

Peter Schulz, RA und StB, Michael Althof, RA, und Richard Markl, StB

Der Regierungsentwurf zur Erbschaftsteuerreform: Ausgewählte Zweifelsfragen bei Verwaltungsvermögen, Lohnsumme und der Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen

In diesen Tagen treten die Beratungen über ein neues Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht in die entscheidende Phase. Einer der Kernpunkte in der Diskussion ist die künftige Privilegierung von Betriebsvermögen. Hierzu enthält der Gesetzentwurf zahlreiche Neuerungen, unter anderem den neu eingeführten Begriff des Verwaltungsvermögens, das Lohnsummenmodell sowie die Erweiterung des Betriebsvermögensbegriffs bei Kapitalgesellschaftsbeteiligungen (Stichwort: „gepoolte“ Anteile). Der Beitrag beleuchtet – jenseits von gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Aspekten der Reform – Zweifelsfragen und systematische Widersprüche bei einzelnen Regelungen des Entwurfs und zeigt mögliche Lösungswege auf.

Der am 11.12.2007¹ vorgelegte Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts („ErbStG-E“ bzw. „BewG-E“) enthält – wie das derzeit geltende Recht – Regelungen für den begünstigten Übergang von Betriebsvermögen im Erbfall bzw. der vorweggenommenen Erbfolge. Wenngleich die geplanten Regelungen teilweise Parallelen zum geltenden Recht aufweisen, sind – nicht zuletzt im Zuge des Versuchs, die verfassungsrechtlichen Vorgaben aus dem Beschluss des BVerfG vom 7.11.2006² umzusetzen – im Entwurf zahlreiche Neuerungen enthalten, die teils bekannte Probleme des geltenden Rechts beseitigen, aber zugleich neue Fragen aufwerfen. Nachfolgend werden Praxistauglichkeit und Systematik einiger Regelungen des Gesetzentwurfs untersucht. Im Fokus stehen dabei ausgewählte Fragen rund um das Verwaltungsvermögen, die Lohnsumme und die Qualifikation von Kapitalgesellschaftsanteilen als begünstigtes Betriebsvermögen.

I. Verwaltungsvermögen und Schuldenabzug

1. Geplante Neuregelung

Betrieben der Land- und Forstwirtschaft, Gewerbebetrieben und Anteilen an Kapitalgesellschaften bleiben die Vergünstigungen des § 13a Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 ErbStG-E (Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag) von vornherein versagt, wenn deren Betriebsvermögen zu mehr als 50% aus Verwaltungsvermögen besteht³. § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG-E enthält eine umfassende Definition des Begriffs „Verwaltungsvermögen“: Zum Verwaltungsvermögen rechnen insbesondere auch Dritten zur Nutzung überlassene Grundstücke (soweit sie nicht betrieblichen Zwecken dienen), Kapitalgesellschaftsbeteiligungen, wenn die unmittelbare Beteiligung 25% oder geringer ist, Gesellschaftsbeteiligungen, deren Wert zu mehr als 50% aus Verwal-

tungsvermögen besteht, sowie Wertpapiere und vergleichbare Forderungen. Firmenkonten, Kassenbestände oder Kundenforderungen zählen demnach nicht zum Verwaltungsvermögen.

Der Anteil des Verwaltungsvermögens soll sich bei Gewerbebetrieben und Anteilen an Kapitalgesellschaften gemäß § 13b Abs. 2 S. 4 ErbStG-E nach dem Verhältnis der Summe der gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens zum gemeinen Wert des Betriebs bestimmen.

2. Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens

Bei der Aufzählung der dem Verwaltungsvermögen zuzurechnenden Wirtschaftsgüter in § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG-E werden Schulden, die im Zusammenhang mit zu aktivierenden Wirtschaftsgütern des Verwaltungsvermögens stehen, nicht erwähnt. Folglich scheinen die Entwurfsverfasser davon auszugehen, dass diese bei der Ermittlung des Verwaltungsvermögens nicht zu berücksichtigen sind.

3. Verhältnisrechnung

Der gemeine Wert eines Gewerbebetriebs oder von Anteilen an Kapitalgesellschaften soll künftig grundsätzlich nach einem Ertragswertverfahren (nach Verbindlichkeiten) ermittelt werden. Infolgedessen fließen Finanzierungsaufwendungen, auch wenn sie im Zuge der Finanzierung von Verwaltungsvermögen anfallen, als ein den Wert mindernder Faktor in die Ertragsbewertung und damit in den gemeinen Wert mit ein. Aber auch wenn der Substanzwert als Mindestwert zum Ansatz kommt⁴, ist dieser durch die Schuldposten, unabhängig davon, ob diese im Zusammenhang mit Verwaltungsvermögen oder sonstigem Betriebsvermögen stehen, gemindert. Die im Gesetzentwurf vorgesehene Verhältnisrechnung vergleicht also die gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens ohne Berücksichtigung der damit wirtschaftlich zusammenhängenden Schulden mit dem gemeinen Wert des übertragenen Betriebs nach Berücksichtigung aller Schulden. Dies kann insbesondere bei Unternehmen in der Investitionsphase zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führen:

BEISPIEL: Im Zeitpunkt des Erbfalls stellt sich der Substanzwert des Unternehmens zu gemeinen Werten wie folgt dar:

¹ Vgl. auch BR-Drs. 4/08 vom 4.1.2008 (zu finden unter <http://dip21.bundestag.de> zu BR-Drs. 4/08).

² BvL 10/02, BStBl. II 2007 S. 192.

³ Vgl. § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG-E.

⁴ Vgl. § 11 Abs. 2 Satz 3 BewG-E.

Besitzposten		
Grundstücke und Bauten (betrieblich)	500	
Anlagen und Maschinen	200	
Forderungen aus LuL	200	
Wertpapierdepot	50	
Bank, Kasse	50	
Summe Besitzposten	1 000	1 000
Schuldposten		
Rückstellungen	./ 200	
Verbindlichkeiten Banken	./ 600	
Verbindlichkeiten aus LuL	./ 150	
Summe Schuldposten	./ 950	./ 950
Substanzwert		50

Nicht zuletzt aufgrund der hohen Zinsaufwendungen soll der für Erbschaftsteuerzwecke anzusetzende Ertragswert unter dem Substanzwert liegen.

Der Anteil des Verwaltungsvermögens ist nach dem Gesetzentwurf nach folgender Verhältnisrechnung zu ermitteln:

Summe der Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens (hier nur Wertpapierdepot)	50
Gemeiner Wert des Betriebs ⁵	50
Anteil des Verwaltungsvermögens am gemeinen Wert des Betriebs	100 %

Obwohl der gemeine Wert des Verwaltungsvermögens nur 5 % der Aktiva zu gemeinen Werten beträgt, wird dem Erwerber dieses Unternehmens die Innanspruchnahme der Vergünstigungen nach § 13 a Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 ErbStG-E versagt.

ABWANDLUNG: Im Zeitpunkt des Erbfalls stellt sich der Substanzwert des Unternehmens zu gemeinen Werten wie folgt dar:

Besitzposten		
Grundstücke und Bauten (betrieblich)	350	
Anlagen und Maschinen	50	
Forderungen aus LuL	100	
Wertpapierdepot	450	
Bank, Kasse	50	
Summe Besitzposten	1 000	1 000
Schuldposten		
Rückstellungen	./ 200	
Verbindlichkeiten Banken	./ 50	
Verbindlichkeiten aus LuL	./ 150	
Summe Schuldposten	./ 400	./ 400
Substanzwert		600

Das Unternehmen ist im operativen Bereich sehr ertragsstark. Der für Erbschaftsteuerzwecke anzusetzende gemeine Wert soll bei 1 000 liegen. Die Verhältnisrechnung stellt sich in der Abwandlung wie folgt dar:

Summe der Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens (hier nur Wertpapierdepot)	450
Gemeiner Wert des Betriebs	1 000
Anteil des Verwaltungsvermögens am gemeinen Wert des Betriebs	45 %

Hier kann der Erwerber begünstigt erwerben, obwohl der Anteil des Verwaltungsvermögens 45 % der Aktiva zu gemeinen Werten beträgt. Vergleicht man Beispiel und Abwandlung, wird das Ziel der Entwurfsverfasser, Gestaltungen zu verhindern, bei denen für originäres Verwaltungsvermögen im Kleid von Betriebsvermögen die Vergünstigungen in Anspruch genommen werden können⁶, deutlich verfehlt. Schlimmer noch, Erwerbern, die die Mittel aus einer ersparten Erbschaftsteuer am nötigsten für ihren Betrieb gebrauchen könnten, wird die Begünstigung in Fällen wie im Beispiel versagt. In Ansehung der Zielvorstellung der Entwurfsverfasser wäre es sachgerechter, entweder die Verhältnisrechnung von den Schuldposten komplett zu entkoppeln, d. h. nur die gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Aktivvermögens ins Verhältnis zu setzen oder aber bei der Ermittlung der Summe der gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens zumindest den Abzug der mit diesen Wirtschaftsgütern im Zusammenhang stehenden Schulden zuzulassen⁷.

II. Problemfelder beim Kriterium Lohnsumme

1. Geplante Neuregelung

Der künftig bei der Übertragung von Betriebsvermögen grundsätzlich zu gewährende Verschonungsabschlag entfällt für jedes Jahr in Höhe von 1/10, in dem die Lohnsumme des übertragenden Betriebs 70 % der durchschnittlichen Lohnsumme der letzten fünf vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer endenden Wirtschaftsjahre (Ausgangslohnsumme) unterschreitet⁸. Die maßgebliche Ausgangslohnsumme ist dabei für jedes in den Zehn-Jahres-Zeitraum fallende Wirtschaftsjahr an den letzten vor dem Schluss des Wirtschaftsjahres vom Statistischen Bundesamt herausgegebenen Tariflohnindex anzupassen. Weist der Steuerpflichtige einen anderen branchenbezogenen Tariflohnindex nach, der unter dem Tariflohnindex des Statistischen Bundesamtes liegt, so ist dieser auf Antrag für die Anpassung zu berücksichtigen⁹.

2. Begriff der Lohnsumme

In § 13 a Abs. 4 ErbStG-E findet sich eine umfangreiche gesetzliche Definition des Begriffs Lohnsumme. Die Definition enthält jedoch selbst eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen, die in der Praxis einer weiteren Konkretisierung bedürfen, wie die nachfolgenden Beispiele aufzeigen sollen:

a) Lohn- und Gehaltslisten: Unternehmerlohn

Der Begriff der Lohn- und Gehaltslisten ist gesetzlich nicht definiert. Zunächst mag man in diesem Zusammenhang möglicherweise an die Position „Personalaufwand“ aus dem Gliederungsschema einer Gewinn- und Verlustrechnung als ersten Anhaltspunkt denken. Aufgrund der unterschiedlichen steuerrechtlichen Einordnung von Personen- und Kapitalgesellschaften kann es hier bereits zu – vermutlich ungewollten – rechtsformabhängigen Ungleichbehandlungen kommen: Während bei einer Kapitalgesellschaft der Gesellschafterge-

⁵ Hier kommt nach § 11 Abs. 2 Satz 3 BewG-E der Substanzwert als Mindestwert zum Ansatz, da der Ertragswert lt. Sachverhalt unter dem Substanzwert liegen soll.

⁶ Vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs (S. 60).

⁷ Vgl. dazu auch die Gemeinsame Stellungnahme führender Industrieverbände zur BR-Drs. 4/08 vom 25.1.2008 auf S. 11.

⁸ Der Wortlaut von § 13 a Abs. 1 Satz 7 ErbStG-E ist insoweit missverständlich. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs (S. 56) soll der Verschonungsabschlag nur i. H. v. 1/10 entfallen, wenn in einem Wirtschaftsjahr der Betrag von 70 % der indizierten Ausgangslohnsumme unterschritten wird.

⁹ Vgl. § 13 a Abs. 1 Sätze 2 bis 7 ErbStG-E.

schaftsführer regelmäßig als Angestellter der Gesellschaft auf deren „Gehaltsliste“ stehen wird, kommt es bei Gesellschaftergeschäftsführern von Personengesellschaften in der Praxis durchaus vor, dass keine Geschäftsführervergütung aus einem Geschäftsführeranstellungsvertrag geschuldet wird. Werden dann die möglicherweise jährlich unterschiedlichen Entnahmen bei der Ermittlung der Lohnsumme berücksichtigt? Wenn die Regelung dagegen typisierend auf das abstellen soll, was sich aus den Lohn- und Gehaltslisten ergibt, werden u.E. gleichgelagerte Sachverhalte ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung unterschiedlich behandelt. Hier sollte – wenn am Kriterium Lohnsumme festgehalten wird – möglichst noch im Gesetzgebungsverfahren eine Klarstellung erfolgen¹⁰.

b) Ausschließliche oder überwiegende Tätigkeit im Betrieb

Nach § 13 a Abs. 4 S. 1 2. Halbsatz ErbStG-E bleiben Vergütungen an solche Arbeitnehmer, die nicht ausschließlich oder überwiegend in dem Betrieb tätig sind, bei der Ermittlung der Lohnsumme außer Ansatz. Die Praxistauglichkeit dieser Regelung soll anhand des nachfolgenden Beispiels aufgezeigt werden.

BEISPIEL: A arbeitet zehn Stunden pro Woche für ein Unternehmen als Fahrer. Daneben geht er derzeit keiner weiteren Beschäftigung nach.

ABWANDLUNG: Neben der Tätigkeit für das Unternehmen jobbt er weitere 20 Stunden pro Woche als Taxifahrer für ein weiteres Unternehmen.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist ein Arbeitnehmer, der nur zehn Stunden pro Woche im Betrieb beschäftigt ist, ansonsten aber keinen weiteren Tätigkeiten nachgeht, ausschließlich in dem Betrieb tätig. Er wäre mithin bei der Ermittlung der Lohnsumme mit einzubeziehen. Ist ein solcher Arbeitnehmer daneben noch mehr als zehn Stunden in der Woche für einen anderen Arbeitgeber tätig, wäre sein Lohn bei der Ermittlung der Lohnsumme nach dem Gesetzeswortlaut hingegen nicht zu berücksichtigen, da er weder ausschließlich noch überwiegend¹¹ für den Betrieb tätig ist.

Gerade im Niedriglohnsektor ist es nicht unüblich, dass Arbeitnehmer gleichzeitig mehreren Beschäftigungen nachgehen. Man denke nur an einen Angestellten, der sich – wie in der Abwandlung – nebenbei mit Taxifahren etwas dazu verdient. Die jeweiligen Arbeitgeber werden zwar im Regelfall Kenntnis von der weiteren Tätigkeit ihres Arbeitnehmers haben; zu ermitteln, ob jemand überwiegend für den eigenen Betrieb oder aber doch für einen anderen Betrieb tätig ist, dürfte dem Betriebsübernehmer in einigen Branchen, insbesondere im Teilzeitbereich, ohne weiteren Aufwand nur schwer möglich sein¹².

Die Voraussetzung der ausschließlichen oder überwiegenden Tätigkeit im Betrieb für eine Einbeziehung in die maßgebliche Lohnsumme erscheint auch deshalb willkürlich, weil sich insbesondere im Bereich der Teilzeitbeschäftigten Auswirkungen auf die Lohnsumme ergeben können, die in keiner Weise mit dem Verhalten des Unternehmers verknüpft sind: Verliert A im Beispiel seine Anstellung als Taxifahrer, ist sein Lohn plötzlich bei der Ermittlung der maßgeblichen Lohnsumme zu berücksichtigen. Umgekehrt fällt ein Kollege, der mangels anderer Arbeitsstelle bislang ausschließlich zehn Stunden in der Woche als Fahrer für das Unternehmen tätig war, nach langem Suchen aber eine Anstellung für 25 Wochenstunden findet, aus der maßgeblichen Lohnsumme heraus. Die für den Erhalt des Verschonungsab-

schlags maßgebliche Lohnsumme wird in diesen Fällen durch Faktoren beeinflusst, die nichts mit der Unternehmensfortführung oder dem Erhalt von Arbeitsplätzen im übergebenen Unternehmen zu tun haben.

Im Übrigen: Wenn man schon die Vergünstigung an den Erhalt von Arbeitsplätzen knüpfen will¹³, warum soll dann der Arbeitsplatz eines nicht überwiegend für den Betrieb tätigen Arbeitnehmers weniger schützenswert sein als derjenige eines überwiegend oder ausschließlich im Betrieb Beschäftigten? Auch wenn den Entwurfsverfassern zuzugeben ist, dass mit der Voraussetzung der ausschließlichen oder überwiegenden Beschäftigung im Betrieb ein noch größerer bürokratischer Aufwand durch die Erfassung jedes noch so geringfügigen Arbeitsverhältnisses vermieden werden sollte, zeigen die Beispiele, dass gerade das Gegenteil der Fall ist. Diese Kriterien sind daher weder zweckdienlich noch praxistauglich.

3. Lohnsummen im Konzern

Lohnsummen von Beschäftigten in Gesellschaften, an denen das Unternehmen unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, sollen nach § 13 a Abs. 4 S. 5 ErbStG-E dann in die maßgebliche Lohnsumme mit einzubeziehen sein, wenn die unmittelbare oder mittelbare Beteiligung mehr als 25 % beträgt, vorausgesetzt, diese Gesellschaften sind im Inland, der EU oder dem EWR ansässig. Die Hinzurechnung der Lohnsummen der jeweiligen Gesellschaft erfolgt jeweils anteilig in Höhe der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung. In Ansehung dieser Regelung dürften sich bei Konzernstrukturen die vorstehend erläuterten Probleme in bestimmten Branchen bereits bei reinen Inlandsachverhalten potenzieren. Sind ausländische Beteiligungen in die Betrachtung mit einzubeziehen, wird zudem die Dokumentation erheblichen zusätzlichen Bürokratieaufwand¹⁴ verursachen.

4. Ermittlung der Ausgangslohnsumme

Gelten die vorstehend erörterten Problemkreise in gleichem Maße für die Ermittlung der Ausgangslohnsumme, wirft die Regelung des § 13 a Abs. 1 S. 3 ErbStG-E darüber hinaus weitere Fragen auf: So stellt sich beispielsweise die Frage, wie nach dem Gesetzentwurf die Ausgangslohnsumme zu ermitteln ist. Nach dem Wortlaut ist Ausgangslohnsumme die durchschnittliche Lohnsumme der letzten fünf vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer endenden Wirtschaftsjahre. Die Problematik soll anhand der folgenden Beispiele aufgezeigt werden:

BEISPIEL: Kurz nach dem Ablauf eines Wirtschaftsjahres nach dem Verkauf eines Betriebsteils stirbt der Unternehmer. Vor dem Verkauf des Betriebsteils betrug die Lohnsumme in den einzelnen Wirtschaftsjahren jeweils 400. Nach dem Verkauf beträgt die Lohnsumme nur noch 200 pro Wirtschaftsjahr.

10 Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 15.2.2008 (zu finden unter <http://dip21.bundestag.de> zu BR-Drs. 4/08) auf S. 2: Der Bundesrat regt eine Berücksichtigung nur derjenigen Vergütungen an, die den ertragsteuerlichen Gewinn der Gesellschaft gemindert haben. Auch sollen Vergütungen, die auf den Erblasser/Schenker bzw. den Erwerber entfallen, nicht in die Lohnsumme mit einbezogen werden.

11 U.E. kann es für die Frage, ob jemand überwiegend für den Betrieb tätig ist, allein auf die zeitliche Komponente ankommen.

12 Dies gilt insbesondere für die Ermittlung der Ausgangslohnsumme, die auf die durchschnittlichen Lohnsummen der dem Steuerentstehungszeitpunkt vorangegangenen letzten fünf abgeschlossenen Wirtschaftsjahre abstellt, vgl. § 13 a Abs. 1 Satz 3 ErbStG-E. Faktisch kommt die geplante Regelung einer Pflicht gleich, jährlich die für Erbschaftsteuerzwecke maßgeblichen Lohnsummen zu erfassen.

13 Vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs (S. 41).

14 Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrats vom 10.12.2007 zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts (zu finden unter <http://dip21.bundestag.de> zu BR-Drs. 4/08).

Die Ausgangslohnsumme berechnet sich nach dem Wortlaut von § 13a Abs. 1 S. 3 ErbStG-E wie folgt: $(4 \times 400 + 1 \times 200) / 5 = 360$. Der Erwerber erhält aber nur einen Betrieb, der im Wirtschaftsjahr vor dem Erbfall eine Lohnsumme von 200 pro Wirtschaftsjahr erreicht. Er würde folglich ohne sofortige Neueinstellungen die gesetzliche vorgegebene 70%-Grenze gleich im ersten Jahr unterschreiten.

BEISPIEL: Ein erfolgreicher Startup-Unternehmer stirbt kurz nach Ablauf des fünften Wirtschaftsjahres beim Extrembergsteigen. Die Entwicklung der Lohnsummen im Unternehmen stellt sich wie folgt dar:

Wirtschaftsjahr	Lohnsumme
1	0
2	50
3	100
4	150
5	200

Die Ausgangslohnsumme beträgt nach dem Wortlaut von § 13a Abs. 1 S. 3 ErbStG-E $(0 + 50 + 100 + 150 + 200) / 5 = 100$. Wie im Beispiel zuvor erhält der Erwerber einen Betrieb, der im Wirtschaftsjahr vor dem Erbfall eine Lohnsumme von 200 erreicht. Der Erwerber könnte jedoch im maßgeblichen Zehn-Jahres-Zeitraum die Lohnsumme zum Erwerbszeitpunkt in den folgenden zehn Jahren mehr als halbieren, ohne die 70%-Grenze zu unterschreiten.

Es stellt sich daher die Frage, ob und ggf. in welchem Maße bei der Ermittlung der Ausgangslohnsumme Faktoren, die sich in den letzten fünf abgelaufenen Wirtschaftsjahren vor dem Erbfall bzw. der Schenkung auf die Lohnsummen ausgewirkt haben, zu berücksichtigen sind. Zu denken ist beispielsweise an den Verkauf eines Betriebsteils, den Abbau von Mitarbeitern aufgrund sich verschlechternder wirtschaftlicher Rahmenbedingungen oder aber auch ein erhebliches Wachstum von Betrieb und Lohnsumme im maßgeblichen Zeitraum. Für eine rein wortlautgetreue Auslegung könnte angeführt werden, dass die Ermittlung der Ausgangslohnsumme in einem vereinfachten, typisierten Verfahren erfolgt, welches zudem missbräuchliche Gestaltungen im Vorfeld einer vorweggenommen Erbfolge unterbinden soll, weshalb Veränderungen der Betriebsgröße vor Übertragung bei der Ermittlung der Ausgangslohnsumme keine Berücksichtigung finden können¹⁵.

Systemgerecht ist eine solche Betrachtung – wie die vorstehenden Beispiele zeigen – indes nicht: Der Erwerber erhält den Betrieb so, wie er sich im Zeitpunkt des Erbfalls/der Schenkung darstellt. Es wäre daher u.E. sachgerecht, die Durchschnittslohnsumme auf Grundlage der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Erwerbs zu ermitteln, d.h. Lohnsummen von Mitarbeitern aus verkauften Betriebsteilen oder solchen, die vor dem Erwerbszeitpunkt abgebaut wurden, nicht in die Ermittlung der Ausgangslohnsumme mit einzubeziehen. Eine solche Wertung enthält beispielsweise § 138 BewG in der derzeit geltenden Fassung¹⁶, der im Rahmen der Feststellung der Grundbesitzwerte die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse zum Besteuerungszeitpunkt fordert.

Umgekehrt müssten Zuwächse der Arbeitnehmerschaft, sei es durch Zukäufe von Unternehmen oder durch Neueinstellungen, ebenfalls bei der Ermittlung der Ausgangslohnsumme berücksichtigt werden. Dies erscheint konsequent, da ansonsten Erwerber, die ein Unternehmen in der Wachstumsphase übertragen bekommen, gegenüber Er-

werbern, die ein Unternehmen in schwierigen Zeiten oder nach Verkauf eines erheblichen Betriebsteils übernehmen, ohne sachlichen Grund bevorzugt würden. Ob sich bei einer derartigen Interpretation die Ausgangslohnsumme mit einem kurzen Blick auf die Lohn- und Gehaltslisten klären lässt¹⁷, erscheint mehr als fraglich.

III. Kapitalgesellschaftsanteile als begünstigungsfähiges Betriebsvermögen

1. Geplante Neuregelung

Wie bereits nach bisher geltendem Recht kann auch künftig für Übertragungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften im Erb- oder Schenkwege die Begünstigung für Betriebsvermögen nur in Anspruch genommen werden, wenn der Erblasser/Schenker an der Gesellschaft, deren Anteile übertragen werden, zu mehr als 25% unmittelbar beteiligt ist. Während nach dem derzeit geltenden Recht allein die unmittelbare Beteiligung des Erblassers/Schenkers maßgeblich ist, können nach dem Gesetzentwurf bei der Ermittlung der für die Begünstigung maßgeblichen Beteiligungsquote künftig sog. „gepoolte“ Anteile zusammenge-rechnet werden. Nach dem Wortlaut von § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E sind Anteile im vorstehenden Sinne „gepoolt“, wenn

- (i) der Erblasser/Schenker und weitere Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über die Anteile nur einheitlich zu verfügen oder ausschließlich auf andere, derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen (Verfügungsbeschränkung) und
- (ii) die so gebundenen Gesellschafter verpflichtet sind, ihre Stimmrechte gegenüber nicht gebundenen Gesellschaftern einheitlich auszuüben (Stimmbindung).

Der Verschonungsabschlag soll gemäß § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG-E rückwirkend vollständig entfallen, wenn die Verfügungsbeschränkung oder die Stimmrechtsbündelung innerhalb der 15-jährigen Behaltensfrist aufgehoben wird¹⁸.

Auch wenn die Zielrichtung des Gesetzentwurfs, die Wirkung der zum vollständigen Begünstigungsausschluss führenden 25%-Grenze bei Familienkapitalgesellschaften durch die Möglichkeit der Zusammenrechnung gepoolter Anteile abzumildern¹⁹, ausdrücklich zu begrüßen ist, bleiben Fragen hinsichtlich der Reichweite der neuen Regelung offen. Zudem haben es die Entwurfsverfasser bislang versäumt, bestehende Systemwidrigkeiten bei der Berücksichtigung mittelbarer Anteile zu beseitigen.

2. Verfügungsbeschränkung

Was es konkret heißt, nur einheitlich über die Gesellschaftsanteile zu verfügen, lässt sich dem Gesetz selbst nicht entnehmen. Auch die Gesetzesbegründung bietet nur vage Indizien, welche Vorstellungen die Entwurfsverfasser bei der Regelung geleitet haben. So werden dort

¹⁵ Der Begründung des Gesetzentwurfs sind hierzu keine weiteren Motive zu entnehmen, spricht sie doch lediglich von einem „geeigneten Indikator“ für die Unternehmensfortführung und den Erhalt der Arbeitsplätze (S. 56). Wie aber soll der Erwerber Arbeitsplätze erhalten, die im Zeitpunkt des Erwerbs aus den genannten Gründen gar nicht vorhanden sind? Eine gewichtete Berücksichtigung der Lohnsummen der dem Erwerb vorausgegangenen fünf Wirtschaftsjahre – ähnlich der Ertragswertermittlung nach dem Stuttgarter Verfahren – würde die erhebliche Schiefe in den Beispielfällen zwar ein wenig abmildern, nicht aber beseitigen.

¹⁶ Entsprechendes sieht die geplante Neufassung des § 157 BewG-E vor.

¹⁷ Der Eindruck könnte entstehen, wenn es in der Stellungnahme der Bundesregierung vom 23.1.2008 (zu finden unter <http://dip21.bundestag.de> zu BR-Drs. 4/08) zur Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrats heißt: „Die Abgrenzung der Lohnsumme ist aus den Büchern des Steuerpflichtigen letztlich problemlos abzuleiten“.

¹⁸ Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 15.2.2008 (zu finden unter <http://dip21.bundestag.de> zu BR-Drs. 4/08): Der Bundesrat plädiert für einen zeitanteiligen rückwirkenden Wegfall (kein „Fallbeileffekt“) sowie für eine Verkürzung der Behaltensfrist auf zehn Jahre.

¹⁹ Vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs (S. 59).

Unternehmensgründer oder deren Nachfolger erwähnt, die dafür gesorgt haben, dass die Anteile nicht beliebig veräußert werden können und der bestimmende Einfluss der Familie erhalten bleibt²⁰.

Dies könnte darauf hindeuten, dass beispielsweise eine Verfügungsbeschränkung dergestalt, dass Anteile nur auf (ggf. bestimmte) Familienangehörige übertragen werden dürfen, ausreicht, um die geforderte Verfügungsbeschränkung darzustellen. Hingegen könnte dem Wortlaut bei strenger Auslegung auch entnommen werden, dass die erforderliche Beschränkung nur vorliegt, wenn alle Gesellschafter gleichzeitig und zu den gleichen Konditionen an den selben Erwerber übertragen müssen, es sei denn, die Übertragung erfolgt innerhalb des so gebundenen Gesellschafterkreises mit einer Weitergabe der Bindungen.

Der Wortlaut lässt zudem nicht eindeutig erkennen, ob der Übertragungsempfänger bereits dem gebundenen Gesellschafterkreis angehören muss, oder aber auch die Übertragung an einen sich der Verfügungsbeschränkung unterwerfenden Neugesellschafter (z.B. einen noch nicht beteiligten Abkömmling) den Anforderungen der Regelung genügt²¹. Es bleibt zu hoffen, dass eine Klarstellung nicht erst nach Jahren durch Erlasse der Finanzverwaltung oder gar durch die Rechtsprechung erfolgt.

3. Stimmrechtsbindung

Die einheitliche Stimmrechtsausübung gegenüber Nichtgesellschaftern soll ausweislich der Gesetzesbegründung entweder durch Stimmbindungsvereinbarungen, die beispielsweise die Bestimmung eines gemeinsamen Sprechers vorsehen, durch Stimmrechtsverzicht einzelner Anteilseigner oder aber durch stimmrechtslose Anteile gewährleistet werden können. Hier dürfte man sich zumindest im Grundsatz auf bekanntem Terrain bewegen, da Stimmbindungsvereinbarungen in der Praxis aus außersteuerlichen Motiven bereits durchaus üblich sind.

4. Ermittlung der maßgeblichen Beteiligungshöhe

a) Zusammenrechnung von gebundenen und nicht gebundenen Anteilen

Gerade in größeren Familienkapitalgesellschaften kommt es vor, dass Gesellschafter Anteile halten, die den Poolbindungen unterworfen sind, daneben aber auch über freie, d.h. nicht diesen Bindungen unterliegende Anteile verfügen. Fraglich ist, welche Anteile in diesen Fällen in die Ermittlung der maßgeblichen Beteiligungshöhe mit einzubeziehen sind. Hierzu folgende Beispiele:

BEISPIEL: Vom Grundkapital einer AG in Höhe von 100 halten A, B, C, D und E jeweils 20 Aktien. Sie beschließen, jeweils 5 Aktien in einen Pool einzubringen, der den Anforderungen des § 13a Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E genügt. Kurze Zeit später verstirbt A. Alleinerbe ist Sohn S.

Kann S begünstigt erwerben? Unmittelbar sind dem Erblasser A lediglich 20 Aktien (davon 5 gebundene und 15 nicht gebundene) und somit nicht mehr als 25% des Nennkapitals der AG zuzurechnen. Den Bindungen des Pools unterliegen insgesamt nur ($5 \times 5 =$) 25 Aktien. Ob S begünstigt erwerben kann, hängt entscheidend davon ab, ob die Regelung in § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E anteils- oder gesellschafterbezogen auszulegen ist.

Nach dem Wortlaut von § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E ermittelt sich die maßgebliche Beteiligungshöhe aus der Summe der

– (i) dem Erblasser/Schenker unmittelbar zuzurechnenden Anteile und

– (ii) der Anteile weiterer Gesellschafter, wenn der Erblasser/Schenker und die weiteren Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über *die Anteile* nur einheitlich zu verfügen (...).

Die Formulierung „*die Anteile*“ könnte eine anteilsbezogene Auslegung nahelegen. Dies hätte zur Folge, dass nur solche Anteile in die Zusammenrechnung miteinbezogen werden, die der Verfügungsbeschränkung und Stimmbindung im Sinne der Regelung unterliegen. Demgemäß könnten nur die gepoolten Anteile zusammengerechnet werden, die nicht gebundenen Anteile dürften hingegen nicht berücksichtigt werden. Da vorliegend weder die nicht gebundenen Anteile (15% des Grundkapitals) noch die gepoolten Anteile (25% des Grundkapitals) für sich genommen die unternehmerische Einbindung vermitteln, blieben dem S bei einer derartigen Gesetzesinterpretation Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag versagt.

ABWANDLUNG: Sachverhalt wie im Ausgangsbeispiel, allerdings bringt jeder Gesellschafter jeweils 6 Aktien in den Pool ein.

Hier könnte S die Verschonungsregelungen bereits in Anspruch nehmen, wenn sich im Nachlass des A nur die 6 gepoolten Aktien befunden hätten. Deshalb kommt es für einen begünstigten Erwerb der im Nachlass befindlichen gepoolten Aktien auf eine Zusammenrechnung mit den nicht gebundenen Anteilen für den Erhalt der Begünstigung nicht mehr an. Fraglich ist, ob die Begünstigung in dieser Fallkonstellation auch die im Nachlass befindlichen nicht gebundenen Anteile erfasst. U.E. ist dies eindeutig zu bejahen: Der Erblasser hat ja bereits durch den Pool die maßgebliche Beteiligungshöhe von 25% überschritten. Wenn er darüber hinaus weitere, nicht gebundene Anteile hält, kann dies einer Gewährung der Begünstigung nicht entgegenstehen.

Stellt man unter Zugrundelegung der geschilderten Gesetzesinterpretation für Beispiel und Abwandlung die Extremfälle beider Varianten gegenüber, ergibt sich folgendes Bild:

Kapitalgesellschaftsanteile, die in einem den Anforderungen des § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E entsprechenden Pool gebunden sind, der mehr als 25% des Nennkapitals einer Kapitalgesellschaft repräsentiert, sind – unabhängig von der Beteiligungshöhe des einzelnen Poolmitglieds – begünstigt. Das Halten einer einzigen Poolaktie würde in diesem Fall folglich bereits den Erhalt der Verschonung sicherstellen. Hält ein Erblasser/Schenker dagegen 25% des Nennkapitals einer Kapitalgesellschaft, bleibt dem Erwerber die Verschonung unabhängig davon versagt, wieviele seiner Anteile der Erblasser/Schenker den Bindungen eines den Anforderungen von § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E genügenden Pools unterstellt hat, solange der Pool selbst nicht mehr als 25% des Nennkapitals der Gesellschaft bindet. Ob diese Auslegung dem gesetzgeberischen Willen, die unternehmerische Einbindung in eine Gesellschaft gegenüber der Stellung als Kapitalanleger zu privilegieren²², gerecht wird, erscheint zweifelhaft. Wie das Beispiel mit der einen Poolaktie zeigt, rechnen die Entwurfsverfasser für die Ermittlung der Beteiligungshöhe dem am Pool beteiligten Erblasser/Schenker die gesamten gepoolten Anteile zu. Daher wäre u.E. die gesetzliche Festschreibung einer gesellschafterbezogenen Auslegung, die eine Zusammenrechnung gebundener und nicht gebunde-

²⁰ Vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs (S. 59).

²¹ Zu verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten vgl. Hannes/Onderka, ZEV 2008, 16 ff. (20).

²² Vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs (S. 59).

ner Anteile eines Gesellschafters erlaubt, systematisch konsequent und im Hinblick auf die zugrundeliegende gesetzgeberische Wertung auch geboten.

b) Mittelbare Beteiligungen

Alles beim Alten bleibt bei der Berücksichtigung mittelbarer Anteile für die Ermittlung der 25%-Grenze²³: Hier wurde im Gesetzentwurf bedauerlicherweise die Gelegenheit ausgelassen, die insoweit systemwidrige Regelung des § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG zu korrigieren. Dies erstaunt besonders, da die Systemwidrigkeit durch die Gesetzesbegründung im Regierungsentwurf offenkundig zu Tage tritt: Wie bereits erwähnt²⁴, sehen die Entwurfsverfasser die Rechtfertigung der 25%-Grenze darin begründet, dass der Anteilseigner unternehmerisch in die Gesellschaft eingebunden ist und nicht nur als Kapitalanleger auftritt. Das Bundesverfassungsgericht hält in seinem Beschluss vom 7.11.2006²⁵ die gesetzgeberische Wertung im Hinblick auf die Sperrminoritäten im Aktien- und GmbH-Recht zumindest für „nicht unplausibel“, ohne jedoch die Verfassungsmäßigkeit abschließend beurteilen zu müssen. Wenn diese Wertung die 25%-Grenze tragen soll, ist kein sachlicher Grund ersichtlich, mittelbare Beteiligungen generell nicht bei der Ermittlung der maßgeblichen Beteiligungshöhe zu berücksichtigen, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen:

BEISPIEL: A ist unmittelbar zu 20% am Stammkapital der A-GmbH und unmittelbar zu 20% am Stammkapital der B-GmbH beteiligt, welche wiederum weitere 50% am Stammkapital der A-GmbH hält.

Zwar vermittelt im Beispiel die Beteiligung des A am Stammkapital der B-GmbH wirtschaftlich weitere 10%-Beteiligung an der A-GmbH, so dass A unmittelbar und mittelbar zu insgesamt 30% am Stammkapital der A-GmbH beteiligt ist, allerdings wird man auf Grundlage der gesetzgeberischen Wertung²⁶ mit guten Gründen die Versagung der Begünstigung rechtfertigen können: Über die unmittelbare Beteiligung allein erhält A, da er nicht über die Sperrminorität verfügt, nicht die nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser erforderliche unternehmerische Einbindung in die Gesellschaft. Er hat sie auch nicht, wenn man die ihm über die B-GmbH vermittelten Anteile in die Betrachtung mit einbezieht: Da A mangels Erreichen der Sperrminorität auch in der B-GmbH keinen unternehmerischen Einfluss ausüben kann, kann er seine Beteiligung an der B-GmbH auch nicht dazu einsetzen, in der A-GmbH unternehmerischen Einfluss auszuüben.

Anders müsste u. E. der Fall – wiederum unter Zugrundelegung der gesetzgeberischen Wertung – beurteilt werden, wenn A bei ansonsten unverändertem Sachverhalt Alleingesellschafter der B-GmbH ist: Durch die 100%-Beteiligung an der B-GmbH kann A ohne jeden Zweifel unternehmerischen Einfluss auf die von der B-GmbH gehaltenen Anteile an der A-GmbH ausüben. Daher ist die dem A über die B-GmbH vermittelte Beteiligung an der A-GmbH – anders als im Ausgangsbeispiel – bei der Ermittlung der maßgeblichen Beteiligungshöhe mit einzubeziehen. Noch deutlicher wird die Inkonsequenz der Entwurfsverfasser in Bezug auf ihre eigene Wertung in folgendem Fall: Ein Gesellschafter hält 25% der Anteile an einer GmbH unmittelbar und die restlichen 75% mittelbar über eine weitere GmbH, deren Alleingesellschafter er ist. Hier wird man nur schwerlich die unternehmerische Einbindung des A in die Geschicke der GmbH, deren Anteile er unmittelbar hält, verneinen können.

Schlichtweg widersinnig erscheint das Festhalten²⁷ an der alleinigen Maßgeblichkeit unmittelbar gehaltener Beteiligungen bei der Ermittlung der 25%-Grenze unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertung bei eigenen Anteilen. Gesellschaftsrechtlich gewähren eigene Anteile de facto weder Stimm- noch Gewinnbezugsrecht²⁸. Sie können daher für die unternehmerische Einbindung keine Bedeutung entfalten. Folglich sollten u. E. bei der Ermittlung der für die Begünstigung maßgeblichen Beteiligung die Anteile des Erblassers/Schenkers nur zu den insgesamt in Fremdbesitz befindlichen Anteilen ins Verhältnis gesetzt werden. Denn nur diese Anteile können die nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser erforderliche unternehmerische Einbindung vermitteln. Eine andere Betrachtung wird dem Ansinnen der Entwurfsverfasser nicht gerecht, wie auch das nachfolgende (Extrem-)Beispiel zeigt:

BEISPIEL: Ein Gesellschafter hält 25% des Stammkapitals einer GmbH unmittelbar, die übrigen 75% hält die Gesellschaft selbst. Hier eine unternehmerische Einbindung des Gesellschafters bei der Gesellschaft abzulehnen, erscheint geradezu absurd. Es wäre zu wünschen, dass der Gesetzgeber im weiteren Gesetzgebungsverfahren zumindest eine Regelung findet, die von seiner eigenen Wertung getragen wird.

5. Steuerschädliche Aufhebung von Verfügungsbeschränkung und/oder Stimmrechtsbündelung in der Behaltensfrist

Hat der Erblasser/Schenker die Hürde einer den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Verfügungsbeschränkung und Stimmrechtsbündelung erfolgreich genommen, ist dem Erwerber der Verschonungsabschlag noch längst nicht sicher. Nachfolgend soll anhand einiger Fallbeispiele aufgezeigt werden, welche Probleme sich in der Praxis aus dem Nachsteuerbestand des § 13 Abs. 5 Nr. 5 ErbStG-E ergeben könnten:

a) Erlöschen von Verfügungsbeschränkung und/oder Stimmrechtsausübung von Gesetzes wegen

BEISPIEL: Vater V ist zu 30% unmittelbar am Stammkapital einer GmbH beteiligt. Er möchte seinen 27-jährigen Sohn S, der gerade sein Studium beendet hat, behutsam in die Gesellschafterstellung einführen und überträgt ihm deshalb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ein Drittel seiner Geschäftsanteile, also Anteile, die 10% des Stammkapitals der GmbH repräsentieren. Um seinen Einfluss in Gesellschafterversammlungen der GmbH zu behalten, schließt V mit S eine Poolvereinbarung ab, die den Anforderungen des § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E entsprechen soll. Kurze Zeit später verstirbt S unerwartet kinderlos bei einem Unfall, Alleinerbe (auch hinsichtlich der Geschäftsanteile der GmbH) ist V.

Die Übertragung von V an S im Wege der vorweggenommenen Erbfolge war – soweit die übertragenen Anteile im Übrigen als Betriebsvermögen zu qualifizieren sind – begünstigt, da V zu mehr als 25% unmittelbar am Stammkapital der GmbH beteiligt war. Auch der

²³ Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 15.2.2008 (zu finden unter <http://dip21.bundestag.de> zu BR-Drs. 4/08); Der Bundesrat regt die Einbeziehung mittelbarer Anteile bei der Ermittlung der maßgeblichen Beteiligungsgrenze an.

²⁴ Siehe Fußnote 22.

²⁵ Siehe Fußnote 2 (Tz. 186).

²⁶ Zur berechtigten Kritik an der gesetzgeberischen Wertung vgl. *Hannes/Onderka*, ZEV 2008, 16 ff., 19.

²⁷ Vgl. dazu auch R 53 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2003; FG Hessen vom 16.2.2006, EFG 2006, 1185.

²⁸ Vgl. z. B. für die GmbH: *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. 2006, Rn. 24 und 25; Stimm- und Gewinnbezugsrecht ruhen; für die AG: § 71 b AktG.

Übergang der Geschäftsanteile des S im Zuge des Erbfalls sollte nach § 13 a Abs. 1 S. 1 ErbStG-E begünstigt sein: S war zwar selbst nicht zu mehr als 25% am Stammkapital der GmbH beteiligt. Allerdings sind bei der Ermittlung der Beteiligungsquote dem Erblasser die Anteile solcher Gesellschafter hinzuzurechnen, die die Voraussetzungen des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG erfüllen. Dies ist hinsichtlich der Anteile des V zu bejahen.

Mit dem Erbfall erlischt jedoch die Poolvereinbarung durch Konfusion. Schlägt in diesem Fall die „Nachsteuerkeule“ nach § 13 a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG-E zu? Der Gesetzeswortlaut spricht von Aufhebung als dem die Nachsteuer auslösenden Akt. Dies könnte prima facie die Interpretation zulassen, dass nur ein einvernehmliches, rechtsgeschäftliches Handeln die Nachsteuer auslöst. Nach der Gesetzesbegründung²⁹ soll hingegen der „Wegfall“ bestehender Verfügungsbeschränkungen oder Stimmrechtsbündelungen zum Verlust des Verschonungsabschlags führen. Hiermit könnten neben der Konfusion im Beispiel eine Reihe weitere Tatbestände erfasst werden, auf die der Betriebsübernehmer – wie das Beispiel zeigt – keinen Einfluss hat³⁰.

Sieht man in dem Erlöschen der Poolvereinbarung durch Konfusion einen Fall der Aufhebung im Sinne von § 13 a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG-E, verliert V den anlässlich des Erbfalls zu gewährenden Verschonungsabschlag sogleich wieder, obwohl – bezogen auf V und S – zu keiner Zeit vor oder nach dem Erbfall ein Gesellschafter mit einer Beteiligung von 25% oder weniger am Stammkapital der GmbH ungebunden verfügen bzw. abstimmen konnte. Mit anderen Worten war die unternehmerische Einbindung, die in der Begründung des Gesetzentwurfs zur Rechtfertigung der 25%-Grenze herangezogen wird³¹, hinsichtlich der übergegangenen Anteile in Summe stets gegeben.

b) Teilweise Aufhebung von Verfügungsbeschränkung und/oder Stimmbindung

BEISPIEL: Die Schwestern A und B halten in einem Familienpool, der den Anforderungen des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E entsprechen soll, jeweils Geschäftsanteile an einer GmbH, die 20% des Stammkapitals repräsentieren, die sie zuvor jeweils von ihrer Mutter mit der Auflage, den Familienpool zu errichten, vor 20 Jahren geerbt haben. A stirbt und wird (auch hinsichtlich der gepoolten Geschäftsanteile) allein von Tochter T beerbt. Sieben Jahre nach dem Tod der A benötigen B und T Geld für private Investitionen und veräußern deshalb einheitlich³² jeweils Geschäftsanteile in Höhe von nominal 2% zum Verkehrswert an einen Dritten, der dem Familienpool nicht beiträgt.

Als Erbin nach A kann T die Anteile grundsätzlich steuerbegünstigt nach § 13 a Abs. 1 S. 1 ErbStG-E erwerben, da sie als Gesamtrechtsnachfolgerin³³ auch in die Rechtsstellung der A im Familienpool nachfolgt. Unzweifelhaft verliert T durch die Veräußerung den im Erbfall gewährten Verschonungsabschlag rückwirkend in Höhe von 2/20³⁴. Fraglich ist jedoch, ob T durch die Veräußerung der Anteile an den Dritten innerhalb der Behaltensfrist den im Erbfall gewährten Verschonungsabschlag rückwirkend sogar vollständig verliert. Weder Gesetz noch Gesetzesbegründung äußern sich dazu, ob und ggf. wie sich eine teilweise Aufhebung von Verfügungsbeschränkung und/oder Stimmbindung auf den Verschonungsabschlag auswirken. Sicherlich wird es den Zielvorstellungen der Entwurfsverfasser³⁵ nicht gerecht, wenn unmittelbar nach einem begünstigten Erwerb die Verfügungsbeschränkung und/oder Stimmbindung auf sog. „Zwerganteile“ reduziert werden könnte, ohne die Verschonung zu gefährden. Anderer-

seits wäre es systemwidrig, die Begünstigung schon dann vollständig zu versagen, wenn – wie im Beispiel – trotz der teilweisen Aufhebung der Verfügungsbeschränkung und/oder Stimmbindung genügend Anteile im Sinne von § 13 b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG-E gebunden bleiben und damit die unternehmerische Einbindung der Gesellschafter hinsichtlich dieser Anteile gewährleistet bleibt. Hier wäre eine Klarstellung im Gesetz wünschenswert.

c) Kreditsicherung

Kredite zur Unternehmensfinanzierung werden in der Praxis u.a. durch Verpfändung von Geschäftsanteilen besichert³⁶. Die Verpfändung oder Sicherungsübereignung von Geschäftsanteilen sollte daher auch dem „gepoolten“ Gesellschafter unabhängig vom Verhalten der übrigen Poolmitglieder möglich sein, ohne dass hierin eine steuerschädliche Aufhebung der Verfügungsbeschränkung zu sehen ist. Andernfalls würde die heutzutage ohnehin immer schwieriger werdende Unternehmensfinanzierung durch Banken zusätzlich erschwert.

d) Gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Stimmrechtsausschlüsse

Ist ein Gesellschafter von Gesetzes wegen oder aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen in bestimmten Konstellationen bei Gesellschafterbeschlüssen nicht stimmberechtigt, kann darin nicht eine steuerschädliche Aufhebung der Stimmrechtsbündelung gesehen werden. Es muss folglich in diesen Fällen ausreichen, wenn die Stimmbindung dem Grunde nach bestehen bleibt.

IV. Fazit und Ausblick

Zweifellos ist die Schaffung eines verfassungskonformen Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts, das zudem die Vereinbarungen des Koalitionsvertrages umsetzt und (zumindest) aufkommensneutral ist, ohne sich von den tragenden Grundprinzipien des bisherigen Rechts zu lösen, eine kaum zu bewältigende Aufgabe. Dennoch muss vom Gesetzgeber – jenseits der politischen Dimensionen des Gesetzentwurfs – erwartet werden, dass er Regelungen schafft, die in der Praxis handhabbar sind und die zugrunde liegenden Wertungen in der praktischen Umsetzung tatsächlich widerspiegeln. Dies ist den Entwurfsverfassern längst nicht in allen Bereichen gelungen, wie für die im Beitrag behandelten Teilaspekte aufgezeigt wurde:

(1) Die Regelungen zur Ermittlung des Anteils des Verwaltungsvermögens verfehlen in der derzeitigen Ausgestaltung das von den Entwurfsverfassern postulierte Ziel deutlich: Insbesondere Unternehmen mit einem hohen Fremdfinanzierungsanteil können – selbst wenn der Anteil des Verwaltungsvermögens im Verhältnis zu den als betrieblich geltenden Wirtschaftsgütern gering ist – aufgrund des systemwidrigen Ermittlungsmodus die schädliche Grenze überschreiten. Dagegen können Unternehmen, die keine oder nur eine geringe Fremdfinanzierung in Anspruch nehmen müssen, weiterhin in erheblichem Um-

29 Vgl. dazu die Begründung des Gesetzentwurfs (S. 57).

30 Vgl. dazu auch *Szczesny*, BBEV 2008, 4 ff. (7).

31 Siehe Fußnote 22.

32 Im Sinne von § 13 b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG-E.

33 Auf die Sonderprobleme, die sich bei der Nachfolge in Poolvereinbarungen im Zusammenhang mit Vermächtnissen ergeben, sei an dieser Stelle hingewiesen; eine Erörterung würde jedoch den Rahmen dieses Beitrags sprengen.

34 Vgl. § 13 a Abs. 5 Nr. 4 Satz 1 ErbStG-E („soweit“).

35 Siehe Fußnote 22.

36 Vgl. auch S. 11 der Gemeinsamen Stellungnahme führender Industrieverbände zur BR-Drs. 4/08 vom 25.1.2008.

fang für originär außerbetriebliches Vermögen die Begünstigungen für Betriebsvermögen in Anspruch nehmen, wenn sie es im Betriebsvermögen halten.

(2) Unabhängig von gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Wertungen erweist sich das Lohnsummenkriterium in der gegenwärtigen Ausgestaltung als nicht praxistauglich und zudem in hohem Maße bürokratisch. Will der Gesetzgeber dennoch an dem Kriterium festhalten, bedarf es in vieler Hinsicht einer weiteren Konkretisierung, um willkürliche, dem Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit widersprechende Ergebnisse zu vermeiden. Dies gilt in besonderem Maße für den Begriff der Ausgangslohnsumme. Ein erheblicher bürokratischer Mehraufwand für Steuerpflichtigen und Finanzverwaltung wird sich im Zusammenhang mit dem Lohnsummenkriterium nicht vermeiden lassen.

(3) Bei der Neuregelung der Begünstigung von Kapitalgesellschaftsanteilen ist nicht nur die Gelegenheit ausgelassen worden, bekannte Mängel des geltenden Rechts zu beseitigen, auch die in der Zielrichtung begrüßenswerten neuen Regelungen zur Privilegierung von Familienkapitalgesellschaften sind in weiten Teilen auslegungsbedürftig und daher im gegenwärtigen Verfahrensstand nicht als Planungsgrundlage für den übergabewilligen Unternehmer geeignet.

Es bleibt zu hoffen, dass – nicht nur im Hinblick auf die in diesem Beitrag behandelten Problemfelder – zumindest einige der zahlreichen Anregungen aus Wissenschaft und Praxis im weiteren Gesetzgebungsverfahren aufgegriffen werden. Dies würde nicht nur mehr Planungssicherheit für den Unternehmer bedeuten, sondern auch das Risiko verringern, dass sich auch das neue Erbschaftsteuerrecht letztlich als Beratersubventionsprogramm erweist, welches den Steuerbürgern, Finanzbehörden und Gerichten erheblichen Mehraufwand be-

schert und schließlich einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht erneut nicht standhalten wird.

// Autoren

Peter Schulz, TEP, Rechtsanwalt und Steuerberater, ist Partner der Sozietät RP Richter & Partner, München. Tätigkeitsschwerpunkte: rechtliche und steuerrechtliche Beratung vermögender Familien, Family Offices, Nachfolgeberatung. Mitglied des Beirats der „Münchener Steuerfachtagung e.V.“, Vorstandsmitglied von STEP (Society of Trust and Estate Practitioners) Deutschland e.V., Mitbegründer des Family Office Networks in München.



Michael Althof, TEP, Rechtsanwalt, ist Associate der Sozietät RP Richter & Partner, München. Tätigkeitsschwerpunkte: Nachfolgeberatung, internationales Steuerrecht und Gemeinnützigkeitsrecht. Mitglied bei STEP (Society of Trust and Estate Practitioners) Deutschland e.V.



Richard Markl, Steuerberater, ist Partner der Sozietät RP Richter & Partner, München. Tätigkeitsschwerpunkte: Beratung mittelständischer Familienunternehmen auf den Gebieten des Ertrag- und Erbschaftsteuerrechts, hierbei insbesondere auch im Bereich der steuerorientierten Restrukturierung entsprechender Unternehmensgruppen.



Dr. Jan Sedemund, RA/FAStR, LL.M. taxation, und Britta Fischenich, StB

Die neuen Mantelkaufregelungen und Grunderwerbsteuer als verfassungs- und europarechtlich bedenkliche Bremse von internationalen Umstrukturierungen

Bei Umstrukturierungen nationaler und internationaler Unternehmen besteht sowohl das Risiko der anfallenden Grunderwerbsteuer als auch des Untergangs vorhandener Körperschaftsteuerlicher Verluste, was wirtschaftlich verheerende Konsequenzen haben kann. Dass die Neuregelungen auch verfassungs- und europarechtlich höchst bedenklich sind, zeigt der nachfolgende Beitrag.

I. Einleitung

Umstrukturierungen innerhalb nationaler oder grenzüberschreitender Konzerne sind permanenter Bestandteil der Unternehmenswirklich-

keit. Allenfalls in einem Bruchteil der Fälle sind diese Maßnahmen steuerlich motiviert. In aller Regel handelt es sich vielmehr um wirtschaftlich notwendige Anpassungsmaßnahmen, sei es, um neue Gesellschaften in die bestehende Gruppe zu integrieren, eine interne Strukturbereinigung durchzuführen oder sich schlicht dem veränderten Wettbewerb anzupassen.

Derartige zwingende Reaktionen auf wirtschaftliche Gegebenheiten werden in Deutschland steuerlich bestraft. Zunächst besteht in den Fällen, in denen die betroffene Gesellschaft über inländisches Grundvermögen verfügt, das Risiko der Grunderwerbsteuer. Daneben führt eine Umstrukturierung nach Einführung des neuen § 8c KStG oft-