstehen einer grunderwerbsteuerlichen neuen Gesellschaft nicht mehr blockieren.

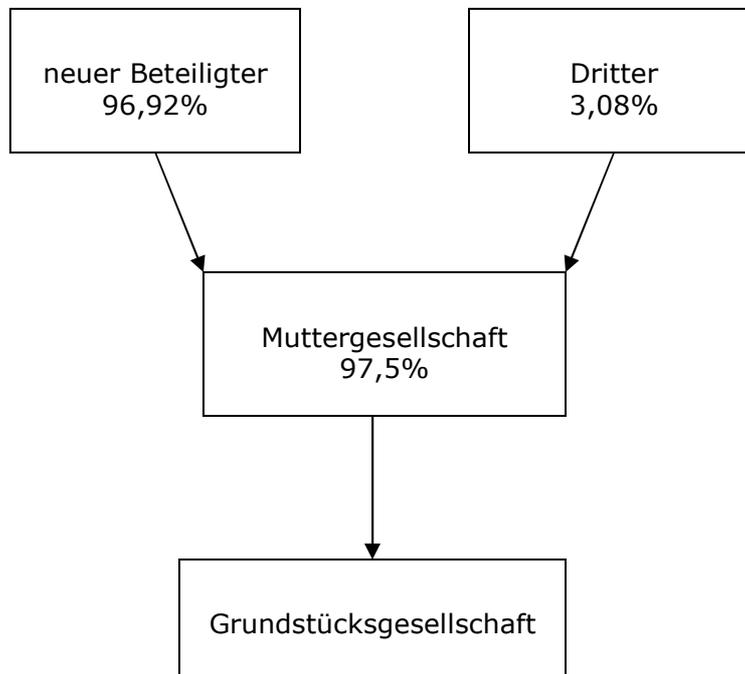
<sup>5</sup> Vgl. Fischer, "Wirtschaftliche Betrachtungsweise" als gesetzliches Tatbestandsmerkmal der Grunderwerbsteuer - § 1 Abs. 2a Satz 2 GrEStG ist verfassungswidrig unbestimmt, DStR 1997, S. 1745 ff. [S. 1749].

<sup>6</sup> Vgl. Wiese, Die Gesamthand im Grunderwerbsteuerrecht, Witten 2003, S. 125.

<sup>7</sup> Vgl. K. Schmidt, Abhängigkeit, faktischer Konzern, Nichtaktienkonzern und Divisionalisierung im Bericht der Unternehmensrechtskommission, ZGR 1981, S. 455 ff. [S. 478]; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 9. Aufl. München 2008, S. 511 m.w.N.

Der BFH hat sich allerdings in seiner jüngsten Rechtsprechung deutlich von dieser Sichtweise entfernt, indem er die Vorschrift zur Gesamthand in § 6 Abs. 3 GrEStG auch für einen über eine zwischengeschaltete Personengesellschaft allein beteiligten Gesellschafter bei der Anwendung von § 1 Abs. 2a GrEStG unmittelbar zugrunde gelegt hat<sup>8</sup>.

Vor allem muss jedoch beachtet werden, dass für den Fall, dass ein solches Durchrechnen zur Grundlage der grunderwerbsteuerlichen Sachverhaltsbewertung herangezogen würde, bei vielen bisher Grunderwerbsteuer auslösenden Fallgestaltungen künftig der Anfall von Grunderwerbsteuer vermieden würde. Ein entsprechendes Urteil des FG Münster<sup>9</sup> ist zwar vom BFH<sup>10</sup> mit dem Hinweis aufgehoben worden, dass infolge der Dogmatik des Rechtsträgerwechsels eine Beteiligungsquote von 95% auf jeder Konzernstufe ausreichend ist (Tz. 14).



<sup>8</sup> BFH, Urteil vom 29.02.2012, II R 57/09, Tz. 23; s. auch Heine, Immer nur Probleme mit § 1 Abs. 2 a GrEStG, UVR 12/2007, S. 375 ff. [S. 377 f.].

<sup>9</sup> FG Münster, Urteil vom 17.09.2008, VIII K 4659/05.

<sup>10</sup> BFH, Urteil vom 25.08.2010, II R 65/08.

Nach Ansicht des FG Münster muss bei mittelbaren Beteiligungen die Anteilsvereinigung auf der Ebene der Obergesellschaft, statt jeweils auf den Ebenen der Zwischengesellschaften erfolgen. Deshalb ergeben sich mit  $96,92\% \times 97,5\% = 94,49\%$ , so dass bei der neuen Beteiligung keine Grunderwerbsteuerbelastung stattfindet.<sup>11</sup>

Bei einem Systemwechsel durch den Gesetzgeber würden sich jedoch auf jeden Fall künftig völlig neue rechtliche Fallgestaltungen ergeben. Durch das Durchrechnen, so die Befürworter, würde die unterschiedslose Erfassung von unmittelbaren und mittelbaren Anteilsübertragungen realisiert, die der Gesetzgeber im Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002<sup>12</sup> wohl angestrebt, aber gesetzlich nicht erreicht habe.<sup>13</sup>

Das Durchrechnen stößt aber schon auf die Schwierigkeit, dass für die grunderwerbsteuerliche Zuordnung von Grundstücken im Eigentum einer Gesellschaft an einen "neuen" Gesellschafterbestand die unterschiedliche Systematik für Personengesellschaften (§ 1 Abs. 2a GrEStG) und für Kapitalgesellschaften (§ 1 Abs. 3 u. 4 GrEStG) nicht aufgehoben werden kann. Die gesamthänderische Mitberechtigung eines weiteren Gesellschafters für die in § 1 Abs. 2a GrEStG geregelten Fälle steht der grunderwerbsteuerlichen Zuordnung auf einen Gesellschafter entgegen.<sup>14</sup> Die unterschiedliche Funktionsweise der beiden Normen wird daran deutlich, dass die unmittelbare Vereinigung von mindestens 95% der Anteile an einer Personengesellschaft in numerisch einer Hand schlichtweg ausgeschlossen wird, weil § 1 Abs. 3 GrEStG nicht darauf abstellt, welchen Anteil am Vermögen der Gesellschaft – deren Reinvermögen – mit dem Innehaben der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander verbunden ist.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> FG Münster, Urteil vom 17.09.2008, VIII K 4659/05, Tz. 39 ff. [sic!].

<sup>12</sup> BT-Drs. 14/443 vom 03.03.1999, S. 42.

<sup>13</sup> Vgl. schon Schmidt, Grunderwerbsteuer - Quo vadis?, DB 37/1999, S. 1872 ff. [S. 1872 f.]

<sup>14</sup> Vgl. Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, 9. Aufl. Herne 2010, zu § 1 GrEStG, Rdn. 143.

<sup>15</sup> Ebd. Rdn. 142, im Original z. T. fett, mit Hinweis auf die gleichlautenden Ländererlasse vom 26.02.2003, BStBl. I 2003, S. 271, Tz. 7.1.2, Abs. 1.

Darüber hinaus muss man demgegenüber festhalten, dass ein solches Durchrechnen sogar Anreize schaffen würde, die vermögensmäßige Beteiligung von GmbH & Co.-Strukturen auf der obersten Konzernebene zu minimieren. Es würde so das Gegenteil von dem erreicht, was vom Bundesrat offensichtlich angestrebt ist.

#### **4. Völlige Aufgabe des grunderwerbsteuerlichen Zweckbegriffs der "mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes"?**

Unabhängig davon ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die andersartige Behandlung gegenüber dem direkten Grundstückserwerb (die "kleinen" Leute aus Nr. 62, BR-Drs. 302/12) auf jeden Ergänzungsabstand in § 1 Abs. 2a GrEStG und § 1 Abs. 3 GrEStG zutrifft. Komplexe Gestaltungsmodelle im Sinne des Bundesrats-Beschlusses liegen immer dann vor, wenn entweder Anteilsverschiebungen (bei Personengesellschaften), aber auch Beteiligungsveränderungen (bei Kapitalgesellschaften) nicht zur Vereinigung von jeweils 100% in einer Hand führen würden. Dem durch ein grundsätzliches "Durchrechnen" zu begegnen, würde im Extremfall dazu führen, dass jeder Aktienverkauf, für den Fall, dass es sich um eine grundbesitzende Gesellschaft handelt, wie z. B. im Konzern der Allianz SE, Grunderwerbsteuer auslösen würde.

Jedem Ansatz zum Durchrechnen sind in einem funktionsfähigen Grunderwerbsteuerrecht ohnehin sehr enge Grenzen gesetzt, wenn die Rechtsfigur der "mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes" als grunderwerbsteuerrechtlicher Zweckbegriff<sup>16</sup> bewahrt werden soll. Insbesondere verbietet sich eine Beschränkung des Durchrechnens mit dem Zweck, RETT-Blocker-Strukturen zu eliminieren. Vielmehr ist, wenn man sich dieser Problematik annimmt, eine Fülle von grunderwerbsteuerlichen Fragen zu beantworten, etwa zu Sonderkonstellationen gesellschaftsrechtlicher oder schuldrechtlicher Abhängigkeiten.<sup>17</sup> Das gleiche Ergebnis, das in der grunderwerbsteuerlichen Systematik die Unterscheidung von unmittelbaren und mittelbaren

---

<sup>16</sup> Vgl. Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, 9. Aufl. Herne 2010, zu § 1 GrEStG, Rdn. 108.

<sup>17</sup> Ebd. Rdn. 108-114.

Beteiligungen nicht aufgegeben werden darf, ergibt die Gegenprobe, ob nach Maßgabe von § 1 Abs. 3 GrEStG über eine Personengesellschaft die Anteile an einer Kapitalgesellschaft in der Hand des Kommanditisten vereinigt werden können, was grundsätzlich nicht der Fall sein kann.<sup>18</sup>

## 5. Keine "kleine" oder "große" Neuregelung der Ergänzungstatbestände bei Anteilsverschiebungen im GrEStG

Die vom Bundesrat vorangetriebene Diskussion über die "Vermeidung" von RETT-Blocker-Strukturen hat, sofern eine entsprechende gesetzliche Regelung vorgelegt würde, die Schwäche, dass eine "kleine" Lösung, die nur für bestimmte Gestaltungen der RETT-Blocker-Strukturen Geltung haben würde, kaum rechtlich auszugestalten ist. Vielmehr würden – beabsichtigt oder unbeabsichtigt – alle gesellschaftsrechtlichen Ergänzungstatbestände im GrEStG getroffen ("große" Lösung).

**Dahinein einbezogen wird die Verschonungsregel für bestimmte Umwandlungsvorgänge in Konzernen nach § 6a GrEStG.** Rechtlich wie fiskalisch ist es von entscheidender Bedeutung, auf welcher Konzernebene für die Anwendung von § 6a GrEStG die beherrschende Gesellschaft (§ 6a Satz 4 GrEStG) anzusetzen ist. Die Auslegung der Finanzverwaltung, wonach dies "der oberste Rechtsträger (ist), der die Voraussetzung des § 6a Satz 4 GrEStG erfüllt",<sup>19</sup> wird in einem guten Teil der Aufsatzliteratur abgelehnt. Insbesondere ist geltend gemacht worden, dass die Konzernklausel in den Fällen leerliefe, in denen ein Rechtsträger in der Anteilschette einen außenstehenden Gesellschafter mit einem Anteil von bis zu 5% haben würde. Denn dann wäre in der gesamten Anteilschette ansonsten eine Beteiligung von 100% erforderlich.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Vgl. Heine, Besteuerungsnischen im Grunderwerbsteuergesetz, UVR 10/2005, S. 312 ff. [S. 313].

<sup>19</sup> Erlass betreffend Anwendung des § 6a GrEStG vom 01.02.2010, BStBl. I 2010, S. 1321, Tz. 2.2.

<sup>20</sup> Schaflitzl/Stadle, Die Grunderwerbsteuerliche Konzernklausel des § 6a GrEStG, DB 4/2010, S. 185 ff. (S. 186); vgl. auch Wälzholz, GmbH-StB 2010, S. 311; Neitz/Lange, Ubg 2010, S. 17 (S. 21); Behrens, AG 2010, S. 120.

Abgesehen davon ist die Formulierung in Tz. 2.2 des Verwaltungserlasses für sich sehr erläuterungsbedürftig, weil in § 6a GrEStG erstmals ein eigener Verbundbegriff in das Grunderwerbsteuerrecht eingeführt wird. Daraus ergeben sich vielfältige Fragen, inwiefern der Verbund nach § 6a Satz 3 und Satz 4 GrEStG auch auf bestimmten unteren Konzernebenen erfüllt werden kann.

So sehr die aufgeworfenen Fragen spezielle Probleme mit der Auslegung von § 6a GrEStG betreffen, sind die fiskalischen Folgen aus einem Durchrechnen auf verschiedenen Beteiligungsebenen von dieser Vorschrift gar nicht wegzuhalten, wenn die Systematik der gesellschaftsrechtlichen Ersatztatbestände des GrEStG nicht vollständig ruiniert werden soll.

#### **6. Eliminierung der Sperrwirkung von Komplementär-GmbHs als Überschreitung der europarechtlichen Norm des Ausnahmetatbestandes für die Grunderwerbsteuer in § 4 Nr. 9 Buchstabe a UStG?**

Zu überlegen ist, inwiefern eine Eliminierung der Sperrwirkung von Komplementär-GmbHs durch eine "wirtschaftliche Betrachtungsweise" oder ein Modell des Durchrechnens über die Regelung der Ausnahmen, die in der Mehrwertsteuersystem-Richtlinie (MwStSystRL) zugunsten der Erhebung von Grunderwerbsteuer zugelassen sind, hinausgreifen. Auf der einen Seite geht es bei der Nutzung der Befreiungsmöglichkeit nach Art. 135 Abs. 1 Buchstaben j und k sowie Art. 371 in Verbindung mit Anhang X Teil B Nr. 9 MwStSystRL darum, eine Doppelbesteuerung mit Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer zu verhindern. Allerdings ist auf der anderen Seite für Anteilsverschiebungen ohnehin schon ein eigener Befreiungstatbestand in § 4 Nr. 8 Buchstabe f UStG bzw. Art. 135 Abs. 1 Buchstabe b MwStSystRL geregelt.

§ 4 Nr. 9 Buchstabe a UStG zur Befreiung von Umsätzen, die der Grunderwerbsteuer unterfallen, liegt europarechtlich Art. 135 Abs. 1 Buchstabe j MwStSystRL<sup>21</sup> zugrunde. Zwar ist im Hinblick auf den Handel mit Gesellschaftsanteilen auch eigens auf die Befreiungsvorschriften in § 4 Nr. 8 Buchstabe f UStG bzw. Art. 135 Abs. 1 Buchstabe b MwStSystRL abzustellen.<sup>22</sup> Von der Durchbrechung dieser Befreiungsvorschrift für die Besteuerung von Anteilen, deren Besitz rechtlich oder tatsächlich Eigentums- und Nutzungsrechte an einem Grundstück oder Grundstücksteil begründet (Art. 15 Abs. 2 Buchstabe c MwStSystRL), hat jedoch Deutschland wie die Niederlande keinen Gebrauch gemacht.<sup>23</sup>

Insofern ist für das deutsche Besteuerungsrecht jeweils zu überprüfen, ob mögliche Änderungen in den Ersatzvorschriften wie § 1 Abs. 2a GrEStG oder § 1 Abs. 3 und 4 GrEStG einem Geschäft gleichzustellen sind, durch das "eine unbewegliche Sache in das Vermögen eines Erwerbers übergeht" und bei dem die Steuern nicht auf den dieser Sache hinzugefügten Wert, sondern auf den Gesamtwert erhoben wird.<sup>24</sup>

Es ist auch zu beachten, dass eine Umsatzsteuerbefreiung nur dann eintreten kann, wenn UStG und GrEStG deckungsgleich in Bezug auf einen, wenn auch phasenverschobenen Vorgang sind, bei dem die Grunderwerbsteuer nicht Lieferungen sondern Verfügungsrechte belastet.<sup>25</sup>

Der BFH hat die Grunderwerbsteuer als Besitzwechselsteuer bezeichnet,<sup>26</sup> wobei in den gesellschaftsrechtlich geregelten Erwerbstatbeständen "eine dem zivilrechtlichen Eigentum an einem Grundstück vergleichbare Rechtszuständigkeit an dem Gesellschaftsgrundstück"<sup>27</sup> zuwächst. Auch im Hinblick auf § 1 Abs. 2 und Abs. 2a GrEStG

<sup>21</sup> Mehrwertsteuerbefreiung von Gebäuden oder Gebäudeteilen und dem dazugehörigen Grund und Boden oder die Lieferung unbebauter Grundstücke, abgesehen von Gebäuden vor dem Erstbezug und Baugrundstücken im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Buchstaben a und b MwStSystRL.

<sup>22</sup> Vgl. Bodenberger in Weimann/Lang, Umsatzsteuer – national und international, 3. Aufl. Stuttgart 2011, zu § 4 Nr. 9 UStG, S. 596 f.

<sup>23</sup> S. zu Niederlanden: EuGH-Urteil vom 05.07.2012, C-259/11, DStR 29/2012, S. 1440 ff. zu Art. 5 Abs. 3 Buchstabe c 6. MwStSystRL.

<sup>24</sup> EuGH, Beschluss vom 27.11.2008, C-156/08, DStR 5/2009, S. 223 ff.

<sup>25</sup> Möllinger, Inwieweit sind die Steuertatbestände des Umsatzsteuerrechts und des Grunderwerbsteuerrechts deckungsgleich?, DVR 8/1985, S. 314 ff. [S. 114 f.].

<sup>26</sup> BFH, Urteil vom 19.12.2007, II R 65/06, BStBl. II 2008, S. 489 ff., Tz. 14.

<sup>27</sup> Ebd. Tz. 10.

ist der Besteuerungsgegenstand eine der förmlichen Übertragung "im Ergebnis gleichkommende wirtschaftliche Übertragung" eines Grundstücks.<sup>28</sup>

"Anteile"<sup>29</sup> sind dabei, sofern es um Kommanditanteile geht, nicht notwendigerweise in einem Geldwert auszudrücken.<sup>30</sup> Dieser europarechtliche Anteilsbegriff kann durch nationales Recht auch nicht eingeschränkt werden, sondern unterliegt dem europäischen Verkehrssteuerrecht.<sup>31</sup>

Deshalb ist auch für den Anteilsbegriff bei GmbH & Co. KGs, und zwar auch im Hinblick auf die Anteile der Komplementärin, davon auszugehen, dass europarechtlich sachenrechtliche Verfügungsbeschränkungen ebenfalls zu beachten sind. Eine Verfügbarkeit des Grundstücks im Sinne einer förmlichen Übereignung ist deshalb bei RETT-Blocker-Strukturen auszuschließen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Lösungsvorschläge mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als auch auf ein mögliches Durchrechnen. Eine dagegen verstoßende Gesetzgebung, wie sie u. E. im Bundesratsbeschluss angestrebt wird, kann dieses europarechtliche Hindernis im nationalen Recht nicht überwinden.

#### **IV. Zu Nr. 46 der Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drs. 302/12 [Beschluss]): Änderung des Umwandlungsteuergesetzes**

Der Bundesrat schlägt vor, § 2 Abs. 4 UmwStG dahingehend zu ergänzen, dass auch der Ausgleich oder die Verrechnung von positiven Einkünften des übertragenden Rechtsträgers im Rückwirkungszeitraum mit verrechenbaren Verlusten, verbleibenden Verlustvorträgen, nicht ausgeglichenen negativen Einkünften oder einem Zinsvortrag nach § 4h Abs. 1 Satz 5 EStG beim übernehmenden Rechtsträger nicht zulässig sein soll.

---

<sup>28</sup> Ebd. Tz. 19.

<sup>29</sup> Ebd. Tz. 22.

<sup>30</sup> EuGH-Urteil vom 15.07.1982, C-270/81, Tz. 11 u. 18.

<sup>31</sup> Ebd. Tz. 14.

In ihrer Gegenäußerung ist die Bundesregierung neben der Antwort, dass sie den Vorschlag prüfen wird, vergleichsweise ausführlich auf "ungewollte Steuergestaltungen zur Monetarisierung von Verlustvorträgen" eingegangen.

Der Vorschlag des Bundesrates in § 2 Abs. 4 UmwStG wird von der IDWR abgelehnt. **Unserer Ansicht nach ist es auch in dieser Vorschrift steuersystematisch nicht nachvollziehbar und wirtschaftlich schädlich, dass Umwandlungsvorgänge steuerlich schlechter gestellt werden als Erwerbe.**

#### **1. Problem einer Verhinderung der Verrechnung mit positiven Einkünften der übertragenden Gesellschaft durch Ergänzung von § 2 Abs. 4 UmwStG**

Der geltende § 2 Abs. 4 UmwStG ist durch das JStG 2009 vom 19.12.2008 (BGBl. I 2009 S. 74) in das UmwStG eingefügt worden. Durch die Regelung sollte verhindert werden, dass ein Verlust- oder Zinsvortrag, der wegen eines steuerlich schädlichen Beteiligungserwerbs bereits untergegangen war, infolge einer rückbezogenen gewinnrealisierenden Umwandlung nachträglich noch steuerlich genutzt werden kann. Das dies möglich ist, geht auf § 17 Abs. 2 UmwG zurück, wonach eine Verschmelzung beim Registergericht auf der Grundlage einer Bilanz, deren Stichtag bis zu 8 Monate zurückliegen darf, vorgenommen werden kann. Dadurch kann die Umwandlung nachträglich einem steuerlich schädlichen Erwerb nach § 8c KStG zuvor kommen. Der Rückwirkungszeitraum beginnt mit dem steuerlichen Übertragungstichtag.

Allerdings ist durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz die Regelung in § 8c KStG eingeführt worden, wonach Verluste nach § 8c Abs. 1 Satz 6-8 KStG in der Höhe nicht gestrichen werden, bis zu der sie durch aufgedeckte stille Reserven abgedeckt sind. Diese Regelung führt dazu, dass § 2 Abs. 4 UmwStG weitgehend leer-

läuft, weil sich Gestaltungen zur rückwärts gerichteten Verlustnutzung in der Regel erübrigen.<sup>32</sup>

Bisher galt § 8c KStG als die Norm, durch die § 2 Abs. 4 seinen Anwendungsbereich erhält.<sup>33</sup> In der Fassung nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz ist § 8c KStG infolge der Fallgestaltungen zur Sanierung (derzeit wegen Widerspruchs der EU-Kommission nicht angewandt), zur Abschirmung der Verlustvorträge in Höhe der stillen Reserven und im Konzernverbund wieder einer Missbrauchsbekämpfungsvorschrift zumindest angenähert.<sup>34</sup> **Durch den jetzigen Vorschlag des Bundesrates, dem die Bundesregierung offensichtlich in der Zielrichtung zustimmt, würde der Anwendungsbereich von § 2 Abs. 4 UmwStG nicht nur von dem Anwendungsbereich des § 8c KStG gelöst. Vielmehr würden Umwandlungen gegenüber Erwerben systematisch schlechter gestellt.**

## 2. Die allgemeine Anforderung, Umwandlungen steuerlich nicht schlechter zu stellen als Erwerbe

Z. B. dürfte es künftig bei den wirtschaftlich fast unerlässlich werdenden **Earn-out-Klauseln** in einem Unternehmenskaufvertrag auszuschließen sein, dass mit dem Erwerb eine Verschmelzung der erworbenen Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft, als neue Obergesellschaft, vonstatten geht.<sup>35</sup>

Das zweite Problem, das hier kurz angerissen werden soll, betrifft die wirtschaftlich sehr wichtige **Unterscheidung von vororganschaftlich und organschaftlich verursachten Mehrabführungen im UmwStG**. Denn wenn ein Übernahmegewinn, der

<sup>32</sup> Dötsch in Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungsteuerrecht, 7. Aufl. Stuttgart 2012, zu § 2 UmwStG, Rd. 90.

<sup>33</sup> Ebd. Rdn. 103 f. mit Verweis auf § 27 Abs. 1 UmwStG "oder ein anderes die Verlustnutzung ausschließendes Ereignis", es handelt sich in jedem Fall um steuerlich rückbezogene Umwandlungen, was § 8c Abs. 1 KStG voraussetzt; vgl. auch 02.39-02.40 im Erlass zur Anwendung des Umwandlungsteuergesetzes vom 11.11.2011, BStBl. I, S. 1314.

<sup>34</sup> Röder, Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach § 8c KStG, StuW 1/2012, S. 18 ff. (S. 28) m.w.N.

<sup>35</sup> Vgl. zur Bedeutung von Earn-out-Klauseln Blöchle/Dumser, Earn-out-Klauseln in Unternehmensverkaufverträgen, Ubg 2/2012, S. 108 ff. (pass.).

sich häufig durch handelsrechtliche und steuerliche Bewertungsunterschiede infolge von Verlustverrechnungsvorschriften ergibt, vororganschaftlich verursacht sein soll,<sup>36</sup> wäre die Verrechnung mit negativen Einkünften der übernehmenden Gesellschaft blockiert.

Nach Abs. 1 Satz 7 § 8c KStG in der Fassung durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz werden die stillen Reserven entsprechend dem ansonsten schädlichen Erwerb von überggehendem Eigenkapital (anteilig oder zu 100 %) berücksichtigt. Nach Satz 8 gilt bei der Ermittlung der stillen Reserven die umwandlungssteuerliche Rückwirkungsfiktion auf den vorangegangenen Bilanzstichtag (§ 2 Abs. 1 UmwStG) nicht.

Nach der bisherigen Rechtslage werden dadurch Umwandlungen, insbesondere Verschmelzungen, auch wenn sie konzernintern vonstatten gehen, schlechter gestellt als Erwerbe. Dies erscheint schon insofern als nicht verständlich, als das Leitbild des Umwandlungssteuergesetzes nicht mehr die Buchwertanknüpfung ist, sondern die Teilwertverknüpfung (nach dem durch das SEStG neu gefassten § 3 UmwStG). Die Problematik der verloren gehenden Verlustvorträge stellt sich insbesondere bei Verschmelzungen: bei der Verschmelzung auf eine Personengesellschaft entsprechend § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG und dem folgend nach § 12 Abs. 3 UmwStG bei Verschmelzungen einer Kapitalgesellschaft auf eine andere Kapitalgesellschaft. Ebenso kommt es bei einer Aufspaltung zu einem vollständigen und bei einer Abspaltung zu einem quotalen Erlöschen der Verlustvorträge der übertragenden Gesellschaft (§ 15 Abs. 1 u. Abs. 3 UmwStG).

Unseres Erachtens besteht kein Grund, bei Umwandlungen Verluste (einschließlich der bis zum Bilanzierungstichtag nicht ausgeglichenen Verluste) nach Grundsätzen entsprechend der in § 8a KStG eingefügten Vorschriften zu behandeln. Auf keinen Fall sollen Umwandlungsvorgänge jedoch schlechter behandelt werden als Anteilsverschiebungen infolge von Erwerben nach § 8c KStG. Immerhin hat sich der Ge-

---

<sup>36</sup> Lohmann/Heerdt, Die Regelungen zu vororganschaftlich und organschaftlich verursachten Mehrabführungen im neuen Umwandlungsteuererlass, Ubg 2/2012, S. 91 ff. [S. 96 f.].

setzgeber bei § 8c KStG eindeutig von einer "Verlustvernichtungsregelung" gelöst und die Vorschrift wieder als Missbrauchsverhinderungsnorm gefasst<sup>37</sup>.

Leider ist die **Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur "Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung" (Bericht 10.11.2011)** nur auf den Normenbestand im UmwStG zum Wegfall von Verlustvorträgen bei übertragenden Körperschaften eingegangen<sup>38</sup>. Die sehr knappe Evaluierung<sup>39</sup> geht auf die inzwischen bessere steuerliche Behandlung von Erwerbsfällen gar nicht ein. Vor allem ist es völlig unverständlich, warum der internationale Vergleich in Tab. 2 so oberflächlich dokumentiert wird, während anderweitig eine umfangreiche Studie "Verlustberücksichtigung über Grenzen hinweg" (September 2011) vorgelegt worden ist, in deren Teil D<sup>40</sup> detailliert auf die Behandlung von Verlustvorträgen beim Mantelkauf und Umstrukturierungen eingegangen wird. Zweifellos ist diese Studie von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe auch ausgewertet worden, was sich in ihrem Bereich jedoch nicht niederschlägt.

Auch in europarechtlicher Hinsicht ist der Vorschlag des Bundesrates – wie die gesamte Verlustkappung bei Verschmelzungen – abzulehnen. **Die Europäische Kommission hat eine unbeschränkte Fortschreibung von Verlustvorträgen bei Fusionen in den Richtlinienentwurf zur "Gemeinsamen konsolidierten körperschaftssteuerlichen Bemessungsgrundlage" (Art. 71 GKKB) vorgesehen.**

### Vorschläge:

- a) Die vom Bundesrat geforderte Ausweitung von § 2 Abs. 4 UmwG auf die Nichtverrechenbarkeit von positiven Einkünften der übertragenden Gesellschaft ist abzulehnen.

---

<sup>37</sup> Vgl. Suchanek in HHR zu § 8c KStG, Erg.-Lfg. 246, Mai 2011, Rdn. 5 ff.

<sup>38</sup> Bundesministerium der Finanzen, Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung (09/2011), S. 13.

<sup>39</sup> Ebd. S. 93 f.

<sup>40</sup> BDI/PwC, Verlustberücksichtigung über Grenzen hinweg – Vergleichende Gegenüberstellung der Verlustverrechnungsmöglichkeiten in 35 Ländern, September 2011, S. 49 ff.

- b) Allgemein sollte bei der Übertragung der Verlustvortrag im Konzern bewahrt bleiben. Das Bundesministerium der Finanzen sollte gebeten werden, für die parlamentarischen Beratungen eine Evaluierung zu § 12, § 15 und § 20 UmwStG vorzulegen. Für die Handlungsempfehlungen muss ein angemessener internationaler Vergleich nachgeholt werden, der die wirtschaftlichen Aspekte der steuerlichen Behandlung von Verlustverrechnungen bei Anteilswerben und bei Umwandlungen deutlich macht.
- c) Sofern bei der Umwandlung auch konzernfremde Anteile zu berücksichtigen sind und sofern eine Verschonung nach b) nicht stattfindet, sollten Verlustvorträge in Höhe der aufgedeckten stillen Reserven nicht untergehen.

#### **V. Gesetzliche Regelung des Zwischenerwerbs von Anteilen an einer Gütergesellschaft zum Zwecke von Kapitalmaßnahmen (IPO, Erstnotierung, Kapitalerhöhungen)**

In Tz. 6 Satz 2 des Erlasses zu Verlustabzugsbeschränkungen für Körperschaften (§ 8c KStG) vom 04. Juli 2008 (BStBl. I 2008, S. 736) wird "ein Zwischenerwerb durch eine Emissionsbank im Rahmen eines Börsengangs i. S. v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 KWG" für nicht schädlich hinsichtlich eines Erlöschens der Verlustvorträge erklärt.

Diese Einschränkung ist u. E. misslungen. Zum einen ist die Ausnahme für das Emissionsgeschäft in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 KWG nur ein Ausschnitt aus dem Emissionsgeschäft und in das KWG aufgrund von Anhang I Abschnitt A Nr. 6 der europäischen Wertpapierdienstleistungsrichtlinie<sup>41</sup> hineingekommen. Der Ausdruck des Emissionsgeschäfts umfasst mehr als nur Bankgeschäfte.<sup>42</sup> Zum anderen, und ent-

---

<sup>41</sup> RL 2004/39 EG vom 21.04.2004.

<sup>42</sup> Vgl. Boos/Achtelik, Kreditwesengesetz: KWG, 4. Aufl. München 2012, zu § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10

scheidend, stellt das Emissionsgeschäft in der europäischen Richtlinie ein Underwriting dar, bei dem ein Übernahmekonsortium oder eine Bank das Absatzrisiko für nichtabsetzbare Finanzinstrumente in den Eigenbestand übernehmen.

Nicht nur beim IPO, sondern auch bei der Erstnotierung ist allerdings durch den Übernahmevertrag in der Regel die Übernahme des wirtschaftlichen Eigentums durch den Emittenten ausgeschlossen. Allein bei der Kapitalerhöhung tragen die Emissionsbanken meistens auch das wirtschaftliche Risiko.<sup>43</sup>

Grundsätzlich kann jedoch jedes Emissionsgeschäft vertraglich so ausgestaltet werden, dass nachträglich ein wirtschaftlicher Anteilserwerb stattfindet, der nach § 8c KStG schädlich ist. Grundsätzlich werden die Verträge zwar so abgeschlossen, dass der Zwischenerwerber weder Wertsteigerungen wahrnehmen kann noch ein Verlustrisiko trägt.<sup>44</sup> Allerdings ist eine Entwicklung der Vertragspraxis zu erwarten, die im dogmatischen Spannungsfeld von schuldrechtlichen und verbandsrechtlichen Ausrichtungen unterschiedliche Fallgestaltungen (nach dem Leitbild von § 185 AktG vor allem für personalistisch geprägte AGs<sup>45</sup>) hervorbringt. Dabei werden auch unterschiedliche Risiken hinsichtlich der Anwendung von § 8c KStG berücksichtigt, was sich in unterschiedlichen Vergütungsoptionen niederschlägt.

In einem zunehmend europäisierten Finanzmarkt ist der Zwischenerwerb durch eine Emissionsbank oder ein Konsortium zunehmend bedeutsam. Dazu trägt auch bei, dass die Fremdkapitalbeschaffung von Kapitalgesellschaften z. T. mühsamer als früher geworden ist. So sind Fälle gar nicht mehr selten, in denen es zu der Ausgabe von Beteiligungen kommt, durch die die Anteile zu mehr als 25% verschoben werden. **Es ist allerdings unerträglich, dass darüber rechtliche Unsicherheit besteht, ob § 8c KStG zur Anwendung kommt.**

---

KWG "Übernahme der Emissionen von Finanzinstrumenten und/oder Platzierung von Finanzinstrumenten mit fester Übernahmeverpflichtung".

<sup>43</sup> Zur bisherigen Praxis: Wild/Sustmann/Papke, Gefährdet § 8c KStG bei einem Börsengang den Verlustvortrag der emittierenden Gesellschaft?, DStR 2008, S. 851 ff. [S. 855/856].

<sup>44</sup> Breuninger/Schade, Entwurf eines BMF-Schreibens zu § 8c KStG – "Verlustvernichtung" ohne Ende?, Ubg 5/2008, S. 261 ff. [S. 264].

<sup>45</sup> Vgl. Rebmann in Heidel (Hrsg.), Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. Baden-Baden 2011, zu § 185 AktG, Rdn. 5.

Insofern ist im Interesse der Rechtssicherheit eine gesetzliche Regelung einer Verwaltungsauslegung, die immer wieder auf Zweifelsfälle der Ausweitung treffen wird, auf jeden Fall vorzuziehen.

**Vorschlag:**

Ein Zwischenerwerb im Rahmen eines Emissionsgeschäfts im Sinne der europäischen Richtlinie sollte in allen Fallgestaltungen von § 8c KStG freigestellt werden. Hinsichtlich eines möglichen Umschlagens des zivilrechtlichen in das wirtschaftliche Eigentum bei einem fehlgeschlagenen Zwischenerwerb werden sich in der Vertragspraxis entsprechende Vergütungsvereinbarungen durchsetzen, weil in diesem Fall doch § 8c eingreifen würde.

Berlin, 21. September 2012

gez. Dr. Harm Carls