

VORWEGABSCHLAG FÜR FAMILIENUNTERNEHMEN

DIE ÄNDERUNGEN NACH DEM NEUEN ERBSCHAFTSTEUERRECHT – II. TEIL

VON PROF. DR. ANDREAS WIEDEMANN UND DR. MICHAEL BREYER

ABSTRACT

In FuS 1/2018 wurden die neuen Regelungen des § 13a Abs. 9 ErbStG erläutert. Im II. Teil des Beitrags zeigen wir auf, wie die gesetzlichen Vorgaben im Gesellschaftsvertrag und der gelebten Praxis umgesetzt werden können (Abschnitt III.). Abschließend erörtern wir, in welchen Fällen es sich im Rahmen der Nachfolgeplanung empfehlen kann, die Voraussetzungen für § 13a Abs. 9 ErbStG zu schaffen (Abschnitt IV.).

III. Umsetzung in den Gesellschaftsverträgen

Bevor die gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen für den Vorwegabschlag geschaffen werden, sollte für die jeweilige Familie und ihr Unternehmen ermittelt werden, ob die Ausschüttungen bzw. Entnahmen der letzten Jahre faktisch die gesetzlichen Schranken einhielten und ob sich das in Zukunft fortsetzen lässt. Ferner ist zu hinterfragen, ob sich angesichts der familiären Situation der Gesellschafter und ihrer Nachfolgepläne Übertragungen auf den gesetzlich vorgegebenen Kreis von Nachfolgern beschränken lassen. Schließlich sollte im Vorfeld geklärt werden, ob die Gesellschafter bereit sind, die gesetzlich vorgegebenen Abfindungsbeschränkungen zu akzeptieren.

Nach einer solchen Bestandsaufnahme und Prognose ist zu entscheiden, wie der Gesellschaftsvertrag an die steuerlichen Vorgaben angepasst wird. Es gibt dabei im Wesentlichen die Möglichkeiten, die relevanten Bestimmungen gänzlich neu zu fassen oder – im Sinne eines „minimalinvasiven Eingriffs“ – die bestehenden Regelungen beizubehalten und sie um besondere Steuerklauseln zu ergänzen.¹

1. Ausschüttungs- und Entnahmebeschränkung

Da die gesetzlichen Vorgaben zur Ausschüttungs- und Entnahmebeschränkung auch nach dem Koordinierten Ländererlass in vielerlei Hinsicht unklar sind, dürfte es sich in der Regel empfehlen, die Anpassungen im Gesellschaftsvertrag im Wesentlichen auf eine Wiedergabe des Gesetzeswortlauts zu beschränken, verbunden mit einer Ermächtigung an die Geschäftsführung, den Beirat oder ein anderes Gesellschaftsorgan, den Maximalbetrag der steuerlich zulässigen Ausschüttungen bzw. Entnahmen für jeden Gesellschafter und das jeweilige Geschäftsjahr zu konkretisieren.² Angesichts der heutigen Unsicherheiten bei der Auslegung des § 13a Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 ErbStG (vgl. I. Teil unter Ziffer II.2.) kann damit restriktiv mit ausreichenden „Sicherheitspuffern“ gestartet werden, die nach und nach abhängig von der weiteren Entwicklung in der Rechtsprechung, Verwaltungsauffassung und Literatur gelockert werden können.

Bei einer GmbH & Co. KG könnte eine solche Steuerklausel wie folgt lauten³:

„(1) Abweichend von § [...] können die Gesellschafter insgesamt jedoch höchstens einen Betrag in Höhe von 37,5 % des relevanten Messbetrags sowie den Betrag entnehmen, der zur Begleichung der auf ihren Gewinnanteil entfallenden Steuern

¹ So zur Entnahmeregelung auch die Empfehlung bei Meincke, in Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 13a Rn. 107.

INHALT

III. Umsetzung in den Gesellschaftsverträgen

1. Ausschüttungs- und Einnahmebeschränkung
2. Verfügungsbeschränkungen
3. Abfindungsbeschränkungen

IV. Konkreter Einsatz in der Praxis?

- 2 Rechtlich handelt es sich bei der KG um abweichende Regelungen zu §§ 120 ff. bzw. §§ 167 ff. HGB und bei der GmbH um abweichende Regelungen zu § 46 Nr. 1 GmbHG. Eine unzulässige Kompetenzverlagerung an den Beirat liegt hier nicht vor, zumal das Ermessen an einen eindeutigen Zweck gebunden ist und im Einzelfall Bestimmbarkeit im rechtlichen Sinne vorliegen kann. Vgl. zu den Grenzen von Kompetenzverlagerungen auf den Beirat Wiedemann/Kögel, Beirat und Aufsichtsrat im Familienunternehmen, § 5 II.4.
- 3 Die im ersten Teil des Beitrags in FuS 01/2018 angekündigten detaillierten Rechenbeispiele folgen in der nächsten Ausgabe der FuS.

vom Einkommen erforderlich ist. Relevanter Messbetrag ist der steuerrechtliche Gewinn gekürzt um die auf den Gewinnanteil entfallenden Steuern vom Einkommen. Soweit § 13a Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 ErbStG (Stand [...]) geändert oder durch eine Nachfolgevorschrift ersetzt wird, treten die Änderungen oder Nachfolgevorschriften unmittelbar an Stelle der vorgenannten Regelungen.

(2) [Die Geschäftsführung / der Beirat] legt mit bindender Wirkung fest, welche Beträge hiernach jeder Gesellschafter in welchem Zeitraum maximal entnehmen kann, und teilt dies den Gesellschaftern mit. Die Festlegung erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen auf Grundlage der von der Finanzverwaltung anerkannten Auslegungsgrundsätze zu § 13a Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 ErbStG. Bei ungeklärter Rechtslage orientiert sich [die Geschäftsführung / der Beirat] an der Auslegung, die zum geringsten Entnahmebetrag führt. Soweit erforderlich, kann [die Geschäftsführung / der Beirat] mit Prognosen und Schätzungen arbeiten.

(3) Soweit Gelder unter Verstoß gegen die Beschränkungen dieses Absatzes an die Gesellschafter ausgezahlt worden sein sollten, handelt es sich um rechtsgrundlose Zahlungen, die vom betreffenden Gesellschafter unverzüglich zurückzuzahlen sind.“

Im Koordinierten Ländererlass wurde bestätigt, dass bei Personengesellschaften die Ergebnisse aus den Sonder- und Ergänzungsbilanzen nicht den Entnahmebeschränkungen unterliegen. Nach der obigen Musterklausel würde das von der Geschäftsführung bzw. dem Beirat in den entsprechenden Festlegungen der individuellen Entnahmebeträge berücksichtigt. Denkbar wäre aber auch, eine entsprechende allgemeine Ausnahmebestimmung in die gesellschaftsvertragliche Steuerklausel selbst aufzunehmen.

Auf Klauseln der vorgenannten Art wird man nur dann verzichten können, wenn die Finanzverwaltung eine verbindliche Auskunft zu gesellschaftsvertraglichen Regelungen mit Bindungswirkung für (alle) künftige(n) Übertragungen und Erbfälle erteilt, sodass im Gesellschaftsvertrag detaillierte, klare Regelungen mit „vernünftiger Reichweite“ getestet werden können. Das wird man jedoch in dieser Reichweite kaum erwarten können. Schließlich wird man nicht umhinkommen, ein intern oder extern geführtes Erbschaftsteuer-Controlling einzuführen, das die kontinuierliche Einhaltung der Beschränkungen überwacht, wenn der Vorwegabschlag zuverlässig genutzt werden soll.

2. Verfügungsbeschränkungen

Auch bei den Klauseln zu den Verfügungsbeschränkungen bietet es sich an, in einem ersten Abschnitt die Regelungen zu treffen, die die Familie ohne Rücksicht auf steuerliche Erwägungen wünscht, gefolgt von einem Abschnitt mit den steuerlich erforderlichen Einschränkungen. Bei einer GmbH & Co. KG könnte die entsprechende Klausel wie folgt lauten, wobei sich der erste Absatz an vielfach üblichen Regelungsmustern orientiert:

„(1) Die Gesellschafter können nur zugunsten von Familienmitgliedern über ihren Gesellschaftsanteil verfügen (z.B. durch Abtretung, Verpfändung, Nießbrauchsbestellung) und sie dürfen nur Familienmitgliedern Unterbeteiligungen oder Treuhandstellungen an ihrem Gesellschaftsanteil einräumen. Familienmitglieder im Sinne dieses Gesellschaftsvertrags sind [...] und dessen leibliche Abkömmlinge, [wobei zu den leiblichen Abkömmlingen auch adoptierte Kinder zählen, sofern diese vor Vollendung ihres [...]. Lebensjahres bestandskräftig adoptiert worden sind]. Verfügungen zugunsten anderer Personen sind möglich, wenn ihnen die Gesellschafterversammlung zuvor mit einer Mehrheit von [...] zugestimmt hat.

(2) Entsprechend der Vorgaben des § 13a Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 ErbStG ist die Abtretung des Gesellschaftsanteils oder die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums hieran jedoch nur zugunsten solcher Familienmitglieder zulässig, die Mitgesellschafter oder Angehörige des übertragenden Gesellschafters im Sinne des § 15 der Abgabenordnung in der jeweiligen Fassung sind. Bei entsprechender Zustimmung der Gesellschafterversammlung kann der Gesellschaftsanteil oder das wirtschaftliche Eigentum hieran auch auf eine Familienstiftung im Sinne des § 13a Abs. 9 Satz 1 Nr. 2 ErbStG übertragen werden. An andere Personen kann der Gesellschaftsanteil oder das wirtschaftliche Eigentum hieran nicht übertragen werden, auch nicht mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

(3) Beim Tod eines Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit seinen Erben fortgesetzt, soweit die Erben (i) Familienmitglieder und (ii) Mitgesellschafter oder Angehörige des verstorbenen Gesellschafters im Sinne des § 15 der Abgabenordnung in der jeweiligen Fassung sind.“

3. Abfindungsbeschränkungen

Vielfach enthalten die Gesellschaftsverträge von Familienunternehmen detaillierte Regelungen zur Abfindung bei Ausscheiden eines Gesellschafters, die neben der Berechnung des Abfindungsguthabens auch die Auszahlungsmodalitäten (Ratenzahlung, Verzinsung, keine Sicherheitsleistung etc.) betreffen. Wenn nicht aus wirtschaftlichen oder gesellschaftsrechtlichen Gründen eine Überarbeitung angezeigt ist, sollten diese Regelungen in aller Regel beibehalten und nur um das steuerlich zwingend Erforderliche ergänzt werden. Eine solche Ergänzungsklausel kann etwa wie folgt aussehen:

„Unabhängig von den vorstehenden Regelungen des § [...] sowie den sonstigen Regelungen dieses Gesellschaftsvertrags über die Höhe des Abfindungsguthabens erhält ein ausscheidender Gesellschafter in Summe maximal 70 % des gemeinen Werts seiner Beteiligung an der Gesellschaft im Sinne des § 13a Abs. 9 Satz 1 Nr. 3 ErbStG oder einer etwaigen Nachfolgevorschrift in der jeweils geltenden Fassung nebst den ihm zustehenden Forderungen gemäß § [...].“

IV. Konkreter Einsatz in der Praxis?

Was aber lässt sich aus alledem konkret für die Praxis ableiten? Macht es überhaupt Sinn, den Versuch zu unternehmen, die Voraussetzungen für die Nutzung des Vorwegabschlags ➤

in den Gesellschaftsverträgen zu schaffen? Dass der Vorwegabschlag ein Instrument ist, das alle Familienunternehmen im Rahmen ihrer Nachfolgeplanung einsetzen sollten, erscheint wegen der hohen Hürden des Gesetzgebers, die durch die teilweise sehr restriktive Auslegung im Koordinierten Ländererlass noch verschärft wurden, und der damit einhergehenden Komplexität mehr als fraglich. Man wird wie folgt unterscheiden können:

In Konstellationen, in denen die zu übertragenden Anteile weniger als 26 Mio. Euro wert sind oder diese Schwelle nur so überschreiten, dass das Abschmelzungsmodell weiterhin erhebliche Verschonungsabschlüsse erlaubt, ist der Vorwegabschlag nur ein „doppelter Boden“ zur Verhinderung bzw. Minimierung der Erbschaftsteuer, wenn die Voraussetzungen für die Verschonungsabschlüsse, beispielsweise die Einhaltung der Lohnsumme, nicht erfüllt werden. In solchen Fällen erscheint es mehr als fraglich, ob ein Familienunternehmen gut beraten ist, sich mit der Komplexität des Vorwegabschlages auseinanderzusetzen und laufend überwachen zu müssen. Dies wird beispielsweise gerade für solche Familienunternehmen gelten, die über einen sehr großen Gesellschafterkreis verfügen und eine Stammesverfassung aufweisen. Hier wird allein der Nachteil, Verfügungen an Cousins aller Grade nicht zulassen zu können, schwerer wiegen als der Nutzen einer „präventiven Risikoversorge“ bei Nichteinhaltung der Verschonungsvoraussetzungen.

Anders verhält es sich indes in Konstellationen, bei denen das Familienunternehmen einen sehr hohen Wert und einen kleinen Gesellschafterkreis aufweist. Wenn hier Anteile nicht frühzeitig auf (minderjährige) weitgehend vermögenslose Kinder übertragen werden, was losgelöst von steuerlichen Überlegungen in familienstrategischer und rechtlicher Hinsicht zahlreichen Bedenken begegnet, wird die Verschonungsbedarfsprüfung häufig zu einer weitgehenden „Enteignung“ im Hinblick auf das Privatvermögen führen. Nach § 28a ErbStG müssen nämlich 50 % des beim Empfänger vorhandenen sowie des jetzt und in den weiteren zehn Jahren (mit) übertragenen Privatvermögens zur Begleichung der Erbschaftsteuer auf das Betriebsvermögen verwendet werden.

Hierzu folgendes Rechenbeispiel: Auf geschenktes Privatvermögen muss ein Nachfolger in der Steuerklasse I in der Spitze 30 % Erbschaftsteuer zahlen. Zugleich muss er den Bruttobetrag (!) bzw. in Bayern den Nettobetrag⁴ zur Hälfte für die Erbschaftsteuer auf das Betriebsvermögen einsetzen. Insgesamt fallen auf geschenktes Privatvermögen also 80 % Erbschaftsteuer an (in Bayern 65 %). Dies stellt aber noch den günstigsten Fall dar, da unterstellt wurde, dass das Privatvermögen ertragsteuerneutral (beispielsweise bei Cash-Vermögen) für die Begleichung der Erbschaftsteuer eingesetzt werden kann. Muss das Privatvermögen, beispielsweise Immobilienvermögen, zunächst veräußert werden, um die notwendige Liquidität für die Erbschaftsteuer zu generieren, und entsteht dadurch ein steuerbarer Veräußerungsgewinn, kann

dies zum Totalverlust des übertragenen Privatvermögens führen. Dasselbe gilt bei Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften mit Thesaurierungsrücklage nach § 34a EStG, wenn Verwaltungsvermögen, das bei der Verschonungsbedarfsprüfung Privatvermögen gleich steht, mit entsprechender Ertragsteuerbelastung ausgeschüttet werden muss.

In solchen Konstellationen macht es einen erheblichen Unterschied, ob das betriebliche Vermögen zu 100 % oder „nur“ zu 70 % anzusetzen ist. Hier wird man daher zwangsläufig versuchen müssen, den Vorwegabschlag zu erhalten, auch wenn es sich um ein äußerst komplexes und kaum beherrschbares Instrument handelt. Vor allem folgende zwei Punkte sind dann zu beachten:

1. Aufbau eines Erbschaftsteuer-Controlling (vgl. dazu bereits oben Ziffer III.), um sicherzustellen, dass die Voraussetzungen des Vorwegabschlages tatsächlich von allen Gesellschaftern über den Zeitraum von 20 Jahren eingehalten werden.
2. Liquiditätsvorsorge für eine später anfallende Erbschaftsteuer, wenn die Voraussetzungen des Vorwegabschlages nicht eingehalten werden. Während der Frist von 20 Jahren besteht insoweit eine – wenn auch unverzinsliche – latente Zahlungsverpflichtung, die den betreffenden Gesellschafter und mittelbar das Familienunternehmen in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen kann, falls keine entsprechende Vorsorge getroffen ist.

Im Ergebnis bleibt der neue § 13a Abs. 9 ErbStG nach unserer Einschätzung jedoch ein missglückter Kompromiss intensiver politischer Auseinandersetzungen, für den bereits jetzt eine kritische Befassung durch das Bundesverfassungsgericht absehbar ist. ◆



Prof. Dr. Andreas Wiedemann und Dr. Michael Breyer sind Partner im Büro Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz in Stuttgart. Sie beraten Familienunternehmen und deren Gesellschafter bei der Unternehmens- und Vermögensnachfolge, bei Stiftungsgründungen, Umstrukturierungen sowie beim Kauf und Verkauf von Unternehmen.

KEYWORDS

Erbschaftsteuer • Familienunternehmen • Unternehmensnachfolge • Vorwegabschlag

⁴ Koordinierter Ländererlass, Abschnitt 28a.2 Abs. 2 Satz 6 mit abweichender Regelung hierzu in der Verfügung des LfSt Bayern v. 14.11.2017.