

# Der Referentenentwurf zur Anpassung des Erbschaftsteuergesetzes – alles andere als „minimalinvasiv“



Dr. Bertram Layer, Steuerberater, Andrea Seemann, Steuerberaterin

Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) hat am 02.06.2015 einen Gesetzentwurf zur Anpassung des Erbschaftsteuergesetzes an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtsurteils vom 17.12.2014 vorgelegt (nachfolgend kurz ErbStRG), der mit einigen Modifikationen am 08.07.2015 durch das Kabinett verabschiedet wurde.

## I. Einleitung

Bereits das zuvor vom BMF veröffentlichte Eckpunktepapier hat nicht nur innerhalb der Politik, sondern auch zwischen Politik und Familienunternehmen einen heftigen Disput über den richtigen Weg zur Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts ausgelöst. In diesem Beitrag wollen wir wesentliche Kritikpunkte an dem nun vorliegenden Gesetzentwurf in der Fassung des Kabinettsbeschlusses vom 08.07.2015 sowie die zentralen Forderungen nach Nachbesserungen aus praktischer Sicht in der gebotenen Kürze darstellen.

Die aus dem Kreis der Wirtschaft an dem Gesetzentwurf einhellig geäußerte Kritik macht es erforderlich, zunächst noch einmal an den verfassungsrechtlichen Spielraum zu erinnern, den der Gesetzgeber aus unserer Sicht bei der Anpassung des Erbschaftsteuergesetzes hat. In einem Gutachten für die Stiftung Familienunternehmen mit dem Titel „Die Reform der Erbschaftsteuer“ kommt Professor Udo Di Fabio zu dem Ergebnis, dass dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich ein erheblicher Einschätzungs- und Gestaltungsspiel-

raum zusteht.<sup>1</sup> Dieser Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist bei der Formulierung des neuen Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts umso größer, als der Lenkungszweck um die im internationalen Wettbewerb stehenden Familienunternehmen und ihre Arbeitsplätze erweitert wird. Der Gesetzgeber „habe es in der Hand, das Eigentum an Unternehmen auszugestalten und es dabei gegenüber anderen Vermögensarten zu fördern“. Ganz ähnlich argumentiert auch Professor Hans-Jürgen Papier in seiner rechtsgutachterlichen Stellungnahme zu den Eckwerten des Bundesministeriums der Finanzen im Auftrag des Wirtschaftsrates der CDU e.V.<sup>2</sup>

Der jetzt vorgelegte Referentenentwurf, der in mehrerlei Hinsicht den Gestaltungsspielraum für die Verschonung von großen Familienunternehmen nicht ausschöpft, wird aus unserer Sicht die steuerlichen Rahmenbedingungen für große Familienunternehmen in Deutschland erheblich negativ verändern. Dies zeigen auch erste Untersuchungen

<sup>1</sup> Das Gutachten ist veröffentlicht auf der Homepage der Stiftung Familienunternehmen unter: [www.familienunternehmen.de/de/pressebereich/meldungen/2015/2015-05-15/eckpunkte-zur-erbschaftsteuerreform-nicht-verfassungsfest](http://www.familienunternehmen.de/de/pressebereich/meldungen/2015/2015-05-15/eckpunkte-zur-erbschaftsteuerreform-nicht-verfassungsfest)

<sup>2</sup> Siehe hierzu auch FAZ-Bericht vom 21.04.2015, S. 16

## INHALT

- I. Einleitung
- II. Die Grundzüge des Verschonungssystems nach dem Referentenentwurf im Überblick
  - 1. Begünstigtes Vermögen
  - 2. Ermittlung der Begünstigungsquote
  - 3. Bedürfnisprüfung
  - 4. Verschonungsabschlag bei Großerwerben (Alternative zur Bedürfnisprüfung)
  - 5. Änderung der Lohnsumme
- III. Wesentlicher Nachbesserungsbedarf bei dem Referentenentwurf
  - 1. Vom Verwaltungsvermögen zum begünstigten Vermögen – die Folgen eines Systemwechsels
  - 2. Problematik Drittlands-Beteiligungen
  - 3. Zur Ausgestaltung der Bedürfnisprüfung
  - 4. Zur erhöhten Aufgriffsgrenze von 52 Mio. €
  - 5. Zum Abschmelzungsmodell
  - 6. Zur Ermittlung der Höhe des nicht betriebsnotwendigen Vermögens – quotaler Schuldenabzug
  - 7. Zur Verbundvermögensaufstellung
  - 8. Zur Aufteilung des Unternehmenswerts auf begünstigtes und nicht begünstigtes Vermögen
- IV. Schlusswort

des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) Mannheim: Bei insgesamt 18 betrachteten Ländern wird Deutschland bei Umsetzung des Referentenentwurfs auf Platz 15 von insgesamt 18 Plätzen zurückfallen.<sup>3</sup>

Bevor wir uns mit ausgewählten Aspekten des Referentenentwurfs auseinandersetzen, die wir für besonders praxisrelevant halten, geben wir einen kurzen Überblick über die Grundzüge des Verschonungssystems nach dem Referentenentwurf.

## II. Die Grundzüge des Verschonungssystems nach dem Referentenentwurf im Überblick

### 1. Begünstigtes Vermögen

Zum begünstigten Vermögen gehören wie bisher land- und forstwirtschaftliches oder gewerbliches bzw. freiberufliches Betriebsvermögen, das einer Betriebsstätte im Inland oder in der EU/EWR zuzurechnen ist, sowie Anteile an Kapitalgesellschaften mit Sitz im Inland oder der EU/EWR von mehr als 25 %. Auch die Möglichkeit zur Poolung von Anteilen an Kapitalgesellschaften zur Erreichung der Mindestbeteiligungsquote soll nicht geändert werden. Für gewerblich geprägte Personengesellschaften und ausschließlich vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften soll es allerdings Änderungen geben: Diese Gesellschaften sind nur insoweit begünstigt, als diese begünstigungsfähige Beteiligungen an anderen Personengesellschaften oder begünstigungsfähige Anteile an Kapitalgesellschaften halten. Da eine Beteiligung an einer „Drittlandgesellschaft“ (z.B. eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz in der Schweiz) bei unmittelbarer Beteiligung nicht begünstigt ist, zählt diese Beteiligung

nach dem derzeitigen Gesetzentwurf auch bei Zwischenschaltung einer gewerblich geprägten Personengesellschaft oder vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaft nicht mehr zum begünstigten Betriebsvermögen.

### 2. Ermittlung der Begünstigungsquote

Das bisher gültige „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ im Rahmen des Vermögensvermögensstests wird abgeschafft und durch eine Aufteilung des Vermögens in begünstigtes und nicht begünstigtes Vermögen ersetzt. Künftig sollen die weiterhin gültigen Verschonungsabschläge von 85 % (Regelverschonung) oder 100 % (Optionsverschonung) nur noch für das begünstigte Vermögen Anwendung finden, wobei das begünstigte Vermögen positiv definiert wird.

Zum begünstigten Vermögen gehören danach alle Teile des begünstigungsfähigen Vermögens eines Betriebs, die zum Zeitpunkt der Steuerentstehung (Schenkung/Erbschaft) jeweils überwiegend einer land- und forstwirtschaftlichen Tätigkeit, bzw. einer gewerblichen Tätigkeit bzw. einer freiberuflichen Tätigkeit als Hauptzweck dienen. Es können mehrere Tätigkeiten nebeneinander ausgeübt werden. Nicht dem Hauptzweck dienen diejenigen Teile des begünstigungsfähigen Vermögens (des Betriebsvermögens), die ohne die eigentliche betriebliche Tätigkeit zu beeinträchtigen aus dem Betriebsvermögen herausgelöst werden können.

Finanzmittel sollen zum begünstigten Vermögen gehören, soweit ihr gemeiner Wert nach Abzug des gemeinen Werts der Schulden 20 % des anzusetzenden gemeinen Werts des Betriebsvermögens nicht übersteigt. Der positive Saldo der eingelegten und entnommenen Finanzmittel der vergangenen zwei Jahre vor Steuerentstehung ist nicht begünstigt.

Bleiben nach dem „Finanzmitteltest“ noch Schulden übrig, sind also die Schulden höher als die Finanzmittel, können diese Schulden anteilig im

Verhältnis der Werte des begünstigten und des nicht begünstigten Vermögens zueinander vom Wert des nicht begünstigten Vermögens abgezogen werden. Um diese Wertrelation zu ermitteln, bedarf es einer Bewertung aller Einzelwirtschaftsgüter (Einzelbewertung nach den Grundsätzen der Substanzwertermittlung!), einer Zuordnung dieser Wirtschaftsgüter zum begünstigten bzw. nicht begünstigten Vermögen und einer Durchführung des Finanzmitteltests, um die verbleibenden Schulden ermitteln zu können. Erst dann kann eine Ermittlung des Nettowerts des nicht begünstigten (steuerpflichtigen) Vermögens erfolgen.

Der Nettowert des nicht begünstigten Vermögens wird dem begünstigten Vermögen zugerechnet, soweit dieser Wert 10 % des Nettowerts des begünstigten Vermögens nicht übersteigt (Freibetrag). Dies gilt allerdings nicht für sogenanntes junges nicht begünstigtes Vermögen, also Vermögen, welches dem Betrieb im Zeitpunkt der Steuerentstehung weniger als zwei Jahre zuzurechnen war. Bei Anteilen an Tochtergesellschaften, Enkelgesellschaften usw. soll das begünstigungsfähige Vermögen jeweils auf Ebene der Tochtergesellschaft zu ermitteln sein. Hinsichtlich der Finanzmittel, der anteiligen Schuldenzuordnung und des Freibetrags für nicht begünstigtes Vermögen in Höhe von 10 % ist eine zusammengefasste Verbundvermögensaufstellung zu erstellen. Es soll also zu einer additiven Betrachtung kommen.

### 3. Bedürfnisprüfung

Überschreitet der Wert des begünstigten Vermögens einschließlich des begünstigten Vermögens, welches innerhalb von zehn Jahren von derselben Person zugewendet wurde, insgesamt den Wert von 26 Mio. €, entfällt die Begünstigung ganz. Auf Antrag kann aber zwischen der Bedürfnisprüfung (§ 13a Abs. 9, § 28a ErbStRG) und dem Abschmelzungsmodell (vgl. nachfolgend Ziff. 4.) gewählt werden.

<sup>3</sup> Die Studie mit dem Titel „Das Eckpunktepapier und der Referentenentwurf des BMF zur Erbschaftsteuer“ vom 11.06.2015 ist veröffentlicht auf der Homepage der Stiftung Familienunternehmen unter: [www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/pressebereich/meldungen/2015](http://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/pressebereich/meldungen/2015)

Übersteigt der Wert des erworbenen begünstigten Vermögens die Grenze von 26 Mio. €, soll auf Antrag des Erwerbers die Steuer nur insoweit erlassen werden, als er nachweist, dass er persönlich nicht in der Lage ist, die Steuer aus seinem verfügbaren Vermögen zu begleichen. Zum verfügbaren Vermögen gehören 50 % des gemeinen Werts des im Rahmen der Erbschaft oder Schenkung zugleich auf den Erwerber mitübertragenen Vermögens, welches nicht zum begünstigten Betriebsvermögen zuzurechnen ist und das dem Erwerber im Zeitpunkt der Steuerentstehung gehörende Vermögen, das nicht zum begünstigten Betriebsvermögen gehört (und damit auch das nichtbetriebsnotwendige Betriebsvermögen). Der Erlass steht unter der auflösenden Bedingung der Einhaltung der Nachversteuerungsregelungen, die bei Wahl der Optionsverschonung anwendbar sind (siebenjährige Nachfrist, Mindestlohnsumme 700 %). Wird die Nachversteuerungsfrist verletzt, kommt es zu einer anteiligen Nacherhebung der erlassenen Steuer. Erhält der Erwerber innerhalb von zehn Jahren nach dem Zeitpunkt der Steuerentstehung weiteres Vermögen durch Schenkung oder von Todes wegen, muss auch dieses Vermögen hälftig zur Zahlung der Erbschaftsteuer verwendet werden, sofern es sich nicht wiederum um begünstigtes Betriebsvermögen handelt.

Die betragsmäßige Grenze von 26 Mio. € soll auf 52 Mio. € verdoppelt werden, wenn bestimmte qualitative Kriterien erfüllt sind. Erforderlich ist, dass im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung Bestimmungen enthalten sind, die die Entnahme oder Ausschüttung des Gewinns nahezu vollständig beschränken, die die Verfügung über die Beteiligung an der Personengesellschaft oder den Anteil an der Kapitalgesellschaft auf Angehörige im Sinne des § 15 Abs. 1 AO beschränken (insbesondere Verwandte in gerader Linie, Ehegatten und Lebenspartner, Geschwister,

Kinder der Geschwister) und für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft eine Abfindung vorsehen, die erheblich unter dem gemeinen Wert der Beteiligung an der Personengesellschaft oder des Anteils an der Kapitalgesellschaft liegt. Diese Voraussetzungen müssen zehn Jahre vor und 30 Jahre nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer vorliegen.

#### 4. Verschonungsabschlag bei Großwerben (Alternative zur Bedürfnisprüfung)

Bei Überschreiten der Grenze von 26 Mio. € bzw. 52 Mio. € (Grenze für die Bedürfnisprüfung) soll auf Antrag des Erwerbers alternativ ein Abschmelzungsmodell angewendet werden können. Der Verschonungsabschlag wird dabei um jeweils 1 % für jede volle 1,5 Mio. €, die der Wert des begünstigten Vermögens den Betrag von 26 bzw. 52 Mio. € bei Erfüllung der qualitativen Kriterien übersteigt, gekürzt. Übersteigt der Wert des begünstigten Vermögens 116 Mio. €, bzw. 142 Mio. € bei Erfüllung der qualitativen Kriterien, findet keine weitere Reduzierung Anwendung. In diesem Fall wird ein Verschonungsabschlag bei Regelverschonung in Höhe von 20 % und bei der Optionsverschonung in Höhe von 35 % gewährt. Die Nachversteuerungsvoraussetzungen finden auch bei Wahl dieses „besonderen Verschonungsabschlags“ entsprechende Anwendung.

Mehrere Erwerbe von derselben Person innerhalb eines Zehnjahreszeitraums werden bei der Berechnung des Abschlags zusammengerechnet. Wird bei mehreren Erwerben innerhalb von zehn Jahren die Grenze von 26 Mio. € bzw. 52 Mio. € überschritten, hat dies nicht nur Konsequenzen für den letzten Erwerb, sondern auch für die vorangegangenen Erwerbe.

#### 5. Änderung der Lohnsumme

Die Lohnsummenregelung soll bereits bei mehr als drei Beschäftigten eingreifen. Bei einer Zahl der Beschäftigten von mehr als drei bis maximal

zehn muss bei der Regelverschonung lediglich eine Mindestlohnsumme im Nachversteuerungszeitraum in Höhe von insgesamt 250 % (anstelle von 400 %) und bei einer Zahl der Beschäftigten von mehr als zehn bis fünfzehn eine Mindestlohnsumme in Höhe von insgesamt 300 % (anstelle von 400 %) eingehalten werden. Bei Wahl der Optionsverschonung und einer Mitarbeiterzahl von mehr als drei bis maximal zehn muss eine Mindestlohnsumme von 500 % (anstelle von 700 %) und bei einer Mitarbeiterzahl von mehr als zehn bis maximal fünfzehn eine Mindestlohnsumme in Höhe von 565 % (anstelle von 700 %) erreicht werden.

### III. Wesentlicher Nachbeserungsbedarf bei dem Referentenentwurf

Nachfolgend werden einige wesentliche Kritikpunkte an dem jetzt vorliegenden Gesetzentwurf dargestellt und Verbesserungsvorschläge unterbreitet. Diese Ausführungen haben zusammen mit zahlreichen Rückmeldungen aus Familienunternehmen auch Eingang gefunden in die Stellungnahme der Stiftung Familienunternehmen zu dem Gesetzentwurf vom 25.06.2015. Die Stellungnahme der Stiftung Familienunternehmen beinhaltet noch viele weitere Kritikpunkte und Verbesserungsvorschläge zu dem Gesetzentwurf, die in diesem Beitrag nicht erörtert werden können.

#### 1. Vom Verwaltungsvermögen zum begünstigten Vermögen – die Folgen eines Systemwechsels

Der im Gesetzentwurf vorgesehene Systemwechsel vom Verwaltungsvermögenstest zur positiven Bestimmung des begünstigten Vermögens entspricht nicht der vom BMF angekündigten „minimalinvasiven“ Umsetzung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht hat die Definition dessen, was Verwaltungsvermögen und was begünstigtes Betriebsvermögen ist, nicht beanstandet. Beanstan-

det wurde lediglich, dass der Erwerb von begünstigungsfähigen Vermögen noch möglich ist, wenn es bis zu 50 % aus nach dem Gesetz grundsätzlich nicht förderungswürdigem Verwaltungsvermögen besteht. Ein Systemwechsel ist mit neuen unbestimmten Rechtsbegriffen verbunden und ist sowohl für die Finanzverwaltung als auch für die betroffenen Unternehmen mit einem erheblichen Aufwand verbunden.

Deshalb sollte man im Grundsatz bei der bisherigen Definition des Verwaltungsvermögens bleiben. Um den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts Rechnung zu tragen, könnte das Verwaltungsvermögen, gekürzt um sämtliche Rückstellungen und Schulden des Betriebes (Nettoverwaltungsvermögen) und auf konsolidierter Basis nach Abzug eines Freibetrags von 20 % der Erbschaftsteuer unterworfen werden.<sup>4</sup>

## 2. Problematik Drittlands-Beteiligungen

Bedingt durch die geplante positive Definition des begünstigten Vermögens und die in den §§ 13b Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 sowie Nr. 3 Satz 2 ErbStRG verankerten Ausnahmenvorschriften für gewerblich geprägte Personengesellschaften bzw. Holding-Kapitalgesellschaften ist nach dem derzeitigen Wortlaut des Gesetzesentwurfs anzunehmen, dass Beteiligungen an Drittlands-Gesellschaften (sowohl Personen- als auch Kapitalgesellschaften) die von einer vermögensverwaltenden Holdinggesellschaft gehalten werden, zukünftig nicht mehr dem begünstigten Vermögen zugeordnet werden können.

Die Herausnahme von Drittlands-Beteiligungen aus dem begünstigten Vermögen im Falle gewerblich geprägter Personengesellschaften oder einer Holding-Kapitalgesellschaft bedeutet einen weiteren Systembruch gegen-

über dem bisher gültigen Recht, der keinesfalls zwingend ist.

Für international tätige Familienunternehmen, an deren Spitze gewerblich geprägte Holdinggesellschaften oder aber Holding-Kapitalgesellschaften stehen, drohen somit erhebliche erbschaftsteuerliche Belastungen. Je erfolgreicher ein Unternehmen in Drittländern expandiert, umso stärker würden solche Unternehmensgruppen erbschaftsteuerlich belastet. Dies würde gerade im Kern die großen deutschen Familienunternehmen treffen, die von Deutschland aus erfolgreich über die Grenzen des Europäischen Wirtschaftsraums hinaus expandiert haben und auf diese Weise den Erhalt inländischer Arbeitsplätze erst ermöglichen.

Auch hier zeigt der Systemwechsel bei der Definition des begünstigten Vermögens, dass damit massiv in die Planbarkeit von Unternehmensnachfolgen eingegriffen wird.

Nehmen wir beispielsweise eine gewerblich geprägte Personengesellschaft, die im Wesentlichen Anteile an Drittlands-Gesellschaften (z.B. in der Schweiz) bündelt. Hat ein Teil der Gesellschafter dieser Holding-Gesellschaft noch nach derzeit gültigem Erbschaftsteuergesetz Anteile übertragen, so können unstreitig die erbschaftsteuerlichen Verschonungsregelungen dafür in Anspruch genommen werden. Ein Gesellschafter, der hingegen nach dem geplanten Referentenentwurf Anteile an dieser Holding-Gesellschaft übertragen würde, müsste mit massiven erbschaftsteuerlichen Belastungen rechnen. Diese völlig unterschiedliche Behandlung eines Generationswechsels innerhalb einer Unternehmensgruppe bei verschiedenen Gesellschafterstämmen würde für die durch die Erbschaftsteuermehrbelastung betroffenen Gesellschafter erhebliche Probleme mit sich bringen und diese möglicherweise auch zu einem Verkauf oder Teilverkauf ihrer Anteile zwingen.

Dies ist ein weiteres Beispiel dafür, dass mit der im Referentenentwurf

vorgesehenen neuen Definition von begünstigtem Vermögen erhebliche Streitfragen und Abgrenzungsschwierigkeiten verbunden sind, die vermeidbar wären, wenn an der bisherigen Definition des Verwaltungsvermögens festgehalten wird.

## 3. Zur Ausgestaltung der Bedürfnisprüfung

Unter Verweis auf den eingangs bereits dargestellten verfassungsrechtlichen Spielraum ist aus unserer Sicht die Aufgriffsgrenze von 26 Mio. € für den Einstieg in die Bedürfnisprüfung viel zu gering ausgefallen. Auch die Ausgestaltung als Freigrenze und nicht als Freibetrag lässt sich aus den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts nicht entnehmen.

Es bestehen auch verfassungsrechtlich erhebliche Bedenken hinsichtlich der Einbeziehung des zugleich erworbenen (nicht begünstigten) Vermögens in die Bedürfnisprüfung. Es ist zu bedenken, dass dieses Vermögen, sofern es Privatvermögen darstellt, bei größeren Vermögensübertragungen bereits mit 30 % Erbschaftsteuer belastet ist. Wenn es dann noch zur Hälfte mit herangezogen wird, um Erbschaftsteuer auf das begünstigte Vermögen zu entrichten, so wird dies dazu führen, dass mitvererbtes oder auch vorhandenes Privatvermögen weitestgehend oder vollständig aufgebraucht werden muss, um größere Entnahmen aus dem Unternehmen zu vermeiden.

Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass das mitübertragene Privatvermögen keinesfalls immer nur liquidierbare Vermögenspositionen beinhaltet. Häufig stehen diese sogar in Bezug zum Unternehmen (z.B. die Forderung des Gesellschafters gegenüber seiner Kapitalgesellschaft, aber auch Immobilienvermögen, das außerhalb des Unternehmens gehalten wird und zumindest teilweise dem Unternehmen dient). In Abhängigkeit von der Ausgestaltung der Vermögensnachfolge (sei es im Erbfall oder durch gezielte Schenkungen) lassen sich völlig unterschiedliche Belastungs-

4 Im Einzelnen wird bzgl. der Konzeption des Verschonungskonzepts der Stiftung Familienunternehmen verwiesen auf die Ausführungen von Kirchdörfer/Layer, DB 2015, S. 451 ff. sowie von Kirchdörfer/Layer/Seemann, FuS 2015, S. 43 ff.

szenarien darstellen, die verfassungsrechtlich höchst fraglich sind.

In besonderem Maße gelten diese Bedenken auch für die geplante Einbeziehung von bereits vorhandenem Privatvermögen sowie auch für künftiges Privatvermögen. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat in seinem Urteil darauf hingewiesen, dass eine Ausdehnung der Bedürfnisprüfung auf das vorhandene Privatvermögen in erheblichem Widerspruch zur Systematik des Erbschaftsteuergesetzes steht. Die Einbeziehung des bereits beim Erwerber vorhandenen Privatvermögens wirkt im Übrigen wie eine zusätzliche Vermögensbesteuerung und bringt weitere verfassungsrechtliche Fragen mit sich. Es ist zudem erforderlich, dass zusätzlich zum mitübertragenen Vermögen auch das bereits vorhandene Vermögen im Rahmen des Erbfall oder im Schenkungsfall erfasst und bewertet werden muss. Dies bedeutet zusätzlichen Kosten- und Verwaltungsaufwand.

All diese Argumente und noch viele weitere Gründe sprechen deshalb unseres Erachtens eindeutig dafür, dass mitvererbtes oder vorhandenes Privatvermögen nicht mit in die Bedürfnisprüfung einzubeziehen ist. Unser Vorschlag lautet hingegen, das im Unternehmen vorhandene Verwaltungsvermögen zum Dreh- und Angelpunkt des Reformmodells zu machen.<sup>5</sup>

#### 4. Zur erhöhten Aufgriffsgrenze von 52 Mio. €

§ 13a Abs. 9 S. 3 ErbStRG sieht vor, dass sich die Aufgriffsgrenze für die Bedürfnisprüfung auf 52 Mio. € verdoppelt, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmte Entnahme-, Verfügungs- und Abfindungsbeschränkungen enthält.

Die Regelung ist inhaltlich nicht ausreichend bestimmt und enthält zu weitgehende Voraussetzungen, die deren Anwendbarkeit in Frage stel-

len. Nur beispielhaft sei auf folgende Punkte hingewiesen:

- Was bedeutet eine „nahezu vollständige“ Beschränkung von Entnahmen? Zum Beispiel sind bei Personengesellschaften Entnahmerechte in Höhe der Steuern üblich und für die Gesellschafter auch erforderlich. Diese Voraussetzung kann daher von Gesellschaftern eines Familienunternehmens in der Rechtsform der Personengesellschaft gar nicht erfüllt werden.
- Eine Verfügungsbeschränkung auf nahe Angehörige würde es Familienunternehmen mit mehreren Gesellschafterstämmen verwehren, stammesübergreifende Übertragungen zuzulassen. Auch die Übertragung auf eine Familienstiftung wäre mit den Vorgaben des ErbStG nicht vereinbar, entspricht aber üblichen Regelungen in Familienunternehmen.
- Abfindungsregelungen, die erheblich unter dem gemeinen Wert liegen, sind durch die Rechtsprechung Grenzen gesetzt.
- Bindungszeiträume von zehn Jahren vor und 30 Jahren nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer sind unter betriebswirtschaftlichen Aspekten einem Unternehmen gar nicht zumutbar und in dieser Dimension auch dem Steuerrecht fremd.

Soll die Regelung tatsächlich die gewünschte Erleichterung für Familienunternehmen bringen, müssen die Voraussetzungen für eine auf die Bedürfnisse von Familienunternehmen abgestellte erhöhte Aufgriffsgrenze wesentlich stärker an die in der Praxis üblichen Regelungen für Entnahme- bzw. Ausschüttungs- und Verfügungs- sowie Abfindungsbeschränkungen angelehnt werden. Ferner müssten die geforderten Bindungsfristen angelehnt werden an die im ErbStG üblicherweise geltenden Behaltensfristen bzw. Vorbesitzzeiten (maximal sieben bzw. zwei Jahre).

#### 5. Zum Abschmelzungsmodell

Die Obergrenze in Höhe von 26 Mio. €, ab der entweder der Verschonungsabschlag abgeschmolzen werden soll oder alternativ die Verschonungsbedarfsprüfung erfolgt, ist vor dem Hintergrund des aufgezeigten verfassungsrechtlichen Spielraums eindeutig zu niedrig gewählt.

Die Ausgestaltung der Obergrenze als Freigrenze ist äußerst problematisch, da sie an der Grenze zu einem Fallbeileffekt führt. Konsequenter und ebenfalls mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vereinbar wäre die auch im Regierungsentwurf 2005 formulierte Obergrenze als Freibetrag (wie im Regierungsentwurf 2005, auf den im Urteil des Bundesverfassungsgerichts in der Rn. 175 ausdrücklich verwiesen wird).

Auch bedarf es eines höheren Mindestabschlags. Bei dem bis zum 31.12.2008 gültigen Erbschaftsteuergesetz war unter Beachtung einer Nachversteuerungsfrist von fünf Jahren ein Verschonungsabschlag in Höhe von 35 % zulässig. Angesichts der Neubewertung des Betriebsvermögens durch das zum 01.01.2009 geänderte Erbschaftsteuer- und Bewertungsgesetz und die damit verbundene deutlich höhere Bewertung von Betriebsvermögen ist ein deutlich höherer Prozentsatz für den Mindestabschlag sowohl für die Regelverschonung als auch für die Optionsverschonung begründbar, um eine Vervielfachung der Erbschaft- und Schenkungsteuerbelastung für größere Erwerbe und damit die Gefährdung des Fortbestands dieser Familienunternehmen und ihrer Arbeitsplätze zu vermeiden.

#### 6. Zur Ermittlung der Höhe des nicht betriebsnotwendigen Vermögens – quotaler Schuldenabzug

Anders als im Rahmen des Finanzmitteltests erfolgt bei nicht betriebsnotwendigem Vermögen – beispielsweise bei Wertpapieren – nur ein quotaler Schuldenabzug. Um das Verhältnis

<sup>5</sup> Im Einzelnen wird verwiesen auf die ausführlichen Darstellungen bei Kirchdörfer/Layer, DB 2015, S. 451 ff. sowie bei Kirchdörfer/Layer/Seemann, FuS 2015, S. 43 ff.

des Schuldenabzugs zu ermitteln, bedarf es einer Einzelbewertung aller begünstigten und nicht begünstigten Wirtschaftsgüter mit dem Substanzwert. Das hieraus ermittelte Wertverhältnis wird für die Berechnung der Quote des Schuldenabzugs herangezogen.

Die Berechnung der Quote des Schuldenabzugs führt – insbesondere im Rahmen von größeren Familienunternehmen mit zahlreichen Tochtergesellschaften – zu einem unüberschaubaren Verwaltungsaufwand. Beispielsweise bei Ableitung des Unternehmenswerts aus Verkäufen muss allein aufgrund der quotalen Schuldenzuordnung eine Bewertung aller Einzelwirtschaftsgüter erfolgen. Dies würde für die Finanzverwaltung und die Unternehmen zu einem erheblichen Mehraufwand führen, der durch eine vorrangige Schuldenzuordnung zum nicht betriebsnotwendigen Vermögen entfallen könnte.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die Anlage von Geld auf einem Festgeldkonto im Rahmen des Finanzmitteltests zu einem vollständigen Schuldenabzug führen soll, während die Anlage in ebenfalls kurzfristig liquidierbare Wertpapiere nur zu einem quotalen Schuldenabzug führt. Deshalb ist unseres Erachtens ein vollständiger Schuldenabzug vom nicht betriebsnotwendigen Vermögen erforderlich.

Zum einen kann der Gesetzgeber im Rahmen einer pauschalierten Betrachtung unterstellen, dass das im Unternehmen vorhandene nicht betriebsnotwendige Vermögen vorrangig zur Schuldentilgung verwendet wird und das für betriebliche Zwecke erforderliche Vermögen mit Eigenkapital unterlegt ist. Zum anderen würde durch den vollständigen Schuldenabzug die in der Praxis zu erheblichem Verwaltungsaufwand führende quotale Schuldenzuordnung entfallen.

### 7. Zur Verbundvermögensaufstellung

Die gemäß § 13b Abs. 6 ErbStRG vorgesehene Verbundvermögens-

aufstellung trägt grundsätzlich dem Gedanken der konsolidierten Betrachtung Rechnung.

Eine vom Konzernabschluss losgelöste, für erbschaftsteuerliche Zwecke separat aufzustellende Verbundvermögensaufstellung birgt für große Familienunternehmen aber einen erheblichen Mehraufwand. Den Unternehmen sollte daher die Möglichkeit eröffnet werden, auf Antrag den Konzernabschluss zu Grunde legen zu können, wenn dies nicht zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen führt.

Im Rahmen der Verbundvermögensaufstellung ist die Ermittlung des begünstigten Vermögens im Zusammenspiel mit der Regelung des § 13b Abs. 3 ErbStRG unklar. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob eine nicht gewerblich tätige Tochtergesellschaft, z.B. eine Kapitalgesellschaft, die Beteiligungen oder im Konzern vermietete Immobilien hält, zum begünstigten Vermögen zu rechnen ist.<sup>6</sup> Deshalb bedarf es einer Klarstellung, dass auch nicht gewerblich tätige Gesellschaften in die Begünstigung einbezogen werden, wenn das Vermögen der Gesellschaften dem Hauptzweck der originären gewerblichen Tätigkeit des Verbunds zuzurechnen ist.

### 8. Zur Aufteilung des Unternehmenswerts auf begünstigtes und nicht begünstigtes Vermögen

§ 13b Abs. 8 Satz 1 bis 3 ErbStRG sieht eine Aufteilung des gemeinen Werts des Betriebs im Verhältnis des Nettowerts des begünstigten Vermögens zum Nettowert des gesamten Betriebsvermögens (also eine Verhältnisrechnung basierend auf der Berechnung der Substanzwerte nach § 13b Abs. 5 ErbStRG) vor. Oftmals ist der Ertragswert eines Unternehmens höher als der Substanzwert der einzelnen Wirtschaftsgüter, während das nicht betriebsnotwendige Vermögen in der Lehre der Unternehmensbewertung sowie nach

den Grundsätzen des vereinfachten Ertragswertverfahrens separat mit dem Substanzwert hinzugerechnet wird. Eine Verhältnisrechnung durch Gegenüberstellung der Substanzwerte der Einzelwirtschaftsgüter des begünstigten und nicht begünstigten Vermögens führt damit regelmäßig zu einer überhöhten Zuordnung des Unternehmenswerts zum nicht begünstigten Vermögen. Vor dem Hintergrund der separaten Besteuerung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens sowie einer Berücksichtigung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens im Rahmen der Bedürfnisprüfung des § 28a ErbStRG darf keinesfalls eine Überwertung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens erfolgen.

Es sollte daher zur Ermittlung des Werts des nicht betriebsnotwendigen Vermögens keine Verhältnisrechnung erfolgen. Die Ermittlung des begünstigten Vermögens sollte vielmehr durch Abzug des Werts des nicht betriebsnotwendigen Nettovermögens vom Gesamtwert des Betriebsvermögens erfolgen.

## IV. Schlusswort

Vorstehende Ausführungen greifen nur einige aus unserer Sicht besonders kritische Fragestellungen aus dem Referentenentwurf auf. Die Liste der Anmerkungen zu den einzelnen Regelungen dieses Gesetzentwurfs würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Bereits diese Analyse zeigt jedoch, dass die Unternehmensnachfolge bei Umsetzung des Gesetzentwurfs erheblich komplizierter würde.<sup>7</sup> Die Planbarkeit des für den Fortbestand der Familienunternehmen wichtigen Nachfolgeprozesses ist durch diesen Gesetzentwurf in Frage gestellt. Es sei deshalb an den Beginn der Debatte nach Verkündung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts erinnert, die durch den Begriff „minimalinvasiv“ geprägt war.

<sup>6</sup> Vgl. Korezkyj, DStR 2015, S. 1337, 1339

<sup>7</sup> So auch von Oertzen/Reich; BB 2015, S. 1559 ff., 1562