

Univ. Prof. Dr. jur. habil. Karl-Georg Loritz, Bayreuth

**Herausforderungen für den Gesetzgeber bei der
Anpassung des Erbschaftsteuerrechts an das
Urteil des BVerfG vom 17.12.2014¹**

¹ *BVerfG*, Urt. v. 17.12.2014, 1 BvL 21/12, DSStR 2015, 31 = NJW 2015, 303.

INHALTSVERZEICHNIS

I. GRUNDLAGEN UND ZIELSETZUNGEN	1
1. DIE AUFGABENSTELLUNG UND IHRE GRUNDLAGEN.....	1
2. ENTSTEHUNG UND BEGRÜNDUNG DER VERSCHONUNGSVORSCHRIFTEN.....	3
3. DER ARBEITSPLATZERHALT ALS FOLGE DES MAKROÖKONOMISCHEN ASPEKTS.....	4
4. DIE REALE NICHTÜBERTRAGBARKEIT DER KLEINSTUNTERNEHMEN	6
5. DIE PRAKTIKABILITÄT ALS BESONDERES ANLIEGEN JEDES REFORMANSATZES.....	7
6. REFORMSCHWERPUNKTE IM ÜBERBLICK	10
II. LOHNSUMMENREGELUNG UND ZAHL DER MITARBEITER	10
III. VERWALTUNGSVERMÖGEN UND ANDERER ANSATZ	14
1. URSACHEN DER PROBLEMATIK	14
2. DIE PROBLEMATISCHEN GRUNDLEGENDEN ABGRENZUNGSFRAGEN	15
3. ZUORDNUNG BZW. QUALIFIZIERUNG EINZELNER WIRTSCHAFTSGÜTER.....	17
4. DER VORSCHLAG DES BMF	20
5. NEUE FESTLEGUNG DER VERWALTUNGSVERMÖGENSQUOTE.....	21
6. PRÄZISIERUNG DER ZUORDNUNG VON WIRTSCHAFTSGÜTERN ZUM VERWALTUNGSVERMÖGEN	23
7. ZULASSUNG EINES EINZELFALLNACHWEISES	24
8. BRUTTO- ODER NETTOBERECHNUNG UND ZUORDNUNG DER VERBINDLICHKEITEN.....	25
9. WEITERE FRAGEN	27
a) Zuordnung der zur Erfüllung künftiger Belastungen notwendigen Vermögensteile	27
b) Minderheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften	27
c) Immobilien im Betriebsvermögen.....	28
IV. GROBE UNTERNEHMEN UND IHRE GESELLSCHAFTER	28
1. DIE GRUNDSÄTZLICHEN FRAGEN.....	28
2. KEINE ABHÄNGIGKEIT DER VERSCHONUNG ODER DER HÖHE DER STEUER VON DER ZAHLUNGSFÄHIGKEIT DES ERBEN.....	31
3. ANKER-AKTIONÄRE BÖRSENNOTIERTER UNTERNEHMEN	32
V. WEITERE ZU REGELNDE FRAGEN	34
1. AUFGABE DER DIFFERENZIERUNG ZWISCHEN REGELVERSCHONUNG UND VERSCHONUNGSOPTION.	34
2. STUNDUNG ALS FLANKIERENDE REGELUNG	34
IV. ZUSAMMENFASSUNG	35

I. Grundlagen und Zielsetzungen

1. Die Aufgabenstellung und ihre Grundlagen

Das Urteil des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 17.12.2014 hat ein weiteres Mal wesentliche Vorschriften des deutschen Erbschaftsteuerrechts für verfassungswidrig erklärt. Es reiht sich ein in die BVerfG-Entscheidungen des 2. Senats vom 22.6.1995² und des 1. Senats vom 7.11.2006³, die auch schon dem Gesetzgeber bestätigten, ein zu Teilen verfassungswidriges Erbschaftsteuerrecht geschaffen zu haben. Das vorliegende Urteil ist durchaus von richterlicher Zurückhaltung geprägt, wodurch es sich insofern angenehm von manchen früheren Entscheidungen zum Steuerrecht abhebt, die zum Teil geradezu behelrenden Charakter hatten⁴. Der 1. Senat hat dem Gesetzgeber bei dieser Entscheidung grundsätzlich einen weiten Gestaltungsspielraum bestätigt. Das ist heute wichtiger denn je und der 1. Senat hat mit der Mehrheit seiner Richter hier eine grundsätzlich beachtliche wirtschaftspolitische Sensibilität gezeigt⁵.

Wir alle wissen, dass wir in einer Zeit leben, in der in immer mehr Unternehmen, vor allem infolge der modernen Kommunikationsmöglichkeiten, weltweit standortflexible Dienstleistungen einen erheblichen Anteil an der Wertschöpfung einnehmen. Die „virtuelle Welt“ des Internets und aller sonstigen Medien, in der wir schon zu einem erheblichen Teil leben und arbeiten, hat neben zahlreichen neuartigen Dienstleistungsfeldern viele bedeutende Unternehmen hervorgebracht, die wir uns vor 20 Jahren zum Teil noch gar nicht und zum Teil nicht hinsichtlich ihrer Bedeutung hätten vorstellen können⁶. Immer mehr Unternehmen können überall auf der Welt tätig werden und von dort aus ihre Leistungen erstellen und vermarkten. Das wird sich mit steigender Dynamik fortsetzen. Es geht längst nicht mehr um die viel zu einfach gestellte, der heutigen Zeit nicht mehr gerecht werdende Frage, ob das Erbschaftsteuerrecht zum Verlust von Arbeitsplätzen führt⁷. Vielmehr geht es speziell für uns in Deutschland um das viel größere Themenfeld, was zu tun ist, um unsere weltweit besondere Unternehmens- und Unternehmerlandschaft zu erhalten. Sie ist, wie auch aus dem Urteil des BVerfGs hervorgeht, maßgeblich von eigentümergeführten Unternehmen mit familiendominierten Eigentümerstrukturen geprägt. Es gibt deutsche Unternehmen aller Größenordnung, vom Kleinstunternehmen bis hin zum internationalen Großkonzern. Gerade das Erbschaftsteuerrecht ist vor diesem Hintergrund ein hoch sensibles Gebiet.

Das vorliegende Urteil sollte m.E. nicht nur unter dem Aspekt diskutiert werden, wie der Gesetzgeber möglichst gerade noch die Anforderungen des BVerfGs erfüllt, sondern auch als Chance verstanden werden. Das BVerfG hat nämlich das Grundanliegen des Gesetzgebers, Unternehmensvermögen von Erbschaftsteuerbelastungen zu verschonen, als solches uneingeschränkt anerkannt. Beanstandet wurden nur Modalitäten der Ausgestaltung. Die Reform darf aber nicht den Fehler begehen, die Folgen von Gesetzesänderungen auszublenden und dadurch neue Inkonsistenzen hervorzurufen. Vielmehr gilt es, solche von vornherein zu vermeiden. Das erfordert an mancher Stelle Änderungen, die zwar nicht vom BVerfG verlangt wurden, die aber wegen der vorgesehenen gesetzgeberischen Neuregelungen geboten sind, zum Teil sogar zwingend, damit

² BVerfG, Beschluss v. 22.6.1995, 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 = DStR 1995, 1348 = NJW 1995, 2624.

³ BVerfG, Beschluss v. 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 = DStR 2007, 236 = NJW 2007, 573.

⁴ Man denke nur an das Urteil zum Existenzminimum BVerfGE 99, 246, in dem das Gericht den Gesetzgeber bis ins Detail belehrte.

⁵ Zur kritisch zu sehenden Behandlung der großen Unternehmen s. unten IV.

⁶ Erwähnt seien nur Facebook, Amazon, Zalando und Portale wie Google und Youtube.

⁷ S. hierzu: Die Begünstigung des Unternehmensvermögens in der Erbschaftsteuer, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen 01/2012, S. 30. S. auch Seer, Ubg 2012, 376.

die Neuregelung nicht ihrerseits zu verfassungswidrigen Differenzierungen führt.

Angesichts der derzeitigen politischen Absichtserklärungen scheint festzustehen, dass an eine grundlegende Reform des Erbschaftsteuerrechts (z.B. in Form einer Flat-Tax mit niedrigen Steuersätzen) oder gar an die beste Lösung, diese für Unternehmen außerordentlich schwierige Steuer mit ihrem fiskalpolitisch zu vernachlässigenden Aufkommen⁸ gänzlich abzuschaffen, nicht gedacht ist. Aus diesem Grund soll der Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags auf der Frage liegen, welche der derzeit zur Diskussion stehenden und welche weiteren Möglichkeiten verfassungsrechtlich zulässig und zugleich unter Praktikabilitäts Gesichtspunkten zu bevorzugen oder zumindest vertretbar sind und welche nicht, aber auch, welche vorhandenen Probleme neu geregelt werden sollten.

Ein stichwortartiger Überblick über das geltende Recht soll das Verständnis der heutigen Gesetzsystematik bezüglich der Verschonung erleichtern. Das geltende Recht regelt die Verschonung, stark vereinfacht ausgedrückt, folgendermaßen:

1. Es wird nur bestimmtes inländisches Vermögen verschont, erstens im Bereich der Land- und Forstwirtschaft sowie der Gewerbe- und Teilbetriebe, zweitens Mitunternehmeranteile, Anteile an Freiberufler-Personengesellschaften und, bei Bestehen einer sog. Mindestbeteiligung, auch Anteile an Kapitalgesellschaften.
2. Das verschonte Vermögen muss bei der Regelverschonung 5, bei der Verschonungsoption 7 Jahre gehalten werden.
3. In diesen Zeiträumen muss eine bestimmte Lohnsumme erreicht werden.

Bei Nichterfüllung der Tatbestandsvoraussetzung gemäß Ziffer 1 wird die Verschonung nicht gewährt. Werden Ziffern 2 oder 3 teilweise nicht erfüllt, fällt die Verschonung insofern weg, wird also nur zu einem Teil gewährt.

Der Gesetzgeber hat das nicht verschonte Vermögen unter dem Begriff „Verwaltungsvermögen“ zusammengefasst und eine gewisse Quote davon für jedes Unternehmen (also nicht konzernbezogen) in die Verschonung einbezogen; bei der Regelverschonung 50 %, bei der Verschonungsoption 10 %.

Kaum war das Urteil des BVerfGs vom 17.12.2014⁹ verkündet, begannen die literarischen Beiträge, wie stets in solchen Fällen, zu sprudeln¹⁰. Und zum Teil ergeht man sich auch nach diesem Urteil in Spekulationen, was das Bundesverfassungsgericht denn mit der einen oder anderen Formulierung gemeint haben könnte. Gerade bei einem Urteil, das, wie man aus den fundamental abweichenden - ja gegenteiligen - Meinungen von immerhin drei Senatsmitgliedern erkennen kann, offenbar im Senat sehr kontrovers beraten und entschieden wurde, muss man dies in die Betrachtung einbeziehen. An so mancher Stelle hat man den Eindruck, das Urteil sei nur deshalb

⁸ Dieses betrug im Jahr 2012 ca. 4,3 Mrd. Euro und damit nur ca. 0,7 Prozent des gesamten Steueraufkommens von Bund, Ländern und Gemeinden.

⁹ Soweit im Folgenden vom „Urteil des BVerfG“ gesprochen wird, ist das Urteil des BVerfG vom 17.12.2014 gemeint.

¹⁰ S. *Bockhoff/Chrisopheit*, DB 2015, 393; *Bäumel*, FR 2015, 73; *Crezelius*, ZEV 2015, 1; *Kambeck/Paulus/Welling*, ZBW 2015, 39; *Kirchdörfer/Layer*, DB 2015, 451; *Kohle/Hiller/Eichholz*, DStR 2015, 183; *Landsittel*, ZERb 2015, 1; *Piltz*, DStR 2015, 97; *Steger/Königer*, BB 2015, 157; *Zipfel/Lahme*, DStZ 2015, 64.

insgesamt sehr „gemäßigt“ und im Sinne der Erben von Unternehmensvermögen ausgefallen, weil man das Gesetz in zentralen Teilen mit klaren Formulierungen hat verfassungsrechtlich scheitern lassen, um so für das Urteil im Senat eine Mehrheit zu finden.

2. Entstehung und Begründung der Verschonungsvorschriften

Leider muss man zur Kenntnis nehmen, dass der Gesetzgeber bei den Beratungen der in Teilen vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten Neuregelung den Fokus zu stark auf das Ziel des Erhalts von Arbeitsplätzen und zu wenig auf den Erhalt der deutschen „Unternehmer- und Unternehmenslandschaft“ als Zielsetzung gelegt hatte.

Der Gesetzgeber hat es auf diese Weise dem BVerfG eher einfach gemacht, das Gesetz nicht unbeanstandet „passieren“ zu lassen. Nachdem sich bei der, aufgrund des Urteils des BVerfGs vom 7.11.2006¹¹ erforderlichen Gesetzesreform lange Zeit keine Einigung zwischen den damaligen Regierungsparteien abgezeichnet hatte, wurde schließlich der Erhalt von Arbeitsplätzen als wichtigste Zielsetzung für die, im Vergleich zum übrigen Vermögen großzügige Befreiung von Unternehmensvermögen von der Erbschaftsteuer¹² in den Blick genommen. Immerhin ist verschontes Vermögen zu 85 Prozent nach der Regelverschonung und zu 100 Prozent nach der Verschonungsoption von der Erbschaftsteuer freigestellt, während das übrige Vermögen eine Steuerlast bis in der Spitze 50 Prozent trifft. An diesem Zweck hat das BVerfG das Gesetz in seinem Urteil dann auch vorrangig gemessen.

Bei genauer Betrachtung ist das vom Gesetzgeber seiner Zeiten herangezogene Argument oder besser gesagt, das Motiv der Arbeitsplatzhaltung politisch plakativ, ökonomisch hingegen vordergründig. Arbeitsplätze zu schaffen, ist betriebswirtschaftlich die Folge unternehmerischen Handelns, nicht das Motiv. Ein Unternehmer, der Arbeitsplätze schafft oder erhält, die wirtschaftlich nicht notwendig sind, wird tendenziell scheitern. So gesehen und auch generell liegt das fundamentale Interesse des deutschen Staates, wie erwähnt, aus der makroökonomischen Sicht, im unversehrten Erhalt unserer besonderen deutschen Struktur der Unternehmer- und Unternehmenslandschaft. Diese ist, wie auch das BVerfG betont hat, von mittelständischen, im Regelfall inhabergeführten Unternehmen geprägt und sogar bei vielen größeren Unternehmen und zahlreichen international tätigen Großkonzernen halten die aus der Gründerfamilie abstammenden Eigentümer die Anteilmehrheit oder, bei börsennotierten Unternehmen, eine Beteiligung, welche die Mehrheit in der Hauptversammlung sicherstellt. Diese Einflussmöglichkeiten werden von den Eigentümern, einschließlich der Anker-Aktionäre börsennotierter Großunternehmen, in erster Linie auch als Verantwortung verstanden. In der letzten Finanzkrise hat diese Unternehmerlandschaft Deutschland, im Gegensatz zu den meisten anderen EU-Ländern und den USA, vor einem Absturz der Konjunktur und Massenentlassungen bewahrt. Das sollte allen politisch Verantwortlichen nochmals und besonders eindringlich verdeutlicht haben, dass alles getan werden muss, um diese Strukturen zu erhalten und ihre Beschädigung durch eine Fehlregulierung der Generationennachfolge im Wege der Schenkung oder der Erbschaft zu verhindern. Wir müssen also alles daran setzen und zwar insbesondere im Interesse der Arbeitnehmer, dass diese von Familienunternehmen geprägte Unternehmenslandschaft erhalten bleibt. Es kann nicht als wünsch-

¹¹ S. Fn. 2.

¹² Hinweis: Soweit im Folgenden von Erbschaftsteuer gesprochen wird, ist damit zugleich auch die Schenkungsteuer gemeint, sofern nicht ein besonderer Hinweis erfolgt.

schenswert erachtet werden, dass der Erbgang zur Zerschlagung von Familienunternehmen führt, infolgedessen die attraktivsten mittelgroßen Unternehmen in den Händen fernöstlicher Eigentümer, die das Know-how abziehen, landen und die bislang familiär gehaltenen Aktienpakete an Großkonzernen in den Händen international agierender Hedgefonds mit Sitz in Offshore-Ländern. Niemand hat ein größeres Interesse am Erhalt und der Fortentwicklung eines Unternehmens sowie der damit untrennbar verbundenen Arbeitsplätze als ein Eigentümer mit einer engen persönlichen Verbindung zu Deutschland und zu „seinem“ dort beheimateten Unternehmen, das oftmals sein Lebenswerk oder das von Generationen vor ihm ist. Institutionelle Investoren, zu denen etwa offshore ansässige Hedgefonds sowie nah- und fernöstliche Staatsfonds gehören, haben nun einmal von ihrem Unternehmenszweck her zunächst die Aufgabe, das Geld ihrer Anleger zu vermehren. Deren Manager werden vor allem an der Performance gemessen und wenn dieser die Verlagerung von Unternehmen oder einzelnen Unternehmensaktivitäten von Deutschland weg in ein anderes Land dient, dann werden sie eine solche Verlagerung tendenziell durchführen. Das alles ist in einer freien Weltwirtschaft eine Selbstverständlichkeit und nicht zu beanstanden, weil es Teil des weltweiten Wettbewerbs ist. Gefordert sind hier die in Deutschland politisch Verantwortlichen. Sie müssen diese Realitäten erkennen und kraft ihrer Verantwortung dafür sorgen, dass das deutsche Erbschaftsteuerrecht so ausgestaltet wird, dass es zu solchen Entwicklungen nicht kommt. Das ist eine ohne weiteres erfüllbare Herausforderung, wie die folgenden Ausführungen zeigen.

3. Der Arbeitsplatzertalt als Folge des makroökonomischen Aspekts

Hätte der Gesetzgeber diesen makroökonomischen Aspekt in den Vordergrund gestellt, dann hätte er es dem BVerfG einfach gemacht, auch per se die Verschonung großer Unternehmen, ohne das Verlangen nach einer Rechtfertigung, als verfassungsmäßig zu erachten. Das gilt es bei der nunmehr anstehenden Reform zu beachten. Der Gesetzgeber kann sich, im vollen Einklang mit dem Urteil des BVerfGs, einen viel größeren Gestaltungsfreiraum eröffnen, wenn er diese vor allem makroökonomische Betrachtung in den Vordergrund stellt. Das verändert nicht etwa das politische Ziel des Arbeitsplatzertalts, sondern erweitert es um die dafür notwendigen makro- und mikroökonomischen Grundlagen. Heruntergebrochen auf das Erbschaftsteuerrecht bedeutet das: Ein Erbgang darf nicht (wegen Steuerzahlungen) zu einem Entzug der von den Unternehmen dringend benötigten Liquidität führen, er darf auch nicht dazu führen, dass Eigentümer gezwungen sind, ihre Unternehmen bzw. Anteile daran zu verkaufen, um die Erbschaftsteuer bezahlen zu können oder weil ihnen bei Inanspruchnahme der Verschonung in Fällen unvorhersehbarer, unverschuldeter negativer Unternehmensentwicklungen eine persönliche Existenzgefährdung droht und sie dieses Risiko nicht auf sich nehmen können.

Werden die Unternehmen unversehrt erhalten, dann bleiben auch die Arbeitsplätze erhalten. Selbstverständliches Ziel einer der bedeutendsten Wirtschaftsnationen der Welt muss es doch sein, die Grundlagen ihrer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung und damit ihr Fundament, nämlich die Unternehmen aller Größenordnungen, vom Ein-Mann-Unternehmen über den breiten Mittelstand bis hin zum internationalen Großkonzern, zu bewahren, statt den Unternehmensnachfolgern Liquidität zu entziehen, was diese zum Verkauf zwingen kann und viele Unternehmen nicht übertragungsfähig macht. Es ist nach meinem Verständnis eine der wichtigsten wirtschaftspolitischen Aufgaben unseres Staates, alles zu tun, damit Unternehmen ohne finanzielle Friktionen übertragen werden können, wozu zuvörderst die entsprechende Gestaltung der

steuerrechtlichen Rahmenbedingungen gehört.

Warum haben so viele Politiker immer noch nicht verstanden, wie wichtig für die Unternehmer die Sicherheit ist, in einem Land zu leben, in dem die Generationennachfolge steuerlich reibungslos bewältigt werden kann? Das gehört zu den Grundlagen einer freien Marktwirtschaft. Wenn die Hälfte der in der Schweiz registrierten Vermögensmilliardäre Personen mit deutscher Herkunft oder deutscher Staatsangehörigkeit sind, dann zeigt das, wie intensiv Deutschland Unternehmer und vermögende Personen schon aus dem Land getrieben hat und ist eine eindeutige Warnung. Ein Land, das die Übertragung mittlerer und großer Vermögen, insbesondere solcher die wie Unternehmensvermögen nicht liquide sind, massiv durch eine hohe Steuerlast behindert, hat die Zeichen der Zeit nicht erkannt.

Bei der nunmehr anstehenden Reform sollte der Gesetzgeber folgendes Ziel klar zum Ausdruck bringen: Wir brauchen ein reformiertes Erbschaftsteuergesetz, weil der ungestörte Generationenübergang der Unternehmen in unserem Land eine der vorrangigsten wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Notwendigkeiten, ein Fundament unseres Wohlstands und Voraussetzung für den Arbeitsplatzerthalt ist. Der Staat muss den Unternehmern und ihren Nachfolgern die Botschaft vermitteln, für sie als dem Fundament und Rückgrat unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung werde alles getan, um sie, ihr Kapital und ihre Investitionen über Generationen hinweg im Land zu halten.

Dieses Ziel steht, dies sollte man deutlich betonen, im vollen Einklang mit der Verfassung. Ich erinnere daran, dass der 1. Senat des BVerfGs schon im Urteil vom 7.11.2006¹³ das Erfordernis einer steuerfreien Übertragung von Unternehmensvermögen in der engen Familie deutlich hervorgehoben hat, damals übrigens ohne Einschränkung durch das Ziel des Arbeitsplatzerthalts. Hätte der Gesetzgeber also die Verschonungsregelungen nicht mit dem, bei der letzten Reform zum politischen Konsens benötigten, zu plakativ in den Vordergrund gestellten Arbeitsplatzerthalt begründet, sondern mit dessen Voraussetzung, nämlich mit dem Erhalt der familiengeprägten deutschen Unternehmensstrukturen und dem dazu erforderlichen ungestörten Generationenübergang, dann hätte er zwar vielleicht nicht alle, aber manche der jetzt monierten Verfassungswidrigkeiten vermieden.

Das Urteil vom 10.12.2014¹⁴ muss man also auch unter dem Aspekt betrachten, dass es nicht etwa den Arbeitsplatzerthalt zur notwendigen sachlichen oder gar verfassungsrechtlich **einzigen** Rechtfertigung für die Begünstigung des Unternehmensvermögens erhoben hat. Das BVerfG hat dieses Ziel nämlich nicht selbst gesetzt, sondern lediglich den Gesetzgeber an seinen eigenen Zielsetzungen gemessen, die sich, wie erwähnt, unglücklicherweise zu vordergründig in der Arbeitsplatzerthaltung manifestiert hatten. Es heißt im Urteil des BVerfGs, dass der Gesetzgeber mit der Freistellung von der Einhaltung der Lohnsumme in § 13a I 4 ErbStG „auf ein wesentliches Instrument zur Sicherstellung des für die Legitimierung der Verschonungsregelung elementaren Förderzwecks, nämlich den Erhalt der Arbeitsplätze“ verzichte¹⁵. Zur Erreichung „dieses Ziels mit hinreichend wirkungsvollen Mitteln“, so führt das Gericht aus, sei „der Gesetzgeber angesichts des Umfangs möglicher Verschonung von Verfassungs wegen verpflichtet“¹⁶. Es war also

¹³ BVerfG (Fn. 2), Gr. C 2 b).

¹⁴ BVerfG, Fn. 1.

¹⁵ BVerfG, Fn. 1, Rn. 221.

¹⁶ BVerfG, Fn. 1, Rn. 222 und 167.

(lediglich) die Inkonsequenz des Gesetzgebers, die zur Verfassungswidrigkeit führte, nicht das von ihm mit der Regelung verfolgte Ziel des Arbeitsplatzerhalts als solches.

4. Die reale Nichtübertragbarkeit der Kleinunternehmen

Tatsächlich ist die vom Bundesverfassungsgericht genannte Zahl, dass ca. 80 Prozent aller deutschen Unternehmen nur bis zu 20 Arbeitnehmer beschäftigten, in diesem Zusammenhang im Grunde nicht geeignet, das Vorliegen einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung zu begründen. Darin liegt eine Schwäche des Urteils. Ein Großteil der Kleinunternehmen mit einem oder nur einigen Mitarbeitern ist nämlich aufgrund ihrer Struktur gar nicht „übertragungsfähig“. Die selbstständige Einmann-Versicherungsagentur, aber auch die kleine Freiberuflerpraxis mit einem oder zwei Inhabern und einigen Mitarbeitern können praktisch nicht vererbt werden. Das gilt bei Freiberuflerpraxen oftmals, weil die Erben die entsprechende berufliche Qualifikation nicht besitzen. Es gilt vor allem deshalb, weil sie, selbst wenn sie diese besäßen, in der Regel nicht bereit sind, in ein solches „Unternehmen“ erst qua Schenkung oder Erbgang einzutreten. In der Praxis steigen die Nachfolger von Freiberuflern zu Lebzeiten als Partner ein und arbeiten sukzessive mit. Ein relevanter übertragbarer Wert ist bei solchen „Unternehmen“ oft gar nicht vorhanden. Allenfalls „übernommen“ werden können Mandanten, Patienten oder Kunden. Bei kleinen Unternehmen ist der Ertrag so gering, dass er hauptsächlich auf der Arbeitskraft des Inhabers beruht. Solche Kleinunternehmen und Freiberuflerpraxen sind also vom Wortlaut der Norm erfasst, aber es findet de facto keine Begünstigung statt, weil sie nicht übertragen werden.

Für die Beurteilung des Vorliegens einer Ungleichbehandlung hätte also nur der Teil der Unternehmen mit bis zu 20 Mitarbeitern herangezogen werden dürfen, die überhaupt „vererbungs-fähig“ sind. Da darüber keine validen Zahlen existieren, vermag ich nicht zu erkennen, warum das BVerfG hier dem 2. Senat des BFH¹⁷ gefolgt ist und pauschal argumentierend auch nicht übertragungsfähige Unternehmen mit in die Quote der Unternehmen einbezogen hat, die es herangezogen hat, um die Ausnahme vom Erfordernis der Lohnsummenquote für verfassungswidrig zu erklären. Unternehmen, die kein oder nur so wenig Personal haben, dass sie so gut wie ausschließlich auf der eigenen Mitarbeit und Leistung des Unternehmers beruhen, sind nämlich mit den anderen Unternehmen nicht vergleichbar. Der Gesetzgeber sollte in der Gesetzesbegründung auch diese Fakten klarstellen. Der zu regelnde Sachverhalt war und ist also ein anderer. Der Gesetzgeber braucht nur die Unternehmen zu verschonen, deren Erben überhaupt ein Problem mit der Erbschaftsteuer haben. Das sind die übertragungsfähigen Unternehmen, die im Regelfall mehr als 10 Mitarbeiter haben. Es wäre sinnvoll, wiederum diejenigen Unternehmen vom Erfordernis der Einhaltung der Lohnsumme auszunehmen, bei denen sich schon die Entlassung weniger Mitarbeiter unverhältnismäßig stark auswirkt. So gesehen muss man fragen, ob es nicht sogar gleichheitssatzwidrig wäre, die strenge Lohnsummenregelung den kleinen Unternehmen in gleicher Weise wie den mittleren und den großen aufzuerlegen.

Das zeigt, auf welch tönernen Füßen der Vorlagebeschluss des 2. Senats des BFH stand. Man kann nämlich sogar besser genau gegenteilig argumentieren, wenn man die Realitäten in den Vordergrund stellt.

Auch von daher tut der Gesetzgeber gut daran, nicht einseitig den Arbeitsplatzerhalt, sondern

¹⁷ *BFHE* 238, 241 = *BStBl* II 2012, 899 = *DStR* 2015, 31 Rn. 47.

den Erhalt der Unternehmen in den Vordergrund zu stellen. Der Gesetzgeber sollte deutlich machen, dass die verbale Ausnahme der Kleinstunternehmen realiter keine Begünstigung ist, weil sie typischerweise gar nicht übertragungsfähig sind.

5. Die Praktikabilität als besonderes Anliegen jedes Reformansatzes

Ein wichtiges Anliegen sollte für den Gesetzgeber zudem die **Praktikabilität** der neuen Regelungen sein. Das bisherige Erbschaftsteuergesetz war für die Praxis im Grunde erst mit der Verkündung „Gleichlautender Erlass zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts“ vom 29. Oktober 2010¹⁸ überhaupt vollziehbar, ohne für die Steuerpflichtigen und ihre Berater in vielen Fällen unvermeidbare Risiken auszulösen. Die Erbschaftsteuer-Richtlinien vom 19.12.2011¹⁹ haben dann den bis dahin einigermaßen handhabbaren Rechtszustand weiter konkretisiert. Bei komplizierten Konstellationen ist es dennoch sinnvoll, nicht ohne verbindliche Zusagen des Finanzamts – im Regelfall werden aufgrund der Beteiligung mehrerer Personen sogar die Zusagen mehrerer Finanzämter benötigt – zu arbeiten, die freilich nicht in allen Bundesländern faktisch in angemessener Zeit zu bekommen sind.

Nach wie vor kann bei Unternehmensvermögen die Annahme einer Erbschaft für den Erben sowie eine Schenkung für Beschenkten und Schenker ein erhebliches finanzielles Risiko bedeuten, das die Existenz kosten kann. Wer kann schon sicher sein, in den heutigen wirtschaftlich turbulenten Zeiten, das Unternehmen in den nächsten fünf oder gar sieben Jahren mit dem Personalbestand weiter führen zu können, der erforderlich ist, um die erbschaftsteuerliche Regelschonung bzw. Verschonungsoption zu erhalten? Zudem ist, so restriktiv und mitunter unberechenbar wie Banken in Zeiten von Basel II oft Kredite vergeben und verlängern, auch das Risiko des durch Kreditkündigungen oder -nichtverlängerungen erzwungenen Notverkaufs ein Damoklesschwert. Gerade Erben oder Beschenkte, die in guten beruflichen und finanziellen Verhältnissen leben, wollen oder können oftmals nicht riskieren, durch die Übernahme eines mit solchen erbschaftsteuerlichen Risiken „behafteten“ Unternehmensvermögens insolvent zu werden oder zumindest einen Großteil ihres Vermögens zu verlieren. Für den „Übergeber“, also Schenker oder Erblasser, ist es in manchen Fällen schlichtweg nicht zu verantworten, dass er sein Unternehmen, wenn es große Volatilitätsrisiken aufweist, seinen Kindern oder z.B. Neffen und Nichten überträgt oder vererbt. Wer will schon für deren finanziellen Ruin verantwortlich sein?

Ist nicht schon dieser heute noch geltende Rechtszustand eines Rechtsstaats unwürdig? Ohne die Verschonungsregelungen aber könnten die Erben die Steuer regelmäßig nicht tragen oder zumindest nicht, ohne ihre Stellung als Familiengeschafter aufgeben zu müssen. Die Verschonungsregelung wiederum birgt in vielen Fällen so erhebliche Risiken, dass selbst bei vorhandener Bereitschaft eines Erben oder Schenkungsempfängers, die Verantwortung für ein Unternehmen zu übernehmen, die Entscheidung immer mit der Prognose beginnen muss: Kann ich mir den realistisch möglichen Worst-Case leisten? Was geschieht, wenn mich fehlende Bankkredite zu einem Notverkauf zwingen? Was passiert, wenn mich eine plötzliche Wirtschaftskrise oder verstärkte Konkurrenz zur unverschuldeten, aber unvermeidbaren Verkleinerung des Unternehmens und damit zwangsläufig zur Personalreduzierung zwingt? Nicht nur Schenker, Schenkungsempfänger, Erblasser und Erben, sondern auch deren steuerliche Berater stehen hier oft vor einer großen Herausforderung. Die Gestaltung mit „Escape-Klauseln“, wonach bei einer Änderung der Situa-

¹⁸ BStBl I 2010, 1210.

¹⁹ BStBl I 2011, 1.

tion oder der Rechtslage die Übertragung rückabgewickelt wird, ist im Todesfall nach Annahme der Erbschaft nicht möglich. Zudem habe ich Bedenken gegenüber Gestaltungen, die ein sehr weitgehendes Widerrufsrecht des Schenkers ermöglichen, vor allem wenn der Beschenkte zusätzlich durch Nießbrauchsregelungen und alle möglichen Zustimmungsvorbehalte eingengt wird. Liegt dann wirtschaftlich überhaupt schon eine Übertragung vor? Geht manche dieser kühnen Beratungskonstruktionen nicht schon in die Sphären des Gestaltungsmissbrauchs? Ich will das nicht vertiefen, sondern damit nur deutlich machen, dass die zahlreichen rechtlichen Probleme, zu denen das momentan geltende Erbschaftsteuerrecht führen kann, mangels Vorliegens von Rechtsprechung, noch nicht einmal bekannt sind. Ich will auch keinen Pessimismus verbreiten und nicht den Eindruck erzeugen, ein Berater könne mit diesem Gesetz nicht zu Recht kommen. Aber noch komplizierter darf es nicht werden, der Gesetzgeber sollte im Gegenteil die Gelegenheit wahrnehmen, das bestehende Recht in Teilen klarer und einfacher zu machen. Ein Erbschaftsteuerrecht muss im Rechtsstaat so beschaffen sein, dass es ohne solche Winkelzüge auskommt. Man darf verfehlte gesetzliche Regelungen nicht mit dem Hintergedanken hinnehmen, Steuerberater würden und könnten ja das eine oder andere wieder einmal „weggestalten“. Mit seiner klaren Absage an im Gesetz angelegtes Gestaltungspotenzial bestätigt das Bundesverfassungsgericht diese Sichtweise schon in den Leitlinien seines Urteils²⁰. Das BVerfG hat in seinem Urteil in unmissverständlicher Deutlichkeit sogar vom Gesetzgeber verlangt, exzessiven Gestaltungen vorzubeugen.

Im Hinblick auf die Herausforderungen, welche die Neureglung des Erbschaftsteuerrechts stellt, können wir drei Kategorien von Unternehmen unterscheiden:

1. Die **Kleinstunternehmen** mit keinem oder nur wenigen Mitarbeitern,
2. die Unternehmen ab einer mittleren Größe und
3. die großen, oft börsennotierten, zumeist auch international tätigen Unternehmen und Konzerne.

Die Kleinstunternehmen sind, wie erwähnt, größtenteils nicht übertragungsfähig. Sind sie es ausnahmsweise doch, so erreicht ihr Wert oftmals den des geltenden Freibetrags von 150.000 Euro nicht. Am anderen Ende der Skala, bei einer Vererbung erheblicher Aktienanteile an **börsennotierten internationalen Konzernen**, führt eine Vererbung oder eine schenkweise Übertragung bei relevanten Beteiligungen, also bei solchen oberhalb geringfügiger Streubesitzbeteiligungen, zu Steuerlasten, die ein Erbe regelmäßig ohne Verschonung gar nicht tragen könnte. Eine volle Erbschaftsteuerbelastung würde deshalb oftmals nahezu zwingend zum Verkauf der Aktien und damit zu anderen Eigentümerstrukturen führen. Die Aktien gingen, konkret gesprochen, dann von der deutschen Familie oftmals auf arabische oder chinesische Finanzkonglomerate oder Hedgefonds über. Wollen wir das, nur damit der Staat Erbschaftsteuer kassieren kann?

Am meisten gefährdet sind die mittelgroßen Unternehmen, die an sich übertragungsfähig sind, bei denen aber die Erben wegen der Steuerlasten und der auch nach derzeitigem Recht bestehenden steuerlichen Risiken, die beiden Verschonungsvarianten immanent sind, manches Mal das Risiko der Übernahme nicht tragen können oder wollen. Dabei wäre es eine Illusion zu glauben, bei börsennotierten Unternehmen könnte ein Teil der Aktien verkauft werden. Ein Großteil der

²⁰ Nr. 5 der Leitlinien.

Unternehmen, deren Aktien unterhalb des DAX notiert sind, also im Tech-Dax, M-Dax oder gar im S-Dax, hat ein so geringes Marktkapitalisierungsvolumen und einen so geringen täglichen Aktienumschlag, dass Verkäufe, die zu Millionen Euro an Erlösen oder mehr führen würden, sofort zu Kursabstürzen führten. Das durchschnittliche tägliche Handelsvolumen der Aktien vieler im Tech-Dax oder M-Dax und erst recht in darunter liegenden Segmenten notierter Gesellschaften beträgt täglich nur einige Millionen Euro. Der Verkauf auch nur weniger Prozente der Aktien führte sofort zum Kursabsturz. Man führe sich, um ein gewiss unverfängliches Beispiel zu nehmen, einmal vor Augen, dass im Jahr 2013 das durchschnittliche tägliche Handelsvolumen von Aktien der Deutschen Bank (die bekanntlich ganz überwiegend in Streubesitz sind) in Frankfurt (Xetra) nur ca. 6,2 Mio. Aktien betrug. Bei einem Kurs von 30 Euro wäre das ein Handelsvolumen von täglich unter 200 Mio. Euro. Bei einem im M-Dax notierten Unternehmen wie z.B. der Gerresheimer AG werden täglich weniger als 8.000 Aktien gehandelt, was einem Volumen von ca. 4 Mio. Euro entspricht. Die in der Diskussion oft gehörte Aussage, die Erben börsennotierter Aktien könnten sich das Geld für die Erbschaftsteuer durch Verkauf von Aktien an der Börse beschaffen, ist also schlichtweg falsch. Sind Erben zur Liquiditätsbeschaffung durch Aktienverkäufe gezwungen, führt das deshalb in aller Regel zum Verkauf an strategische Investoren (im Klartext: im Regelfall an einen ausländischen Konkurrenten) oder Finanzinvestoren, also oftmals Hedgefonds, und damit zu einer Zerstörung der bisherigen Eigentümerstrukturen.

Gerade im Hinblick auf mittelgroße Unternehmen, die das Rückgrat der deutschen Wirtschaft bilden, muss das Erbschaftsteuerrecht gezielt so ausgestaltet werden, dass die Unternehmen auch praktisch und nicht nur rechtlich-theoretisch auf die nächste Generation „übertragungsfähig“ sind. Ein Erbe, der damit rechnen muss, sich im Falle einer Fortführung des Unternehmens persönlich finanziell zu ruinieren, wird es entweder erst gar nicht übernehmen oder schnellstmöglich verkaufen; denn kann er sich zwischen dem risikolosen Verkauf und der Steuerverschonung entscheiden, wird er den Verkauf vorziehen, wenn die Steuerverschonung mit dem realen Risiko seines persönlichen wirtschaftlichen Ruins einhergeht. Dies gilt vor allem für qualifizierte, gut verdienende Erben.

Zu erwähnen ist, dass im Falle eines Notverkaufs, relativ kurz nach Inanspruchnahme der Verschonung, der Aktienkurs oft so niedrig sein wird, dass der Erlös zur Zahlung der Erbschaftsteuer nicht ausreicht. Werden Aktien beim Kurs von 20 Euro schenkweise übertragen und müssen sie in einer Krise des Unternehmens, regelmäßig verbunden mit einem entsprechenden drastischen Kursrückgang auf z.B. 6 Euro, verkauft werden, dann fallen 25 Prozent Kapitalertragsteuer (zuzüglich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) an. Der Veräußerungsgewinn ist gerade bei Unternehmen in Familienhand sehr hoch, weil dann als Anschaffungskosten der Nominalwert der Aktien heranzuziehen ist. Nach Steuern beträgt dann der Nettoerlös im obigen Beispiel wohl deutlich weniger als 3,80 Euro pro Aktie. Die Erbschaftsteuer pro Aktie betrüge bei 25 Prozent aber 5 Euro pro Aktie. Und selbst wenn ein kleiner Teil der Verschonungsfrist verstrichen ist, kann die Erbschaftsteuer ungünstigsten Falls höher als der Erlös nach Einkommensteuer sein.

Betrachtet man die anstehende Reform vor dem Hintergrund dieser Realitäten, dann wird klar, dass eine diese Fakten nicht hinreichend beachtende Reform in vielen Fällen zum Ende der bestehenden Anteilseigner-Unternehmer-Strukturen führen wird.

6. Reformschwerpunkte im Überblick

In der Diskussion stehen heute im Wesentlichen die drei vom BVerfG beanstandeten Regelungskomplexe: 1. Die Befreiung der Unternehmen mit bis zu 20 Mitarbeitern von der Lohnsummenklausel (dazu unter II.), 2. die zu weitgehende Verschonung des Verwaltungsvermögens (dazu unter III.) und 3. die fehlende Bedürfnisprüfung bei Unternehmen, die keine kleinen und mittleren Unternehmen sind (dazu unter IV.).

II. Lohnsummenregelung und Zahl der Mitarbeiter

Der Überprüfung durch das BVerfG unterzogen und im Ergebnis als zum Nachweis des Arbeitsplatzerhalts geeignet qualifiziert, wurde nur die vom Gesetzgeber diesbezüglich normierte Lohnsummenregelung²¹. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass es nicht auch andere Begünstigungskriterien und Nachweismöglichkeiten gäbe. Das BVerfG spricht hier von einer Binnendifferenzierung und betont, dass für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieser Ungleichbehandlung der Maßstab strenger als der einer bloßen Willkürprüfung sei. Es verweist auf die von ihm an anderer Stelle getroffene Unterscheidung zwischen begünstigtem unternehmerischem und nicht begünstigtem sonstigem Vermögen, die es als „strukturelle Zweiteilung dieser Steuer“ bezeichnet²². Es verlangt einen „hinreichend tragfähigen Differenzierungsgrund [...], der einer über eine bloße Willkürkontrolle hinausgehenden strengeren Verhältnismäßigkeitsprüfung standhält“. Das BVerfG bringt den Aspekt der „Verfügbarkeit der Unterscheidung nach den Vermögensarten“ ins Spiel. Die Verfügbarkeit eines Differenzierungskriteriums könne, so das BVerfG, nur aus der Sicht des jeweils durch die Ungleichbehandlung Benachteiligten, nicht hingegen aus der Sicht des Bevorzugten beantwortet werden²³. Diese Diktion trägt nicht zur Klarheit bei. Offenbar sollte sie lediglich die Heranziehung des strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstabs, statt des relativ leicht überwindbaren Willkürmaßstabs, nochmals unterstreichen und nicht die allgemein in der Rechtsprechung angelegten Kriterien verschärfen.

Der Gesetzgeber kann die Verfassungsmäßigkeit einer Neuregelung durch Absenkung der Mitarbeiterzahl auf deutlich unter 20 erreichen. Das BVerfG spricht allerdings von „einigen wenigen Beschäftigten“²⁴. Was bedeutet das wohl? Das BVerfG hat die meisten wesentlichen Punkte seiner Entscheidung sehr ausführlich begründet, insbesondere, soweit sie die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit der Verschonung von der Erbschaftsteuer auf der einen Seite und die Verfassungswidrigkeit wesentlicher (Differenzierungs-)Kriterien für die Verschonung auf der anderen Seite betrafen. Es drängt sich, wie schon erwähnt, der Eindruck auf, dies sei einerseits aus Respekt vor der grundsätzlichen gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative geschehen, andererseits aber auch, um im Senat die relativ knappe Mehrheit für diese Entscheidung zu erreichen, obwohl die Lohnsummenregelung vom Grundsatz her als verfassungsgemäß, weil zur Zielerreichung geeignet und erforderlich, befunden wurde. Aufgabe des Gerichts konnte es nicht sein, bezüglich der Mitarbeiter eine konkrete Zahl zu benennen. Der 1. Senat wollte ersichtlich auch an dieser Stelle den Gesetzgeber nicht „belehren“ und ihm nicht vorgreifen.

Damit besteht insofern eine für den Gesetzgeber schwierige Situation als mit der bloßen Absen-

²¹ BVerfG, Fn. 1, Rn. 206.

²² BVerfG, Fn. 1, Rn. 130 ff.

²³ BVerfG, Fn. 1, Rn. 132.

²⁴ BVerfG, Fn. 1, Rn. 229.

kung der Zahl z.B. von 20 auf 10 oder nur 5 Arbeitnehmer, bezüglich der dann nicht mehr unter diese Ausnahme fallenden und zur Einhaltung der Lohnsummenquote verpflichteten Unternehmen, ein erhebliches neues verfassungsrechtliches Problem auftreten kann. Es gibt dann nämlich die neue Gruppe von Unternehmen, die übertragungsfähig sind, bei denen aber schon der Wegfall relativ weniger Mitarbeiter, in der Spitze sogar schon der eines einzigen, erhebliche Steuerlasten auslösen kann. Gäbe es für diese Unternehmen keine „Notfalllösung“, dann erhöhte sich die Zahl der Unternehmen, die wegen der steuerlichen Risiken niemand aus dem Kreis der Familie oder der Mitarbeiter übernehmen will, erheblich. Ein Teil der Unternehmen dieser Gruppe wären dann zwar vielleicht von der Struktur her „vererbungsfähig“. Aber das Risiko des Erben oder Beschenkten, daran bei Verschlechterung der Situation und dem dadurch bedingten Zwang zur Entlassung von Mitarbeitern finanziell zugrunde zu gehen, stiege erheblich und aus diesem Grunde wären sie de facto wiederum doch nicht vererbungsfähig.

Diese Unternehmensgruppe endet keinesfalls bei Unternehmen mit einem Personalbestand von 20 Mitarbeitern. Schon nach heutigem Recht sind nämlich wegen des geschilderten erbschaftsteuerlichen Risikos all die Unternehmen oft nicht vererbungsfähig, weil zu risikobehaftet, die hohen Volatilitäten unterliegen und solche wegen Ertrags- oder Kapitalschwäche nur durch Personalreduzierungen auffangen können. In Zeiten, in denen ca. 2/3 der deutschen Arbeitnehmer in Dienstleistungsberufen arbeiten, auch wenn immer noch ca. die Hälfte der unternehmerischen Wertschöpfung im produzierenden Gewerbe stattfindet, ist es anachronistisch zu glauben, ein Auftrags- oder Ertragsrückgang könne in den meisten Fällen anders als durch eine Reduzierung der Personalkosten aufgefangen werden. Wegen ihrer hohen Personalkosten wurden gerade die deutschen Unternehmen gezwungen, überflüssige Kostenstrukturen abzubauen. Wenn es einem Unternehmen über mehr als nur eine relativ kurze Zeit „schlecht geht“, ist ein Personalabbau zumeist nicht zu vermeiden. M.E. ist daher nicht so sehr die Zahl von 20, 10 oder auch weniger Arbeitnehmern entscheidend, sondern die Einführung einer „Notfallregelung“ für die dann neu der Lohnsummenregelung unterfallenden, aber auch für die größeren Unternehmen.

Generell ist unsicher, ob ein Senat des BVerfGs in anderer Besetzung, wenn er vielleicht in fünf bis zehn Jahren über die jetzt zu beschließenden neuen gesetzlichen Regelungen zu entscheiden hat, dann die neue Zahl für verfassungsgemäß erachtet wird. Schließlich ist die Rechtsprechung des BVerfGs zum Steuerrecht generell in der Vergangenheit alles andere als homogen und kontinuierlich verlaufen. Ich würde sie sogar, zumindest in Teilen, als sehr schwer einschätzbar bezeichnen²⁵, was allerdings für das vorliegende Urteil in den ganz überwiegenden Teilen nicht gilt. Von daher empfiehlt es sich meines Erachtens für den Gesetzgeber, die vom BVerfG anerkannten Ziele als generelle Grundlage der Neuregelung zu beachten, die eine Zweiteilung des Erbschaftsteuerrechts in verschontes oder bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen verschonungsfähiges Vermögen und nicht verschontes oder verschonungsfähiges Vermögen verfassungsrechtlich rechtfertigen. Der Gesetzgeber tut auch gut daran, einem der wesentlichen Ansätze des BVerfGs Respekt zu zollen, das – vereinfacht ausgedrückt – auch deshalb eine klare Rechtfertigung einer solchen Begünstigung verlangt, weil die Erben oder Schenkungsempfänger von nicht

²⁵ Eines von zahlreichen markanten Beispielen ist der vom 2. Senat des BVerfG unter dem damaligen Berichterstatter Paul Kirchhoff - ohnehin viel zu vorsichtig - im Vermögenssteuerbeschluss des Jahres 1995 eingeführte Grundsatz der hälftigen Teilung der Einkünfte zwischen Staat und Steuerpflichtigen (*BVerfGE* 93, 121 Gr. C.II.3.c = NJW 1995, 2615), von dem dann der 2. Senat in Jahr 1999 wieder abgerückt ist (*BVerfGE* 119, 97 = DStR 2006, 555, Gr. C. II. 2. a). Zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung im Steuerrecht allgemein *Hey*, *StuW* 2015, 1 ff.

begünstigtem Vermögen keine Möglichkeit haben, die Begünstigung zu erreichen.

Der Gesetzgeber muss also darauf Bedacht sein, dass er nicht nur den konkreten Beanstandungen des Urteils des BVerfGs Rechnung trägt, sondern er muss auch vermeiden, neue verfassungswidrige Differenzierungen zu schaffen. Erwähnt sei nochmals, dass vom BVerfG die Verfassungswidrigkeit zentral auf die nicht ausreichend begründete Bevorzugung der Gruppe der befreiten gegenüber der Gruppe der nicht befreiten Erben gestützt wurde. Der Gesetzgeber darf nunmehr nicht den Fehler begehen, die Gruppe der befreiten Unternehmenserben erheblich einzuschränken, dadurch zugleich die Gruppe der nicht befreiten Unternehmenserben zu vergrößern und unreflektiert auch um solche Unternehmenserben zu erweitern, die diese Befreiung benötigen und bei denen der Erhalt der Unternehmensstrukturen und damit der Arbeitsplätze ebenfalls vom Gesetzeszweck gedeckt ist. Wenn der Gesetzgeber die Verschonung der Unternehmenserben zum Grundsatz erklärt, dann bedarf die Ausnahme eines Teils derselben von der Verschonung einer hinreichenden sachlichen Rechtfertigung. Es wäre also fatal, wenn man an die Reform unter dem Aspekt heranginge, lieber den Kreis der verschonten Unternehmenserben zu stark als zu wenig zu reduzieren. Dann wäre die neuerliche Verfassungswidrigkeit vorprogrammiert. Der Schlüssel für eine Verfassungsmäßigkeit der neuen Reform liegt nicht in einer zu rigiden Beschränkung, sondern in einer konsequenten Darstellung und Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele. Gerade in diesem Urteil hat das BVerfG den Gesetzgeber nämlich besonders intensiv an seinen eigenen Zielsetzungen und Motiven gemessen.

Angesichts dieses Faktums erscheint es sinnvoll, darüber nachzudenken, welche Unternehmen nicht lediglich vom Wortlaut einer Ausnahmebestimmung umfasst, sondern welche auch tatsächlich begünstigt, weil sie zum Vererben oder Verschenken geeignet sind. Auch hier hat der Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative. Zum Vererben oder Verschenken sind inhabergeführte Unternehmen überhaupt nur dann geeignet, wenn die Mitarbeiter einen Ertrag erwirtschaften, aus dem nach Ausscheiden des Inhabers ein an dessen Stelle tretender Geschäftsführer marktüblich vergütet werden kann und danach dem neuen Inhaber noch eine angemessene Rendite verbleibt. Die bereits oben erwähnte Ein-Mann-Arztpraxis oder -Rechtsanwaltskanzlei verkörpert keinen vererbungsfähigen Unternehmenswert. Bei einem solchen „Klein-Unternehmen“ kann allenfalls im Rahmen des rechtlich Zulässigen eine Patientenkartei übernommen oder verkauft werden bzw. es können einzelne Mandate übertragen werden. Wenn die Tochter oder der Sohn eines Arztes, eines Rechtsanwalts, eines Architekten oder eines Versicherungsvertreters einmal den Ein-Mann-Betrieb übernehmen will, dann treten sie zunächst als Angestellte/r oder als Mitgesellschafter mit minderen Rechten ein. Ein Steuerberater wird hier nicht zu einer entgeltlichen Übertragung von Vermögenswerten in Form eines Unternehmenswerts bzw. Goodwillen raten, weil es einen solchen in vielen Fällen gar nicht gibt.

Der Gesetzgeber sollte dies klarstellen und aus den erwähnten Gründen sein Augenmerk auf diejenigen Unternehmen richten, die mehr als die neu festzulegende Zahl von Mitarbeitern haben. Sie sind trotzdem Kleinunternehmen und deshalb ist für sie die Frage, ob sie in den fünf oder gar sieben Jahren nach dem Übergang tatsächlich die Zahl der Mitarbeiter und damit die Lohnsumme auch nur einigermaßen konstant halten können, völlig ungewiss. Das hängt in den meisten Fällen von externen, vom Unternehmer nicht beeinflussbaren Faktoren ab. Ein Unternehmer, der eine Bäckerei, eine Metzgerei oder auch ein Einzelhandelsgeschäft mit einigen Filialen betreibt, kann von heute auf morgen gezwungen sein Filialen zu schließen, weil einige Straßen weiter ein neuer Lebensmittelsupermarkt mit eigener Metzgerei und eigener Bäckerei eröffnet

hat. Der Unternehmer hat dann nur die Möglichkeit, entweder die in den zu schließenden Filialen beschäftigten Mitarbeiter zu entlassen oder dauerhaft defizitär zu sein.

Vielfach steckt, gerade bei mittelständischen Unternehmen, in der heutigen Zeit der größte Teil des Vermögens der Unternehmerfamilie im Unternehmen. Die Zeiten, in denen sich Handwerker und Freiberufler flächendeckend im Privatvermögen Immobilien und sonstige Geldanlagen in relevantem Umfang leisten konnten, sind in den meisten Branchen vorbei. Der Unternehmer ist daher oftmals nicht in der Lage, seinem Erben zusätzlich zum Unternehmen so viel Vermögen zu hinterlassen, dass er daraus im Worst-Case auf das Unternehmen entfallende Erbschaftsteuern zahlen kann. Das kann zudem auch nicht der Sinn der Bildung von Privatvermögen sein.

Im Grunde gibt es, wenn man vom Zwang zur Herabsetzung der Grenze von 20 Mitarbeitern ausgeht, für den Gesetzgeber zwei Möglichkeiten: Ersten kann er zugleich die Lohnsummenauflage absenken und zweitens kann und sollte er, aus den erwähnten Gründen, zusätzlich und sogar für alle Unternehmen eine **Notfallklausel** schaffen. Senkt der Gesetzgeber die Lohnsumme ab, dann muss allerdings darauf Bedacht genommen werden, dass nicht, wenn die Absenkung etwa nur für Unternehmen mit bis zu 10 Mitarbeitern gelten sollte, für die diese Zahl überschreitenden Unternehmen der Ausschluss von dieser Begünstigung unverhältnismäßig ist. Das wäre er m.E. zum Beispiel, wenn es für die letztgenannten Unternehmen bei der Lohnsumme von 400 Prozent bliebe und diese für die erstgenannten Unternehmen generell auf 200 Prozent abgesenkt würde. Eine stufenweise oder linear ansteigende Lohnsumme, die zum Beispiel bei Unternehmen, welche die neue Grenze überschreiten, bei 200 Prozent begänne, linear ansteige und bei Unternehmen ab 21 Mitarbeitern dann 400 Prozent erreichte, wäre in der wirtschaftlichen Realität wenig hilfreich. Vor allem kann man die Realitäten der kleinen Unternehmen schwerlich abstrakt erfassen.

Das Grundproblem besteht darin, dass der Gesetzgeber die Einhaltung der Lohnsumme als zentrale Voraussetzung für die Verschonung eingeführt hat. Dieses Kriterium benachteiligt gerade die Unternehmen, die viele Arbeitnehmer beschäftigen und damit für die Gesellschaft und den Staat sozialpolitisch und auch fiskalisch durchweg den größten Nutzen bringen. Eine voll automatisierte Betonmischanlage, die von einem einzigen Beschäftigten bedient werden kann, hat mit der Lohnsumme sicher keine Probleme, auch wenn das Unternehmen 22 solcher Anlagen mit dann insgesamt 22 Beschäftigten betreibt. Werden 3 Mischanlagen geschlossen (das ist immerhin ein Kapazitätsabbau um etwa 14 Prozent), dann stellt der Unternehmer stattdessen für diese Zeit die eigene Frau oder Freundin ein und kompensiert die fehlende Lohnsumme, sofern der Wegfall von 2 Mitarbeitern überhaupt steuerschädlich ist. Ein Handwerksbetrieb, aber auch eine Rechtsanwalts- oder Steuerberaterkanzlei, der/die hingegen deutlich mehr als die Hälfte der Einnahmen für die Personalkosten verwenden muss, kann bei Wegfall eines einzigen großen Kunden bzw. Mandanten die Hälfte des Umsatzes verlieren, mit der Folge, dass sie zur Entlassung der Hälfte der Mitarbeiter gezwungen ist.

War die Lohnsummenregelung als Kriterium schon bisher einer der neuralgischen Punkte mit einem erheblichen Risikopotenzial für die Erben personalintensiver Unternehmen, so wird dieses Risiko künftig auf einen Teil der Gruppe der kleineren, übertragungsfähigen Unternehmen ausgedehnt. Bei ihnen ist aus den genannten Gründen das Risikopotenzial sogar noch deutlich höher.

Der Gesetzgeber kommt meines Erachtens auch deshalb um eine Notfallklausel nicht herum. Eine Formulierung lässt sich finden, etwa dergestalt, dass im Falle der vom Unternehmen nicht zu vertretenden Umsatz- und Ertragseinbußen die zum Erhalt des Unternehmens notwendigen Minderungen der Personalkosten die gesetzlich festgelegte Lohnsumme reduzieren oder aber fiktiv der tatsächlich erreichten Lohnsumme zugerechnet werden.

Der Gesetzgeber täte zudem gut daran, eine solche Notfallklausel generell einzuführen. Bei größeren und großen Unternehmen wird die erforderliche Lohnsumme zum Beispiel dann nicht gehalten werden können, wenn ein neuer Vorstandsvorsitzender die strategische Ausrichtung des Unternehmens neu justiert und ganze Teile des Konzerns veräußert, um andere Teile mit dem dabei erlösten Geld langsam selbst aufzubauen. Soweit hingegen mit dem Veräußerungserlös Zukäufe mit ähnlicher Personalintensität stattfinden, sind derartige Vorgänge lohnsummenmäßig neutral.

Verfassungsrechtlich ist gegen eine solche Notfallklausel nichts einzuwenden; denn ein Notfall ist immer ein sachlicher Grund, der eine Differenzierung auch nach strengsten Maßstäben rechtfertigt.

III. Verwaltungsvermögen und anderer Ansatz

1. Ursachen der Problematik

Das Verwaltungsvermögen, so wie es der Gesetzgeber in das Erbschaftsteuergesetz eingefügt hatte, war von Anfang an ein sachlich nicht hinreichend unterlegtes und reichlich begrifflich-theoretisches Konstrukt. Man kann auch von einer erbschaftsteuerlichen Verlegenheitslösung sprechen. Der Gesetzgeber wollte nicht das gesamte ertragsteuerliche Betriebsvermögen begünstigen, sondern nur einen Teil desselben. So wurde bekanntlich das als begünstigungswürdig erachtete Unternehmensvermögen abschließend aufgezählt (§ 13b Abs. 1 ErbStG). Die nicht begünstigten Vermögensarten wurden mit dem artifiziellen Terminus „Verwaltungsvermögen“ (s. § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG) bezeichnet. Man könnte nun denken, Verwaltungsvermögen sei nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht verschonungswürdiges Vermögen. So ist es aber schon nach der gesetzlichen Konzeption nicht; denn wäre dieses Vermögen generell – also seiner Art nach – unter keinen Umständen verschonungswürdig, dann wäre es inkonsequent, dass es in die Verschonung einbezogen wird, wenn es bei der Regelverschonung nicht mehr als 50 Prozent (§ 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG) und bei der Verschonungsoption nicht mehr als 10 Prozent, (§ 13a Abs. 8 Ziff. 3 ErbStG) des Unternehmensvermögens ausmacht. Nach dem Konzept des Gesetzes muss man sagen: der Gesetzgeber hat anerkannt, dass ein Betrieb zusätzlich zu dem, zur Herstellung des Produkts oder zur Erbringung der spezifisch unternehmerischen Leistung unverzichtbaren oder zumindest nach unternehmerischen Maßstäben unstreitig notwendigen Vermögen, zusätzliches Vermögen benötigt. Ich bezeichne dieses unverzichtbare und unstreitig notwendige Vermögen im Folgenden, lediglich zur Vereinfachung, auch mit dem Arbeitsbegriff „unternehmerisches Kernvermögen“ oder auch nur „Kernvermögen“ (ohne aus diesem Begriff etwas herleiten zu wollen).

Es ist nicht erstaunlich, dass das BVerfG die im Gesetz niedergelegte Regelung, nach der im Falle von weniger als 50 Prozent Verwaltungsvermögen der gesamte Erwerb von Unternehmensvermögen begünstigungsfähig, bei Überschreiten dieser Grenze dagegen der gesamte Erwerb, trotz und sogar im Falle von nur knapp unter 50 Prozent unternehmerischen Vermögen, nicht be-

günstigungsfähig sei – was wiederum nur auf der Ebene des vererbten Unternehmens, also auf der obersten Ebene eines Konzerns gilt –, nicht hat passieren lassen. Vor allem der „Fallbeileffekt“ ist nicht zu rechtfertigen und problematisch ist auch, dass Verwaltungsvermögen auf der Ebene einer Untergesellschaft, auch wenn es deren Anteile dann insgesamt zu Verwaltungsvermögen „macht“, durch entsprechende Konstruktionen „neutralisiert“ werden kann.

Mit der hohen 50 Prozent-Quote hat sich der Gesetzgeber allerdings zwei schwierige Probleme erspart, so dass diese Regelung beachtliche praktische Vorteile hat: Er hat sich (1.) der Mühe entledigt, das Kernvermögen wirtschaftlich korrekt und genau zu bestimmen und er hat (2.) durch das Abstellen auf das Brutto- statt auf das Nettoverwaltungsvermögen, die entscheidende und schwierige Frage nicht aufwerfen müssen, welche Verbindlichkeiten dem begünstigten Betriebsvermögen und welche Verbindlichkeiten dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen sind. Beim nachträglich eingefügten § 13b Abs. 2 Ziff. 4a ErbStG wird dann doch das Nettoverwaltungsvermögen angesetzt, was für diese spezielle Teilregelung konsequent, im gesamten System aber nicht konsequent ist. Man fragt sich nämlich, warum diese Differenzierung bei anderen Arten des Verwaltungsvermögens nicht gelten soll.

Es lohnt sich, nicht gleich mit Prozentzahlen in die Debatte einzusteigen, sondern sich über das System Gedanken zu machen oder – sagen wir es ehrlich – über die Grundprobleme:

1. Es gibt ein für das Betreiben jedes Unternehmens zwingend notwendiges Vermögen, das ich **Kernvermögen** genannt habe. Das darf verfassungsrechtlich – nach dem Urteil des BVerfGs unstreitig – verschont werden. Es muss aus rechtspolitischer Sicht verschont werden, um den Bestand von Unternehmen beim Erbgang nicht zu gefährden.
2. Es gibt außerhalb dieses Kernvermögens Vermögen – insbesondere liquide Mittel – das für das Betreiben eines Unternehmens **nützlich** und bei vielen Unternehmen, insbesondere bei solchen mit hohem Kapitalbedarf, sogar **notwendig oder unverzichtbar** sein kann. Man denke an die Fälle, in denen eine Bank gewisse liquide Eigenmittel oder Assets (Immobilien, erstklassige Wertpapiere) zur Absicherung von Krediten verlangt.
3. Es gibt am anderen Ende der Skala Vermögen, das ein Unternehmen nicht oder jedenfalls nicht zwingend für seine Aufgabenerfüllung braucht, das aber ertragsteuerlich Betriebsvermögen darstellt (der Oldtimer oder die goldene Königskrone in der Empfangshalle eines Softwarehauses). Dieses kann man als **nicht verschonungswürdiges Vermögen** bezeichnen.

2. Die problematischen grundlegenden Abgrenzungsfragen

Nun verdeutlicht diese theoretische Unterscheidung zwischen Kernvermögen, nützlichem Vermögen und sonstigem Vermögen in ernüchternder Weise zugleich die Probleme: Solche Abgrenzungen sind nämlich in der Praxis in den Grenzbereichen ausgesprochen schwierig durchzuführen und, wenn man ehrlich ist, mit abstrakten Gesetzesformulierungen eigentlich nicht zufriedenstellend zu leisten; denn in der Unternehmenslandschaft wird es viele Fälle geben, in denen man trefflich darüber streiten kann, ob ein Vermögensstück oder Wirtschaftsgut zum Kernvermögen gehört, ob es „nur“ nützlich ist oder nicht einmal das. Stellen zum Beispiel ein Luxushotel und ein Autohaus jeweils einen teuren Oldtimer-PKW in die Lobby bzw. den Verkaufsraum, dann wird man beim Autohaus sagen, das gehöre zum Kernvermögen, denn es müsse doch wohl dem Unternehmer möglich sein, zu dokumentieren, was die Automarke in der Vergangenheit schon

an innovativen Produkten gebaut habe. Beim Hotel hingegen kann man streiten, ob ihm der Oldtimer tatsächlichen Nutzen bringt. Würde jemand dort nicht oder nur zu einem billigeren Preis übernachten, wenn der Oldtimer nicht in der Lobby stünde?

In dieser Form darf freilich in einer freien Marktwirtschaft schon gar nicht diskutiert werden und der Gesetzgeber macht es im Ertragssteuerrecht richtiger Weise auch nicht. Er lässt deshalb gewillkürtes Betriebsvermögen zu. Es muss die Überzeugung gelten, dass – vor allem angesichts der Differenziertheit der Unternehmen und der permanenten Innovation – nur der Unternehmer selbst entscheiden kann, welche Vermögensgegenstände, einschließlich welcher liquiden Mittel, er für den bestmöglichen Betrieb seines Unternehmens benötigt. Diese Freiheit kann der Gesetzgeber den Unternehmern im Erbschaftsteuerrecht allerdings in dieser Weite schon aus verfassungsrechtlichen Gründen, wie das jüngste Urteil auch gezeigt hat, nicht gewähren. Sonst hätte es der Steuerpflichtige in der Hand, allein durch das Einlegen von Vermögensgegenständen in ein Betriebsvermögen und das Herstellen eines losen Zusammenhangs zur betrieblichen Tätigkeit, eine Verschonung zu bekommen. Es bedarf deshalb einer Abgrenzung zwischen dem generell verschonungswürdigen Kernvermögen, dem generell nicht verschonungswürdigen Vermögen und dem Vermögen, das zumindest bis zu einer gewissen Höhe verschont werden soll, weil es dem Unternehmen dient, obwohl es nicht zum Kernvermögen gehört. Letzteres Vermögen stellt nicht nur hinsichtlich der Abgrenzung zum Kernvermögen, sondern manchmal auch hinsichtlich der Abgrenzung zum nicht verschonungswürdigen Vermögen den in erbschaftsteuerrechtlicher Sicht problembehafteten Teil des Unternehmensvermögens dar.

Damit lauten die entscheidenden Fragen zur Abgrenzung des nützlichen vom übrigen Vermögen:

1. Was und wieviel braucht ein Unternehmen, vor allem an finanziellen Mitteln oder an Hard Assets (wie z.B. weithin schuldenfreien Immobilien), die es z.B. zur Besicherung von Bankkrediten verwenden kann oder deren Einnahmen dazu dienen können, schlechte Zeiten zu überbrücken?
2. Gibt es irgendeinen Maßstab, der für alle Unternehmen passt oder in welcher Weise kann differenziert werden?

Wie schon erwähnt, lassen sich beide Fragen in abstrakter Form wohl nicht beantworten. So gesehen beschränkt sich der Nutzen einer solchen Einteilung darauf, die Situation zu verdeutlichen und zwei klare Schlüsse zu ziehen:

- (a) Wenn in den Grenzbereichen keine wissenschaftlich und praktisch zuverlässige, allgemeine Abgrenzung möglich ist, dann darf das über die mehr oder weniger zufällig gesetzte Grenze hinausgehende Vermögen nicht den heutigen Fallbeileffekt auslösen. Es darf also nicht dazu führen, dass solche Unternehmen generell von der Begünstigung ausgenommen werden.
- (b) Unstreitig benötigen die meisten Unternehmen neben dem (in Grenzbereichen oftmals nicht klar abgrenzbaren) Kernvermögen zusätzliches Vermögen, insbesondere liquide Mittel, um das Unternehmen wirtschaftlich solide oder überhaupt betreiben zu können (also um z.B. Bankkredite zu günstigeren Konditionen oder überhaupt zu bekommen). Auch solches Vermögen soll bzw. muss der Gesetzgeber in einem angemessenen Umfang verschonen. Das ist auch verfassungsgemäß, wenn und soweit sachliche Differenzierungsgründe bestehen, die diese Verschonung von Vermögen außerhalb des unternehmerischen Kernvermögens recht-

fertigen (sogar bei Anlegen des strengen Maßstabes nach der sog. neuen Formel des BVerfGs²⁶). Die Rechtfertigung ergibt sich daraus, dass der verschonte Teil solchen Vermögens den Unternehmen auch nach dem Erbfall ungeschmälert zur Verfügung stehen muss.

Das erstgenannte Problem (a) ist lösbar, beim letztgenannten (b) kommt es darauf an, den gesetzgeberischen Spielraum anhand möglichst substanzieller Fakten zu festigen. Man kann dem Gesetzgeber keinen Vorwurf machen, wenn er gerade in der heutigen Zeit sowohl hinsichtlich der Definition des Kernvermögens pauschalieren und typisieren muss als auch bezüglich des Umfangs (also der Quote) des nützlichen Vermögens, das er als zum Betrieb des Unternehmens sinnvoll erachtet und deshalb als verschonungswürdig qualifiziert. Das ist m.E. die einzig sinnvolle Lösung. Niemand kann in einer Zeit mit zunehmender Dynamik der Veränderungen der Wirtschaftswelt vom Gesetzgeber die geradezu hellseherischen Fähigkeiten verlangen, zu erkennen, welche Unternehmen welche Arten von Vermögen in welchem Umfang heute und künftig für den Betrieb ihres Unternehmens benötigen.

Im Bereich des Kernvermögens hat das BVerfG die heutige Beschreibung des verschonungswürdigen Unternehmensvermögens nicht beanstandet. Dahinter sollte der Gesetzgeber nicht zurückgehen und braucht das auch nicht. Allerdings hat er eben derzeit das Kernvermögen in einem Unternehmen im Wesentlichen nach der Art der Rechtsform beschrieben (also land- und forstwirtschaftliche Betriebe, Einzelunternehmen, Personengesellschaftsanteile, Kapitalgesellschaftsanteile usw., s. § 13b Abs. 1 ErbStG), nicht aber hinsichtlich der einzelnen Unternehmensgegenstände.

3. Zuordnung bzw. Qualifizierung einzelner Wirtschaftsgüter

Abgrenzungsfragen stellen sich schon hinsichtlich des unternehmerischen Kernvermögens, wenn man insofern künftig auf die Wirtschaftsgüter abstellt, wie dies dem Vorschlag des BMF entspricht²⁷. Vor dem Hintergrund, dass, wie erwähnt, letztlich nur der Unternehmer selbst und nicht der Gesetzgeber mittels abstrakter Formulierungen entscheiden kann, welche Wirtschaftsgüter für den Betrieb eines Unternehmens benötigt werden, stellt sich zwangsläufig die Frage, wie weit die unternehmerische Entscheidungsfreiheit hier von Gesetzes wegen gewährt und inwieweit sie eingeschränkt werden darf. Allerdings sollte man diese Frage auch nicht überschätzen, weil bezüglich des größten Teils der Wirtschaftsgüter die Zugehörigkeit zum Kernvermögen des Unternehmens im oben bezeichneten Sinn offensichtlich ist. Wir dürfen hier nicht in den generell großen Fehler der deutschen Steuerpolitik verfallen, auf notwendige Regelungen aus lauter Angst, ein Steuerpflichtiger könne in einem Randbereich unberechtigt davon profitieren, ganz zu verzichten. Soll, um im obigen Beispiel zu bleiben, ein Hotel oder auch eine Marketingagentur doch einen Oldtimer aufstellen. Die Missbrauchsfälle, wie Gestaltungen mittels der sog. Cash-GmbH, liegen in einer völlig anderen und weitaus größeren Dimension. Solche Fälle hätte der BFH, wenn

²⁶ Hierzu statt aller *Dürrig/Scholz*, in: Maunz/Dürrig/Herzog, GG, 72. Erg.Lfg. 2014, Art. 3 Anh. Rn. 7; *Dreier/Heun*, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 23; *Kischel*, in: Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand 1.12.2014, Art. 3 Rn. 28 ff., jeweils mit Hinweisen auf die Lit. und die Rspr. des BVerfGs. Aus dessen Rspr. s. nur *BVerfGE* 129, 49 = *NVwZ* 2011, 1316, mit Darstellung seiner Rechtsprechung; s. auch z.B. *BVerfGE* 88, 87, 96 f = *NJW* 1993, 1517.

²⁷ „Neuregelung der Erbschaftsteuer für Unternehmensvermögen – Eckwerte“; Anlage zum Schreiben Parl. Staatssekretär Dr. Meister an vier Spitzenpolitiker der Regierungsfractionen im Deutschen Bundestag vom 26.02.2015; Vorschlag zum zu verschonenden Vermögen zusammengefasst: Positiv-Definition betriebsnotwendigen Vermögens (nach Bewertungsrecht bei > 50 Prozent betrieblicher Verwendung); anteilige Schuldenverrechnung; 10 Prozent Verschonungszuschlag. Hierzu nachfolgend III. 4.

er nicht ersichtlich eine Vorlage angestrebt hätte, auch mittels § 42 AO ohne weiteres lösen können.

Der Abgrenzungsaufwand wird in der Praxis umso geringer sein und der Streit um die Unterscheidung wird umso weniger heftig geführt werden, je enger eine neue gesetzliche Regelung das nicht verschonungswürdige Vermögen beschränkt. Konkret ausgedrückt bedeutet dies: Wenn der Gesetzgeber einen Teil der nicht zum Kernvermögen gehörenden Wirtschaftsgüter (heute weit- hin vom Begriff des Verwaltungsvermögens erfasst) in die Verschonung einbezieht, der von sei- ner Größenordnung her dem Unternehmen ein ausreichendes Liquiditätspolster gewährt, dann wird im Rahmen einer Außenprüfung nicht darüber gestritten werden, welche Wirtschaftsgüter zum per se verschonungswürdigen Vermögen – hier Kernvermögen genannt – gehören; denn der Rest wird ja ohnehin verschont, obwohl er außerhalb des Kernvermögens liegt. Auf eine solche Unterscheidung käme es dann im konkreten Einzelfall gar nicht an²⁸. Nun müssen aber bei einer solchen Lösung für die Abgrenzung zwischen den zum verschonten Vermögen oder sogar zum Kernvermögen gehörenden Wirtschaftsgütern und den übrigen Wirtschaftsgütern sachgerechte, der Verfassung standhaltende Abgrenzungskriterien gefunden werden. Zudem bedarf der Um- fang des in die Verschonung einbezogenen Volumens (Prozentanteils) an Wirtschaftsgütern, die nicht zum Kernvermögen gehören, einer Rechtfertigung. Warum sind es zum Beispiel 20 Prozent und nicht nur 10 oder gar 30 Prozent?

Zur erstgenannten Abgrenzung könnte die ertragsteuerliche Abgrenzung zwischen notwendigem und gewillkürtem Betriebsvermögen m.E. nicht unverändert übernommen werden. Zwar wäre notwendiges Betriebsvermögen sicher begünstigungswürdig, aber nicht das gesamte gewillkürte Betriebsvermögen dürfte aus der Begünstigung per se ausgenommen werden. Das schränkte die unternehmerische Freiheit in einem m.E. sogar verfassungswidrigen Maße ein. Die Abgrenzung, ob ein Wirtschaftsgut im Erwerbszeitpunkt oder bei späterer Nutzung zu mehr als 50 Prozent der unternehmerischen Tätigkeit dient oder nicht, führt in all den Fällen nicht weiter, in denen schon streitig ist, ob das Wirtschaftsgut angesichts seines konkreten Einsatzes überhaupt der unternehmerischen Tätigkeit dient oder nicht. Man denke wiederum an das obige Beispiel des Old- timers in der Eingangshalle. Wenn er der unternehmerischen Tätigkeit dient, was zu bejahen ist, dann dient er ihr zu 100 %.

Ich möchte an dieser Stelle kurz abschweifen und folgende These aufwerfen: Vor 20 Jahren konnten wir uns nicht im Entferntesten vorstellen, dass es Unternehmen wie Apple und Google wären, die weltweit zu den wertvollsten gehören würden und weder aus dem Wirtschaftsleben noch aus unserem Privatleben überhaupt wegzudenken wären. Was eine App ist, wusste man nicht. Kreative Unternehmer waren ihrer Zeit immer voraus, sonst hätte es keine Innovation gegeben. Dafür brauchen sie für ihr Unternehmen mitunter materielle und immaterielle Wirt- schaftsgüter, ja ganze Abteilungen, die mit dem unternehmerischen Kerngeschäft auf den ersten Blick vielleicht gar nichts zu tun haben. Das gilt im Kleinen wie im Großen. Stellen wir uns vor, vor 30 Jahren hätte ein Handelsunternehmen oder ein Hotel behauptet, Apps zu benötigen, um schnell gefunden zu werden und Warenbestellungen oder Hotelreservierungen online entgegen zu nehmen. Wir hätten es doch als Spielerei erachtet. Heute kommt kaum ein Unternehmen ohne Homepage aus, für viele sind Apps selbstverständlich.

²⁸ Genau das ist die heutige Situation, in der bei der Regelverschonung bis zu 50 Prozent an Verwaltungsvermögen unschädlich sind.

Wir sollten und dürfen also einem Hotel nicht vorschreiben, welche Wirtschaftsgüter es, um die nötige Aufmerksamkeit zu erfahren, in seine Eingangshalle stellt. Und wir dürfen ebenso wenig dem Friseurmeister, der in einem umkämpften Markt in einer 1b-Lage einen neuen Salon eröffnen will, eine Grenze setzen, wenn er glaubt, er locke die Kunden am besten mit einer besonders auffälligen Ausstattung und deshalb für die wartenden Kunden einen vergoldeten Königsthron aufstellt.

Wenn eine Abgrenzung anhand der Qualifizierung der einzelnen Wirtschaftsgüter vorgenommen wird, muss sie großzügig sein. Nur dann hält sie m.E. auch der Verfassung stand. Falls der Gesetzgeber gedenkt sein System umzustellen und von der rechtsformabhängigen Bestimmung, die heute unter dem Oberbegriff „Verwaltungsvermögen“ zusammengefasst ist, zur Abgrenzung nach der Nutzungsart der einzelnen Wirtschaftsgüter überzugehen, muss zuvor eine umfängliche und vorurteilsfreie Diskussion geführt werden. Maßstab muss der für den optimalen Betrieb eines Unternehmens heute und in Zukunft notwendige Umfang der Wirtschaftsgüter sein, zudem muss eine große unternehmerische Flexibilität eingeräumt werden. Sobald hier der Umfang anhand fiskalischer Erwägungen eingeschränkt wird (gemäß dem Motto: wenn diese und jene Wirtschaftsgüter auch noch verschont werden, sinkt das Steueraufkommen zu stark), ist die Verfassungswidrigkeit der Regelung vorprogrammiert. Auch und besonders bei dieser Abgrenzung, die dann zum neuen „Kernstück“ der Verschonung und damit des Erbschaftsteuerrechts wird, gilt nämlich nach der neuen Formel des BVerfGs²⁹ ein strenger Maßstab. M.E. kann dann nur das Vermögen ausgenommen werden, das offensichtlich zum Betreiben des konkreten Unternehmens nicht nötig ist. Für Wirtschaftsgüter außerhalb des Kernvermögens muss ein ausreichendes „Polster“ eingeführt werden. Den Unternehmern muss also die Möglichkeit gegeben werden, in einem ausreichenden Umfang nach eigenem Ermessen zu bestimmen, was sie glauben, für ihr Unternehmen zu benötigen und was nicht.

Für das Vermögen außerhalb des Kernvermögens gibt es wiederum zwei grundlegend unterschiedliche Ansätze: Entweder man regelt es wie heute und lässt dem Unternehmer die Freiheit in den verschonten Bereich, wie heute beim Verwaltungsvermögen, im Grunde alles hineinzu packen was er will, sogar wenn es eindeutig zum Betrieb des Unternehmens nicht nötig ist (also in meiner Diktion zum nicht verschonungswürdigen Vermögen gehört) oder man verlangt im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtung eine Nähe zum Betrieb. Die erstgenannte Variante ist auf den ersten Blick einfacher zu handhaben, weil sie auf die Qualifizierung der einzelnen Wirtschaftsgüter verzichtet. Bei der letztgenannten läuft der Gesetzgeber viel eher Gefahr, mit seiner Unterscheidung, ohne sachlichen Grund, Unternehmensvermögen nicht zu verschonen, nur weil es – vielleicht von ihm nur nicht gesehen – zufällig durch das Raster fällt und dann der vollen Besteuerung unterliegt. Will also bei diesem Modell, das durchaus tauglich ist, der Gesetzgeber nicht in eine verfassungsrechtliche Falle tappen, sollte er am besten die Eingrenzung nicht stereotyp nur nach der Art der Wirtschaftsgüter oder nach deren betrieblichem Nutzungsanteil vornehmen. Vielmehr empfiehlt es sich hier, das **unternehmerische Ermessen** einzugrenzen. Ohne allerdings zusätzlich den erwähnten Freiraum zu belassen, dass auch eine gewisse Quote außerhalb des solcherart als verschont bestimmten Vermögens verschont wird, ist diese Systemänderung in verfassungskonformer Weise wohl nicht machbar.

²⁹ S. Fn. 25.

4. Der Vorschlag des BMF

Die neue vom **Bundesministerium der Finanzen** in die Diskussion gebrachte Abgrenzung unterscheidet zwischen dem überwiegend betrieblich genutzten, und damit der Verschonung unterliegenden, und dem sonstigen (nicht verschonten) Vermögen. Dieser Vorschlag verdeutlicht in jedem Fall den, auch vorliegend unterstrichenen, dringenden Handlungsbedarf im Bereich des heutigen Verwaltungsvermögens. Entweder bedarf es einer deutlichen Konkretisierung des Verwaltungsvermögens oder der Gesetzgeber **verabschiedet sich von den Sonderregelungen für das Verwaltungsvermögen und entscheidet sich für** einen neuen, praktikablen Lösungsansatz. Er kann dabei auf allgemeine Regelungen im Bewertungs- und Ertragssteuerrecht zum sog. betriebsnotwendigen Vermögen zurückgreifen, muss diese allerdings in Teilen an die Erfordernisse des Erbschaftsteuerrechts anpassen.

In den Eckpunkten wählt das BMF den Leitgedanken, die Verschonungsmöglichkeit des Betriebsvermögens von der Betriebsnotwendigkeit abhängig zu machen. Bei diesem Lösungsansatz wird also das Betriebsvermögen positiv definiert. Im Gegensatz zur geltenden Regelung des Verwaltungsvermögens wären beispielsweise Forderungen oder Geld als klassisches betriebsnotwendiges Vermögen nicht mehr generell dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen, sondern, sofern betriebszugehörig, dem Betriebsvermögen. Es ist offensichtlich, dass Geld und Forderungen in einem Betrieb keinesfalls unnötiges oder gar missbräuchliches Vermögen sind. Es bedarf einer Sichtweise, die betriebswirtschaftlich notwendige Finanzierungsstrukturen und entsprechende Unternehmensentscheidungen in den Fokus stellt. Andernfalls käme es durch den grundsätzlichen Ansatz, Wirtschaftsgüter, wie u.a. zur Finanzierung notwendige liquide Mittel, generell aus dem Blickwinkel des Missbrauchsverdachts einzuordnen, zu gesetzeszweckwidrigen Ergebnissen.

Am Beispiel von Forderungen als nur einem aus dem umfangreichen Regelungskomplex zum Verwaltungsvermögen lässt sich das verdeutlichen: Außenstände (Forderungen) werden derzeit als Verwaltungsvermögen qualifiziert und sind hiernach nicht verschonungsfähig. Ein Unternehmen hat jedoch regelmäßig nur bedingten Einfluss auf die Zahlungsmoral des Kunden. Würde der Kunde zeitgerecht zahlen, könnte das Unternehmen in produktives Vermögen investieren, so dass die erbschaftsteuerliche Verschonungsmöglichkeit greifen könnte. Zahlt der Kunde verspätet oder sind andere Zahlungsziele mit weniger liquiden Kunden vereinbart, würden die Außenstände als Forderungen generell als Verwaltungsvermögen gelten und wären der sofortigen Erbschaftsteuer zu unterwerfen. Die Verschonungsfähigkeit würde also beim aktuellen Ansatz „Verwaltungsvermögen“ von der Zahlungsmoral des Kunden abhängen. Hingegen müsste der Ansatz des BMF, bei konsequenter Handhabung, Außenstände als betriebsnotwendiges Vermögen qualifizieren, was sie ja auch sind.

Die Frage, wie zukünftig das Verwaltungsvermögen definiert wird, bedarf ebenso einer vertieften Auseinandersetzung wie der Ansatz des Bundesfinanzministeriums. Man muss sich, wie erörtert, den steuerpolitischen Herausforderungen aus dem unternehmerischen Blickwinkel des betriebsnotwendigen Vermögens nähern. Deutlich wird jedoch, dass bei der Reform die Problematik der Abgrenzung des verschonten betrieblichen Vermögens vom (grundsätzlich) nicht verschonten Verwaltungsvermögen besonderer Beachtung bedarf. Da nämlich, wenn es bei der heutigen Lösung mit der Kategorie des Verwaltungsvermögens bleiben sollte, die Quote sehr stark reduziert würde, wäre sie – im Gegensatz zum noch geltenden Recht – für viele Unternehmen nicht ausreichend, um die erforderliche Liquidität vor dem erbschaftsteuerlichen Zugriff zu bewahren.

5. Neue Festlegung der Verwaltungsvermögensquote

Bleibt der Gesetzgeber bei der bisherigen Systematik des Verwaltungsvermögens, so ist die Festlegung einer Quote für den Umfang des in die Begünstigung einzubeziehenden Vermögens, das nicht zum Kernvermögen gehört, schwierig. Die Rechtfertigung dieser Quote sollte aus meiner Sicht ein wesentliches Anliegen des Gesetzgebers sein. Immerhin haben wir es hier mit Vermögen zu tun, das seiner Art nach zum Betrieb des Unternehmens nicht zwingend erforderlich ist, aber wegen der Nützlichkeit für das Unternehmen oder aus einem sonstigen Grund dennoch verschont wird, wohingegen genau die gleichen Gegenstände/Wirtschaftsgüter, selbst wenn sie als Unternehmensvermögen genutzt, aber außerhalb des verschonten Bereichs vererbt werden, der vollen Besteuerung unterliegen.

Diese sachliche Rechtfertigung ist hier von zentraler Bedeutung. Ein relativ kleiner Wert von bis zu vielleicht 10 Prozent könnte mitunter noch durch das Argument der Pauschalierung zum Zweck der Verwaltungsvereinfachung gerechtfertigt werden; denn jeder wird einsehen, dass Unternehmen immer eine gewisse Vermögensreserve benötigen. Eine deutlich darüber hinausgehende Quote kann nicht allein mit dem Hinweis einer Pauschalierung oder Typisierung den Maßstäben des BVerfGs gerecht werden. Vom Grundsatz her kann die inhaltliche Rechtfertigung problemlos darin gesehen werden, dass viele Unternehmen typischerweise nicht nur das Betriebsvermögen, in Form des Anlage- und Umlaufvermögens, das unmittelbar ihrer Produktion oder Dienstleistung dient („Kernvermögen“), sondern auch Vermögensreserven benötigen, etwa zur Absicherung von Bankkrediten und als Reservepolster für unvorhergesehene Situationen wie Umsatz- und Ertragseinbrüche. Die Frage freilich, wie viel Vermögen ein konkretes Unternehmen in absoluten Zahlenwerten oder auch prozentual im Verhältnis zum Kernvermögen benötigt, lässt sich schon im Einzelfall nicht leicht beantworten. Mit einer generellen gesetzlichen Regelung ist diese Aufgabe gar nicht zu bewältigen. In einer freien Wirtschaftsordnung muss es, dies sei erneut betont, dem Unternehmer überlassen bleiben, wie er sein Unternehmen finanziell ausstattet, sei es mit Eigenkapital, sei es mit nicht betriebsnotwendigem Anlagevermögen wie zum Beispiel vermieteten Immobilien oder Wertpapieren. Diese im Ertragssteuerrecht grundsätzlich bestehende Freiheit darf nun freilich, aus den genannten Gründen, nach der Rechtsprechung des BVerfGs im Erbschaftsteuerrecht nicht ohne weiteres zu einer Begünstigung führen.

Aus Praktikabilitätsgründen kommt die einzelfallbezogene Festlegung einer Verwaltungsvermögensquote von vorneherein nicht in Betracht. Aber auch allgemein gültige, wissenschaftlichen Erkenntnissen und praktischen Erfordernissen Rechnung tragende Differenzierungskriterien, zum Beispiel nach der Art der Unternehmen, gibt es nicht. Zudem wären solche Unterscheidungskriterien gleichfalls nicht praktikabel. Damit bleibt im Grunde nichts anderes übrig, als doch eine Pauschalierung anzusetzen und zwar in einem Umfang, die dem Großteil der Unternehmen gerecht wird. Sie kann auch mit dem allgemein anerkannten Erfordernis gerechtfertigt werden, dass ein Unternehmen in aller Regel, also typischerweise, Vermögen außerhalb des wirtschaftlich unverzichtbaren Betriebsvermögens benötigt. Wie hoch nun diese Quote ist, ist bis zu einem hohen Maß ein „gegriffener“ und damit diskussionsanfälliger Wert. Da wir aber nicht einmal wissen, wie sich unsere Unternehmenslandschaft noch verändern wird, können wir auch nicht wissen, wie hoch die hier gesuchte Quote des nicht wirtschaftlich unverzichtbaren, aber mehr oder weniger typischerweise dringend benötigten Verwaltungsvermögens sein sollte. Hier hat der Gesetzgeber nach verfassungsrechtlichen Maßstäben eine große Einschätzungsprärogative.

Schon heute gibt es, um nur wenige Beispiele zu nennen, „Dienstleistungsunternehmen“ wie insbesondere Architekten, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, die auch ohne umfangreiche liquide Mittel außerhalb des unternehmerischen Kernvermögens auskommen. Andererseits bedurften gerade Unternehmen, die – wie erwähnt – inzwischen die Weltrangliste der wertvollsten Unternehmen anführen, wie Apple, Google und Microsoft, enormer Mengen an Kapital, um ihre heutige Marktstellung zu erreichen. Und auch unternehmerische Neugründungen finden häufig nur Investoren, wenn die Unternehmer selbst dafür Sorge tragen, dass frei verfügbare liquide Mittel aus ihrem eigenen Vermögen im Unternehmen vorhanden sind. M.E. ist deshalb eine Quote von 20 Prozent oder auch 25 Prozent verfassungsrechtlich problemlos. Eine höhere Quote ist nicht ausgeschlossen. Wichtig ist, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung deutlich zum Ausdruck bringt, vor welchen Problemen er stand und warum die dann verwendete Quote seiner Einschätzung nach zutreffend ist. Dann sollte ihm das BVerfG, das vermutlich eines Tages auch über das reformierte Erbschaftsteuerrecht zu befinden hat, eine entsprechende Einschätzungsprärogative zugestehen. Dies gilt jedenfalls, wenn der dann zuständige Senat, in neuer Besetzung, dieselbe Großzügigkeit wie im aktuellen Urteil walten lässt. Davon sollte der Gesetzgeber freilich ausgehen dürfen. Für gefährlich erachtete ich es, wenn der Gesetzgeber gleich beim Streit um die Zahl ansetzt, ohne die maßgeblichen Grundlagen zu verdeutlichen: Es gibt, wie erwähnt, keine wissenschaftlich oder praktisch verlässliche Zahl bzw. Quote und deshalb ist es Aufgabe des Gesetzgebers, hier von seinem Ermessen Gebrauch zu machen, das freilich durch Erfahrungswerte unterlegt sein muss.

Ergänzen will ich diese Thematik noch um folgende Überlegung: Gerade über mehrere Generationen tätige Unternehmerfamilien haben ihre Aktivitäten oftmals mehr oder weniger stark diversifiziert. Wollen wir die Flexibilität in der deutschen Unternehmenslandschaft erhalten, so muss dem auch das Erbschaftsteuerrecht Rechnung tragen. Veräußert eine solche Unternehmerfamilie, ungeachtet wie klein oder groß sie ist – im Regelfall ist sie ohnehin über eine Holding in der Rechtsform der GmbH oder AG oder auch einiger solcher Gesellschaften organisiert – eine einzelne Beteiligung mit dem Ziel, den Erlös zu reinvestieren, dann dürfen diese Barmittel nicht automatisch und sofort aus dem verschonten Vermögensteil herausfallen; hier muss es eine angemessene Frist zur Reinvestition geben. Wir können schließlich nicht wollen, dass aus lauter Angst, es könne der Inhaber eines solchen Unternehmens- bzw. Gesellschaftsanteils genau zu der Zeit, in welcher der Erlös noch nicht reinvestiert, sondern liquide vorhanden ist sterben, die Beteiligungen „eingemauert“ werden.

Das zeigt ein weiteres zu lösendes Problem: Das Erbschaftsteuerrecht bestimmt und qualifiziert das Vermögen systemimmanent am Stichtag, also am Todestag. Ein Unternehmen ist aber nicht nur in den soeben geschilderten Konstellationen, sondern generell bezüglich des Vermögens nicht statisch, sondern mehr oder weniger dynamisch. Man denke an die erwähnten Unternehmen im Groß- und Einzelhandel mit dem Saisongeschäft zu Weihnachten. Hier müssen viele Unternehmen hohe Kreditverbindlichkeiten eingehen, nach Veräußerung der Waren haben sie Liquiditätsüberschüsse, die sich dann in den Monaten danach aufzehren bis z.B. in den umsatzschwachen Sommermonaten, während der Urlaubszeit, wieder Kreditaufnahmen erforderlich sind. Stirbt der Unternehmer nun ausgerechnet zu Beginn des neuen Jahres, so wäre mitunter so viel Liquidität im Unternehmen, dass dies zu hohen Steuerbelastungen führte. Es kann nicht richtig sein, dass der Zufall des Todeszeitpunktes über die Höhe der Steuerbelastung entscheidet oder gar über die Frage, ob die Verschonung gewährt wird oder nicht.

Die Konsequenz ist aus meiner Sicht, dass, nachdem das hohe „Reservepolster“ der heutigen 50 Prozent-Verwaltungsvermögensquote abgeschafft werden muss, auch der „Fallbeileffekt“ nicht bestehen bleiben kann. Sonst kommt es zu solchen Fällen wie dem geschilderten, die mit Sicherheit neuerliche verfassungswidrige, weil nicht durch hinreichende Sachgründe gerechtfertigte, sondern durch Zufall entstandene Differenzierungen, mit der Folge der vollen Besteuerung, hervorriefen. Bei einer erheblichen Verringerung der Verwaltungsvermögensquote wäre m.E. nur eine Lösung verfassungsgemäß, die dann nur das außerhalb dieser Quote liegende Vermögen besteuert, aber nicht die Verschonung insgesamt versagt, also den erwähnten „Fallbeileffekt“ vermeidet. Eine solche Lösung hätte auch einen erheblichen Vereinfachungsvorteil. Die Unternehmen müssten nicht ständig darauf achten, nur ja die Verwaltungsvermögensquote nicht zu überschreiten, sondern könnten mit einer gewissen „Entspanntheit“ von folgendem ausgehen: Sie nehmen das ins Betriebsvermögen, was sie subjektiv für erforderlich erachten. Soweit davon ein Teil nicht begünstigt ist, ist das erbschaftsteuerlich unschädlich; denn er wäre auch nicht begünstigt, wenn diese Wirtschaftsgüter im Privatvermögen oder in einem generell nicht begünstigten Betriebsvermögen wären. Die „ertragsteuerliche Rationalität“ zöge ohnehin eine natürliche Grenze; denn kein Unternehmer ist interessiert, Wirtschaftsgüter grundlos in sein Betriebsvermögen aufzunehmen. Schließlich muss er bei Entnahme bzw. bei Verkauf aus einer Kapitalgesellschaft oder Sachzuwendung/-ausschüttung den Wertzuwachs versteuern.

6. Präzisierung der Zuordnung von Wirtschaftsgütern zum Verwaltungsvermögen

Eine intensiv diskutierte Frage ist, ob wie bisher das in die Verschonung einbezogene Verwaltungsvermögen anhand der Bruttowerte festzustellen ist oder ob die Schulden abgezogen werden können, also eine Nettobetrachtung erfolgen muss. In der literarischen und politischen Diskussion zeichnet sich eine Tendenz ab, künftig auf das Nettoverwaltungsvermögen, also auf das Verwaltungsvermögen abzüglich bestimmter Verbindlichkeiten, abzustellen und die Quote konzernweit³⁰ zu berechnen³¹. Hier sind viele Fragen offen. Aus Praktikabilitätsgründen werden auch Lösungen diskutiert, die darauf verzichten, die Verbindlichkeiten eines Unternehmens teilweise dem begünstigten Betriebs- und Verwaltungsvermögen und teilweise dem nicht begünstigten Verwaltungsvermögen zuzurechnen, sondern generell den Abzug der Verbindlichkeiten zulas-
sen³².

Ehe ich nachfolgend auf diese Frage eingehe, ist im Vorfeld der Blick darauf zu richten, dass nicht auf der einen Seite die Anforderungen des BVerfGs an die Neuausrichtung des Verwaltungsvermögens erfüllt werden, auf der anderen Seite aber eine neue verfassungswidrige Differenzierung geschaffen wird. Können nämlich alle Unternehmen z.B. nur einheitlich 25 Prozent begünstigtes Verwaltungsvermögen bilden, dann sind solche Unternehmen mitunter ohne hinreichenden sachlichen Grund benachteiligt, bei denen eine Liquiditätsreserve in einer solchen quota-

³⁰ Darum kommt man angesichts der Entscheidung des BVerfGs (Fn. 1, Rn. 241 ff.) nicht herum.

³¹ *Bäumli*, FR 2015, 73; Schreiben vom DIHK, BDI, ZDH, BDA, BdB, GDV, BGA an das Bundesministerium der Finanzen vom 11.2.2015 (http://www.dihk.de/themenfelder/recht-steuern/rechtspolitik/nationale-stellungnahmen/dihk-positionen-zu-nationalen-gesetzesvorhaben/verbaende-erbschaftsteuer/at_download/file?mdate=1423817327640); Die Familienunternehmer, Positionspapier vom 27.1.2015; *Steger/Königer*, BB 2015, 157; *Zipfel/Lahme*, DSzZ 2015, 64; *Bockhoff/Chrisopheit*, DB 2015, 393. Überblick bei *Kirchdörfer/Layer*, DB 2015, 451, 454 f.

³² So die Position der CSU abrufbar unter:

http://www.csu.de/common/csu/content/csu/hauptnavigation/dokumente/2015/Faire_Erbschaftsstuer.pdf, dort Ziffer 4.

len Höhe typischerweise nicht ausreicht, um das Unternehmen wirtschaftlich solide oder überhaupt zu betreiben. Dem kann man nicht etwa mit dem Argument begegnen, der Unternehmer könne dann privates Geld dem Unternehmen als Gesellschafterdarlehen und bei einer Kapitalgesellschaft als verdeckte Einlage oder in sonstiger Rechtsform zur Verfügung stellen. Denn es geht bei der Erbschaftsteuer um die Frage, inwieweit eine Ungleichbehandlung vorliegt, wenn künftig z.B. generell bis zu 25 Prozent Netto-Verwaltungsvermögen von der Besteuerung ausgenommen werden und dann die Situation eintritt, dass ein Teil der Unternehmen dieses ausgenommene Vermögen zum Betrieb gar nicht benötigt, ein anderer Teil aber 40 Prozent des als Verwaltungsvermögen qualifizierten Vermögens dringend benötigt. Würden nur 25 Prozent verschont und 15 Prozent nicht, dann machen diese 15 % immerhin 37,5 Prozent des benötigten Vermögens aus, die der Besteuerung unterliegen. Wenn die Quote gesenkt werden muss, um den Anforderungen des Urteils des BVerfGs zu genügen, dann muss auch beachtet werden, dass nicht die letztgenannten Unternehmen, die ein hohes Maß freier Liquidität (Verwaltungsvermögen) brauchen, verfassungswidrig ungleich behandelt und benachteiligt werden; denn wesentlich Ungleiches darf bekanntlich nicht wesentlich gleich behandelt werden, schon gar nicht nach der sog. neuen Formel³³.

Wichtig und verfassungsrelevant ist somit nicht nur, durch welche neue Verwaltungsvermögensquote die Verfassungswidrigkeit vermieden werden kann, sondern zugleich, wie der Gesetzgeber sicherstellen kann, dass Unternehmen, die darauf angewiesen sind, über genügend Liquidität verfügen, ungeachtet, ob sie diese saisonal oder durchgehend über das ganze Wirtschaftsjahr benötigen. M.E. empfiehlt es sich auch insofern, dass der Gesetzgeber die Realitäten besser abbildet als im bisherigen Gesetz. Die deutlich zu erwartende Absenkung der Verwaltungsvermögensquote wird nämlich mit Sicherheit zu sehr unterschiedlichen Belastungswirkungen bei den unterschiedlichen Unternehmen führen. Die Erbschaftsteuer entzieht, wenn sie erhoben wird, die Liquidität endgültig, was drastische Folgen haben kann. Verlangt eine Bank zum Beispiel neben einer bestimmten Eigenkapitalausstattung eines Unternehmens, wegen der hohen, mit seiner Tätigkeit verbundenen Risiken zusätzlich ein jederzeit einsetzbares liquides Vermögen in einer bestimmten Höhe, so kann dessen Reduzierung im Erbfall durch die Erbschaftsteuer zur Kündigung der Bankkredite führen. Das würde das Ende des Unternehmens bedeuten.

7. Zulassung eines Einzelfallnachweises

Mein Vorschlag geht deshalb dahin, zusätzlich zur generell geltenden Verwaltungsvermögensquote Unternehmen im Einzelfall den Nachweis zu ermöglichen, dass sie regelmäßig zum Betrieb ihres Geschäfts ein deutlich höheres Verwaltungsvermögen benötigen. An den Nachweis muss man selbstverständlich klare, aber erfüllbare Anforderungen stellen. Sie könnten darin bestehen, dass der Unternehmer z.B. darlegt, er habe in den letzten Jahren durchschnittlich Vermögen in bestimmter Größenordnung für das Saisongeschäft zum Erwerb oder zur Sicherstellung der Finanzierung von Umlaufvermögen eingesetzt. Bei einem Immobilienprojektentwicklungs- oder Bauträgerunternehmen und erst recht bei einem Unternehmen, das Forschung in einem neuen Feld wie zum Beispiel der Biotechnologie betreibt, kann der Nachweis auch mit den bisherigen oder allgemein im Markt bekannten Erfahrungswerten über den Kapitalaufwand für einen bestimmten Zeitraum geführt werden. Selbstverständlich wird es in der Praxis Streitigkeiten mit der

³³ Hierzu Fn. 25.

Finanzverwaltung geben. Aber wo gibt es die im Steuerrecht nicht? Gerade hier gilt mein obiges Postulat, dass eine wirtschaftlich notwendige Regelung nicht unterlassen werden darf, nur um schon der Gefahr von Abgrenzungsproblemen und einer im Ausnahmefall möglichen unberechtigten Begünstigung Einzelner begegnen zu wollen.

Das BVerfG hat sich übrigens nicht daran gestört, dass mit den sicher sehr stark typisierenden Verschonungsregelungen des geltenden Erbschaftsteuergesetzes auch Unternehmenserben begünstigt werden, welche die Begünstigung nicht bräuchten. Die Beanstandungen beziehen sich durchgehend darauf, dass die Unterscheidungen an entscheidenden Stellen nicht mehr zu rechtfertigen waren, weil die hervorgerufenen Ungleichbehandlungen zu groß und/oder unverhältnismäßig wurden. Also ist gerade in diesem Punkt keine übertriebene Vorsicht nötig. Das vorliegende Urteil des BVerfGs zeigt sehr deutlich, wie groß der Spielraum des Gesetzgebers ist, wenn dieser seine Einschätzungen und Maßstäbe mit sachlichen Argumenten, klaren Prognosen und erst recht mit Fakten unterlegt³⁴.

8. Brutto- oder Nettoberechnung und Zuordnung der Verbindlichkeiten

Die oben aufgeworfene Frage der Brutto- oder Nettoberechnung des Verwaltungsvermögens ist lösbar, aber noch diskussionsbedürftig. Wenn man sich, was wohl bei einer deutlichen Absenkung der Verwaltungsvermögensquote unverzichtbar ist, für die Nettoberechnung entscheidet, geht es hier darum, welche Verbindlichkeiten bzw. welche Teil davon bei der Berechnung des Verwaltungsvermögens zu berücksichtigen sind. Aus Raumgründen soll auf eine umfassende Darstellung verzichtet und das Problem nur kurz beschrieben werden. Dessen tiefere Ursache liegt m.E. in der Friktion zwischen dem Grundsatz des Erbschaftsteuerrechts, das für die Höhe der Besteuerung am Wert des einzelnen Unternehmens, des Personengesellschafts- oder Kapitalgesellschaftsanteils ansetzt (weil es generell die Werte der einzelnen vererbten Vermögensgegenstände als Grundlage heranzieht) und dem Ansatz der Verschonungsregelungen an der Art der Vermögensgegenstände im Verwaltungsvermögen. Bei letzteren wird, wie schon erwähnt, nämlich bei den einzelnen Wirtschaftsgütern angesetzt, indem bestimmte Teile des Betriebsvermögens als nicht verschonungsfähig identifiziert werden, entweder pauschal, wie Kapitalgesellschaftsanteile bis zu 25 Prozent, oder als Einzelwirtschaftsgüter, wie nicht unmittelbar betrieblich genutzte Grundstücke. Bei der Bewertung eines Unternehmens oder eines Anteils an einem solchen haben bekanntlich die Verbindlichkeiten schon Berücksichtigung gefunden. Doch auch das Verwaltungsvermögen ist bei gängiger Bewertung grundsätzlich in vielen Fällen, mindestens zu einem erheblichen Teil, in die Unternehmensbewertung eingeflossen. Weil der Gesetzgeber also im Erbschaftsteuerrecht das Prinzip zu Grunde gelegt hat, bei der Wertfestsetzung auf das Unternehmen abzustellen³⁵, im Bereich der Verschonung aber Teile des Betriebsvermögens (als Verwaltungsvermögen bezeichnet) davon ausnimmt, muss er berücksichtigen, dass diese Teile mitunter keinen wirtschaftlichen Wert haben, weil sie zum Beispiel mit Krediten in Höhe ihres Wertes oder sogar darüber hinaus finanziert wurden. Wie erwähnt wird diese Frage virulent, weil die bisherige Großzügigkeit, 50 Prozent des Verwaltungsvermögens in die Verschonung einzube-

³⁴ BVerfG, Fn. 1, Rn. 141 ff.

³⁵ Dies gilt auch, wenn es um die Vererbung von Mitunternehmeranteilen oder Kapitalgesellschaftsanteilen geht, weil auch deren Bewertung sich aus der Bewertung des gesamten Unternehmens ergibt. Das ist selbst bei börsennotierten Aktien nicht anders; denn ungeachtet der besonderen Wertbildung an den Börsen muss man auch hier davon ausgehen, dass sie den Wert des Unternehmens und damit auch dessen Verbindlichkeiten als Ausgangspunkt hat.

ziehen, verfassungsrechtlich nicht mehr tragbar ist.

Hat ein Unternehmen zum Beispiel betriebliches Kernvermögen im Wert von 10 Millionen Euro und eine Immobilie mit einem Verkehrswert von 5 Millionen Euro, und ist die Immobilien zu 90 Prozent, also mit einem Kredit in Höhe von 4,5 Millionen Euro finanziert, so wird deutlich, dass ohne Berücksichtigung dieser Kreditfinanzierung plötzlich 5 Millionen an Verwaltungsvermögen versteuert werden müssten. Den Erben stünde jedoch kein entsprechender Wert zur Verfügung, sondern nur ein Nettowert von 500.000 Euro. In diesem Fall wäre auch eine Betrachtung verfehlt, welche die Kreditverbindlichkeiten der Immobilie nur prozentual und zum Beispiel im Verhältnis der 10 Millionen Euro zu den 5 Millionen Euro, also nur zu einem Drittel, zum Abzug zuließe. Das unterstellte, dass zwei Drittel des Kredits nicht für die Immobilie, sondern im betrieblichen Bereich, also für das Kernvermögen, eingesetzt wurden. Dann müsste dieser Teil des Kredits aber bei der Bewertung dieses Vermögensteils berücksichtigt werden und wir bräuchten eine gesonderte, spezifisch erbschaftsteuerliche Bewertung des Unternehmens, in die nur das verschonte Unternehmensvermögen einschließlich der dazugehörigen Verbindlichkeiten, einbezogen würde. Die Schwierigkeiten und den damit verbundenen Aufwand kann man sich ausmalen.

Auf die Zuordnung von Verbindlichkeiten zum verschonten Vermögen kommt es in den Fällen im praktischen steuerlichen Ergebnis nicht an, in denen das Verwaltungsvermögen auch ohne Berücksichtigung dieser Verbindlichkeiten (trotz der künftig niedrigeren Verwaltungsvermögensquote) innerhalb der Verschonungsgrenze bzw. -quote bliebe und damit verschont würde. Aber auch hier muss aus den sogleich darzustellenden Gründen genau abgegrenzt werden. Das gilt ebenso und erst recht in den Fällen, in denen ein Teil des Verwaltungsvermögens außerhalb der verschonten Grenze bzw. Quote liegt und es dann schon beim Erbfall zu einer Steuerbelastung kommt. Würde man dem Verwaltungsvermögen keinerlei Verbindlichkeiten zu-, also dagegen rechnen, dann müssten diese konsequenterweise alle dem Kernvermögen zugerechnet werden. Käme es dann eines Tages zu einer Nachversteuerung (z.B. wegen Verkaufs des Unternehmens innerhalb der 5- bzw. 7-Jahresfrist), dann wäre der Umfang des verschonten Vermögens zwangsläufig geringer; denn dann wären alle Verbindlichkeiten zu berücksichtigen, auch wenn es sich um Kredite handelte, die der Finanzierung von nicht verschontem Vermögen dienten.

Jedenfalls in den Fällen, in denen Verbindlichkeiten eindeutig der Finanzierung des Verwaltungsvermögens dienen, müssen sie bei dessen Wertermittlung dort auch in Abzug gebracht werden. Dann müssten sie bei der Ermittlung des verschonten Betriebsvermögens eliminiert werden. Das alles verkompliziert die Rechtslage und speziell die Bewertung, lässt sich aber schwerlich vermeiden, außer durch die einfache Lösung, alle Verbindlichkeiten zum Abzug zuzulassen, weil sie als Teil des ertragsteuerlichen Betriebsvermögens entweder zur Finanzierung des verschonten Vermögens oder des Verwaltungsvermögens eingesetzt sind. Warum sollte der Unternehmer sonst Kredite aufnehmen, wenn er sie nicht zur Finanzierung bräuchte? Er legt ja nicht das aus Kreditmitteln erhaltene Geld als Bargeld auf die Bank, außer er braucht in Kürze für eine unternehmerische Transaktion Barmittel, aber dann ist es in der Sache geboten, gegen diese Barmittel die Kreditverbindlichkeit zu rechnen. Es wäre sachwidrig, müsste im Falle des Todes des Unternehmers der Erbe die Barmittel als Teil des nicht verschonten Verwaltungsvermögens versteuern und könnte er deren Wert nicht durch Gegenrechnung mit den Kreditverbindlichkeiten „neutralisieren“, denn dies hätte die fatale Folge, dass Unternehmen künftig ein erbschaftsteuerbezogenes Cash-Management betreiben müssten.

9. Weitere Fragen

a) Zuordnung der zur Erfüllung künftiger Belastungen notwendigen Vermögensteile

Ein vom Gesetzgeber auch aufzugreifendes Problem ist die korrekte Zuordnung vor allem liquider Vermögenswerte zum verschonten Kernvermögen. Anders ausgedrückt kann nicht alles liquide Vermögen per se aus dem zu verschonenden Kernvermögen ausgeklammert werden, weil ein Teil davon zur Erfüllung späterer Verbindlichkeiten (die nicht durch Rückstellungen abgedeckt sind) zwingend notwendig ist. So ist zu beachten, dass zum Beispiel bei den Rückstellungen für eine **betriebliche Altersversorgung** und bei Gewährleistungsrückstellungen die steuerlichen Ansätze mitunter weit unterhalb der wirtschaftlich benötigten Werte liegen. Auch dies soll hier nicht vertieft werden. Ich begnüge mich mit dem Hinweis, dass das Erbschaftsteuerrecht dann zumindest die handelsrechtlich zulässigen Ansätze übernehmen muss. Zusätzlich ist zu untersuchen, ob diese überhaupt ausreichen, etwa im Bereich der betrieblichen Altersversorgung. Es wäre nämlich fatal und m.E. sogar verfassungswidrig, hätte der Unternehmer Geld in Form von Bargeld, Wertpapieren oder sonstigen Anlagen „zurückgelegt“, um damit die Differenz zwischen der gebildeten Rückstellung für künftige Verbindlichkeiten aus einer betrieblichen Altersversorgung und den tatsächlich anfallenden Zahlungen ausgleichen zu können und würde dieses Vermögen von der Verschonung ausgenommen (weil es als Verwaltungsvermögen qualifiziert wird). Auch hier gilt, was oben in anderem Zusammenhang erwähnt wurde: Es gibt keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund dafür, Betriebsvermögen, das nachweislich zu einem späteren Zeitpunkt zur Erfüllung von Verbindlichkeiten, die vor dem Erbfall entstanden sind, benötigt wird, nicht dem verschonten Kernvermögen, sondern dem Verwaltungsvermögen zuzuordnen. Auch hier zeigt sich also, dass, wenn das Erbschaftsteuerrecht von wesentlichen Prinzipien des Ertragssteuerrechts abweicht, diese Abweichung auch zwingend durchzuhalten ist, soll sie nicht in sich systemwidrig, weil gegen das mit Verfassungsrang ausgestattete Gebot der Folgerichtigkeit verstößend³⁶ und auch wegen der enormen erbschaftsteuerlichen Belastungen des nicht verschonten Vermögens verfassungswidrig werden.

b) Minderheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften

Auch gibt es Minderheitsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften, die betriebsnotwendig sind und nicht mittels Stimmrechtsbündelung vom Verwaltungsvermögen in das verschonte Vermögen gebracht werden können. Dazu gehören z.B. Beteiligungen kleiner und mittlerer Einzelhandelsunternehmen an den sie mit Waren und Dienstleistungen beliefernden Handelskooperationen. So wäre ein Großteil der mittelständischen und kleinen Einzelhandelsunternehmen, zum Beispiel im Bereich der Elektromärkte, der Sportartikelgeschäfte und der Süßwarengeschäfte längst aus dem Markt ausgeschieden, wenn sich nicht vor Jahrzehnten Handelskooperationen gebildet hätten, die weithin den Großhandel ausgeschaltet haben, ihre gebündelte Einkaufsmacht gegenüber den Herstellern einsetzen und so selbst in Teilen als Großhändler und vor allem als Servicedienstleister im Bereich von Ladenbau, Marketing usw. auftreten. Die Einzelhändler sind Gesellschafter und damit Anteilseigner dieser Handelskooperationsunternehmen. Da es häufig mehrere 100 oder gar einige 1000 Händler sind, kann jeder nur mit einem minimalen Gesellschaftsanteil beteiligt sein. Eine Stimmrechtsbündelung kommt hier nicht in Betracht und wäre sogar nach den

³⁶ Hierzu z.B. *BVerfGE* 122, 210, 230 f.; E 127, 224, 247; E 116, 164, 180; zur Thematik neuerdings *Hey*, *StuW* 2015, 1, 7. S. auch *Tipke*, *StuW* 2014, 274, 278.

Satzungen verboten, weil sie die Gefahr hervorriefe, dass ein Teil der Gesellschafter, nämlich die großen Gesellschafter, mit großer Einkaufsmacht gegenüber ihrer Handelskooperation aufträten und mit zum Teil deutlich mehr Aktien bzw. größeren GmbH-Anteilen, einhergehend mit deutlich größeren Stimmanteilen als die kleinen Unternehmer, die Gesellschafterversammlung dominierten. Ein Waren- und Dienstleistungsbezug durch die Handelskooperation setzt die gesellschafterliche Mitgliedschaft zwingend voraus. Diese ist zugleich aber auch die Grundlage des Einzelhandelsunternehmens. Es gibt daher keinen sachlichen Differenzierungsgrund diese Kapitalgesellschaftsanteile aus dem verschonten Vermögen auszunehmen.

Eine Beteiligung gehört unstreitig z.B. auch dann zum Kernvermögen eines Betriebs, wenn sich ein Automobilzulieferer mit einem niedrigen Anteil an den von ihm belieferten Automobilherstellern beteiligt, um in deren Gesellschafterversammlung seine Meinung äußern zu können, etwa auch dazu, dass aus den Zulieferern von einem Hersteller das Letzte „herausgeholt“ wird. Gleiches gilt, wenn sich umgekehrt ein Automobilwerk an einem für ihn wichtigen Zulieferer beteiligt, sei es um dessen Eigenkapital zu stärken oder gar eine Insolvenz zu verhindern, sei es, um durch Wahl einer Person ihres Vertrauens in den Aufsichtsrat oder in einen Unternehmensbeirat die Geschäfte zu überwachen.

c) Immobilien im Betriebsvermögen

Auch die Behandlung von Immobilien im Betriebsvermögen ist zu überarbeiten. Man denke an die sog. Brauereigasthöfe. Viele kleinere und mittelgroße Brauereien sind Eigentümer von Gasthöfen, die sie vermieten und verpachten, um ihren Bierausschank zu sichern. Diese Immobilien sind nach meinem Verständnis unternehmerisches Kernvermögen. Heute werden sie dem Verwaltungsvermögen zugeschlagen. Gleiches gilt, wenn eine Mineralölvertriebsgesellschaft Tankstellen vermietet oder auch Erbbaurechte an Grundstücken ihren Tankstellenbetreibern überlässt.

All diese Beispiele bestätigen erneut die obige Aussage: Je geringer die Verwaltungsvermögensquote sein wird, desto dringlicher ist es, nicht nur aus unternehmerischen, sondern auch aus verfassungsrechtlichen Gründen, bereits das Kernvermögen zielgenau zu bestimmen.

IV. Große Unternehmen und ihre Gesellschafter

1. Die grundsätzlichen Fragen

Bislang recht diffus verläuft die Diskussion bezüglich der großen Unternehmen. Hier vermag das Urteil des BVerfGs m.E. nicht zu überzeugen. Der Gesetzgeber hat es freilich auch hier dem BVerfG tendenziell nicht schwer gemacht, seine Gründe zur Einbeziehung aller und damit auch der großen Unternehmen in die Verschonung, nicht anzuerkennen. Wenn, wie das Gericht sagt, „der die Ungleichbehandlung rechtfertigende Gemeinwohlgrund allein im Schutz der übertragenen Unternehmen und der damit verbundenen Arbeitsplätze“ liegt³⁷, dann dürften sich, wenngleich in der Sache zu Unrecht, vor allem diejenigen in ihrer Haltung bestärkt sehen, die irrig das Eigentum an einer volumenmäßig sehr wertvollen Beteiligung an einem großen Unternehmen mit der Fähigkeit zur Zahlung von Erbschaftsteuer gleichsetzen³⁸. Auch hier könnte man heraus-

³⁷ BVerfG, Fn. 1, Rn. 172.

³⁸ Auf das Sondervotum der drei Verfassungsrichter/innen will ich bewusst in diesem Beitrag nicht eingehen, schon weil die Unterlegung mit dem Sozialstaatsprinzip und die zum Ausdruck kommenden Umverteilungswünsche für das anstehende Gesetzgebungsverfahren nicht weiter, sondern allenfalls in die Irre führen können.

lesen, dass dieses Verdikt gegen Großunternehmen einem Kompromiss im 1. Senat des BVerfG entsprungen ist. M.E. ist es im Grunde nicht rechtfertigungsbedürftig, wenn der Gesetzgeber einer der erfolgreichsten Wirtschaftsnationen der Welt als selbstverständlich von folgendem ausgeht: Das Gemeinwohl gebietet es dringend, nicht nur (auch) die großen Unternehmen als solche in ihrem Bestand und mit ihrer Wachstumsdynamik in Deutschland zu erhalten und zu behalten, sondern darüber hinaus ihren Eigentümern, die in Deutschland ansässig sind und damit der deutschen Erbschaftssteuer unterliegen, die Generationennachfolge zu ermöglichen. Gerade an dieser Stelle scheinen die wirtschaftlichen Realitäten im Urteil des BVerfGs nicht hinreichend berücksichtigt worden zu sein; das spiegelt sich im Urteil selbst auch insofern wider, als es keine greifbaren Lösungswege weist, sondern zur Abwägung verschiedener Lösungsansätze auffordert.

Ich möchte an dieser Stelle nicht die Diskussion aufgreifen, ab wann ein Unternehmen ein großes Unternehmen ist. Es gibt dafür, wie auch das BVerfG anerkennt, kein überzeugendes Kriterium, die Antwort muss vor dem Hintergrund der Verschonungsziele politisch abgewogen werden; pragmatisch erscheint deshalb der Weg, den vom Bundesverfassungsgericht angedeuteten Spielraum optimal auszuschöpfen. Schnell einig ist man sich sicher, dass Unternehmen einer bestimmten Größenordnung, wie sie z.B. die DAX-Unternehmen in aller Regel haben, im Verständnis des BVerfG große Unternehmen sein werden. Gleichwohl muss man auch hier einräumen, dass die Commerzbank in ihren schlechtesten Zeiten ein Marktkapitalisierungsvolumen von ca. 3 Milliarden Euro hatte und damit eine Größenordnung, die manches mittelständische Unternehmen überschreitet. Ich beschränke mich in diesem Beitrag auf die Aussage, dass das BVerfG für große Unternehmen, wie immer der Begriff zu verstehen ist, die Begünstigung nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen für verfassungsgemäß erachtet. Deshalb müssen solche Kriterien gefunden werden.

Falsch wäre es, auf die Größe, also auf den Wert des gesamten Unternehmens, abzustellen, weil dies der Gesetzessystematik des deutschen Erbschaftssteuerrechts widerspräche. Dieses formuliert nach seinem Wortlaut und System eindeutig die Steuertatbestände dahingehend, dass es auf den Anfall des Vermögens einer bestimmten Größe, die Gewährung von Freibeträgen und die Verschonung einer bestimmten Art beim Erben ankommt. Es kommt aber nicht darauf an, ob ein Erbe einen Anteil an einem 100 Milliarden wertvollen Konzern erbt oder eine 100 Prozent-Beteiligung an einer GmbH mit gleichem Wert. Der Gesetzgeber ist schon wegen des verfassungsrechtlichen Prinzips der Folgerichtigkeit an diese Systematik gebunden und darf die Versagung der Verschonung nicht von der Größe des Unternehmens abhängig machen, dessen Anteile vererbt werden.

So gesehen scheint durchaus wahrscheinlich, dass ein Senat des BVerfGs auf Basis eines neu ausartierten, sachgerecht begründeten Verschonungskonzepts später einmal relativ milde Maßstäbe zu den Kriterien anlegen wird, die erfüllt sein müssen, damit die Erben der Anteile von Großunternehmen in den Genuss der Verschonung kommen. Diese Kriterien müssen nachvollziehbar und vernünftig sein und dürfen nicht von so gut wie allen Unternehmenserben erfüllt werden (können). Die Verfassung kann hier keine besonders strengen Maßstäbe gebieten. Der Gesetzgeber sollte sich also auch nicht auf die Ausrede kaprizieren, er könne keine Kriterien finden, sondern sollte sie gezielt nicht überzogen wählen, weil das BVerfG das nicht verlangt.

Der ausschlaggebende Aspekt in der Verschonung der Erben von Anteilen an Großunternehmen darf aus den eingangs genannten Gründen nicht sein, ob ein großes **Unternehmen als solches**

auch bei einer hohen Erbschaftsteuer überleben kann, sondern ob die **Erben bzw. Beschenkten** mit dieser Steuer „leben“ und in manchen Fällen überleben können. Auch unter den 30 größten (im DAX) börsennotierten deutschen Unternehmen gibt es solche, deren Aktien zu einem erheblichen Teil deutschen Familien gehören. Hier muss sich jeder verantwortliche Politiker die Frage stellen: Wollen wir wirklich eine Erbschaftsteuerbelastung riskieren, die dazu führen kann, dass immer mehr Aktien von deutschen Großunternehmen, die sich heute in Familienhand befinden, an ausländische Investoren wie etwa den Emir von Abu Dhabi und ähnliche, immerhin tendenziell noch unternehmerisch orientierte Finanzmagnaten, an einen Hedgefonds oder gar an einen chinesischen oder sonstigen Staatsfonds verkauft werden müssen, weil ohne Verkauf die Erbschaftsteuerlast nicht bezahlt werden kann? In all diesen Fällen fließen die Dividenden künftig ins Ausland, Neuinvestitionen werden dann auch oft im Ausland getätigt und nicht selten werden langjährige Entwicklungsergebnisse im Ausland vermarktet.

Dabei darf man keineswegs nur an die größten deutschen Unternehmen denken. Der Blick muss sich vielmehr auch auf Unternehmen richten, die mehr oder weniger gezwungen waren, über 50 Prozent ihrer Aktien an einer Börse einzuführen, um das für den weiteren Fortbestand notwendige Kapital zu beschaffen. Ohne diesen Schritt hätten sie manchmal eine erforderliche Finanzierung durch Bankkredite in Zukunft und vor dem Hintergrund von Basel II nicht mehr bekommen. Die praktischen Erfahrungen mit solchen Unternehmen zeigen, dass sie oftmals nicht freiwillig an die Börse gingen. Die Gesellschafter haben aus dem Börsengang persönlich häufig keinen Vorteil gehabt, weil das Geld aus der Aktienemission ins Unternehmen geflossen ist. Müssten sie nun Erbschaftssteuer bezahlen, so könnten sie aus den eingangs genannten Gründen den dazu erforderlichen Geldbetrag nicht durch Aktienverkauf über die Börse beschaffen. Gerade bei solchen Unternehmen gibt es Familienmitglieder, deren Aktienvermögen Millionen Euro wert und theoretisch börsentäglich realisierbar ist, tatsächlich aber nicht. Einem Großteil der Inhaber solcher Art börsenkapitalisierter Unternehmen bliebe also gar nichts anderes übrig, als bei Zahlung der Erbschaftsteuer das Aktienpaket an einen Finanzinvestor oder institutionellen Investor zu verkaufen. Solche Investoren verlangen häufig eine durchaus massive Einflussnahme auf das Unternehmen, wollen also nicht selten Aktienbeteiligungen von mehr als 25 Prozent, um damit in der Hauptversammlung die Mehrheit der anwesenden Stimmen zu haben. Das ist dann auch das Ende dieses Unternehmens als Familienunternehmen. Die letzte Finanzkrise sollte den politisch Verantwortlichen deutlich vor Augen geführt haben, welchen Wert die enge Familienbindung gerade in Krisensituationen³⁹ hat. Eine Familie wird das Äußerste geben, um auch in Krisenzeiten das Unternehmen nicht an irgendjemand Fremden verkaufen zu müssen.

Die deutsche Politik darf sich diesen Fakten nicht verschließen und die Diskussion in Wissenschaft und Praxis sollte sie stärker in den Vordergrund stellen, statt sich an Details der verfassungsgerichtlichen Entscheidung mit allen möglichen Interpretationskünsten hochzuziehen, die dem Senat bei der Beratung vermutlich nicht einmal in den Sinn gekommen wären. Wir brauchen unverzichtbar eine neue Regelung für Unternehmen, in denen Familien oder sich sonst nahestehende Personen mit im Hinblick auf das Unternehmen gleichgerichteten Interessen bislang „das Sagen haben“.

³⁹ Erwähnt sei nur die Schaeffler-Gruppe.

2. Keine Abhängigkeit der Verschonung oder der Höhe der Steuer von der Zahlungsfähigkeit des Erben

Völlig verfehlt ist m.E. das Kriterium, ob der Erbe aus sonstigem Vermögen die Steuer bezahlen kann. Das wird zu unsäglichen Gestaltungen führen. Der Erblasser bzw. der Schenker tut gut daran, sein Vermögen so zu verteilen, dass der Unternehmenserbe kein sonstiges Vermögen bekommt. Man stelle sich einmal folgenden Fall vor:

Der Vater des Erben und der Bruder des Vaters (der kinderlos ist) vererben ihr gesamtes Vermögen an den Erben (= Sohn bzw. Nefte). Der Vater hat Aktien eines Großunternehmens, der Onkel hat sonstiges Vermögen mit in etwa gleichem Wert. Stirbt der Vater zuerst, dann kann der Erbe (Sohn) die Erbschaftsteuer nicht bezahlen, weil er kein Vermögen hat. Er kommt in den Genuss einer Verschonung. Stirbt der Onkel zuerst, dann kann er bezahlen und erhält die Verschonung nicht.

Steuergesetzestechisch bedeutet das: Die Höhe der Steuerbelastung steigt mit der Höhe des vorhandenen Vermögens. Ich erachte das nicht als sachlichen, der Verfassung standhaltenden Differenzierungsgrund. Zudem kann hier gestaltet werden: Das Unternehmensvermögen wäre zu übertragen, solange der Onkel lebt. Die späteren Nachfolger in das Unternehmensvermögen müssten alles tun, um bis zum Übergang durch Schenkung oder Erbschaft möglichst wenig eigenes Vermögen zu bilden. Die Eltern können also, anders als heute, nicht im Interesse eines sukzessiven Generationenübergangs zunächst einen Teil der Gesellschaftsanteile und dann einen weiteren oder zunächst einen Betrieb und dann einen weiteren übertragen; denn im letztgenannten Fall müsste Steuer bezahlt werden.

Tatsächlich enthält das Urteil des BVerfGs nun aber einmal die folgende Passage, die – verglichen mit den Begründungen an vielen sonstigen Stellen – erstaunlich knapp ausfällt⁴⁰. Hier wird dem Gesetzgeber der Vorwurf gemacht, die im Gesetz angelegte Ungleichbehandlung in Gestalt der weitgehenden oder vollständigen Freistellung von der Erbschaftsteuer **ohne Bedürfnisprüfung** sei mit Blick auf Unternehmen, die nicht mehr zu den kleinen und mittleren zu zählen sind, unverhältnismäßig. Warum, so fragt man sich, soll hier plötzlich eine Bedürfnisprüfung erforderlich sein? Das versucht das BVerfG damit zu begründen, dass die „unwiderlegliche Gefährdungsvermutung“, die bei der Übertragung kleiner und mittlerer Unternehmen im Grundsatz noch gerechtfertigt sei, bei der „Übertragung größerer Unternehmen“ nicht mehr hingenommen werden könne⁴¹. Der zweite Begründungsansatz besteht darin, dass die Verschonung großer Unternehmen nicht mehr von der Zielsetzung des Erhalts der Unternehmensstruktur kleiner und mittelständischer Betriebe getragen sei⁴². Aber der Gesetzgeber hat nun einmal, wie erwähnt, explizit große Betriebe einbezogen. Dem klaren Wortlaut und System des Gesetzes keinen Vorrang einzuräumen, bedeutet einen erheblichen Eingriff in die Gestaltungshoheit des Gesetzgebers. Allerdings geht es, wie das BVerfG ausführt, um eine deutliche Ungleichbehandlung und aus diesem

⁴⁰ BVerfG, Fn. 1, Rn. 170 ff.

⁴¹ Hier unterläuft dem BVerfG, Fn. 1, Rn. 172, ein m.E. gravierender Fehler. Es geht stillschweigend davon aus, dass bei der Übertragung großer Unternehmen durchweg auch große steuerverschonte Volumina übertragen werden. Da wir eine Erbanfallsteuer haben, es also auf den Anfall beim Erben ankommt, ist es inkonsequent, bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf die Größe des Unternehmens abzustellen, obwohl nicht dieses, sondern bei den fast ausschließlich in der Rechtsform der AG oder der GmbH verfassten Unternehmen die vererbten Anteile Gegenstand der Erbschaftsbesteuerung sind.

⁴² BVerfG, Fn. 1, Rn. 173; diese Aussage schränkt das BVerfG freilich im nächsten Absatz gleich selbst wieder ein.

Blickwinkel legt es seine Maßstäbe an.

Erschwert wird dem Gesetzgeber die neue Regelung dadurch, dass das BVerfG zu Recht erkennt, die Grenze zwischen mittelständischen und großen Unternehmen lasse sich nach verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht eindeutig bestimmen⁴³. Dem Gesetzgeber ist die Einbeziehung von großen Unternehmen – in der Systematik unseres Erbschaftsteuergesetzes müsste man genauer sagen: die Einbeziehung der Vererbung von großen Unternehmensvermögen und der Gesellschaftsanteile daran – in die Verschonungsregelung aus verfassungsrechtlicher Sicht weiterhin möglich. Die Prüfung der Verschonungsbedürftigkeit unter dem Aspekt, ob sonstiges miterworbenes oder schon vorhandenes Vermögen einbezogen werden soll, muss der Gesetzgeber allerdings durchführen. Er kann diese Hürde aber m.E. überwinden, worauf ich hier nicht näher eingehen. Aber das muss auch geschehen.

3. Anker-Aktionäre börsennotierter Unternehmen

Der Gesetzgeber sollte auch eine neue Regelung für Erben schaffen, die bei börsennotierten Unternehmen so viele Aktien und Stimmrechte haben, dass sie, auch wenn sie weder eine Mehrheit noch mehr als 25 Prozent der Stimmen erreichen, faktisch einen erheblichen Einfluss in der Hauptversammlung haben. Das ist nach allen Erfahrungen bei mehr als 10 Prozent der Stimmrechte der Fall. An einem solchen Anker-Aktionär wird in einer Publikumsgesellschaft keiner vorbei gehen. Erinnert sei zum Beispiel daran, dass der „Zusammenschluss“ von Daimler-Benz und Chrysler nach einer Einigung zwischen dem damaligen Vorstandsvorsitzenden der Daimler-Benz AG Jürgen Schrempp und dem damaligen Großaktionär der Chrysler AG Kerk Kerkorian – er hatte nur ca. 13 Prozent der Stimmrechte – öffentlich verkündet werden konnte. Eine tragfähige Regelung wäre es etwa, einen Anker-Aktionär in die Verschonungsregelungen einzubeziehen, also einen Aktionär börsennotierter Aktiengesellschaften, der allein über mindestens 10 Prozent der Stimmen in der Hauptversammlung verfügt. Ist die Gesellschaft nicht börsennotiert, dann ist die Situation anders, weil bei solchen Gesellschaften, anders als bei Hauptversammlungen börsennotierter Unternehmen (mit regelmäßig nur sehr geringer Beteiligungsquote der Aktionäre), die Mehrheit der Gesellschafter typischerweise anwesend oder vertreten ist. Hier kann man nur von einem Anker-Aktionär sprechen, wenn kein anderer Gesellschafter oder keine Gesellschaftergruppe die alleinige Mehrheit hat und einen unternehmerischen Einfluss solcher Anker-Aktionäre verhindern kann. Ein verfassungsrechtliches Kriterium standhaltendes Kriterium für eine Begünstigung ist nämlich die Möglichkeit der unternehmerischen Einflussnahme, auch wenn diese bei der Aktiengesellschaft nur mittelbar über den Aufsichtsrat erfolgen kann. Erst recht ist eine solche Einflussnahme sichergestellt, wenn ein solcher Aktionär oder GmbH-Gesellschafter zum Beispiel das satzungsmäßige Recht zur Entsendung eines Vertreters in den Aufsichtsrat oder bei einer GmbH zur Benennung eines Geschäftsführers hat. Man kann auch bei einem Ankeraktionär eine Haltedauer von zurückliegend z.B. 5 Jahren verlangen (dann hat sich seine Bindung an das Unternehmen deutlich erwiesen) und im Fall des Todes vor Erreichen dieser Frist die Möglichkeit der weiteren Erfüllung der Haltefrist durch den Erben. So können Missbräuche verhindert werden.

Die im Diskussionsvorschlag von sieben Spitzenorganisationen der deutschen Wirtschaft vom

⁴³ BVerfG, Fn. 1, Rn. 174.

11. Februar 2015⁴⁴ enthaltene Differenzierung zwischen nicht kapitalmarktorientierten und kapitalmarktorientierten Familienunternehmen wäre allerdings nach meiner Meinung verfassungswidrig. Sie war, ebenso wie weite Teile des Papiers, als Impuls zu verstehen, ein bestimmtes Grundkonzept umzusetzen, aber noch nicht ausreichend auf aktien- und gesellschaftsrechtliche Fragen überprüft. Schon das Wort „Börsenorientierung“ ist nicht klar. Ein Teil der großen Familienunternehmen hat seine Aktien an einer Börse notiert und ist damit sicher „börsenorientiert“. Ein anderer Teil finanziert sich mit börsennotierten Wertpapieren wie Anleihen. Es ist kein sachlicher Differenzierungsgrund ersichtlich, warum die erstgenannten Unternehmen besondere Anforderungen zum Erlangen der Verschonung erfüllen müssten, die letztgenannten hingegen nicht. Der Gesetzgeber täte auch politisch gut daran, nicht die fehlende Kapitalmarktorientierung qua Erbschaftsteuerrechts zu belohnen und umgekehrt die Inhaber kapitalmarktnotierter Aktien zu benachteiligen. Schließlich sollte die Reform des Aktienrechts zu Beginn der 1990er Jahre gerade bewirken, dass sich auch mittelständische Unternehmen Kapital über die Börsen besorgen können. Der Gesetzgeber hatte gesehen, dass bei einem Teil dieser Unternehmen nur durch einen Börsengang die notorische Eigenkapitalschwäche überwunden und innovative Expansionen ermöglicht werden konnten. Die erbschaftsteuerliche Differenzierung wäre völlig kontraproduktiv und meines Erachtens sogar verfassungswidrig. Es gibt keinen Grund, ein Unternehmen allein wegen der Börsennotierung seiner Aktien oder der von ihm emittierten Anleihen und anderer „Fremdkapitaltitel“ zu benachteiligen.

Verfassungsrechtlich und vor allem auch wirtschaftlich tauglich sind nur Kriterien, die auch kapitalmarktorientierte Unternehmen erfüllen können. Hierbei können auch solche Kriterien herangezogen werden, die das Gesetz an anderer Stelle schon enthält. Angesichts der Differenziertheit der Unternehmenslandschaft, auch bei Großunternehmen, erscheint es besser, einen Katalog aufzustellen, aus dem ein Teil der Kriterien erfüllt werden muss, als kumulativ die Begünstigung bei allen Unternehmen einheitlich von der Erfüllung aller Kriterien abhängig zu machen.

Als Kriterien kämen zum Beispiel in Betracht,

- (1.) dass die Anteilsübertragung nur im Kreis der Gesellschafter oder der mittels eines Poolvertrags verbundenen Mitglieder (in Anlehnung an § 13 Abs. 2 Ziff. 2 ErbStG) erfolgen darf,
- (2.) dass Gesellschafter mehr als 25 Prozent der Stimmenanteile in der Gesellschafterversammlung kraft eigener Anteile oder zusammen mit anderen Gesellschaftern aufgrund Stimmrechtsbündelung (ebenfalls in Anlehnung an § 13 Abs. 2 Ziff. 2 ErbStG) haben,
- (3.) dass das Entgelt beim Ausscheiden aus der Personengesellschaft oder GmbH sowie beim Anteils- bzw. Aktienverkauf (der dann im Kreis der am Pool Beteiligten erfolgen muss), unterhalb des Verkehrswerts liegt oder
- (4.) dass mindestens ein von der Familie bestimmter Vertreter dem Kontrollorgan⁴⁵ angehört.

⁴⁴ Anlage „Diskussionsvorschlag Nachjustierungen im Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz“ zum Rundschreiben SH 2015-043 des BDI „Steuern: Diskussionspapier der Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft zur Nachjustierung bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer“.

⁴⁵ Auch bei einer Personengesellschaft, sollte ein großes Unternehmen tatsächlich in dieser Rechtsform betrieben werden, existiert ein solches Kontrollorgan in aller Regel. Bei einer GmbH, einer AG und einer SE ist es ohnehin gesetzlich zwingend vorgeschrieben.

Es sollte genügen, wenn zwei dieser vier Kriterien vorliegen.

Das Kriterium (4) ließe sich auch erweitern und etwa dahingehend formulieren, dass ein erkennbarer Einfluss des betreffenden Gesellschafterkreises gegeben ist. Dieser könnte alternativ durch Entsendung von Vertretern dieses Kreises in den Aufsichtsrat oder durch Teilhabe an der Geschäftsführung in Form der Ausübung der Geschäftsführer- bzw. Vorstandsposition durch eine Person des Vertrauens geschehen. Die Übernahme einer persönlichen Haftung bei einer Kommanditgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien durch ein Mitglied aus dem familiären Gesellschafterkreis sollte ebenfalls ein im Rahmen dieses Kriteriums ausreichendes alternatives Merkmal sein.

V. Weitere zu regelnde Fragen

1. Aufgabe der Differenzierung zwischen Regelverschonung und Verschonungsoption.

Vor dem Hintergrund einer zu erwartenden Verschärfung der Voraussetzungen einer Begünstigung erscheint die Differenzierung zwischen der Regelverschonung (mit ihrer 85-prozentigen Verschonung des Unternehmensvermögens) und der Verschonungsoption (mit der 100-prozentigen Verschonung) nicht mehr sinnvoll. Die bisherige fünf Jahresfrist und die 100-prozentige Verschonung sollten für alle verschonten Unternehmensvermögen einheitlich gelten. Das brächte keine Steuerausfälle, weil ja ohnehin – nach hier vertretener Ansicht – der Umfang des verschonten Vermögens deutlich enger gezogen, zugleich aber der „Fallbeileffekt“ abgebaut werden muss.

2. Stundung als flankierende Regelung

Es wird auch nach der Neureglung, ebenso wie heute, immer Erben geben, die nicht in den Genuss der Verschonungsregelung kommen. So kann es derzeit etwa sein, dass nach einer Schenkung als vorweg genommener Erbfolge oder nach einem Erbgang über 40 Prozent der Aktien eines börsennotierten Unternehmens vom Gründer auf mehrere Erben übergegangen sind. Diese zusammen verfügen immer noch über die permanente Mehrheit in der Hauptversammlung, einzelne von ihnen oder sogar alle haben aber keinen Anteil, der mehr als 25 Prozent der Stimmrechte in der Hauptversammlung gewährt. Man machte es sich zu einfach, diese Familie dann auf die Möglichkeit einer Poolung zu verweisen. Einen Stimmbindungsvertrag können sie mitunter faktisch gar nicht abschließen, weil dieser die Verpflichtung zur Abgabe eines Übernahmeangebots an alle Aktionäre auslösen würde (s. §§ 35 ff. WpÜG i.V.m. § 30 Abs. 2 WpÜG)⁴⁶. Manchmal wollen sie das auch nicht und es ist aus kapitalmarkmäßiger Sicht durchaus wünschenswert, wenn sich die Anker-Aktionäre keinem Zwang zur einheitlichen Abstimmung in der Hauptversammlung unterwerfen. Gerade Kleinaktionäre werden das begrüßen. So gesehen empfiehlt es sich, den Begriff des Ankeraktionärs einzuführen und diesen, wie schon oben erwähnt, dann unter bestimmten Voraussetzungen in die Verschonung einzubeziehen.

⁴⁶ Das WpÜG und das Erbschaftsteuerrecht wurden insoweit nicht aufeinander abgestimmt. Das sollte bei der künftigen Reform auch ein Anliegen des Gesetzgebers sein. Die Voraussetzungen an den Tatbestand der Befreiung von der Abgabe eines Übernahmeangebots, wie sie heute in § 37 WpÜG geregelt sind, sollten geändert werden. Es muss einen Anspruch auf Befreiung geben. Der Gesetzgeber kann nicht einerseits für die steuerrechtliche Verschonung Voraussetzungen aufstellen und andererseits dann im Kapitalmarktrecht daran unerträgliche, weil finanziell nicht erfüllbare Folgen knüpfen. Zudem ist es sachlich verfehlt, nur deshalb, weil eine Familie ihre Stimmrechte aus den Aktien ausschließlich aus erbschaftsteuerlichen Gründen einem Stimmbindungsvertrag unterwirft, ohne dass sich im Abstimmungsverhalten etwas ändern muss, eine Pflicht zur Abgabe eines Übernahmeangebots vorzuschreiben.

Erben, die nicht in die Verschonungsregelung einbezogen sind, bedürfen der **flankierenden Stundung** und diese sollte der Gesetzgeber unbedingt einführen. Es liegt schließlich sogar im fiskalischen Interesse des Staates, wenn er Ankeraktionären eine Chance gibt, auf eine Poolung und damit auf die Verschonung zu verzichten und trotzdem die Erbschaftsteuer bezahlen zu können; denn Stundung bedeutet für den Staat, dass er die Steuer bekommt, während er sie bei Verschonung im Regelfall nicht bekommt. Eine solche Stundung muss zinslos erfolgen und einen großzügigen Zeitraum von z.B. 10 Jahren umfassen; denn es soll das Ziel verfolgt werden, einen Zwang zum Verkauf zumindest größerer Aktienpakete nicht auszulösen. Angesichts der regelmäßig niedrigen Dividendenrendite kann sonst der Aktionär sogar bei Einsatz privaten Vermögens die Steuer nicht bezahlen. Beträgt sie 25 Prozent, dann bräuchte er bei einer 10-jährigen zinslosen Stundung 2,5 Prozent Dividendenrendite nach Kapitalertragsteuer, was eine solche vor Kapitalertragsteuer von mehr als 3,25 Prozent bedeuten würde. Dies zeigt, dass hier dringender Handlungsbedarf besteht.

Man könnte die Stundung durchaus an die Voraussetzung knüpfen, dass der Aktionär seine Bindung an das Unternehmen schon in der Vergangenheit gezeigt, also die Aktien z.B. 5 Jahre lang gehalten hat oder falls er kurz nach Erwerb stirbt, der Erbe sie dann 10 Jahre ab Erwerb halten muss. Macht er das aus einem von ihm zu vertretenden Grund nicht, dann können Zinsen für die abgelaufene Zeit anfallen.

Eine solche Stundung fügt sich auch systematisch ins geltende Recht ein. In § 28 ErbStG gibt es bereits de lege lata Stundungstatbestände. Nur sind die einzelnen Tatbestände unzureichend und unsystematisch formuliert. § 28 Abs. 1 S. 1 ErbStG setzt nämlich voraus, dass die Stundung zum Erhalt des Betriebs notwendig ist. Bei vermieteten Wohnimmobilien setzt die Stundung voraus, dass ohne diese die Steuer nur durch Veräußerung zu erbringen wäre (§ 28 Abs. 3 S. 1 ErbStG). Die 10 Jahre sind hier leider die Höchstfrist statt der Regelfrist.

Eine solche Stundung erscheint auch in den Fällen erforderlich, in denen die Erben von Unternehmensvermögen die Verschonung teilweise nicht erhalten, weil die Erfüllung der Lohnsummenregelung nur teilweise gelingt oder ein Notfall sie zur Veräußerung des Unternehmens, der Gesellschaftsbeteiligung oder eines Teils davon vor Ablauf der Bindungsfrist zwingt. Eine solche Stundungsregelung würde auch helfen, die scharfe Trennung in Bezug auf die erbschaftsteuerliche Differenzierung zwischen verschontem und nicht verschontem Vermögen zumindest in den Wirkungen etwas abzumildern.

Gänzlich abzulehnen sind Überlegungen, die bei großen Unternehmen generell nur die Stundung statt der Verschonung unter bestimmten Voraussetzungen gewähren wollen. Für eine solche generelle Benachteiligung der Anteilserben großer Unternehmen gibt es keine sachliche Rechtfertigung. Die Stundung kann immer nur eine flankierende Lösung sein. Aber sie ist nicht bloß eine mildere Art der Verschonung, sondern ein Aliud; denn anders als Verschonung bedeutet Stundung immer Zahlung.

IV. Zusammenfassung

1. Das Urteil des BVerfG ist in den meisten Punkten richtig oder zumindest nachvollziehbar. Sein Verdikt zur Begünstigung von Großunternehmen hat m.E. den wirtschaftlichen Realitäten nicht hinreichend Beachtung geschenkt, lässt aber Raum, das nachzuholen.

2. Der Hauptvorwurf trifft den Gesetzgeber. Er hätte die bisherige Verschonung nicht nur vordergründig mit dem Argument der Erhaltung von Arbeitsplätzen unterlegen sollen. Es geht um den makroökonomischen Aspekt der Erhaltung der eigentümergeprägten Unternehmenslandschaft, die wir in Deutschland in einzigartiger Form haben. Sie ist, wie die letzte Finanzkrise einmal mehr bewiesen hat, die beste Garantie für die Erhaltung der Arbeitsplätze. Untrennbar basiert all das auf der Eigentümerstruktur. Ziel einer Verschonung, ja des gesamten Erbschaftsteuerrechts, muss es sein, sicher zu stellen, dass die Generationennachfolge die bewährten Eigentümerstrukturen nicht zerschlägt, sondern erhält.
3. Bei der nun anstehenden Reform des Erbschaftsteuergesetzes sollte deshalb in den Gesetzesbegründungen unmissverständlich zum Ausdruck kommen, dass der Erhalt dieser Eigentümerstrukturen ein gleichwertiges Ziel neben dem Bestandserhalt der Unternehmen aller Größenordnungen, vom Klein-Unternehmen über den die deutsche Wirtschaft und Gesellschaft tragenden Mittelstand bis hin zum internationalen Großunternehmen ist. Das sollte in einer der erfolgreichsten Wirtschaftsnationen der Welt, mit einem im internationalen Vergleich nach wie vor herausragenden Sozialsystem, selbstverständlich sein und keiner Rechtfertigung bedürfen.
4. Hätte der Gesetzgeber dies und damit die prinzipielle Verschonung allen Unternehmensvermögens zur Grundlage gemacht, dann wäre eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung deutlich einfacher gewesen als sie im Fall des (noch) geltenden Gesetzes war. Indem der Gesetzgeber in unnötig komplizierter Weise die Lohnsumme stark in den Vordergrund gerückt hat, ist er in eine verfassungsrechtliche Falle getappt. Er sollte daraus lernen und dem neuen Gesetz die mehrfach dargelegte einfache Erkenntnis zu Grunde legen: Der Erhalt von Unternehmen führt zwangsläufig zur Folge des Erhalts und der Neuschaffung von Arbeitsplätzen. Diese entstehen aus Unternehmen und nicht umgekehrt Unternehmen aus Arbeitsplätzen. Je weniger dominant die Lohnsumme als singuläres Element der Begünstigung im Gesetz erscheint, desto leichter fällt die Rechtfertigung der verfassungsrechtlichen Differenzierung zwischen Unternehmensvermögen und sonstigem Vermögen.
5. Was zum Verwaltungsvermögen gehört und vor allem was nicht dazu gehören darf (wie insbesondere das zur Bedienung der Versorgungszusagen der Mitarbeiter über die Rückstellungen hinaus erforderliche Vermögen), muss neu festgelegt werden. Die Absenkung der Verwaltungsvermögensquote und ihre konzernweite Ermittlung erscheinen, wenn man beim bisherigen System bleibt, wegen des Urteils des BVerfGs unvermeidbar. Bei Unternehmen, die nachweislich ein höheres liquides Vermögen benötigen, sollte dessen Einbeziehung in das verschonte Betriebsvermögen zulässig sein.
6. Beim Verwaltungsvermögen kann künftig nicht mehr die Bruttobetrachtung bestehen bleiben. Verbindlichkeiten müssen abgezogen werden. Die Aufteilung ihrer Zuordnung zum unternehmerischen Kernvermögen und zum Verwaltungsvermögen ist schwierig. Der Abzug aller Verbindlichkeiten ist eine praktikable Lösung, jede Aufteilung bringt Problem bei der Abgrenzung. Keinesfalls dürfen betriebliche Verbindlichkeiten bei der Ermittlung des verschonten und des nicht verschonten Vermögens unberücksichtigt bleiben.

7. Für die Frage, in welchen Fällen bei großen Unternehmen vom BVerfG zusätzlich verlangt, vom Gesetzgeber zu schaffende Kriterien erfüllt werden müssen, um die Verschonung zu erhalten, kann, entsprechend des Systems der Erbschaftsteuer als personenbezogener Steuer, nur der Wert des vererbten Gesellschaftsanteils, nicht der des Unternehmens maßgeblich sein.
8. Vorliegend wurden dazu vier erfüllbare Kriterien vorgeschlagen, von denen zwei vorliegen müssen. Eines der Kriterien wurde bewusst offen gefasst, so dass eine gewisse realitätsnahe Flexibilisierung möglich ist. Die Erfüllung muss auch im Wege schuldrechtlicher Verträge zwischen den Gesellschaftern erreichbar sein. Nur so können auch die Aktionäre börsennotierter AGen die Kriterien erfüllen.
9. Ein Rechtsanspruch auf zinslose Stundung der Erbschaftsteuer über die Dauer von mindestens 10 Jahren darf nicht an die Stelle der begünstigenden Regelungen treten. Es muss ihn aber flankierend für die Fälle geben, in denen die Verschonungsmöglichkeit nicht eingreift.
10. Wegen der verfassungsrechtlich gebotenen Absenkung der Mitarbeiterzahl von heute 20 auf einen deutlich darunterliegenden Wert, ist eine stufenweise oder linear abgesenkte Lohnsummenquote für Unternehmen bis 20 Mitarbeiter unverzichtbar. Für solche Unternehmen und am besten für alle Unternehmen sollte es im Falle einer von ihnen nicht zu vertretenden Situation eine Notfallregelung geben, bei deren Vorliegen ein Personalabbau, mit der Folge des Unterschreitens der gesetzlich vorgeschriebenen Lohnsumme, unschädlich ist.