P+P Pöllath + Partners
Rechtsanwälte ▪ Steuerberater

Berlin ▪ Frankfurt ▪ München

Treffen der Familienstiftungen, Berlin 28. Oktober 2010

Dr. Jens Escher

UNTERNEHMERISCHES VERMÖGEN: VERSCHONUNGSREGELN UND GESTALTUNGEN

Zwei Modelle der Begünstigung von Betriebsvermögen

Regelverschonung:

► **85%-Verschonungsabschlag**, 15%-Sofortbesteuerung. Voraussetzungen:

1. **Behaltensfrist fünf** Jahre
2. Nach **fünf** Jahren: **Lohnsumme** insgesamt mind. **400%** der Ausgangslohnsumme
3. **Maximal 50% Verwaltungsvermögen** bei Übertragung

→ Weiterer **gleitender Abzugsbetrag** i.H.v. **max. 150.000 EUR**

Verschonungsoption:

► **100%-Verschonungsabschlag**, keine Sofortbesteuerung. Voraussetzungen:

1. **Behaltensfrist sieben** Jahre
2. Nach **sieben** Jahren: **Lohnsumme** insgesamt mind. **700%** der Ausgangslohnsumme
3. **Maximal 10% Verwaltungsvermögen** bei Übertragung

→ Auf Ebene von **Tochtergesellschaften** gilt aktuell **50% Grenze** (vorbehaltlich § 42 AO); **Änderung i.R.d. JStG 2010 beabsichtigt** („Redaktionsversehen“)!

→ Nur einheitliche Optionsausübung für alle Arten begünstigten Vermögens!

Begünstigungsfähiges Betriebsvermögen im Inland

- Inländische **Betriebe** und Teilbetriebe
- **Mitunternehmeranteile** an einer inländischen Personengesellschaft
  - auch atypische Unterbeteiligungen/stille Beteiligungen (FinMin BW, DB 2009, 878)
  - grds. Begünstigung auch für **treuhänderisch gehaltene Anteile** möglich (vgl. FG Niedersachsen v. 28.07.2010; Bay. StaatsminFin v. 16.09.2010 gegen koordinierte Ländererlasse 2005/2008; Sichtweise der anderen Länder?)
- **LuF-Vermögen**
- Anteile an **Kapitalgesellschaften** mit Sitz oder Geschäftsleitung im Inland bei
  - **unmittelbarer** Beteiligung von **mehr als 25%** *oder*
  - **Gesellschafterpool** mit Beteiligung von **mehr 25%**

  → **Problem:** Keine Einbeziehung **mittelbar gehaltener Anteile**; wohl auch nicht bei Zwischenschaltung vermögensverw. PersG (vgl. R 53 Abs. 2 ErbStR 2003)!

Begünstigungsfähiges Vermögen im Ausland

- **EU/EWR-Betriebsvermögen ist grds. begünstigtes Vermögen**
  - **EU/EWR-Betriebe** und Teilbetriebe sowie Mitunternehmeranteile an **EU/EWR-PersG,** wenn BV einer **Betriebstätte im EU/EWR-Raum** dient
  - **LuF-Vermögen im EU/EWR-Raum**
  - Anteile an **Kapitalgesellschaften** mit Sitz oder Geschäftsleitung **in EU/EWR** bei unmittelbarer **Beteiligung > 25%** oder gepoolt (zusammengerechnet) > 25%
- **Betriebsvermögen in Drittstaaten**
  - Keine Begünstigung für Vermögen einer in Drittstaaten belegenen Betriebstätte
  - Nicht begünstigt z.B.: Beteiligung an **US Inc. oder LLC**
    - → Begünstigung möglich, wenn EU/EWR-KapG oder gewerbl. PersG mit **Betriebsstätte im EU/EWR-Raum vorgeschaltet** wird und die ausl. Beteiligung zu dieser Betriebsstätte „gehört“!

Einhaltung der Verwaltungsvermögensquote

Insgesamt keine Begünstigung bei mehr als 50 % bzw. 10 % Verwaltungsvermögen

- **Verwaltungsvermögen**: z.B.
  - fremdvermietete Immobilien (im Regelfall)
  - Wertpapiere und vergleichbare Forderungen
  - Streubesitzanteile (≤ 25% Beteiligung an KapG)
  - private Kunstwerke und Bibliotheken, etc.
- **Ausnahmen** z.B. für
  - Grundstücksüberlassung bei Betriebsverpachtung bzw. -aufspaltung
  - Grundstücksüberlassung durch Wohnungsunternehmen
  - Grundstücksüberlassung zur land-/forstwirtschaftlichen Nutzung
  - Wertpapiere und vergleichbare Forderungen von Banken/Versicherungen

© 2010

Verwaltungsvermögen – Ausn. für Wohnungsunternehmen

- **Kein Verwaltungsvermögen**: **vermietete Immobilien**, wenn **Hauptzweck** des Unternehmens **Wohnungsvermietung** ist und ein „**wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb**“ **(§ 14 AO)** erforderlich ist (§ 13b II 2 Nr. 1 d) ErbStG)
- **Hauptzweck** des Unternehmens = **Wohnungsvermietung**
  - **überwiegender Teil** (> 50 %) der betriebl. Tätigkeit
  - **Maßstab**: Verhältnis der **Grundbesitzwerte der Wohnimmobilien** zur Gesamtsumme der Grundbesitzwerte
- **Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb**
  - **Zusatzleistungen** neben reiner Vermietungstätigkeit erforderlich (vgl. § 14 S. 3 AO)?
  - **Gesetzesbegründung**: erfasst werden sollen Unternehmen, die **in kaufmännischer Weise eingerichtet** sind und **Arbeitsplätze schaffen**

    → **Umfang der Vermietungstätigkeit** muss kaufm. Geschäftsbetrieb „erfordern“; gewerbl. Zusatzleistungen wohl nicht erforderlich

© 2010

Verwaltungsvermögen – Ausn. für Wohnungsunternehmen (II)

- **FinMin Bayern v. 12.07.2010**
  - Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb unmittelbar bei dem vermietenden Wohnungsunternehmen ist **nicht** notwendig
  - Entscheidend ist nur, dass der Wohnungsbestand des Unternehmens einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb „erfordert“; die Vermietung und Verwaltung der Wohnungen kann auch einem **externen Dienstleister** übertragen werden
  - In jedem Fall muss die Verwaltung der Immobilien **„nach Art und Umfang“ den Rahmen der Vermögensverwaltung überschreiten**
- **Folgerungen:**
  - Reine Vermietungsleistung wohl ausreichend
  - **Art und Umfang der Vermietung** erfordern „professionelles Management“
  - Beauftragung **externer Dienstleister** ist in diesem Fall ausreichend
  - **Unklar** ist, wo die **maßgebliche Schwelle** liegt

  → ggf. Absicherung durch **verbindliche Auskunft** des Finanzamts

Verwaltungsvermögen – WP u. vergleichbare Forderungen

- **Wertpapiere:**
  - Am Markt gehandelte WP i.S.d. § 2 I WpHG (FinanzVerw, Erl. A. 32 I 2)
  - Erfasst: alle übertragbaren WP, die ihrer Art nach **an Finanzmärkten handelbar** sind
  - Nicht: Kaufm. Orderpapiere, Wechsel, Schecks
- **Vergleichbare Forderungen:**
  - **Unverbriefte Rechte**, die nach § 2 I WpHG als WP gelten (FinanzVerw, Erl. A. 32 I 3)
  - **Standardisierung**: gattungsmäßige Bestimmbarkeit

    → (-) bei individuell ausgehandelten Rechten („Individualforderung“)
  - **Umlauffähigkeit**: Freie Handelbarkeit am Markt auch ohne Verbriefung, insb. aufgrund Eintragung („Wertrechte“); z.B. im Schuldbuch eingetragene Bundes-WP

© 2010

Verwaltungsvermögen – WP u. vergleichbare Forderungen

- **Verwaltungsvermögen**
  - Pfandbriefe
  - Schuldbuchforderungen
  - Geldmarkt- und Festgeldfonds
- **Kein Verwaltungsvermögen**
  - Geld
  - Sichteinlagen, Sparanlagen, Festgelder
  - Forderungen aus Lieferungen und Leistungen
  - Forderungen gegen verbundene Unternehmen

© 2010

Verwaltungsvermögen – Gestaltungen (I)

- Gezieltes **Hinzufügen von Verwaltungsvermögen** bis zur Quote; **aber**: Verwaltungsvermögen muss für Begünstigung mind. **zwei Jahre** vor Übertragung **dem Betrieb** zuzurechnen sein, um von Begünstigung zu profitieren!

  → keine Aussonderung „**jungen Verwaltungsvermögens**“ auf Ebene von Tochtergesellschaften?! (unklar: FinanzVerw, Erl. Abschn. 34 III)

- Ggf. Entnahme von Verwaltungsvermögen und Verlagerung in andere Gesellschaften; Einsatz von Tochtergesellschaften („**Kaskadeneffekt**“)

- Wahl von Kapitalanlagen**, die als „Produktivvermögen“ gewertet werden** (gewerbl. Leasing-, Infrastruktur-, Solarenergie-Fonds etc.)

- **Reduzierung der Fremdfinanzierung** wg. negativem Einfluss auf Verwaltungsvermögensquote (Verhältnis Wert VerwV – Gemeiner Wert Betrieb)

- **Bündelung von Verwaltungsvermögen und Schulden** in eigens errichteter Kapitalgesellschaft
  - keine Begünstigung, aber
  - niedriger gemeiner Wert anzusetzen oder Wert gleich 0

Verwaltungsvermögen – Gestaltungen (II)

- Einlage von **Barvermögen/Festgeld** in BV und Anteilsübertragung
  - Verwendung einer GmbH oder gewerbl. geprägten GmbH & Co. KG
  - Selbst bei 100 % Kontenguthaben wohl kein Verwaltungsvermögen
  - Theoretisch bis zu 50 % „echtes“ Verwaltungsvermögen nahezu steuerfrei mit übertragbar, sofern schon mind. 2 Jahre im BV
  - Nachträgliche Änderungen der Verwaltungsvermögensquote sind unschädlich (FinanzVerw, Erl. Abschn. 23 I 3)

    → Aber: erworbenes Vermögen muss beim Erwerber die weiteren Verschonungsvoraussetzungen erfüllen (FinanzVerw, Erl. Abschn. 23 I 4)
- **Absicherung bei Gestaltungen**: **Widerrufsvorbehalt** des Schenkers für den Fall der Nichtgewährung der Begünstigung

  → **Entfallen der Steuer bei Rückgewähr** anlässlich des Widerrufs (§ 29 ErbStG)!

Einhaltung der weiteren Begünstigungsvoraussetzungen

- **Keine schädlichen Verfügungen während der Haltefrist**, z.B.
  - **Veräußerung** eines (Teil)Betriebs o. wesentlicher Betriebsgrundlagen, Anteilsveräußerung; **Ausnahme: zeitnahe Reinvestition** in begünstigtes Betriebsvermögen
  - Entnahme wesentlicher Betriebsgrundlagen ins Privatvermögen
  - Kapitalherabsetzungen
  - Überentnahmen
  - Aufhebung einer für die Begünstigung wesentlichen Poolvereinbarung
- **Lohnsummenklausel**
  - **keine Anwendung**, wenn Ausgangslohnsumme gleich 0 Euro oder **nicht mehr als 20 Beschäftigte** im Betrieb
  - Finanzverwaltung will **Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften** bei Beteiligung > 25 % einbeziehen (FinanzVerw, Erl. Abschn. 8 II 8)

© 2010

Poolvereinbarungen bei Streubesitz an KapG

- Bei vielen **Familienunternehmen (KapG)** erreichen die einzelnen Gesellschafter nicht die **Mindestbeteiligungsquote von > 25%**

  → Kein begünstigtes Betriebsvermögen!

- Wenn im **Betriebsvermögen** ≤ 25% unmittelbare Beteiligung an Kapitalgesellschaft: grds. nicht begünstigtes Verwaltungsvermögen

  → Streubesitz kann bei Einhaltung der Verwaltungsvermögens-Quote dennoch von Verschonung profitieren, wenn > 2 Jahre im Betriebsvermögen!

- **Gestaltungen**:
  - **Formwechsel** in eine PersG (hier keine Mindestbeteiligung)
  - **Zukauf** von Anteilen an der KapG
  - **Umwandlung** von **Gesellschafterdarlehen** in eine **Beteiligung**
  - **Abschluss einer Poolvereinbarung**

© 2010

Poolvereinbarungen – Gestaltung und Ziel

- **Vereinbarung zwischen Gesellschaftern;** i.d.R.
  - im **Gesellschaftsvertrag** (seltener wg. HR-Publizität) oder
  - gesonderte Vereinbarung mittels **Innen-GbR** (üblich)
  - **langfristige Bindung**
  - Bildung einer **Poolversammlung**
  - **Abstimmung über das Stimmverhalten** in der KapG
  - Vereinbarung von **Verfügungsbeschränkungen**, insbes. Beschränkung des Kreises potentieller Gesellschafter in personeller Hinsicht
- **Erbschaftsteuerliches Ziel**
  - **Zusammenrechnung** der Poolbeteiligten für Erbschaftsteuerzwecke
  - Inanspruchnahme der **BV-Begünstigung trotz „Streubesitz“**

© 2010

Poolvereinbarungen – Voraussetzungen

1. **Einheitlichkeit der Verfügung:** einheitliche Verfügung über Anteile oder Verpflichtung, ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen (**Verfügungsbeschränkung**)

2. **Stimmrechtsbindung:** einheitliche **Stimmrechtsausübung** gegenüber nicht verpflichteten Gesellschaftern

→ Verpflichtung kann **widerruflich** und **kündbar** sein. Widerruf bzw. Kündigung führt aber ggf. zum **Verlust der Begünstigung**

→ Existenz nichtgebundener Gesellschafter ist nicht zwingend, d.h. **alle Gesellschafter** können dem Pool beitreten; einheitliche Stimmrechtsausübung bleibt gleichwohl zwingend (FinanzVerw, Erl. Abschn. 21 IV 4 f.)

© 2010

Poolvereinbarungen – Einheitlichkeit der Verfügung

- Verfügung zugunsten anderer Poolmitglieder stets zulässig
- Darüber hinaus sind Anforderungen streitig (keine Def. in Erlassen!):
  - Verfügung nur zeitgleich, zu gleichen Konditionen, voll bzw. quotal an denselben Erwerber?

    → nach hM **zu eng** (vgl. auch Bay. LfSt v. 11.08.2010)!
  - Verfügung durch einzelne mit Zustimmung aller/der Gesellschaft (allgem. **Vinkulierungsklausel**)?

    → nach hM **nicht ausreichend**!
  - Verfügung **nach einheitlichen Grundsätzen** (z.B. Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, dass nur auf best. Personenkreis übertragen werden darf)?

    → nach hM **ausreichend!**
  - Übertragung auch auf **Dritte**, wenn diese sich verpflichten, dem Pool beizutreten?

    → nach hM **zulässig** (in diesem Sinne auch Bay. LfSt v. 11.08.2010)!

Poolvereinbarungen – Stimmrechtsbindung

- **Herstellung der Stimmrechtsbindung**; alternativ:
  - **Abstimmung über Stimmrechtsausübung** in Poolversammlung; Abgabe der Stimmen durch Poolvorsitzenden oder Sprecher
  - **Schuldrechtlicher Stimmrechtsverzicht**
  - **Änderung des Gesellschaftsvertrages** (seltener): Verzicht übriger Gesellschafter auf ihr Stimmrecht zugunsten eines anderen Gesellschafters (**Schaffung stimmrechtsloser Anteile**)
- **Androhung einer Sanktion (Vertragsstrafe) für Verstöße erforderlich?**
  - Teile Lit.: ohne Sanktionsandrohung kein echte Bindung
  - Dagegen spricht aber: Gesetz fordert nur schuldrechtliche Verpflichtung!
- **Gefährdung von Verlustvorträgen der Gesellschaft?**
  - Stimmrechtsbindung = der Übertragung von Stimmrechten vergleichbarer Sachverhalt i.S.d. § 8c KStG?
  - In diesem Sinne BMF v. 04.07.2008!

© 2010

Poolvereinbarungen – Verstoß gegen Behaltensfrist

- **Aufhebung** der Verfügungsbeschränkung oder Stimmrechtsbündelung **innerhalb Behaltensfrist** löst ggf. **Nachversteuerung** aus (§ 13b Abs. 5 Nr. 5 ErbStG):
  - **Aufhebung des Pools** (Fortsetzungsklausel für den Todesfall aufnehmen; Innen-GbR!)
  - **Kündigung des Pools** oder **Anteilsveräußerung** durch einen Erwerber (grds. schädlich nur für diesen; FinanzVerw, Erl. Abschn. 14 II)
  - Schädlich für alle Poolbeteiligten soll die Kündigung eines Mitglieds aber sein, wenn die verbleibenden Poolmitglieder im Anschluss nur noch zu 25 % oder geringer beteiligt sind (vgl. Bay. LfSt v. 11.08.2010)
- **Regelungsbedarf im Gesellschaftsvertrag, z.B.:**
  - **Schadensersatzklausel** für den Fall, dass Kündigung für andere Poolbeteiligte Nachversteuerung auslöst
  - **Kaufoption** der übrigen Poolmitglieder für den Kündigungsfall
  - **Ausschluss der ordentlichen Kündigung** für solche Zeiträume, in denen Behaltensfristen laufen (problematisch bei vielen Poolbeteiligten)

© 2010

Minimierungsansätze in Bezug auf die Erbersatzsteuer

- **Allgemeine Steuerbefreiungen**, z.B. für
  - Kulturgüter (60 %, bzw. 85 % für Grundstücke), wenn diese der Öffentlichkeit nutzbar gemacht werden; 100 % Befreiung bei Denkmalschutz
  - der Öffentlichkeit zugänglich gemachten Grundbesitz, dessen Erhaltung im öffentlichen Interesse liegt
- Inanspruchnahme der **Begünstigung für Betriebsvermögen**
  - weitgehende Begünstigung im neuen Erbschaftsteuerrecht, bis zu 100 %
  - Betriebsvermögensbegünstigung ist **auch bei Erbersatzsteuer anwendbar**
    → ausdrückliche Klarstellung im Gesetz, auch nach Erbschaftsteuer-Reform (§ 13a IX ErbStG)!

Erwerb von gewerblichen Beteiligungen

- **Erwerb von Beteiligungen an gewerblichen Unternehmen**
  - Beteiligung an GmbH (> 25 %) oder gewerblicher KG
  - Eingehen „atypischer“ stiller Beteiligungen
  - Risiken: Einhaltung der Begünstigungsvoraussetzungen durch das Unternehmen (Lohnsummenklausel? Schädliche Vorgänge in Bezug auf das Betriebsvermögen?)?
- **Erwerb von speziell aufgelegten „Substanzsteuerfonds“**
  - Geschlossene Fondsgesellschaften mit „gutem“ Betriebsvermögen, z.B. Infrastruktur, Solarenergie, Leasing, etc.
  - Banken entwickeln bereits entsprechende Produkte
  - Individuelle Fondsstrukturierung?

Erwerb von Gesellschaften mit beg. Grundvermögen

- **Erwerb von Beteiligungen an gewerblichen Wohnungsgesellschaften**
  - Dritten überlassenes Grundvermögen ist **kein Verwaltungsvermögen**, wenn **Hauptzweck** der Gesellschaft die **Wohnungsvermietung** ist
  - Weitere Voraussetzung eines „wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“ bei größerem Umfang jedenfalls gegeben
- **Erwerb von Gesellschaften mit land- und forstwirt-schaftlichem Vermögen**
  - auch Dritten überlassenes land- und forstwirtschaftliches Vermögen ist **kein Verwaltungsvermögen**
  - Keine weiteren Anforderungen

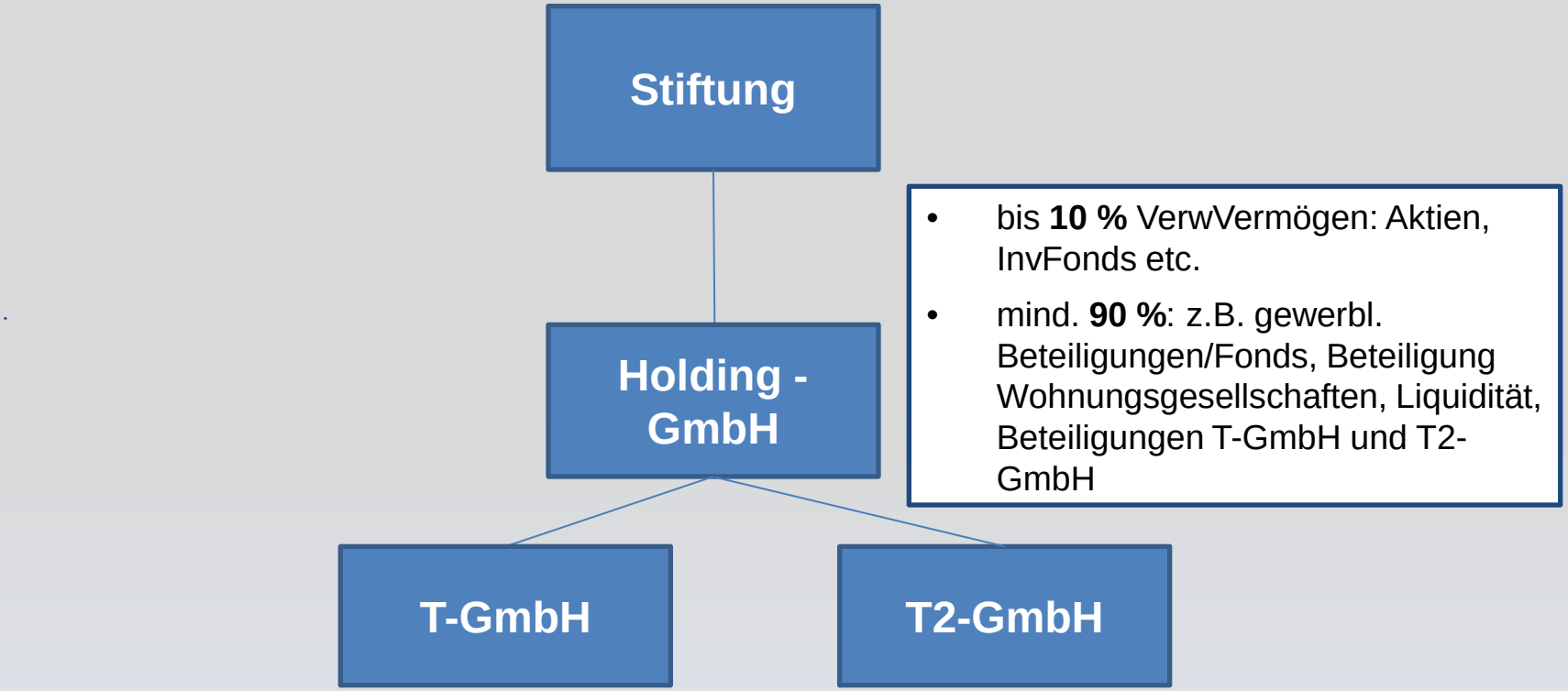
© 2010

Weitere Optimierungsmöglichkeiten im Betriebsvermögen

- **Keine Erhöhung der Verwaltungsvermögensquote einer gewerblichen Gesellschaft durch**
  - Liquide Mittel, z.B. Kassenbestand, Festgelder, Sichteinlagen
  - Individualforderungen, z.B. ausgereichte Darlehen
- **Ausnutzung von Kaskadeneffekten**
  - 10 % Grenze für Verwaltungsvermögen gilt auch bei Wahl der 100 %-Verschonung nur auf Ebene der übertragenen Einheit; auf unteren Ebenen gilt 50 % Grenze (**wohl Änderung durch JStG 2010!**)

    → **Ausgliederung von Verwaltungsvermögen** in Tochtergesellschaften gewerblicher Einheiten; Grenze: steuerlicher Gestaltungsmissbrauch!
  - **Verwaltungsvermögen** innerhalb der jeweils zulässigen Quote ist **mitbegünstigt**, wenn es dem Betrieb im Besteuerungszeitpunkt **mind. 2 Jahre** zuzurechnen war (§ 13b II 3 ErbStG)

Beispiel zur Betriebsvermögensbegünstigung (vereinfacht)



- bis **10 %** VerwVermögen: Aktien, InvFonds etc.
- mind. **90 %**: z.B. gewerbl. Beteiligungen/Fonds, Beteiligung Wohnungsgesellschaften, Liquidität, Beteiligungen T-GmbH und T2-GmbH

- bis **10 %** (**JStG 2010**) VerwVermögen: Aktien, InvFonds etc.
- mind. **90 %**: z.B. gewerbliche Beteiligungen, Beteiligung Wohnungsgesellschaften, gewerbliche Fonds, Liquiditätsreserve

- VerwVermögen: Aktien, InvFonds , vermietete Grundstücke etc.
- Fremdkapital

Dr. Jens Escher, LL.M.

Rechtsanwalt / Fachanwalt für Steuerrecht

Tätigkeitsschwerpunkte:
Nationales und internationales Steuerrecht, insbesondere in den Bereichen Family Office, Vermögensstrukturierung, Nachfolgeplanung und Wegzugsbesteuerung

P+P Pöllath + Partners · Berlin
E-Mail: jens.escher@pplaw.com
Tel.: +49 (30) 253 53 132