

# Ubg

Heft 01|2009 · Jahrgang 2 · Seiten 1–72

## Die Unternehmensbesteuerung

**Herausgeber** Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. **Vorsitzende des Beirats** Prof. Dr. **Dietmar Gosch**, Vors. Richter am Bundesfinanzhof; Dr. **Steffen Neumann**, MinDirig., Finanzministerium NRW; Prof. Dr. **Thomas Rödder** WP/StB, Flick Gocke Schaumburg (geschäftsführend). **Beiratsmitglieder** Dr. **Martina Baumgärtel**, Allianz SE; **Eugen Bogenschütz** WP/StB, Allen & Overy; **Friedrich Bruschi**, MinDirig., Hessisches Finanzministerium; **Peter Carstens**, Otto (GmbH & Co KG); **Dieter Cazzonelli**, Deutsche Telekom AG; **Fritz Esterer**, Siemens AG; Dr. **Ulrich Fechner**, Boehringer Ingelheim GmbH; **Brigitte Fischer**, Freudenberg & Co. KG; Prof. Dr. **Guido Förster**, Universität Düsseldorf; **Mathias Gerner**, Dr. August Oetker KG; **Manfred Güntel** WP/StB, Deloitte & Touche GmbH; Prof. Dr. **Wilhelm Haarmann** RA/WP/StB, Haarmann Partnerschaftsgesellschaft; Dr. **Wolfgang Haas**, BASF SE; Dr. **Anton Hauck**, Deutsche Post AG; Dr. **Jörg Hernler**, Bertelsmann AG; Prof. Dr. **Norbert Herzig** WP/StB, Universität zu Köln; Dr. **Paul J. Heuser** WP/StB, Karl Berg GmbH; **Bernd Jonas**, ThyssenKrupp AG; **Ralf Klaßmann** WP/StB, BDO Deutsche Warentreuhand AG; Dr. **Michael Kröner**, Deutsche Bank AG; Dr. **Martin Lenz** WP/StB, KPMG AG; **Heinrich Montag**, E.ON AG; Dr. **Bernd Niess**, Daimler AG; Prof. Dr. **Manfred Orth** RA/WP/StB, Ernst & Young AG; **Robert Risse**, Henkel KGaA; **Florian Scheurle**, MinDir, Bundesministerium der Finanzen; **Eckehard Schmidt**, MinDirig., Bayerisches Staatsministerium der Finanzen; **Volker Schmidt-Fehrenbacher**, Vodafone Holding GmbH; Prof. Dr. **Michael Schmitt**, MinDirig., Finanzministerium Baden-Württemberg; Prof. Dr. **Christoph Spengel**, Universität Mannheim; Dr. **Roland Wacker**, Richter am Bundesfinanzhof; **Michael Wendt**, Richter am Bundesfinanzhof; Prof. Dr. **Norbert Winkeljohann** WP/StB, Pricewaterhouse Coopers AG.

## Das Erbschaftsteuerreformgesetz – ein erster Überblick

Von Dr. Heinrich Hübner\*

Am 01.01.2009 ist das Erbschaftsteuerreformgesetz (ErbStRG) vom 24.12.2008 in Kraft getreten.<sup>1</sup> Der nachfolgende Beitrag versucht, einen ersten Überblick über die für die „Unternehmens-Erbschaft-/Schenkungssteuer“ relevanten Eckpunkte zu geben. Die nachfolgende Darstellung kann naturgemäß weder umfassend sein, noch kann sie eine systematische Einführung in alle praxisrelevanten Bereiche geben: Ziel der Darstellung ist ein problemorientierter Überblick unter Beschränkung auf ausgewählte Gesichtspunkte.<sup>2</sup>

### 1. Die Hochsteuerkonzeption als Strukturproblem

Der Reform wird vielfach bescheinigt, dass nun alles doch nicht so schlimm gekommen sei, wie man nach dem Regierungsentwurf habe befürchten müssen. Die weitgehende Freigabe der Bewertungsverfahren, die Absenkung der Behaltefristen auf nur sieben Jahre für die Regelverschonung (§§ 13 a Abs. 5 ErbStG), auf zehn Jahre für die Vollverschonung (§ 13 a Abs. 8 Nr. 2 ErbStG), die Abschmelzung bei Verstoß gegen

Behaltefristen und Mindestlohnsumme (§ 13 a Abs. 1 Satz 5, Abs. 5 Satz 2 ErbStG), der Wegfall der Indexierung der Ausgangslohnsumme, die Abrüstung bei den Nachsteueratbeständen und insbesondere die Einführung einer Option zur vollständigen Verschonung des Produktivvermögens (§ 13 a Abs. 8 ErbStG) hätten das neue Erbschaftsteuerrecht insgesamt akzeptabel gemacht. Die verbleibenden Probleme seien nicht wirklich dramatisch.

Um es vorweg zu nehmen: Ich teile diese Auffassung nicht. Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass die aufgezählten Maßnahmen Verbesserungen darstellen, die im Rahmen der Hochsteuerkonzeption einige gravierende Probleme abfedern. Das eigentliche strukturelle Problem dieser Reform ist jedoch im Kern unverändert erhalten geblieben: Die Hochsteuerkonzeption des Gesetzgebers ist im Ansatz verfehlt und bleibt als Quelle einer Vielzahl von Problemen bestehen. Es ist schon im Ausgangspunkt nicht nachzuvollziehen, dass der Gesetzgeber die durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.11.2006<sup>3</sup> erzwungene Verbreiterung der Bemessungsgrund-

\* Dr. Heinrich Hübner, Rechtsanwalt und Steuerberater, ist Partner der Partnerschaft Hübner + Partner, Stuttgart.

1 BGBl. I 2008, S. 3018.

2 Eine ausführlichere Einführung in das Reformgesetz findet sich bei Hübner, Erbschaftsteuerreform 2009, Gesetze Materialien Erläuterungen (ErbStRG 2009), S. 379 ff.

3 Urteil des BVerfG vom 07.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1 = BStBl. II 2007, S. 192.

lage nicht mit einer ebenso breit angelegten Absenkung der Steuersätze kombiniert hat, denn das ist es doch, was bei jeder Gelegenheit als Masterplan der Steuerpolitik gepriesen wird. Wird es konkret, tut man ohne jedes Anzeichen des Errötens das exakte Gegenteil – man kombiniert die Verbreiterung der Bemessungsgrundlage nicht etwa mit niedrigen Steuersätzen, sondern in den Steuerklassen II und III mit einer massiven Steuersatzerhöhung – und beschwört all die Folgen herauf, die eine Politik nach Masterplan verhindern würde: Erst die Hochsteuerkonzeption zwingt zu extremen Differenzierungen durch eine Verschonungskonzeption, die ihrerseits verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt ist. Diese Differenzierungen erzeugen wiederum einen hohen Gestaltungsdruck und damit weitere Folgerungen: Bevor die Steuerpflichtigen das Gesetz überhaupt zur Kenntnis nehmen konnten, ergeht sich der Gesetzgeber in Visionen „missbräuchlicher“ Gestaltungen und konzentriert sich überwiegend auf die Abwehr derart virtueller Reaktionen der Steuerpflichtigen, nicht ohne dabei an der einen oder anderen Stelle die Orientierung zu verlieren. Der Gesetzgeber verstrickt sich in der von ihm selbst erzeugten Komplexität, die ihren wesentlichen Grund in der Hochsteuerkonzeption hat: diese erzeugt einen geradezu existentiellen Zwang, zum einen in den Genuss der Verschonungsregelungen zu gelangen, deren Wirkungen zu optimieren und zum anderen die Nachsteuerentstehung zu vermeiden.

Auch unter ethischen Gesichtspunkten ist die Reform reichlich fragwürdig:

Der Gesetzgeber erhöht die Regelsteuerbelastung auf ein Maß, das aus den laufenden Ergebnissen selbst eines florierenden Unternehmens nicht finanziert werden kann. Welchem Unternehmen kann man 30 % oder gar 50 % seines Verkehrswertes ohne Folgen für seinen Bestand oder die Eigentümerstruktur entziehen? Welcher Unternehmer kann eine Steuerbelastung in dieser Größenordnung – auch nur als latente Steuer – ohne Konsequenzen für sein Kreditrating tragen? Der Gesetzgeber hat vollkommen aus den Augen verloren, dass die Regelsteuerlast den Maßstab für die Angemessenheit der den Steuerpflichtigen auferlegten Lasten bilden muss.

Unter dem Eindruck der so erhöhten Regelsteuerlast sind die Unternehmen auf Gedeih und Verderb darauf angewiesen, in den Genuss der Verschonung zu gelangen. Sie müssen, ob sie das im Einzelfall aus unternehmerischer Sicht für richtig halten oder nicht, alles tun, um die Anforderungen der §§ 13 a, 13 b, und ggf. 19 a ErbStG zu erfüllen. Gelingt ihnen das nicht, haftet das Unternehmen mit seinem Bestand, der Unternehmer und seine Familie mit dem Familienvermögen, wobei es keinerlei Rolle spielt, ob das Nichtgelingen von dem Unternehmer zu verantworten ist oder ob etwa – die aktuelle Situation macht dies sehr anschaulich – ein Konjunkturabschwung die Ursache für einen Auftragsrückgang ist. Solcherart motiviert wird manche Entscheidung nicht wirtschaftlicher Logik – das wird man sich schlicht nicht leisten können –, sondern den Wünschen des Erbschaftsteuergesetzgebers folgen müssen, die den Unternehmer höchstpersönlich für die Konjunkturentwicklung und andere Unwägbarkeiten haftbar macht. Das ist Mittelstandsförderung der besonderen Art: die objektive Planerfüllung entscheidet über Fortbestand von Unternehmen und die Erhaltung des Familienvermögens. Man kann

dieser Art Gesetzgebung einen erpresserischen Charakterzug nicht absprechen.

#### Beispiel 1:

S erbt sämtliche Anteile der V GmbH & Co. KG von seinem Vater (V). Der Steuerwert beläuft sich auf EUR 150 Mio. S nimmt den Verschonungsabschlag nach § 13 a Abs. 1 ErbStG in Anspruch. Die festgesetzte Erbschaftsteuer beläuft sich auf knapp EUR 6 Mio., die Regelsteuerlast auf knapp EUR 45 Mio., die latente Steuer somit auf knapp EUR 39 Mio.

Angesichts der Finanzmarktkrise und deren Auswirkungen auf die Realwirtschaft wäre S unmittelbar nach dem Erwerb zu einer Reihe von Strukturveränderungen gezwungen, zu denen auch ein massiver Arbeitsplatzabbau gehört. Das würde zur Folge haben, dass nach dem Sanierungsplan die Lohnsumme am Ende der Lohnsummenfrist voraussichtlich nur 200 % der Ausgangslohnsumme betragen wird, so dass neben dem Finanzbedarf für die Produktionsumstellung auch eine Nachsteuer in Höhe von ca. EUR 27 Mio. zu finanzieren wäre. Die Bank ist zwar bereit, die Produktionsumstellung zu finanzieren, nicht aber die anfallende Erbschaftsteuer. Angesichts dieser Aussichten zögert S die Sanierung hinaus: Im Jahr 4 nach dem Erbanfall ist das Unternehmen zahlungsunfähig und geht in die Insolvenz.

Nun ergibt sich eine Nachsteuer in Höhe von ca. EUR 22,5 Mio.<sup>4</sup> Aber der Wert, der überhaupt die Festsetzung der Erbschaftsteuer begründet hatte, ist nicht mehr vorhanden. Die Familie hat nicht nur das Familienunternehmen und damit das Familienvermögen verloren, sondern bleibt außerdem mit einer Nachsteuerlast in zweistelliger Millionenhöhe zurück.

Die zweitbeste Strategie muss angesichts derartiger Risiken lauten: Das Unternehmen muss unmittelbar nach dem Erbanfall veräußert werden, die Erbschaftsteuer muss aus dem Veräußerungserlös (nach Einkommensteuer, § 35 b EStG n. F.) finanziert werden und der verbleibende Betrag als Familienvermögen – etwa in einem Familienpool – nachhaltig bewirtschaftet werden. Eine bessere Strategie wird dagegen darauf abzielen, derartige Risiken für den Bestand des Familienvermögens von vorneherein zu vermeiden, etwa durch einen langfristig vorbereiteten Wegzug in das Ausland.

Ohne Zweifel erzeugt diese Reform eine massive Gefahr für den Bestand inhabergeführter Unternehmen. Die Konsequenzen dieser Art der Mittelstandsförderung werden die zu tragen haben, die die Begünstigung nicht erhalten oder aber einer Nachsteuerfestsetzung unterliegen. Dabei darf man sich nicht mit der Erwägung trösten, durch die Änderungen, die der Regierungsentwurf zuletzt noch erfahren hat, sei das Problem hinreichend entschärft. Die massive Erhöhung der Regelsteuerbelastung und der daraus resultierende sprunghafte Anstieg der latenten Erbschaft-/Schenkungssteuer wird eine Nachsteuerfestsetzung trotz Abschmelzungsregelung in den meisten Fällen wesentlich schmerzhafter ausfallen lassen, als dies nach altem Recht der Fall gewesen wäre. Das vorstehende Beispiel weist dies aus.

## 2. Die Bewertung des Produktivvermögens

### 2.1. Wertermittlung

Den Ausgangspunkt der vorliegenden Reform bildet eine fundamentale Neuausrichtung der verfassungsrechtlichen Beurteilung des erbschaft-/schenkungsteuerlichen Bewertungsrechts. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war in der Vergangenheit geprägt von einer äußersten Zurückhaltung in der Beurteilung des verfassungsrechtlichen Rah-

<sup>4</sup> Völlig unklar ist, welche Folgen sich aus dem Umstand ergeben, dass bei Verstößen gegen die Behaltefrist das Ende der Lohnsummenfrist nicht erreicht wird. Vgl. dazu die Überlegungen von *Thonemann* DB 2008, S. 2616, 2618 f.

mens für die Bewertung. Zwar entstammt die Kernthese der Entscheidung vom 07.11.2006, die auch in der Erbschaftsteuerentscheidung von 1995<sup>5</sup> aufgegriffen worden war<sup>6</sup>, der Vermögensteuerentscheidung von 1995<sup>7</sup>:

„Die gleichmäßige Belastung der Steuerpflichtigen hängt davon ab, dass für die einzelnen zu einer Erbschaft gehörenden wirtschaftlichen Einheiten und Wirtschaftsgüter Bemessungsgrundlagen gefunden werden, die deren Werte in ihrer Relation realitätsgerecht abbilden [Nachw.]“

Erstmals in der Entscheidung vom 07.11.2006 wurde aus dieser Kernthese abgeleitet, dass (1.) Bewertungsmaßstab der gemeine Wert sein müsse und dass (2.) diese zwingend vorgegebene Orientierung am gemeinen Wert nicht dadurch unterlaufen werden dürfe, dass Lenkungselemente mit dem Ziel der Verschonung bereits in die Bewertung einfließen.<sup>8</sup> Allerdings wäre es ein vollständiges Missverständnis, würde man die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dahin interpretieren, dass sie typisierende Bewertungen untersagt. Das Gegenteil ist richtig: Schon aus den Leitsätzen ergibt sich, dass die Verfassung nicht fordert, den gemeinen Wert im Einzelfall zu ermitteln und zur Bemessungsgrundlage zu machen. Vielmehr genügt es, wenn die Bewertungsverfahren gewährleisten, dass die zu bewertenden Vermögensgegenstände in einem *Annäherungswert an den gemeinen Wert* erfasst werden. Auch zum Ausmaß der Annäherung lässt sich der Entscheidung Substantielles entnehmen: Den gemeinen Wert an sich gibt es nicht. Es gibt jedoch einen Wertkorridor, der abhängig ist von der Streubreite der Werte, die noch als gemeine Werte verstanden werden können. Dieser Korridor hat beim Grundvermögen einen Umfang von ca.  $\pm 20\%$  um den „gemeinen Wert“.<sup>9</sup> Außerdem führt das Gericht im Hinblick auf unbebaute Grundstücke aus:

„Das wegen des vorsichtigen Ansatzes der Bodenrichtwerte durchschnittlich erreichte Bewertungsniveau von rund 70 % der Verkehrswerte [Nachw.] erscheint als Ergebnis einer typisierenden Bewertung und mit Blick auf den bei Grundbesitz bestehenden, oben [...] beschriebenen Wertkorridor verfassungsrechtlich hinnehmbar.“

Daraus kann man nur den Schluss ziehen, dass ein Bewertungsverfahren auch dann noch zu akzeptieren ist, wenn das durchschnittliche Bewertungsniveau in einem noch vertretbaren Rahmen in der Nähe des Wertkorridors liegt.

5 Urteil des BVerfG vom 22.06.1995 – 2 BvR 552/91 (Erbschaftsteuer), BVerfGE 93, S. 165 = BStBl. II, S. 671.

6 Urteil des BVerfG vom 07.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1 = BStBl. II 2007, S. 192 Rz 103.

7 Urteil des BVerfG vom 22.06.1995 – 2 BvL 37/91 (Vermögensteuer), BVerfGE 93, S. 121 = BStBl. II, S. 655.

8 Noch die Entscheidung vom 22.06.2005 – 2 BvR 552/91 (Fn. 5) hatte dies anders gesehen: dort wurde es geradezu als vorbildlich bezeichnet, dass bei der Bewertung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (nur) der Ertragswert angesetzt wird, um eine Zerschlagung dieser Einheiten zu vermeiden. Deziert anders beurteilt die Entscheidung vom 07.11.2006 (Fn. 3), Rz 107, diese Vorgehensweise des Gesetzgebers: „... bereits vom Ansatz her verfehlt ... scheidet als gleichheitswidrig aus“.

9 Urteil des BVerfG vom 07.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1 = BStBl. II 2007, S. 192 Rz 137.

Der Gesetzgeber hat diese Anregungen des Verfassungsgerichts unverständlicherweise nicht aufgegriffen. Er hat durch § 11 Abs. 2 BewG die Ermittlung des Unternehmens- oder Anteils-werts im Einzelfall als Regelfall ausgestaltet und daneben ein vereinfachtes Ertragswertverfahren geschaffen (§§ 199 bis 203 BewG), das letztlich keine ernstzunehmende Funktion hat. Denn bei Steuersätzen bis zu 50 % kann es sich auch derjenige nicht leisten, der sein Nachsteuerrisiko als gering einschätzt, die Wertermittlung einem Bewertungsverfahren auszuliefern, das in einer Vielzahl von Fällen überhöhte Werte auswerfen wird. Wenn ein vereinfachtes Bewertungsverfahren die ihm zuge-dachte Vereinfachungsfunktion erfüllen soll, benötigt es zuerst Akzeptanz auf Seiten der Steuerpflichtigen. Diese Akzeptanz setzt eine vorsichtige Bewertung voraus, die ein Bewertungsniveau in der Nähe der Untergrenze des Wertkorridors ansteuert. Mit einem fixierten Risikozuschlag von 4,5 % (§ 203 Abs. 1 BewG) und einem daraus abgeleiteten Kapitalisierungsfaktor (für 2009: 12, 33<sup>10</sup>) kann das allenfalls eingeschränkt gelingen.

Richtig wäre es statt dessen gewesen, dem breiten Bedürfnis nach einem typisierenden Bewertungsverfahren durch ein Verfahren Rechnung zu tragen, das glaubwürdig auf ein durchschnittliches Wertniveau am unteren Rand des Wertkorridors abzielt und das auch für ertragsteuerliche Zwecke akzeptiert werden kann. Denn der Bedarf an gemeinen Unternehmenswerten hat auch im Ertragsteuerrecht durch das SEStEG sprunghaft zugenommen, ohne dass der Gesetzgeber oder die Verwaltung einen angemessenen Weg aufgezeigt hätten, wie diese Werte zu ermitteln sind. Bis zur Einführung der Maßgeblichkeit der Steuerbilanzwerte durch das StÄndG 1992<sup>11</sup> entsprach es der Rechtsprechung des BFH<sup>12</sup>, dass die mittels des Stuttgarter Verfahrens ermittelten gemeinen Werte auch für Zwecke der Ertragsteuern heranzuziehen seien und das Stuttgarter Verfahren grundsätzlich taugliche gemeine Werte liefere. Was liegt näher, als an diese Historie anzuknüpfen und das Stuttgarter Verfahren derart fortzuentwickeln, dass es diesen Ansprüchen wieder genügen kann. Der durch das ErbStRG geschaffene gesetzliche Rahmen würde dies ohne Zweifel ermöglichen:

§ 11 BewG kennt folgende Gruppen von Bewertungsverfahren:

- Sind die Anteile börsennotiert, erfolgt die Bewertung nach dem Börsenkurs unabhängig davon, ob dieser Kurs mit dem inneren Anteilswert korreliert.<sup>13</sup>
- Gibt es keine Börsenkurse, ist der gemeine Wert vorrangig aus Verkäufen unter fremden Dritten abzuleiten (neu: „zu ermitteln“), die weniger als ein Jahr zurückliegen § 11 Abs. 2 Satz 2 I. Alt. BewG.<sup>14</sup>

10 Der Basiszinssatz beträgt gemäß BMF-Schreiben vom 07.01.2009 – IV C 2 – S 3102/07/0001 ([www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de)) derzeit 3,61 %.

11 Vom 25.02.1992, BGBl. I, S. 297.

12 Vgl. etwa BFH-Urteil vom 21.03.1993 – XI R 33/92, BFH/NV 1994, S. 12.

13 M.E. steht diese Fixierung mit § 9 Abs. 2 Satz 3 BewG in einem Spannungsverhältnis: etwa spekulative Wertverzerrungen sind ungewöhnliche Verhältnisse.

14 Insoweit wird der Gedanke eines objektiven gemeinen Werts, der von den „persönlichen Verhältnissen“ des Anteilseigners abstrahiert (§ 9 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 BewG) verlassen: selbstverständlichen fließen bei dieser Wertableitung die persönlichen Verhältnisse des konkreten fremden Dritten in die Wertermittlung ein. Diese persönlichen Verhältnisse werden nicht dadurch objektive, dem Anteil selbst anhaftende Umstände, dass der Marktteilnehmer ein fremder Dritter ist.

- Ist auch diese Ableitung nicht möglich, gibt es drei gleichwertige Methoden:
  - Der gemeine Wert ist „unter Berücksichtigung der Ertragsaussichten zu ermitteln (§ 11 Abs. 2 Satz 2 2. Alt. BewG).
  - Alternativ kann auch das vereinfachte Ertragswertverfahren nach den §§ 199 bis 203 BewG angewandt werden (§ 199 Abs. 1 und 2 BewG).
  - Als weitere Alternative kommt eine Ermittlung des gemeinen Werts anhand „einer anderen, auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für nichtsteuerliche Zwecke üblichen Methode“ in Betracht (§ 11 Abs. 2 Satz 2 3. Alt. BewG).
- Bei all diesen Methoden darf der Substanzwert nach § 11 Abs. 2 Satz 3 BewG (Mindestwert) nicht unterschritten werden. Diese Einschränkung gilt für alle Verfahren mit Ausnahme der Bewertung nach Börsenkursen (§ 11 Abs. 1 BewG).<sup>15</sup>

Da die „anderen, auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr üblichen Methoden“ einem Üblichkeitsvorbehalt unterliegen, müssen sie von den Bewertungsmethoden, die den gemeinen Wert unter „Berücksichtigung der Ertragsaussichten“ ermitteln, unterschieden werden. Das ist ausweislich des Wortlauts nur durch das Merkmal „Berücksichtigung der Ertragsaussichten“ möglich: Alle Verfahren, die die Ertragsaussichten angemessen berücksichtigen, unterliegen nicht dem Üblichkeitsvorbehalt. Der Gesetzeswortlaut fordert aber auch nur eine Berücksichtigung (auch) der Ertragsaussichten, nicht aber eine ausschließliche Berücksichtigung der Ertragsaussichten. Deshalb sind auch alle Mischverfahren oder etwa ein Verfahren der Übergewinnverrentung (fortentwickeltes Stuttgarter Verfahren), die auch die Vermögenssubstanz berücksichtigen und auf diese Weise die Volatilität der ermittelten Werte begrenzen könnten, ohne Üblichkeitsprüfung zu akzeptieren, sofern diese Verfahren strukturell geeignet sind, einen Annäherungswert an den gemeinen Wert, also einen Wert innerhalb des Wertkorridors gemeiner Werte zu liefern. Es spricht also nichts dagegen, dass – da die Steuerverwaltung ein taugliches typisierendes Verfahren offenbar nicht zur Verfügung stellen wird – etwa seitens der Beraterschaft ein Verfahren entwickelt wird, das diesen Anforderungen genügt. Nach dem Gesetzeswortlaut ist ein derartiges Verfahren von der Verwaltung ohne Üblichkeitsprüfung zu akzeptieren.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass ein derartiges Verfahren auch für ertragsteuerliche Zwecke anzuwenden wäre: § 11 BewG gilt allgemein (§ 1 Abs. 2 BewG) und der durch Art. 8 Nr. 1 des SEStEG<sup>16</sup> eingefügte Satz 3 des § 11 Abs. 2 BewG ist durch das ErbStRG entfallen.

<sup>15</sup> Der Gesetzeswortlaut und die Begründung des Regierungsentwurfs – Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 245 – sprechen für den Vorrang der Mindest-/Substanzbewertung auch gegenüber der Ableitung des gemeinen Werts aus Verkäufen. A.A. Piltz, Ubg 2009, S. 17.

<sup>16</sup> BGBl. I 2006, S. 2782: § 11 Abs. 2 Satz 3 a. E.: „Satz 2 gilt nicht für ertragsteuerliche Zwecke“.

## 2.2. Der gemeine Wert als Leistungsfähigkeitsmaßstab

Bei der Bewertung von Anteilen an Kapital- und Personengesellschaften machen folgende Punkte erhebliche Schwierigkeiten: Ertragswertverfahren beruhen auf der *Vollausschüttungshypothese*. Ferner sieht § 9 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 BewG vor, dass *Verfügungsbeschränkungen* – etwa in Form von Anteilsvinkulierungen (§ 15 Abs. 5 GmbHG; § 68 AktG) – bei der Ermittlung des „objektivierten“ gemeinen Werts nicht berücksichtigt werden dürfen. Entsprechendes gilt für gesellschaftsvertragliche *Abfindungsbeschränkungen*. In diesem Kontext ordnet § 7 Abs. 5 ErbStG ausdrücklich an, dass bei der Schenkung eines Anteils an einer Personengesellschaft Abfindungsbeschränkungen – zunächst (vgl. dazu H 20 ErbStH) – nicht berücksichtigt werden.

Es stellt sich die Frage, ob diese Regelungen mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.11.2006 zu vereinbaren sind.<sup>17</sup>

„Denn die durch den Vermögenszuwachs beim Erwerber entstandene finanzielle Leistungsfähigkeit besteht darin, dass er aufgrund des Vermögenstransfers über Geld oder Wirtschaftsgüter mit einem Geldwert verfügt. *Letzterer kann durch den Verkauf des Wirtschaftsguts realisiert werden*. Die durch den Erwerb eines nicht in Geld bestehenden Wirtschaftsguts vermittelte finanzielle Leistungsfähigkeit wird daher durch den bei einer Veräußerung unter objektivierten Bedingungen erzielbaren Preis, mithin durch den gemeinen Wert im Sinne des § 9 Abs. 2 BewG, bemessen. Nur dieser bildet den durch den Substanzerwerb vermittelten Zuwachs an Leistungsfähigkeit zutreffend ab und ermöglicht eine gleichheitsgerechte Ausgestaltung der Belastungsentscheidung.“

Maßgeblich für die Besteuerung ist die individuelle Leistungsfähigkeit des Erwerbers, die zwar anhand einer objektivierenden Bewertung ermittelt werden kann. Die Leistungsfähigkeit des Erwerbers darf jedoch nicht im Wege einer Fiktion unterstellt werden: Die *Vollausschüttungshypothese* ist insofern unrealistisch, als eine Vollausschüttung gerade untypisch ist, diese zudem im Hinblick § 13 a Abs. 5 Nr. 3 ErbStG kritisch sein kann<sup>18</sup> und der Erwerber einer Minderheitsbeteiligung eine Vollausschüttung auch nicht erzwingen können. *Verfügungsbeschränkungen* sind entgegen § 9 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 BewG keine subjektiven, sondern objektive Bewertungsfaktoren, denn sie haften dem zu bewertenden Anteil an und begrenzen dessen Verkehrsfähigkeit unabhängig von der Person des Gesellschafters. Sie begrenzen damit auch die Bereicherung des Erwerbers auf die nach dem Gesellschaftsvertrag zu leistende und in aller Regel auf einen Wert unterhalb des „Verkehrswerts“ *beschränkte Abfindung*, denn nur diese kann der Erwerber im Zeitpunkt der Steuerentstehung (§ 11 ErbStG) durch eine Kündigung – die einzige ihm mögliche Form der Wertrealisierung – realisieren. Jeder darüber hinausgehende

<sup>17</sup> Urteil des BVerfG vom 07.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1 = BStBl. II 2007, S. 192 Rz 104.

<sup>18</sup> Vgl. etwa nachfolgend das Beispiel 9 unter 3.3.2.

Wert genügt nicht der Funktion des gemeinen Werts, die individuelle („Ist“-) Leistungsfähigkeit abzubilden.

Eine an der individuellen Leistungsfähigkeit des Erwerbers orientierte Bewertung muss deshalb die Besteuerungskonzeption des § 7 Abs. 5 ErbStG (H 20 ErbStH 2003) gerade auf den Kopf stellen: In erster Linie müssen Verfügungs- und Abfindungsbeschränkungen berücksichtigt werden, denn diese limitieren im Zeitpunkt der Steuerentstehung die individuelle Bereicherung des Erwerbers. Erst wenn diese wegfallen und ein höherer Wert realisiert wird, ist nach Maßgabe der §§ 4, 5 BewG die Bewertung und die Steuerfestsetzung zu korrigieren.

#### Beispiel 2:

V hat durch Vermächtnis von seinem Onkel eine Beteiligung von 10 % an einer GmbH (Familiengesellschaft in der Dritten Generation) zugewandt bekommen. Zwischen den Gesellschaftern herrschte Streit; eine Konsortialvereinbarung nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG war deshalb nicht möglich. Der nachhaltig erzielbare Jahresertrag der Gesellschaft beläuft sich auf EUR 13,5 Mio. Daraus errechnet sich nach den §§ 199 ff. BewG ein gemeiner Wert von EUR 150 Mio., bezogen auf den Anteil des V ein Wert von EUR 15 Mio. Die Gesellschaft schüttet im Durchschnitt nur EUR 2,7 Mio. aus. Nach dem Gesellschaftsvertrag kann über die Anteile nicht ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung verfügt werden. Scheidet ein Gesellschafter aus, erhält er als Abfindung grundsätzlich den anteiligen Buchwert des Eigenkapitals (EUR 2 Mio.), mindestens jedoch 50 % (EUR 7,5 Mio.) und höchstens 66 2/3 % (EUR 10 Mio.) des nach IDW S1 ermittelten Anteilswerts.

Die gesamte Ausbildung des V war darauf ausgerichtet, eine führende Funktion in dem Unternehmen zu übernehmen. V verfügt nur über unwesentliches eigenes Vermögen und fragt sich deshalb, ob er das Vermächtnis ausschlagen muss, um seinen persönlichen Ruin zu vermeiden.

Der auf den vermachten Anteil entfallende Steuerwert nach den §§ 199 ff. BewG beläuft sich auf EUR 15 Mio., auf die 50 % Steuer anfallen: EUR 7,5 Mio. Diesen Betrag kann V weder aus den zu erwartenden Ausschüttungen, noch aus seinem persönlichen Vermögen aufbringen. Er kann den so errechneten Wert auch nicht realisieren: Die Gesellschafterversammlung wird einer Veräußerung an einen außenstehenden Dritten nicht zustimmen und bei einer Kündigung kann er allenfalls einen Wert in Höhe von ca. EUR 7,5 Mio. realisieren, die aber über einen Zeitraum von 7 Jahren ausbezahlt werden.

Die Malaise hat zwei Ursachen: Zum einen wird der Steuerfestsetzung gegen V ein Wert zugrunde gelegt, den dieser bei einer realistischen Betrachtung der objektiven Gegebenheiten nicht realisieren kann. Zum anderen ist die hier maßgebende Regelsteuerbelastung völlig überhöht. Angesetzt werden darf m. E. höchstens der Wert, den V als Abfindung realisieren kann. Wird die Abfindungsbeschränkung oder die Vinkulierung aufgehoben, kann die Bewertung und die Steuerfestsetzung geändert werden (§§ 4, 5 BewG). Erforderlich ist außerdem eine großzügige Stundungsregelung, die es V ermöglicht, die Steuer aus den Erträgen des Anteils zu finanzieren: § 28 ErbStG begünstigt den Erwerber von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft noch immer nicht. Das ist vollkommen unverständlich.

Folgt man dagegen der Auffassung, dass auf der Grundlage unterstellter Vollausschüttung und ohne Berücksichtigung von Verfügungs- und Abfindungsbeschränkungen ein Wert von EUR 15 Mio. der Besteuerung zugrunde zu legen ist, bleibt V nur die Ausschlagung des Vermächtnisses. Ansonsten ist er wegen der mit der Steuerfestsetzung eintretenden Zahlungsunfähigkeit insolvenzreif (§ 17 InsO).

### 2.3. Der Umfang der wirtschaftlichen Einheit

Die Streichung des § 98 a BewG durch das ErbStRG beendet die Ära der durchgängigen Einzelbewertung für das Betriebsvermögen: es gilt der Grundsatz der Gesamtbewertung (§ 2 Abs. 1 Satz 2 BewG), der im Ausgangspunkt die gesamte wirtschaftliche Einheit erfasst.

Der Umfang der wirtschaftlichen Einheit richtet sich nach unterschiedlichen Regeln, die nach Rechtsformen einerseits und auch zwischen der Aktiv- und Passivseite unterscheiden. Der Gesetzgeber hat es versäumt, in dieser elementaren Frage eine klare und in der Sache überzeugende Konzeption zu entwickeln:

	Aktivvermögen	Passivvermögen
<b>Einzelunternehmen</b>	§ 95 BewG	§ 103 BewG
<b>Pesonengesellschaften</b>		
Gesamthandsvermögen	§ 97 Abs. 1 Satz 1 BewG	§ 103 BewG
Sonderbetriebsvermögen	§ 97 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 BewG	§ 103 BewG
<b>Kapitalgesellschaften</b>	§ 97 Abs. 1 Satz 1 BewG	§ 103 BewG

Zu dieser Übersicht ist folgendes zu bemerken:

(1) In der Sache völlig unverständlich ist, dass der Gesetzgeber an der in jeder Hinsicht verfehlten *Regelungskonzeption des § 103 BewG* festgehalten hat.<sup>19</sup> Es ist keinerlei Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, für Aktiv- und Passivvermögen unterschiedliche Zuordnungskriterien zu definieren, zumal die Folgen dieser Differenzierung durch § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG korrigiert werden müssen. Umständlicher geht es kaum.

(2) Für das *Aktivvermögen von Personen- und Kapitalgesellschaften* bleibt es bei der Regelung des § 97 Abs. 1 BewG, wonach dieses Vermögen ohne Rücksicht auf die steuerbilanzielle Zuordnung Teil der wirtschaftlichen Einheit des Betriebsvermögens der jeweiligen Gesellschaft ist. Auf der Passivseite wird dieser Grundsatz allerdings durchbrochen (§ 103 BewG). Das führt zu absurden Konsequenzen.

#### Beispiel 3:

Zum Gesamthandsvermögen der A GmbH & Co. KG gehört ein Einfamilienhaus, das von A für private Wohnzwecke genutzt wird. Das Einfamilienhaus wurde von der Gesellschaft für EUR 5 Mio. erworben, wobei der Erwerb in vollem Umfang fremdfinanziert wurde. Als A verstirbt, wird er von seiner Ehefrau beerbt, die auch in die Beteiligungen an der A GmbH & Co. KG nachfolgt. Die Immobilie gehört zur wirtschaftlichen Einheit (§ 97 Abs. 1 Satz 1 BewG: „... alle Wirtschaftsgüter ...“). Die Verbindlichkeit gehört dagegen nicht zur wirtschaftlichen Einheit (§ 103 Abs. 1 i. V. m. § 95 Abs. 1 BewG), weil sie ertragsteuerlich – wie auch die Immobilie – notwendiges Privatvermögen ist. Die Verbindlichkeit ist vielmehr als – private – Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG zu erfassen und unterliegt hierbei der Schuldverkürzung nach § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG.

Die Regelung des § 97 Abs. 1 BewG ist kein Betriebsunfall des Gesetzgebers, sondern Ausdruck der Gesetzeskonzeption, wonach Personen- und Kapitalgesellschaften kein aktives Privatvermögen haben können. Eine entsprechende Regelung für Betriebsgrundstücke enthielt § 99 Abs. 2 Satz 4 BewG a. F.

(3) Für das *Sonderbetriebsvermögen* ist wiederum die steuerbilanzielle Qualifikation maßgeblich. Ungeklärt ist dabei die Frage, ob dies auch für die Passivseite gilt oder ob insoweit § 103 BewG vorgeht. Für letzteres spricht die Regelungssysteme-

<sup>19</sup> Zur Historie dieser Vorschrift s. Hübner, DStR 2000, S. 1205, 1206 f.

matik des BewG, das traditionell in den §§ 95 bis 99 BewG die Zugehörigkeit des Aktivvermögens zur wirtschaftlichen Einheit bestimmt, während § 103 BewG die Zuordnung des Passivvermögens separat regelt. M.E. ist diese Regelungskonzeption nicht sachgemäß.

(4) Der Gesetzgeber hat durch das ErbStRG § 99 Abs. 2 BewG gestrichen: die *Zuordnung von Betriebsgrundstücken* soll den allgemeinen Regeln folgen. Das ist m.E. verfehlt. Denn dies bedeutet jedenfalls im Anwendungsbereich der §§ 95, 97 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 BewG die Maßgeblichkeit der ertragsteuerlichen Zuordnung und damit die Übernahme der von der Rechtsprechung entwickelten Atomisierung der Betriebsgrundstücke in das Bewertungsrecht.<sup>20</sup> Hierzu ist zu bemerken, dass der Grundstücksbegriff des BewG (§§ 2, 176 ff. BewG) mit dem des EStG nicht übereinstimmt und sich der Gesetzgeber außerdem von der Ausgangsprämisse der §§ 176 ff. BewG löst, dass die Ermittlung eines Verkehrswerts auch eine verkehrsfähige Einheit voraussetzt. Die in der Steuerbilanz als selbstständige Wirtschaftsgüter behandelten Grundstücksteile sind schon mangels rechtlicher Selbstständigkeit gar nicht verkehrsfähig. Damit dürfte es – soweit es auf den Einzelwert ankommt – sachlogisch ausgeschlossen sein, einen gemeinen Wert zu ermitteln (§§ 177, 9 BewG).<sup>21</sup>

#### 2.4. Gesamtbewertung/Einzelbewertung

Wer den gemeinen Wert einer wirtschaftlichen Einheit durch ein Ertragswertverfahren ermittelt, muss diesen Wert durch eine „Bewertung im Ganzen“, also durch eine *Gesamtbewertung* ermitteln. Bewertungsfaktor kann nicht der Beitrag von Einzelwirtschaftsgütern zum Gesamtertrag sein, sondern nur die Ertragsfähigkeit der wirtschaftlichen Einheit (Bewertungseinheit) als Ganzes. Der Gesetzgeber sieht eine Reihe von Ausnahmen von diesem Grundsatz vor, die teils berechtigt sind, teils aber kritisch zu sehen sind:

(1) Ohne Zweifel ist es sachgerecht, das *nicht betriebsnotwendige Vermögen* (§§ 11 Abs. 2 Satz 4, 200 Abs. 2 BewG) von der Gesamtbewertung auszunehmen, denn dieses Vermögen zeichnet sich gerade dadurch aus, dass es zum Ergebnis des operativen Unternehmens keinen Beitrag leistet.<sup>22</sup>

(2) Die Anordnung der Einzelbewertung für „*Beteiligungen an anderen Gesellschaften*“ (§ 200 Abs. 3 BewG) zielt dagegen darauf ab, die Bewertungstiefe zu reduzieren, die Bewertung zu vereinfachen und die Ermittlung von Beteiligungswerten dem jeweiligen Betriebsfinanzamt zu überantworten (§ 152 Nr. 2, 3 BewG).

(3) Die Anordnung der Einzelbewertung für *Wirtschaftsgüter, die innerhalb von 2 Jahren vor dem Stichtag „eingelegt werden“* (§ 200 Abs. 4 BewG) unterstellt für einen Zeitraum von 2 Jahren pauschal eine missbräuchliche Intention: es soll vermieden werden, dass Wirtschaftsgüter mit einem geringen Er-

tragswert und hohem gemeinen Wert faktisch aus der Wertermittlung ausscheiden.

(4) Auch für das *Sonderbetriebsvermögen* sieht das Gesetz eine Einzelbewertung vor. Das kann man allein mit Vereinfachungserwägungen begründen: die Aufteilung des erbschaft-/schenkungsteuerlichen Werts des Betriebsvermögens von Mitunternehmenswerten setzt (Einzel-) Werte für die (Einzel-) Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens voraus (§ 97 Abs. 1 a Nr. 2 BewG). Einen derartigen Wert aus einem das Sonderbetriebsvermögen umfassenden Gesamtwert abzuleiten, dürfte schwierig sein. Allerdings kann auf die Ermittlung des Einflusses dieser Wirtschaftsgüter auf den (Gesamt-) Ertragswert ohnehin nicht verzichtet werden (vgl. w.u.). Die Anordnung der Einzelbewertung kann zu einer extremen Verfälschung des für das Gesamthandsvermögen zu ermittelnden Ertragswerts führen, wenn es sich bei dem Sonderbetriebsvermögen um einen Vermögensgegenstand handelt, der den Ertragswert maßgeblich beeinflusst.

Mit der Anordnung der Einzelbewertung ist es indessen nicht getan: es muss verhindert werden, dass die der Einzelbewertung unterliegenden Wirtschaftsgüter auch den Ertragswert des der Gesamtbewertung unterliegenden Vermögens beeinflussen. Deshalb sind deren Einflüsse bei der Ertragsbewertung zu neutralisieren: § 202 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 Buchst. f, Nr. 2 Buchst. f. BewG. Insoweit sind insbesondere die Ertragsinflüsse aus den jeweils wirtschaftlich zugehörigen Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, was wiederum eine Zuordnung derartiger Verbindlichkeiten voraussetzt. Eine derartige Zuordnung sieht das Gesetz vor für das nicht betriebsnotwendige (Aktiv-) Vermögen und für innerhalb von zwei Jahren eingelegtes (Aktiv-) Vermögen, nicht jedoch für Beteiligungen (§ 200 Abs. 3 BewG). Beim Sonderbetriebsvermögen wird man eine Schuldenzuordnung dem Umstand entnehmen können, dass § 202 Abs. 1 Satz 1 BewG allgemein die Ausblendung von „Ergebnissen aus Sonderbilanzen“ vorgibt.

#### 2.5. Die Abgeltungswirkung des Werts der wirtschaftlichen Einheit – Maßgeblichkeit des wirtschaftlichen Eigentums<sup>23</sup>

In der Vergangenheit war die Zuordnung von Einzelwirtschaftsgütern zur wirtschaftlichen Einheit durch die §§ 95, 97, 99, 103 BewG für die Frage maßgeblich, ob das jeweilige Einzelwirtschaftsgut in der Vermögensaufstellung, also im Rahmen der Einzelbewertung (§ 98 a BewG a. F.) anzusetzen war. Diese Bedeutung entfällt durch die grundsätzliche Anordnung der Gesamtbewertung; sie bleibt bestehen, soweit eine Einzelbewertung durchzuführen ist. Auch im Bereich der Gesamtbewertung bleibt allerdings die Frage danach, welche Vermögensgegenstände durch den Gesamtwert abgegolten sind und deshalb nicht gesondert – etwa als sonstiges Vermögen – zu erfassen sind. Die Abgeltung durch den für die wirtschaftliche Einheit anzusetzenden Wert schließt eine (zusätzliche) Erfassung aus. In diesem Kontext hat die Frage nach der Maßgeblichkeit des zivilrechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums erhebliches Gewicht. Soweit das Gesetz für den Umfang der

20 R 4.2 Abs. 3 bis 5 EStR.

21 Vgl. ausführlich Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 508 ff., 510.

22 Vgl. die Legaldefinition in § 200 Abs. 2 BewG.

23 Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 473 f.

Abgeltungswirkung auf das wirtschaftliche Eigentum abstellt, ist bei abweichendem zivilrechtlichem Eigentum auch die Erfassung des nämlichen Wirtschaftsgutes beim zivilrechtlichen Eigentümer ausgeschlossen.

Der Rechtsprechung des BFH kann man mitunter die Aussage entnehmen, dass im Bereich der Erbschaft-/Schenkungssteuer das wirtschaftliche Eigentum nicht maßgeblich sei. Diese These, wenngleich sie spontan einleuchtet, stimmt mit dem Gesetz offensichtlich nicht – jedenfalls nicht durchgängig – überein. Die §§ 95, 97, 103 BewG stellen traditionell auf das wirtschaftliche Eigentum ab.<sup>24</sup> Das ergibt sich zum einen aus der Anknüpfung an die steuerbilanziellen Ansatzregelungen (§§ 95, 97 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2, 103 BewG), gilt aber auch für § 97 Abs. 1 BewG. Denn diese Bestimmung gilt unverändert seit langem und hat selbstverständlich insbesondere bei der Einheitsbewertung des Betriebsvermögens für Zwecke der Vermögen- und Gewerbesteuer immer an das wirtschaftliche Eigentum angeknüpft.

### 3. Die Verschonung des Produktivvermögens

#### 3.1. Die Verschonungskonzeption

Im Zentrum der Verschonungskonzeption steht der Verschonungsabschlag nach § 13 a Abs. 1 ErbStG, der unter bestimmten Voraussetzungen erhebliche Teile des Werts der jeweiligen wirtschaftlichen Einheit – unter den Voraussetzungen des § 13 a Abs. 8 ErbStG bis zu 100 % – von der Bemessungsgrundlage ausnimmt. Jenseits der Reichweite des Verschonungsabschlags sieht § 13 a Abs. 2 ErbStG einen degressiv ausgestalteten Abzugsbetrag von maximal EUR 150.000 vor. Außerdem enthält das Gesetz eine Tarifbegrenzung auf die Steuersätze der Steuerklasse I (§ 19 a ErbStG). Ebenfalls als Teil der Verschonungskonzeption muss man die Stundungsregelung des § 28 ErbStG begreifen, deren Ausgestaltung allerdings völlig ineffektiv ist und insbesondere für Anteile an Kapitalgesellschaften nicht eingreift, obwohl gerade bei dieser Vermögenskategorie der Bedarf nach einer effektiven Stundungsregelung wohl am größten sein dürfte.

Die Verschonung nach den vorstehenden Regeln setzt voraus, dass begünstigtes Vermögen i. S. d. § 13 b Abs. 1 ErbStG vorliegt, was zugleich impliziert, dass die Wertgrenzen für sog. Verwaltungsvermögen nach § 13 b Abs. 2 Satz 1 (50 %) bzw. nach § 13 a Abs. 8 ErbStG (10 %) nicht überschritten werden. Zugleich unterliegt das begünstigte Vermögen zeitlichen Beschränkungen durch die Nachsteuerbestimmungen (§§ 13 a Abs. 5, 19 a Abs. 5 ErbStG) und arbeitsmarktpolitischen Planvorgaben durch die Lohnsummenregelungen der Absätze 1, 4 und 8 des § 13 a ErbStG.

#### 3.2. Begünstigtes Vermögen – Verwaltungsvermögen

##### 3.2.1. Begünstigtes Vermögen

Die Kategorien des begünstigten Vermögens entsprechen weitgehend denen des § 13 a Abs. 4 ErbStG a. F. Begünstigt

sind insbesondere gewerbliches und freiberufliches Betriebsvermögen und Anteile an Kapitalgesellschaften, letztere jedoch nur unter der unangemessenen Voraussetzung, dass der Erblasser/Schenker – im Grundsatz – eine Beteiligung von mehr als 25 % hält.<sup>25</sup>

Gegenüber dem bisherigen Recht ergeben sich folgende Änderungen:

(1) Die erforderliche Mindestbeteiligung kann durch die Zusammenrechnung mehrerer Anteile erreicht werden, wenn sich die Anteilseigner durch eine Konsortialvereinbarung zu einer Stimmrechtsbindung und zu einer Verfügungsbeschränkung i. S. d. § 13 b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG verpflichten.<sup>26</sup>

(2) § 13 b Abs. 2 Nr. 2 und 3 ErbStG führen zu einer bislang nicht vorgesehenen Transparenz: die Beschränkungen für begünstigtes Vermögen, die sich durch die Mindestbeteiligung bei Kapitalgesellschaften und die Wertgrenzen für das Verwaltungsvermögen ergeben, können nur noch eingeschränkt dadurch umgangen werden, dass dem Grunde nach nicht begünstigtes Vermögen in eine Personen- oder Kapitalgesellschaft eingebracht wird.

#### Beispiel 4:

A hält eine Beteiligung von 10 % an der X-GmbH. Er möchte die Begünstigungsfähigkeit dadurch erreichen, dass er die Beteiligung in eine Personen- oder Kapitalgesellschaft einbringt, an der er allein beteiligt ist.

Eine Einbringung in eine Kapitalgesellschaft wird möglicherweise schon deshalb ausscheiden, weil damit zwingend eine Realisierung der stillen Reserven der Beteiligung verbunden ist. Demgegenüber ist nach dem noch nicht aufgehobenen BMF-Schreiben vom 26.11.2004<sup>25</sup> eine steuerneutrale Einbringung auch in eine Ein-Mann-GmbH & Co. KG möglich. Allerdings ist die 10 %-ige Beteiligung an der X-GmbH nach § 13 b Abs. 2 Nr. 2 ErbStG Verwaltungsvermögen. Ob durch diese Gestaltung die Begünstigungsfähigkeit erreicht werden kann, hängt demnach davon ab, ob in der aufnehmenden Gesellschaft die 50 % (10 %) – Grenze des § 13 b Abs. 2 Satz 1 (ggf. i. V. m. § 13 a Abs. 8 Nr. 3) ErbStG unterschritten werden kann und ob die 2-Jahresfrist des § 13 b Abs. 2 Satz 3 ErbStG im Zeitpunkt der Steuerentstehung verstrichen ist.

#### Beispiel 5:

Das Familienunternehmen der Familie B hat die Rechtsform einer GmbH. Da die Familie das Unternehmen nunmehr in der 3. Generation hält, sind die Anteile auf eine Reihe von Familienstämmen zersplittert. Eine Konsortialbindung nach § 13 b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG ist allenfalls innerhalb der Familienstämme möglich und würde nicht ausreichen, um die von den einzelnen Stämmen gehaltenen Anteile zu begünstigten Anteilen zu machen. Deshalb erwägen die Gesellschafter, sämtliche Anteile an der GmbH in eine GmbH & Co. KG einzubringen und die Beteiligungsverhältnisse an der aufnehmenden KG den vormaligen Beteiligungsverhältnissen an der einzubringenden GmbH nachzubilden.

<sup>24</sup> Vgl. für das Grundvermögen § 157 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 70 Abs. 3 BewG.

<sup>25</sup> Zur Kritik Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 419 ff.

<sup>26</sup> Ausführlich dazu und den Konsequenzen Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 422 ff. Zu den möglicherweise bestehenden Folgen für einen Verlustvortrag der Kapitalgesellschaft vgl. Hannes/von Freden, Ubg 2008, S. 624 ff.

<sup>27</sup> BStBl. I, S. 1190; zur Kritik vgl. BFH-Urteil vom 24.01.2008 – IV R 37/06, DStR 2008, S. 761 und BFH-Urteil vom 17.07.2008 – I R 77/06, DStR 2008, S. 2001.

Die Beteiligung an der GmbH wird nach der Einbringung zu 100 % von der KG gehalten. Damit handelt es sich um eine unternehmerische Beteiligung und nicht um Verwaltungsvermögen. Da die Begünstigungsfähigkeit der Anteile an der Obergesellschaft nicht von einer Mindestbeteiligung abhängig ist, sind diese begünstigt. Die Transparenz der Obergesellschaft geht nicht soweit, dass das Gesellschaftsvermögen der KG quotal auf die Gesellschafter der Obergesellschaft umgerechnet wird. Das wäre auch mit der Intention des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG nicht vereinbar: Wenn schon eine schuldrechtliche Stimmrechts- und Verfügungsbindung ausreicht, um die Minderheitsbeteiligungen zu einer begünstigungsfähigen Beteiligung zusammenzufassen, kann für eine dingliche Bindung durch Einbringung in ein Gesamthandsvermögen nicht anderes gelten.

(3) In Drittstaaten belegenes Betriebsvermögen kann unverändert dadurch Teil einer begünstigten Einheit werden, dass es in einer Kapitalgesellschaft gehalten wird. Drittstaatenvermögen ist nicht per se Verwaltungsvermögen; wird Drittstaatenvermögen von einer in der EU oder im EWR ansässigen Kapitalgesellschaft gehalten, nimmt es grundsätzlich an der Begünstigung teil.

Demgegenüber ist bei Personenunternehmen nur inländisches und „entsprechendes“ Betriebsvermögen begünstigt, das einer Betriebsstätte in der EU oder im EWR dient. Dem „drittländischen Betriebsvermögen“ sind solche Wirtschaftsgüter zuzurechnen, die zu wirtschaftlichen Einheiten gehören, die sich ausschließlich auf Drittstaaten erstrecken sowie das Vermögen, das einer in einem Drittland belegenen Betriebsstätte eines in der EU oder im EWR ansässigen Gewerbebetriebs dient.

(4) Zurechnungsveränderungen innerhalb von 2 Jahren vor der Steuerentstehung können zur Versagung des Verschonungsabschlags führen.

#### Beispiel 6:

Zwischen der V-GmbH & Co. KG und der V-GbR besteht eine mitunternehmerische Betriebsaufspaltung. In der V-GbR wird außerdem eine 20 %-ige Beteiligung an der X-GmbH gehalten, die für den Betrieb der KG von strategischer Bedeutung ist. Sowohl an der V-GbR als auch an der V-GmbH & Co. KG ist neben V dessen Sohn S beteiligt. Als V verstirbt, wird er von S beerbt. In der Folge des Erbanfalls erlischt die V-GbR und damit die mitunternehmerische Betriebsaufspaltung, das Gesellschaftsvermögen der V-GbR ist – soweit die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind – als Sonderbetriebsvermögen dem Bilanzierungskreis der V-GmbH & Co. KG zuzuordnen.

Nach dem Wortlaut des § 13 b Abs. 2 Satz 3 ErbStG ist dieses Sonderbetriebsvermögen insoweit unabhängig von der 50 %- oder 10 %-Grenze des § 13 b Abs. 2 Satz 1 (§ 13 a Abs. 8 Nr. 3) ErbStG nicht durch den Verschonungsabschlag begünstigt, als es sich hierbei um Verwaltungsvermögen handelt (Beteiligung an der X-GmbH). Zwar zielt die Bestimmung des § 13 b Abs. 2 Satz 3 ErbStG auf andere Sachverhalte, nämlich auf Einlagemodelle zur Ausnutzung insbesondere der 50 %-Grenze des § 13 b Abs. 2 Satz 1 ErbStG, der vorliegende Fall wird jedenfalls nach dem Wortlaut des Gesetzes ebenfalls erfasst. Es ist nach den Erfahrungen der Vergangenheit kaum damit zu rechnen, dass der BFH hier mit einer teleologischen Reduktion helfen wird. Wäre es dagegen gelungen, die Kontinuität der V-GbR über den Tod des V hinaus zu sichern, etwa durch eine Beteiligung der Komplementär-GmbH auch an der V-GbR, wäre die Begünstigung der Beteiligung an der X-GmbH im Rahmen der V-GbR möglich, sofern dort die 50 %- bzw. die 10 %-Grenze für Verwaltungsvermögen insgesamt nicht überschritten wird.

### 3.2.2. Verwaltungsvermögen

Der Begriff des *Verwaltungsvermögens* soll den Bereich der Vermögensverwaltung in typisierender Weise von dem Vermögen unterscheiden, das betriebsnotwendig ist. Es ist schwer nachzuvollziehen, dass die Abgrenzung zwischen den Wirtschaftsgütern, die als nicht betriebsnotwendig der Einzelbewertung (§ 200 Abs. 2 BewG) unterliegen und den Wirtschaftsgütern, die dem Verwaltungsvermögen zugeordnet werden, nicht nach den nämlichen Kriterien erfolgt und eine Typisierung nur im Bereich des Verwaltungsvermögens vorgenommen wird. Auf diese Weise ist es zumindest theoretisch denkbar, dass einzelne Wirtschaftsgüter zwar als nicht betriebsnotwendig, gleichwohl aber nicht als Verwaltungsvermögen qualifiziert werden. Auch die umgekehrte Qualifikation ist möglich: Es liegt zwar Verwaltungsvermögen vor, das aber andererseits als betriebsnotwendig zu qualifizieren ist. Sachlich überzeugend wäre allein eine identische Abgrenzung.

Noch weniger verständlich, sachlogisch offensichtlich falsch und damit der Kritik mangelnder Folgerichtigkeit ausgesetzt ist der Umstand, dass der Gesetzgeber sich einer *Schuldenzuordnung zum Verwaltungsvermögen* verweigert hat. Die Inkonsequenz dieser Vorgabe ist mit den Händen zu greifen. Das Gesetz sieht die Zuordnung wirtschaftlich zusammenhängender Schulden ansonsten nahezu durchgängig vor: §§ 103, 200 Abs. 2 und 4 BewG; §§ 10 Abs. 6, 19 a ErbStG. Die Nichtzuordnung der wirtschaftlich mit dem Verwaltungsvermögen zusammenhängenden Schulden ist insbesondere deshalb nicht nachzuvollziehen, weil der Gesetzgeber einerseits durch das ErbStRG im Anwendungsbereich des § 19 a ErbStG von der Bruttomethode zur Nettomethode übergeht (§ 19 a Abs. 3 ErbStG).<sup>28</sup> Andererseits sieht die Ermittlung der 50 %- oder 10 %-Grenze nach § 13 b Abs. 2 Satz 1 (ggf. i. V. m. § 13 a Abs. 8 Nr. 3) ErbStG den Vergleich des Verwaltungsroh- oder -bruttovermögens mit dem Gesamtein- oder -nettovermögen der wirtschaftlichen Einheit vor. Das ist das Gegenteil von Folgerichtigkeit und führt konsequent auch zu absurden Ergebnissen: Die eigentlich dem Verwaltungsvermögen zuzuordnenden Schulden werden nicht bei diesem berücksichtigt, wohl aber bei dem Nicht-Verwaltungsvermögen, mindern damit in der Tendenz dessen Wert und senken damit die 50 %- bzw. die 10 %-Grenze ab.

#### Beispiel 7:

Im Betriebsvermögen eines Unternehmens, das der Mindestbewertung nach §§ 109 Abs. 1 Satz 2, 11 Abs. 2 Satz 3 BewG unterliegt, beläuft sich das Aktivvermögen auf 1.000, das Passivvermögen auf 600. Zum Betriebsvermögen gehört eine 20 %-ige Beteiligung an einer GmbH (Verwaltungsvermögen) mit einem gemeinen Wert von 500, die in Höhe von 300 durch Fremdmittel finanziert wurde. Die übrigen Verbindlichkeiten (300) hängen wirtschaftlich mit dem Nicht-Verwaltungsvermögen zusammen.

Vergleicht man allein das Aktiv- oder Bruttovermögen (Gesamtvermögen 1.000; Verwaltungsvermögen 500), ist die 50 %-Grenze nicht überschritten. Dasselbe Ergebnis ergibt sich, wenn man dem Nettobetriebsvermögen (400) das Nettoverwaltungsvermögen (200) gegenüberstellt. Lediglich dann, wenn man – so das Gesetz – dem Nettobetriebsvermögen (400) das Bruttoverwaltungsvermögen (500) gegenüberstellt, ist die 50 %-Grenze des § 13 b Abs. 2 Satz 1 ErbStG überschritten.

<sup>28</sup> Zur Inkonsequenz der bisher geltenden Bruttomethode vgl. Hübner in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG/BewG, 2. Aufl. 2004, § 19 a Rdnr. 10 f.

Eine derartige Regelung ist nicht nur nicht folgerichtig, sie ist schlicht willkürlich und durch keinerlei sachliche Gesichtspunkte zu rechtfertigen.<sup>29</sup>

Die Kriterien für die *Zuordnung von Wirtschaftsgütern zum Verwaltungsvermögen* sind im Rahmen der Beratungen gegenüber dem Regierungsentwurf in einigen Punkten eingeschränkt worden. Dies betrifft insbesondere die Bestimmung des § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 ErbStG, die die Zuordnung von an Dritte zur Nutzung überlassenen Grundstücken, Grundstücksteilen, grundstücksgleicher Rechte und Bauten zum Gegenstand hat. Hier wurde die Regelung zur *Betriebsaufspaltung* auf die Fälle ausgedehnt, in denen die personelle Verflechtung durch eine Personengruppe vermittelt wird (Buchst. a), es wurden bestimmte Konstellationen der *Betriebsverpachtung* begünstigt (Buchst. b), es wurden die *Nutzungsüberlassung im Konzern* (Buchst. c) und *gewerbliche Wohnungsunternehmen* ausgenommen (Buchst. d). Im übrigen ist die Regelung des Regierungsentwurfs weitgehend unverändert geblieben. Beibehalten wurde insbesondere die Bestimmung des § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ErbStG, wonach „*Wertpapiere und vergleichbare Forderungen*“ dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen sind. Der Begründung des Regierungsentwurfs<sup>30</sup> lässt sich zur Auslegung dieser Bestimmung wenig Verwertbares entnehmen. In der Sache geht es um eine Trennung der Vermögensverwaltung von betriebsnotwendigem Vermögen,<sup>31</sup> die allerdings in typisierender Weise vorgenommen werden soll. Anhaltspunkte lassen sich jedoch aus der Gesetzeshistorie gewinnen: Nach § 28 a Abs. 1 Nr. 2 Buchst. d ErbStG-E i. d. F. Regierungsentwurfes des UntErlG vom 03.11.2006<sup>32</sup> sollte die gesamte Liquidität dem nicht begünstigten Vermögen zugeordnet werden:

„Nicht einzubeziehen sind folgende Vermögensgegenstände:

...

d) Geldbestände, Geldforderungen gegenüber Kreditinstituten sowie vergleichbare Forderungen und Wertpapiere,

...

Von diesem Regelungsbestand ist die Formulierung „*Wertpapiere und vergleichbare Forderungen*“ in das nunmehr verabschiedete Gesetz übernommen worden. Der Begriff der vergleichbaren Forderungen ist zwar unverändert geblieben, die Vergleichbarkeit muss jedoch nunmehr mit Wertpapieren bestehen und nicht mehr – so der Entwurf des UntErlG – mit Geldforderungen gegenüber Kreditinstituten. Daraus resultiert die Schlussfolgerung, dass weder (Bar-) Geldbestände noch Geldforderungen gegenüber Kreditinstituten und diesen vergleichbare Forderungen von der nun verabschiedeten Regelung erfasst sein können. Damit sind jedenfalls Tagesgeld-

und Festgeldkonten nicht dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen.

### 3.3. Nachsteuer

Eine Nachsteuerfestsetzung kann sich ergeben, wenn – was sich letztlich erst nach Ablauf der Lohnsummenfrist beurteilen lässt – die Mindestlohnsumme nicht erreicht wird oder aber, wenn innerhalb der Behaltefrist gegen die Nachsteuerbestimmungen des § 13 a Abs. 5 ErbStG verstoßen wurde.

#### 3.3.1. Mindestlohnsumme

Auch die Lohnsummenregelung ist gegenüber dem Regierungsentwurf entschärft worden: Es ist nicht mehr für jedes einzelne Wirtschaftsjahr eine Über- oder Unterschreitung der Lohnsumme festzustellen. Es kommt vielmehr darauf an, ob und in welchem Umfang am Ende der jeweiligen „Lohnsummenfrist“ (§ 13 a Abs. 1 Satz 2 ErbStG) von 7 oder 10 Jahren das Plansoll für die Mindestlohnsumme unterschritten ist.<sup>33</sup> Verzichtet wurde auch auf die im Regierungsentwurf vorgesehene Indexierung der Lohnsumme. Entspannung ist auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu verzeichnen: An die Stelle einer Anmeldung der fälligen Steuer ist eine Anzeigepflicht getreten, die innerhalb von 6 Monaten nach Ablauf der Lohnsummenfrist zu erfüllen ist. Angesichts dessen wäre es hilfreich, wenn der Beginn der Lohnsummenfrist eindeutig geregelt wäre (vgl. w.u.).

Unklar ist der für die Bemessung der Mindestlohnsumme maßgebende Zeitraum. Bemerkenswert ist insoweit zunächst der Umstand, dass die Ausgangslohnsumme nur aus abgeschlossenen Wirtschaftsjahren vor dem Stichtag ermittelt werden soll (§ 13 a Abs. 1 Satz 3 ErbStG).

#### Beispiel 8:

Unternehmer A verstirbt am 30.12.2008. Er hatte im letzten Quartal 2008 im Hinblick auf die Finanzmarktkrise und den damit einhergehenden Umsatzeinbruch in der Automobil-Zulieferindustrie seine Belegschaft um 50 % reduziert. Diese Maßnahme mindert die Ausgangslohnsumme nicht, weil sie in ein am Stichtag nicht abgeschlossenes Wirtschaftsjahr fällt.

Demgegenüber ist der Wortlaut des Gesetzes nicht eindeutig, was die Einhaltung der Mindestlohnsumme angeht: hier soll es auf einen Zeitraum von sieben Jahren nach dem Erwerb ankommen. Das legt nahe, dass insoweit nicht auf Wirtschaftsjahre abzustellen ist. Für die unterschiedliche Behandlung ist eine sachliche Rechtfertigung nur schwer erkennbar. Das ansonsten bis zur Grenze der Absurdität – und darüber hinaus<sup>34</sup> – strapazierte Stichtagsprinzip des ErbStG gebietet im vorliegenden Kontext eine Berücksichtigung gerade der Entwicklung unmittelbar vor dem Stichtag.

Auch die Regelungen zur Ermittlung der Ausgangslohnsumme kann man nicht als gelungen bezeichnen: Nach § 13 a Abs. 4 Satz 2 ErbStG sind alle Geld- oder Sachleistungen „für

<sup>29</sup> Krit. auch Piltz, JbFfSt 2008/2009, S. 142.

<sup>30</sup> Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 207.

<sup>31</sup> Daraus resultiert etwa, dass die Befürchtung von Lüdicke, DB 2007, S. 2892, 2795, wonach auch die Verbriefung operativer Kundenforderungen – Akkreditive – eine Zuordnung zum Verwaltungsvermögen zur Folge hätte, nicht begründet sein kann.

<sup>32</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Unternehmensnachfolge, BR-Drs. 778/06.

<sup>33</sup> Regelverschonungsabschlag 85 %: Mindestlohnsumme 650 % in 7 Jahren; Option für 100 % Verschonungsabschlag nach § 13 a Abs. 8 ErbStG: 1.000 % in 10 Jahren.

<sup>34</sup> Vgl. etwa den Sachverhalt, der der Entscheidung des BVerfG vom 22.06.1995 – 2 BvR 552/9, BVerfGE 93, S. 165 ff. = BStBl. II 1995, S. 671 zugrunde lag.

die von den Beschäftigten erbrachte Arbeit“ einzubeziehen (Obersatz). Nach § 13 a Abs. 4 Satz 4 ErbStG zählen dazu auch Abfindungen. Darunter dürfen jedenfalls nicht solche Abfindungen fallen, die im Zuge von Maßnahmen zum Arbeitsplatzabbau geleistet werden, denn diese werden nicht für erbrachte Arbeit bezahlt, sondern dafür, dass die betroffenen Arbeitnehmer zukünftig gerade keine Arbeitsleistung für das Unternehmen mehr erbringen.

Die bei Unterschreitung der Mindestlohnsumme entstehende Nachsteuer ergibt sich aus dem Umfang der Unterschreitung der jeweils maßgeblichen Mindestlohnsumme. In dem nämlichen Umfang vermindert sich der Verschonungsabschlag.

### 3.3.2. Nachsteuertatbestände

Anders als die Lohnsummenabhängigkeit der Verschonung ist das mit den Nachsteuertatbeständen verfolgte Anliegen des Gesetzgebers im Ausgangspunkt berechtigt. Es kann nicht ausreichen, dass der die Verschonung begründende Umstand der erhöhten Sozialgebundenheit lediglich im Zeitpunkt der Steuerentstehung vorliegt. So gesehen ergänzt die Nachsteuer-Verstrickung des Erwerbs den Verschonungstatbestand um eine Nachhaltigkeitskomponente: es geht in erster Linie nicht um Missbrauchsvermeidung, sondern um die Komplettierung des Begünstigungstatbestandes.<sup>35</sup>

Der Gesetzgeber hat sich im Ausgangspunkt dafür entschieden, die vollkommen verunglückte Konzeption der Nachsteuertatbestände in das neue Recht zu übernehmen, die auch durch die Rechtsprechung des BFH nicht auf ein vertretbares Maß zurückgeführt worden war: der BFH hat sich in der Vergangenheit darauf berufen, dass die gesamte Begünstigungskonzeption verfassungsrechtlich höchst zweifelhaft sei und deshalb die Restriktion im Sinne einer möglichst restriktiven Begünstigungsgewährung und möglichst großzügigen Nachbesteuerung zum weitgehend alleinigen Auslegungsmaßstab erklärt. Dass das nicht richtig sein kann, ergibt sich zweifelsfrei aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.11.2006<sup>36</sup>, in der das Gericht einerseits die verfassungsrechtlichen Zweifel des BFH nicht bestätigte und zum anderen auch eine folgerichtige Ausgestaltung der Verschonungsnormen angemahnt hatte.<sup>37</sup> Daraus folgt m. E. zwingend, dass eine Nachsteuerfestsetzung nur dann in Betracht kommen darf, wenn sich der Erwerber innerhalb der Behaltefrist dem Begünstigungsgrund, also der erhöhten Sozialgebundenheit des erworbenen Vermögens entzieht. Solange er dies nicht tut, solange er insbesondere lediglich Maßnahmen ergreift, die auch in der Person des Erblassers/Schenkers begünstigungsunschädlich gewesen wären, darf eine Nachbesteuerung nicht erfolgen. Besonders absurd mutet in diesem Zusammenhang die Entnahmebeschränkung des § 13 a Abs. 5 Nr. 3 ErbStG an, jedenfalls insoweit, als diese auch dann eingreift, wenn der

Erwerber eine Entnahme zur Finanzierung der Erbschaft-/Schenkungssteuer vornimmt. Das wird in der Folge des vom Gesetzgeber gewählten Hochsteuermodells in vielen Fällen unvermeidbar sein. Insoweit wird noch nicht einmal danach differenziert, ob es sich bei der Entnahme um Verwaltungsvermögen handelt, also um das Vermögen, das im Rahmen der Verschonungskonzeption allein die Steuerfestsetzung begründet und das gerade nicht durch den Verschonungsabschlag begünstigt ist.

#### Beispiel 9:

A hatte, um die Grenze des § 13 a Abs. 5 Satz 1 ErbStG möglichst effektiv zu nutzen, zur Vorbereitung einer vorweggenommenen Erbfolge ein Wertpapierdepot in die A GmbH & Co. KG eingebracht, deren alleiniger Gesellschafter er war. Vor Ablauf der 2-Jahresfrist des § 13 b Abs. 2 Satz 3 ErbStG verstarb A unerwartet und wurde von seinem Sohn S beerbt. Der Wert der A GmbH & Co. KG beläuft sich auf EUR 100 Mio., der Wert des Verwaltungsvermögens auf EUR 40 Mio., davon entfallen auf das Wertpapierdepot EUR 30 Mio.

Die zu entrichtende Erbschaftsteuer errechnet sich wie folgt:

	Begünstigt	Nicht begünstigt
Gesamtwert	100.000.000	
abzüglich WP-Depot	-30.000.000	30.000.000
verbleibender Wert	70.000.000	
davon nicht begünstigt (15 %)	-10.500.000	10.500.000
Verschonungsabschlag	59.500.000	
nicht begünstigt:		40.500.000
Abzugsbetrag		0
persönlicher Freibetrag		- 400.000
steuerpflichtiger Erwerb		40.100.000
Steuersatz   Steuer	30 %	12.030.000

Da S über kein eigenes Vermögen verfügt, aus dem er die Erbschaftsteuer bezahlen kann, ist er auf eine Entnahme angewiesen. Die Erbschaftsteuer entfällt ausschließlich auf Vermögen, für das er keine Begünstigung in Anspruch nehmen kann. Er kann aber auch dieses Vermögen, obwohl es definitiv nicht begünstigt ist und zudem für den Betrieb nicht benötigt wird (Verwaltungsvermögen, nicht betriebsnotwendiges Vermögen), nicht entnehmen, ohne gegen die Behalterregelung des § 13 a Abs. 5 Nr. 3 ErbStG zu verstoßen. Ihm bleibt nur die Option, innerhalb der Behaltefrist in ausreichendem Umfang Gewinne zu erwirtschaften, so dass der Nachsteuertatbestand nicht oder nur eingeschränkt relevant wird. In diesem Zusammenhang kann es sich als ein gravierendes Problem herausstellen, wenn das Wertpapierdepot Kursverluste erleidet. Diese können Gewinne aus dem operativen Bereich des Unternehmens neutralisieren und auf diese Weise zu einer Nachsteuerfestsetzung führen.

Auch diese Regelung dürfte kaum als Musterbeispiel für eine folgerichtige Ausgestaltung einer Verschonungsnorm gelten.

Zunächst sind im Rahmen der Nachsteuertatbestände folgende Änderungen festzustellen:

- In § 13 a Abs. 5 Nr. 3 ErbStG wurde die Entnahmegrenze von EUR 52.000 auf EUR 150.000 angehoben.
- In § 13 a Abs. 5 Nr. 4 ErbStG sind die Umwandlungen (§ 3 bis 16 UmwStG) aus dem Gesetz entfernt worden. Das ist zu begründen: typischerweise hat keiner dieser Umwandlungsfälle zur Folge, dass das der Sozialgebundenheit unterliegende Vermögen dieser Bindung entzogen wird.

<sup>35</sup> Hübner, StbJb 2005/2006, S. 139 f., 141 f.

<sup>36</sup> Urteil des BVerfG vom 07.11.2006 – 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, S. 1 = BStBl. II 2007, S. 192.

<sup>37</sup> Auch die Gerichte sind dazu verpflichtet, offene steuerliche Tatbestandsmerkmale nach dem Gebot der folgerichtigen Umsetzung der vom Gesetzgeber getroffenen Belastungsentscheidung zu konkretisieren, vgl. Urteil des BVerfG vom 10.11.1999 – 2 BvR 2861/93, BStBl. II 2000, S. 160, 161; BFH-Urteil vom 14.11.2000 – VI R 62/97, BStBl. II 2001, S. 491; BFH-Urteil vom 24.01.2008 – IV R 37/06, DStR 2008, S. 761.

- § 13 a Abs. 5 Nr. 4 ErbStG wird um einen Verweis auf Nr. 1 Satz 2 ergänzt. Damit werden endlich Einbringungsvorgänge aus dem Privatvermögen nicht mehr anders behandelt als aus dem Betriebsvermögen.
- § 13 a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG enthält einen neuen Nachsteueratbestand: die Aufhebung einer „Stimmrechtsbündelung“ oder Verfügungsbeschränkung i. S. d. § 13 b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2.<sup>38</sup>

Nach § 13 a Abs. 5 Satz 3 ErbStG ist ein Verstoß gegen die Nachsteueratbestände gleichwohl unschädlich, wenn „der Veräußerungserlös innerhalb der nach § 13 b Abs. 1 begünstigten Vermögensart verbleibt.“ Davon ist auszugehen, wenn innerhalb von sechs Monaten eine entsprechende Reinvestition erfolgt, die jedoch nicht in Verwaltungsvermögen erfolgen darf.

Im Ausgangspunkt ist es richtig, von einer Nachbesteuerung abzusehen, wenn das Vermögen lediglich umgeschichtet, der erhöhten Sozialgebundenheit jedoch nicht entzogen wird. Nicht nachvollziehbar ist jedoch die Beschränkung auf die nämliche Vermögensart, jedenfalls insoweit, als es um die Vermögensarten des § 13 b Abs. 1 Nr. 2 (Betriebsvermögen) und Nr. 3 (Anteile an Kapitalgesellschaften) ErbStG geht: Das Gesetz selbst ordnet mehrfach die Unschädlichkeit eines derartigen Wechsels an: Unschädlich ist die Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft (§ 13 a Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 ErbStG), nunmehr auch die Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in ein Betriebsvermögen (§ 13 a Abs. 5 Nr. 4 Satz 2 aE. ErbStG).<sup>39</sup> Unschädlich ist nunmehr auch die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft und der heterogene Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft (§§ 3 ff. UmwStG) und umgekehrt (§ 25 UmwStG). Vor diesem Hintergrund ist die Beschränkung auf den Verbleib in derselben Vermögensart vollkommen unverständlich; er ergibt auch im Übrigen keinen Sinn: es stand schon bisher außer jedem Zweifel, dass auch der Vermögensartenwechsel im Zuge der Nachfolge der Begünstigungsfähigkeit nicht entgegensteht, etwa bei der Schenkung von Betriebsvermögen unter der Auflage, dieses in eine GmbH einzubringen (mittelbare Schenkung von GmbH-Anteilen) oder bei einer Schenkung von GmbH-Anteilen unter der Auflage, die Gesellschaft in eine GmbH & Co. KG umzuwandeln (mittelbare Schenkung von KG-Anteilen).<sup>40</sup>

Die Frist zur Anzeige eines Nachsteueratbestandes beträgt – anders als bei einem Unterschreiten der Mindestlohnsumme – nur einen Monat (§ 13 a Abs. 6 Satz 2 ErbStG). Diese Frist ist jedenfalls in den Fällen des § 13 a Abs. 5 Nr. 3 ErbStG zu kurz bemessen: In diesen Fällen steht im Zweifel erst viele Jahre

nach Ablauf der Behaltefrist fest, ob gegen die Entnahmebeschränkung verstoßen wurde.

#### 4. Weitere Problembereiche

##### 4.1. Doppelte Besteuerung stiller Reserven

Das ErbStG besteuert zukünftig auch die stillen Reserven, die im Betriebsvermögen und auch im Privatvermögen (insbes. § 20 Abs. 2 EStG) der Einkommensteuer unterliegen. Der Gesetzgeber hat sich dazu durchgerungen, dieses Problem durch eine erneute Einfügung des bis 1998 geltenden § 35 EStG (nunmehr § 35 b EStG; Art. 5 ErbStRG) zu lösen.<sup>41</sup> Das ist besser als nichts, allerdings nur wenig:

- Die Regelung gilt nur für Erwerbe von Todes wegen. Eine Steuerermäßigung für Schenkungen unter Lebenden ist nicht vorgesehen. Das ist vollkommen unverständlich, denn die Problematik ist in diesen Fällen die nämliche.
- Die Regelung ist auf einen Zeitraum von 5 Jahren beschränkt. Damit ist von vorneherein ausgeschlossen, dass die Steuerermäßigung eingreift, wenn der Erwerber das Unternehmen über die Behaltfrist von 7 oder 10 Jahren fortführt und sich erst dann zum Verkauf entschließt.
- Insbesondere der letzte Satz des § 35 b EStG ist offenbar völlig unreflektiert aus dem Text der alten Fassung abgeschrieben worden: In den Fällen, in denen die Jahresbesteuerung nach § 23 ErbStG gewählt wird (Erwerb von Renten, wiederkehrenden Nutzungen oder Leistungen), ist die jährlich zu entrichtende Steuer als dauernde Last zu qualifizieren (H 213 e EStH 1998). Dem Gesetzgeber des ErbStRG ist offenbar entgangen, dass bereits durch das Jahressteuergesetz 2008 der Sonderausgabenabzug für dauernde Lasten entfallen ist und auf Versorgungsleistungen beschränkt wurde.

##### 4.2. Fiktive Schenkung unter Lebenden und auf den Todesfall

Ein gravierendes Problem mit erheblichen Folgewirkungen resultiert aus der Bewertung mit verkehrswertnahen Werten im Hinblick auf die Fiktionstatbestände der § 3 Abs. 1 Nr. 2 Sätze 2 und 3 und 7 Abs. 7 ErbStG. Diese Tatbestände, die jeweils Schenkungen auf den Todesfall oder unter Lebenden fingieren, haben bislang ein wenig beachtetes Schattendasein geführt, weil nur in besonders gelagerten Fällen gesellschaftsvertragliche Abfindungen oder Einziehungsentgelte unterhalb des Steuerwerts der jeweiligen Anteile lagen. Das wird sich nun dramatisch ändern: Die Bewertung mit verkehrswertnahen Werten wird zur Folge haben, dass jedwede Abfindungsbeschränkung in den einschlägigen Sachverhalten steuerbar wird. Der Gesetzgeber hat die Kritik an dieser absehbaren Entwicklung<sup>42</sup> nicht aufgegriffen, er hat auch den Wünschen des Bundesrats nicht entsprochen,<sup>43</sup> er hat vielmehr die bestehen-

<sup>38</sup> Vgl. dazu Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 455 f.

<sup>39</sup> Beachte in diesem Zusammenhang BFH-Urteil vom 17.07.2008 – I R 77/06, DStR 2008, S. 2001, Leitsatz 2: „Die das gesamte Nennkapital umfassende Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft ist kein Teilbetrieb i. S. von § 24 Abs. 1 UmwStG 1995. Die Fiktion des § 16 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ist nicht entsprechend anwendbar (entgegen BMF-Schreiben vom 16.06.1978, BStBl. I 1978, S. 235, Tz. 81; vom 25.03.1998, BStBl. I 1998, S. 268, Tz. 24.03).“

<sup>40</sup> Vgl. dazu Hübner in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG/BewG, 2. Aufl. 2004, § 13 a Rdnr. 27 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu H 213 e EStH 1998.

<sup>42</sup> Vgl. bereits Hübner, DStR 2007, S. 1013, 1019.

<sup>43</sup> Nr. 12 der Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/8547, S. 4, abgedr. bei Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 210 f.

de Regelung und deren Ungereimtheiten durch die Einfügung der §§ 10 Abs. 10, 7 Abs. 7 Satz 3 ErbStG weiter verschärft.

Die Problematik kann an dieser Stelle aus Platzgründen nicht umfassend dargestellt werden.<sup>44</sup> Hingewiesen werden soll jedoch auf folgendes:

Während in den Anwachsungsfällen ein Vermögenstransfer unmittelbar von dem ausscheidenden Gesellschafter zu den verbleibenden Gesellschaftern stattfindet, liegt in den Fällen der Zwangsabtretungen und Zwangseinziehungen, die sich an den Tod eines Gesellschafters anschließen, ein Zwischenerwerb des Rechtsnachfolgers des Erblassers in den Gesellschaftsanteil vor. In den Blick zu nehmen sind deshalb in diesen Fällen sowohl dieser Zwischenerwerb als auch der Erwerb der verbleibenden Gesellschafter.

Der Zwischenerwerb des Rechtsnachfolgers ist nur vorübergehender Art; nach der Durchführung der Zwangsabtretung oder -einziehung verbleibt ihm nur das Abtretungs- oder Einziehungsentgelt. Zu klären ist in diesem Kontext die Frage, was der Rechtsnachfolger in steuerbarer Weise erwirbt und ob er das Abtretungs- oder Einziehungsentgelt von Todes wegen oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erwirbt. Dazu schweigt sich der Bericht des Finanzausschusses aus. Man weiß also nicht definitiv, was eigentlich der Erwerbsgegenstand des Rechtsnachfolgers ist, wohl aber, dass seine Bereicherung auf das Abtretungs- oder Einziehungsentgelt beschränkt ist (§ 10 Abs. 10 ErbStG).

Die Seite der verbleibenden Gesellschafter regeln die § 3 Abs. 1 Nr. 2 Sätze 2 und 3 ErbStG und § 7 Abs. 7 Satz 3 ErbStG. Dazu ist folgendes zu sagen:

- Es ist ein schwerwiegender Missgriff des Gesetzgebers, die Verweisung auf § 10 Abs. 10 ErbStG in § 7 Abs. 7 ErbStG und nicht in § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG anzusiedeln. § 10 Abs. 10 ErbStG hat ausschließlich Regelungen zum Gegenstand, in denen fiktive Schenkungen auf den Todesfall nach dem Erblasser vorliegen: Zwangsabtretungen und Zwangseinziehungen aus Anlass des Todes des Erblassers.
- An dem Befund, dass Anwachsungsfälle bei Personengesellschaften begünstigungsfähig sind (H 7 Abs. 2 ErbStH 2003), Zwangseinziehungen bei Kapitalgesellschaften indessen nicht (R 7 Abs. 3 Satz 9 ErbStR 2003), soll offenbar festgehalten werden.
- Zwangseinziehungen von Geschäftsanteilen an einer GmbH<sup>45</sup> aus Anlass des Todes eines Gesellschafters sind nunmehr nach zwei Tatbeständen – und höchst unterschiedlichen Rechtsfolgen – steuerbar: es konkurrieren um die Anwendung § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 ErbStG (Folge: Erwerb von Todes wegen nach dem Erblasser) und die §§ 7

Abs. 7 Satz 3, 10 Abs. 10 Satz 2, 2. Alt. ErbStG (Folge: Erwerb unter Lebenden nach dem Gesellschafter, dessen Anteil der Einziehung unterliegt).

Angesichts der dramatischen Folgen, die sich nach neuem Recht in den einschlägigen Fällen ergeben können, wird die Beratung durch geeignete Gestaltungsmaßnahmen darauf hinwirken müssen, Sachverhalte zu vermeiden, die unter diese Tatbestände subsumiert werden können.<sup>46</sup>

## 5. Resumee

Angesichts des gegenwärtigen Konjunkturabschwungs wird sich der Gesetzgeber fragen müssen, ob und wie lange er den Weg fortsetzen will, das deutsche Steuerrecht auf Siegertypen<sup>47</sup> (*Schön*) auszurichten. Es ist zu befürchten, dass die Hürden so hoch sind, dass unserer Volkswirtschaft im aktuellen Umfeld der Weltwirtschaft die Siegertypen ausgehen, die diese Hürden noch überspringen können. Wer die Qualifikation nicht schafft, scheidet aus dem Wirtschaftsleben aus: Steuerrecht als K.-o.-System. Dem Verlierer bleibt die Wahl, an der Regelsteuerbelastung deshalb zugrunde zu gehen, weil er gegen die Lohnsummenregelung oder weil er gegen die Nachsteuerbestimmungen (Betriebsaufgabe oder Auflösung einer Kapitalgesellschaft infolge Insolvenz) verstößt.

In einer Zeit, in der kein Unternehmer über einen Zeitraum von auch nur einem Jahr Arbeitsplätze garantieren kann, führt der deutsche Gesetzgeber eine persönliche und verantwortungsunabhängige Haftung der Unternehmensnachfolger für die Aufrechterhaltung von Arbeitsplätzen auf der Grundlage einer Regelsteuerbelastung von bis zu 50% des Unternehmenswertes ein. Das Urteil über diese Reform kann daher nur vernichtend ausfallen: Die Hochsteuerkonzeption ist schon als solche verfehlt und ihre Umsetzung zu Beginn des wohl größten und zugleich weltweiten Konjunkturreinbruchs, den die exportlastige bundesdeutsche Volkswirtschaft bislang erlebt hat, kann man nur mit einem ungläubigen Staunen zur Kenntnis nehmen.

Das ErbStRG ist auch – das dürfte diese Einführung deutlich gemacht haben – kein Beitrag zur Steuervereinfachung. Der Vollzug dürfte nicht nur die Beraterschaft vor völlig neue Herausforderungen stellen; auch Steuerverwaltung und Finanzgerichtsbarkeit werden ihre liebe Not mit dem Gesetz haben. In einem Umfeld hochkomplexer gesetzlicher Regelungen und vermutlich restriktiver Verwaltungsanweisungen wird keine Beratungs- und Gestaltungssicherheit gedeihen. Bis zur nächsten verfassungsgerichtlichen Prüfung werden die Rechtsfragen, die diese Reform aufwirft, allenfalls in Ansätzen geklärt sein. Das alles ist im Steuerrecht an sich nichts Neues – neu ist vor allem die Dimension der aus diesen Unwägbarkeiten resultierenden wirtschaftlichen Risiken für die Betroffenen: auch dafür zeichnet die Hochsteuerkonzeption verantwortlich.

<sup>44</sup> Vgl. ausführlicher Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 396 ff. Vgl. auch bereits Hübner, ErbStB 2004 (Fn. 2), S. 387 ff.

<sup>45</sup> Steuerbar sollen Zwangseinziehungen nur bei GmbH's sein (wohl auch: Unternehmergesellschaft), nicht aber: AG, nicht bei einer Kapitalgesellschaft ausländischen Rechts, nicht bei einer Genossenschaft (§§ 68, 73 GenG). Das dürfte einer verfassungsrechtlichen Prüfung kaum standhalten.

<sup>46</sup> Vgl. zu ersten Überlegungen Hübner, ErbStRG 2009 (Fn. 2), S. 401 ff.

<sup>47</sup> Schön zur Zinsschranke: „Steuerrecht für Siegertypen“.