
Datum: 05.03.2004
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 15. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 15 K 3293/98
ECLI: ECLI:DE:FGK:2004:0305.15K3293.98.00

Tenor:

Unter Änderung des Einkommensteuerbescheides 1990 vom 03.06.1994 sowie der hierzu ergangenen Einspruchsentscheidung vom 31.03.1998 wird die Einkommensteuer auf 202.508 DM herabgesetzt. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Kläger zu 1/5 und der Beklagte zu 4/5 Anteil.

Das Urteil ist wegen der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des Kostenerstattungsanspruchs der Kläger abwenden, soweit nicht die Kläger zuvor Sicherheit in derselben Höhe leisten.

Tatbestand

1

Die Beteiligten streiten darüber, ob und ggf. in welcher Höhe eine gewinnerhöhende Entnahme aus dem Betriebsvermögen dadurch vorliegt, dass GmbH-Anteile nach einer vorgenommenen Betriebsaufspaltung an einen Angehörigen verschenkt worden sind.

2

Der verstorbene Herr X, der Ehemann der Klägerin zu 1. und Vater des Klägers zu 2., war bereits in den 80er Jahren Inhaber eines gewerblichen Unternehmens unter der Firma X1 gewesen, das im Folgenden mit "Einzelunternehmen" bezeichnet wird. Dieses Einzelunternehmen erwirtschaftete in den Jahren 1981 bis 1989 die folgenden Gewinne, wobei die Ergebnisse der Jahre 1981 bis 1983 in Ermangelung noch vorhandener Steuerakten die vom Beklagten nicht überprüften Bilanzergebnisse und die Ansätze für 1984 bis 1989 die gewerblichen Einkünfte der bestandskräftigen Einkommensteuerveranlagungen

3

wiedergeben:

1981	192.800,- DM
1982	296.400,- DM (davon a.o. Erträge aus Anlagenverkäufen 44.900,- DM)
1983	402.300,- DM (davon aus Anlagenverkauf 2.900,- DM)
1984	314.957,- DM
1985	255.333,- DM (davon aus Anlagenverkauf 25.800,- DM)
1986	512.888,- DM (davon aus Anlagenverkauf 45.800,- DM)
1987	606.728,- DM (davon aus Anlagenverkauf 123.500,- DM)
1988	787.848,- DM (davon aus Anlagenverkauf 3.700,- DM)
1989	700.572,- DM (davon aus Anlagenverkauf 43.900,- DM)

4

In der Zeit vom 24.04.1984 bis 31.07.1986 hielt Herr X im Betriebsvermögen seines Einzelunternehmens auch die Anteile an einer Firma X2 GmbH, mit der ein Ergebnisabführungsvertrag bestand. Die Verluste, die die betreffende GmbH in den drei Veranlagungszeiträumen ihrer Existenz erwirtschaftete, sind in den vorbezeichneten Gewinnen des Einzelunternehmens bereits berücksichtigt.

5

In 1989 beabsichtigte Herr X, sein Einzelunternehmen durch Umstrukturierung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung in ein Besitzunternehmen als fortbestehendes, das Betriebsvermögen verpachtendes Einzelunternehmen sowie eine Betriebsgesellschaft in der Form einer GmbH aufzuteilen. An dieser GmbH sollte auch der Sohn X3 als Minderheitsgesellschafter und weiterer Geschäftsführer beteiligt werden.

6

Der Entwurf des GmbH-Gesellschaftsvertrags sah im § 11 Abs. 1 Buchstabe d) die Verpflichtung der Gesellschafter vor, durch Ehevertrag sicher zu stellen, dass Zugewinnausgleichsansprüche hinsichtlich der Gesellschaftsbeteiligung nicht entstehen könnten. Da diese Voraussetzung im Dezember 1989 hinsichtlich des verheirateten Herrn X3 noch nicht geschaffen war, gründete Herr X durch notarielle Urkunde vom 27.12.1989 die Firma X4 GmbH (im Folgenden: GmbH) als alleiniger Gesellschafter.

7

Der Gesellschaftsvertrag enthielt - soweit hier von Bedeutung - im wesentlichen die folgenden Bestimmungen: Gegenstand des Unternehmens war ... (§ 2). Das Stammkapital der Gesellschaft in Höhe von 100.000,- DM wurde von Herrn X insgesamt übernommen (§ 3). Die Gesellschaft wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen und begann ihren Betrieb am 01.01.1990 (§ 4). Je 100,- DM eines Geschäftsanteils gewährten eine Stimme (§ 8 Abs. 9). Sollte ein Gesellschafter - gleich aus welchem Grunde - aus der Gesellschaft ausscheiden, so sollte er eine Abfindung, berechnet nach dem sogenannten "Stuttgarter Verfahren", erhalten (§ 14).

8

Ebenfalls am 27.12.1989 und in derselben notariellen Urkunde beschloss Herr X als alleiniger Gesellschafter der GmbH, sich selbst und auch seinen Sohn Herrn X3 zu jeweils allein vertretungsberechtigten Geschäftsführern zu bestellen.

9

Am folgenden Tage, also am 28.12.1989, schloss Herr X in seiner Eigenschaft als Inhaber des Besitzunternehmens X1, diese Firma als Verpächterin, mit der neu gegründeten X4 GmbH als Pächterin einen Miet- und Pachtvertrag. In der Präambel des Vertrages hieß es,

10

dass die Verpächterin mit Wirkung vom 01. Januar 1990 die Produktion und den Vertrieb ihres Unternehmens an die Pächterin verpachte. Die Pächterin werde Produktion und Vertrieb auf eigene Rechnung durchführen. Der Verpächterin obliege der Zentraleinkauf aller Anlagegüter, die in ihrem Eigentum verblieben und der Pächterin im Rahmen des Pachtvertrages zur Verfügung gestellt würden, sowie weiterhin die Vergabe von Großreparaturen in Namen der Pächterin. Im übrigen enthielt der Vertrag - soweit hier von Bedeutung - die folgenden Bestimmungen:

Als "Pachtojekt" bezeichnete der § 1 "den Produktionsbetrieb nebst Vertrieb der Verpächterin, und zwar das Anlagevermögen der Verpächterin, bestehend aus Grundstück, Gebäuden, Maschinen, maschinellen Anlagen, Betriebsausstattung und Büroeinrichtung" (Abs. 1). Die Pächterin trat in alle den verpachteten Betrieb betreffende Vertragsverhältnisse mit Dritten zur völligen Entlastung der Verpächterin ein. Dies galt insbesondere für alle Arbeits- und Dienstverhältnisse, Verträge mit Kunden und Lieferanten, Energielieferungs-, Versicherungs-, Handelsvertreter-, Miet-, Pacht- und Leasing-, Lizenznehmer- und Wartungsverträge (Abs. 3). Der Pachtvertrag begann gem. § 2 am 01. Januar 1990 und das Pachtojekt ging zu diesem Zeitpunkt über. Für den Pachtzins war im § 3 die Bestimmung getroffen, dass dieser aus einem Anteil für Grund und Boden, Maschinen sowie Betriebs- und Büroeinrichtungen bestand. Die monatliche Festpacht für das Grundstück betrug 15.000,- DM. Der Pachtanteil für Maschinen, Betriebs- und Büroeinrichtungen war nicht beziffert, sondern sollte aus der Verzinsung des eingesetzten Kapitals sowie dem Wertverzehr, der sich in den Abschreibungen ausdrücke, ermittelt werden. Über die Berechnungsgrundlagen sollte eine jährliche Abstimmung zwischen den Vertragspartnern erfolgen. Der § 6 des Vertrages bestimmte im Einklang mit der Präambel, dass der Pächterin die Kostentragung für die Instandhaltung des Pachtojekts einschließlich der Gegenstände des beweglichen Anlagevermögens oblag, während Ersatzbeschaffungen von der Verpächterin auf ihre Kosten vorzunehmen waren.

11

Zu der Dauer und zur Beendigung des Vertragsverhältnisses enthielt § 12 die folgenden Bestimmungen: Der Pachtvertrag war bis zum 31.12.1992 fest (unkündbar) abgeschlossen. Er verlängerte sich alsdann jeweils um drei Jahre, wenn er nicht mit einjähriger Frist zum Jahresende gekündigt wurde. Die Vertragsparteien behielten sich das Recht vor, den Vertrag einvernehmlich zu einem früheren Termin aufzuheben. In dem Absatz 6 hieß es sodann: "Bei Beendigung der Pacht hat die Pächterin das Pachtojekt auf Verlangen der Verpächterin an diese zurückzugeben. In die gem. § 1 Abs. 3 übergegangenen Vertragsverhältnisse tritt die Verpächterin - vorbehaltlich abweichender gesetzlicher Bestimmungen - nur wieder ein, soweit das ausdrücklich vereinbart wird." Hierzu ergänzte der Absatz 7: "Wird das Verlangen gem. Abs. 6 von der Verpächterin nicht gleichzeitig mit der Kündigung - oder im Falle einer Kündigung der Pächterin nicht binnen einer Woche nach Zugang der Kündigung - gestellt, besteht eine Rückgabepflicht nur hinsichtlich des Grundbesitzes nebst Aufbauten, während das gesamte übrige bewegliche Anlagevermögen - einschließlich aller immaterieller Werte - mit Ende des Pachtvertrages auf die Pächterin übergeht, die hierfür den steuerlichen Buchwert nebst der Umsatzsteuer gem. § 3 Abs. 7 zu erstatten hat."

12

Die so gestaltete Betriebsaufspaltung wurde entsprechend diesen Vereinbarungen beginnend mit dem 01. Januar 1990 durchgeführt. Im März 1990 hatte der als Minderheitsgesellschafter der GmbH vorgesehene Sohn X3 die erforderliche ehevertragliche Regelung zum Ausschluss eines Zugewinnausgleichs mit seiner Ehefrau vereinbart. Daraufhin kam es zu einem notariellen Schenkungsvertrag mit Datum vom 23. März 1990. Darin übertrug Herr X seinem Sohn X3 von den 100.000,- DM GmbH-Gesellschaftsanteilen einen Geschäftsanteil in Höhe von 40.000,- DM. Unter Nr. 2. der Urkunde wird bestimmt, dass zugleich ein

13

Gewinnbezugsrecht für die betreffenden Anteile ab dem 01.01.1990 mitübertragen werde. Wegen aller weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der vorerwähnten Verträge und Urkunden Bezug genommen.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 1990 gaben Herr X und die Klägerin zu 1. die Pachteinkünfte aus dem Besitzunternehmen als Einkünfte aus Gewerbebetrieb an. Eine Entnahme und einen daraus resultierenden Entnahmegewinn durch die schenkweise Übertragung der GmbH-Anteile auf den Sohn wurde jedoch nicht erklärt. In der Bilanz des Besitzunternehmens war die GmbH-Beteiligung nicht als Betriebsvermögen aktiviert. Der daraufhin zunächst erlassene erklärungsgemäße Einkommensteuerbescheid 1990 vom 11.11.1991 erging unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 Abs. 1 AO. 14

In 1993 wurde das Besitzunternehmen X1 einer Betriebsprüfung durch das Finanzamt L unterzogen. Gegenstand der Prüfung war unter anderem auch die Einkommensteuer 1990 hinsichtlich der unentgeltlichen Anteilsübertragung auf den Sohn X3. Hierzu vertrat der Prüfer die Ansicht, dass wegen der Betriebsaufspaltung die Beteiligung an der GmbH zum notwendigen Betriebsvermögen des Besitzunternehmens X1 gehöre. Durch die Schenkung des 40 v.H.-Anteils habe Herr X eine gewinnerhöhende Entnahme realisiert, die gem. § 6 Abs. 1 Ziffer 4 EStG mit dem Teilwert anzusetzen sei. Deshalb sei über den Nennwert des Anteils hinaus auch ein Firmenwert nach der sogenannten indirekten Methode zu ermitteln. Dies geschah sodann in der Weise, dass der Prüfer den durchschnittlichen Gewinn des Einzelunternehmens der letzten drei Jahre, vermindert um das Geschäftsführergehalt sowie eine 10 %-ige Kapitalverzinsung in Ansatz brachte. Nach Multiplikation mit dem Kapitalisierungsfaktor 10 und einem Risikoabschlag von 50 v.H. errechnete sich nach Abzug des Stammkapitalanteils ein Firmenwert von 2.475.000,- DM und ein anteiliger Entnahmegewinn von 950.000,- DM. Wegen der weiteren Einzelheiten wird insoweit auf den Bp-Bericht vom 21.02.1994, Tz. 16 Bezug genommen. 15

Der Beklagte folgte zunächst der Rechtsansicht der Bp und erließ einen nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Einkommensteuerbescheid 1990 mit Datum vom 03.06.1994, in dem der vorbezeichnete Entnahmegewinn als Teil der Einkünfte aus Gewerbebetrieb angesetzt wurde. Hiergegen erhoben Herr X und die Klägerin zu 1. Einspruch, den sie mit einer fehlerhaften Berechnung des Entnahmegewinns begründeten. Im Zuge des Einspruchsbearbeitung wurde dem Sachbearbeiter des Beklagten ein Schreiben der GmbH vom 27.03.1990 bekannt, in dem diese seinerzeit dem Finanzamt für Zwecke der Festsetzung von Körperschaftssteuer-Vorauszahlungen den voraussichtlichen Gewinn der GmbH in 1990 mit 624.000,- DM mitgeteilt hatte. Tatsächlich war der später ermittelte Gewinn der GmbH deutlich geringer. Aufgrund dieses Schreibens stellte sich der Beklagte jedoch auf den Standpunkt, dass die Höhe des streitigen Entnahmegewinns in dem angefochtenen Einkommensteuerbescheid nicht zu hoch, sondern zu niedrig angesetzt worden sei. Nach einem entsprechenden Hinweis erging unter dem 31.03.1998 eine verbösernde Einspruchsentscheidung, die den streitigen Entnahmegewinn statt mit 950.000,- DM mit 1.188.000,- DM ansetzte. Zu dieser Erhöhung gelangte der Beklagte dadurch, dass er statt des niedrigeren Durchschnittswertes der Gewinne aus den letzten drei Jahren vor dem Schenkungszeitpunkt nur den voraussichtlichen Gewinn für 1990 gemäß dem Schreiben vom 27.03.1990 als nachhaltig erzielbaren Gewinn der GmbH qualifizierte. Weiterhin berücksichtigte der Beklagte - anders als der Betriebsprüfer - keinen Abschlag mehr für das Geschäftsführergehalt. Die im Einspruchsverfahren geltend gemachten weiteren Argumente, wie z.B. die Minderung durch die Aussonderung außerordentlicher Erträge aus Anlagenverkäufen, ließ der Beklagte ebenfalls unberücksichtigt. 16

Hiergegen wurde noch von Herrn X sowie der Klägerin zu 1. die vorliegende Klage erhoben, mit der zum einen der Tatbestand einer Entnahme grundsätzlich in Abrede gestellt und hilfsweise deren Höhe beanstandet wurde. Während des Klageverfahrens ist Herrn X verstorben und dessen Sohn Herr X5 (der Kläger zu 2.) hat als Gesamtrechtsnachfolger das Verfahren fortgeführt.

Die Kläger tragen im Wesentlichen folgendes vor: Tatsächlich habe Herr X den seinem Sohn X3 übertragenen 40 v.H.-GmbH-Anteil nicht aus dem Betriebsvermögen seines Besitzunternehmens entnommen, so dass schon deshalb kein Entnahmegewinn vorliegen könne. Vielmehr sei der Sohn so zu behandeln, als wäre er von Anfang an Mitgesellschafter der GmbH gewesen, so dass der 40 v.H.-Anteil niemals notwendiges Betriebsvermögen im Einzelunternehmen X1 geworden sei. Denn der Sohn X3 habe bereits zum 01. Januar 1990 wirtschaftliches Eigentum an den ihm zugedachten GmbH-Anteilen erworben. Dies ergebe sich daraus, dass ihm bei der formalen Übertragung durch notarielle Urkunde vom 23.03.1990 auch das Gewinnbezugsrecht der Anteile ab dem 01.01.1990 übertragen worden sei. Weil aber dem Sohn der Gewinn für seine Anteile ab dem 01. Januar zuzurechnen sei, müsse bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise auch eine Zurechnung der Anteile selbst bereits zu diesem Zeitpunkt vorgenommen werden. Im übrigen habe der BFH mit Urteil vom 15. Januar 1998 X R 57/93 einen Entnahmetatbestand ausdrücklich verneint, wenn im Rahmen einer Betriebsaufspaltung der Inhaber des Besitzunternehmens es einer nahe stehenden Person ermögliche, Anteile an der aus der Betriebsaufspaltung hervorgegangenen Kapitalgesellschaft unter Wert zu erwerben. Durch das wirtschaftliche Eigentum des Sohnes, wie dargelegt, sei diese BFH-Entscheidung auf den Streitfall anzuwenden mit der Folge, dass es keine Entnahme gegeben habe. 18

Sollte jedoch eine Entnahme aus dem Betriebsvermögen vorliegen, sei deren Wert grundsätzlich nur mit dem Substanzwert anzusetzen. Vorliegend bedeute dies, dass bei einem eingezahlten Stammkapital von 100.000,- DM der Wert für den 40 v.H.-Anteil auch nur 40.000,- DM betragen könne oder ein Wert nach dem sog. "Stuttgarter Verfahren" zu ermitteln sei. Einen eigenen Firmenwert habe die GmbH in den wenigen Wochen ihrer Existenz von Januar bis März 1990 keinesfalls entwickeln können. Es sei auch ausweislich des Miet- und Pachtvertrages ein Firmenwert nicht auf die GmbH übertragen worden. Dieser sei nach dem beschriebenen Pachtgegenstand nicht einmal mitverpachtet worden. Wenn der Ertragswert der GmbH-Beteiligung überhaupt zu berücksichtigen sei, könne dies nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung nur äußerst zurückhaltend geschehen. 19

Im Nachgang zu einem Erörterungstermin, der am 26.09.2003 vor dem Berichterstatter stattgefunden hat, machen die Kläger für eine etwaige Ertragswertberechnung folgende Einschränkungen geltend: Ein fiktiver Erwerber des Besitzunternehmens X1 hätte seinerzeit bei einer gesonderten Bewertung der GmbH-Geschäftsanteile besonders negativ berücksichtigt, dass der die Betriebsaufspaltung begründende Miet- und Pachtvertrag nur auf drei Jahre fest vereinbart und schon zum 31.12.1992 wieder kündbar gewesen sei. Dem könne nicht mit dem Argument begegnet werden, dass durch Herrn X Personenidentität zwischen dem Inhaber des Besitzunternehmens und dem Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH bestanden und so eine Kündigung gegen den Willen des Besitzunternehmers ausgeschlossen gewesen sei. Denn die GmbH habe ja mit dem Sohn X3 einen zweiten Geschäftsführer gehabt und dieser hätte die Kündigung aussprechen können. Somit sei ein etwaiger nachhaltiger Gewinn der GmbH bei der Bewertung der GmbH-Anteile nur auf drei Jahre zu kapitalisieren. Es dürfe weiterhin nicht verkannt werden, dass die GmbH als Produktionsbetrieb ein ganz erhebliches wirtschaftliches Risiko getragen habe. Die Richtigkeit dieser Überlegung zeige sich daran, dass die Gesellschaft ab 1993 nur noch 20

Verluste erwirtschaftet und im November 2003 Insolvenz angemeldet habe. Wegen dieses Risikos müsse der Kapitalisierungsfaktor durch einen Risikozuschlag von 60 v.H. auf die Rendite für fest verzinsliche Wertpapiere von 9,0 v.H. erhöht werden, so dass sich ein Kapitalisierungszinsfuß von 6,94 ergebe. Wegen des hohen Risikos müsse auch der Abschlag nach vorgenommener Kapitalisierung nicht 50, sondern 60 v.H. betragen. Ausgangswert müsse der durchschnittliche Gewinn der letzten 10 Jahre sein, im Streitfalle seien es allerdings nur 9 Jahre, für die die Betriebsergebnisse noch feststellbar seien. Der gedachte Erwerber des Besitzunternehmens hätte schließlich auch berücksichtigt, dass nach den Planungen im Rahmen der Betriebsaufspaltung die Gewinne des früheren Einzelunternehmens nicht in die Betriebsgesellschaft, sondern in das Besitzunternehmen verlagert werden sollten.

Hierzu hat die Klägerseite eine handschriftliche Aufstellung des früheren Steuerberaters vorgelegt, bei der es sich unstreitig um eine seinerzeit - also 1989 - erstellte Gewinnprognose für das Besitzunternehmen handelt. Aus dieser Aufstellung (Bl. 156 der FG-Akte) geht hervor, dass für das Besitzunternehmen nach Abzug von AfA, Zinsen und anderen betrieblichen Aufwendungen von den Pachteinnahmen noch folgende Gewinne verbleiben sollten:

1990	120.071,- DM
1991	284.178,- DM
1992	255.955,- DM
1993	228.411,- DM
1994	144.172,- DM

Weil aber zwischenzeitlich die tatsächlichen Betriebsergebnisse von GmbH und Besitzunternehmen vorlägen, seien diese zugrunde zu legen. Jedenfalls sei ein geschätztes Geschäftsführergehalt in Abzug zu bringen. Unter Berücksichtigung aller dieser Faktoren ergibt sich nach einer Berechnung der Klägerseite gemäß Schriftsatz vom 23.10.2003, auf die verwiesen wird, ein Entnahmewert für die GmbH-Anteile in Höhe von 72.000,- DM, den die Kläger allenfalls für den Fall für gerechtfertigt halten, dass überhaupt ein Entnahmegewinn zu bejahen und auch nach dem Ertragswert zu berechnen sei.

Die Kläger beantragen,

unter Änderung des Einkommensteuerbescheides 1990 vom 03.06.1994 sowie der Einspruchsentscheidung vom 31.03.1998 die Einkünfte aus Gewerbebetrieb um 1.188.000,- DM zu mindern und die Einkommensteuer des Streitjahres entsprechend herabzusetzen,

hilfsweise im Unterliegensfalle die Revision zuzulassen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hält einen Entnahmetatbestand für zweifelsfrei gegeben. Entgegen der Auffassung der Kläger sei vorliegend auch kein Anwendungsfall der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gegeben. Das Gebot der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung könne nicht auf dem Umweg der wirtschaftlichen Betrachtungsweise umgangen werden. Es sei den

Beteiligten unbenommen gewesen, eine Bargründung der Betriebs-GmbH unter sofortiger Beteiligung des Sohnes als Gesellschafter vorzunehmen. Die Kläger könnten sich auch nicht auf das BFH-Urteil vom 14.01.1998 X R 57/93 berufen, da der dort beurteilte Sachverhalt wesentlich von dem vorliegend gegebenen Tatbestand abweiche. Während vorliegend Anteile an der Betriebs-GmbH durch Schenkung an den Sohn aus dem Betriebsvermögen in die Privatsphäre überführt worden seien, sei in dem vorbezeichneten BFH-Urteil eben keine Entnahme aus einem Betriebsvermögen erfolgt. Der vorliegend zu ermittelnde Ertragswert unter Einschluss eines Firmenwerts könne nicht nach dem "Stuttgarter Verfahren" vorgenommen werden, weil dieses Verfahren bewertungsrechtlicher Natur und nicht für ertragssteuerliche Zwecke geeignet sei.

Den im Erörterungstermin vom 26.09.2003 geäußerten Rechtsansichten des Berichterstatters, dass ein nachhaltig von der GmbH zu erzielender Gewinn nicht allein mit dem geschätzten Gewinn für 1990 angesetzt werden könne, dass von den somit maßgebenden Durchschnittsgewinnen der Jahre vor 1990 zunächst die bei der Betriebs-GmbH nicht mehr zu erwartenden außerordentlichen Erträge von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens abzusetzen seien, dass weiterhin in Einklang mit der BFH-Rechtsprechung ein angemessenes Geschäftsführergehalt gewinnmindernd berücksichtigt werden müsse und dass auch ein bei dem Besitzunternehmen sich zeigender Unternehmerlohn die Ertragsprognose für die Betriebs-GmbH mindere, ist der Beklagte nicht entgegen getreten. Der Beklagte hat vielmehr die im Schriftsatz der Klägerseite vom 23.10.2003 dargestellten Prognosewerte für das Besitzunternehmen als aus damaliger Sicht vertretbar und bedenkenfrei gebilligt. 30

Hinsichtlich des von den Klägern angenommenen Kapitalisierungsfaktors von 6,94 hat der Beklagte jedoch Bedenken geäußert. Die Umlaufrendite fest verzinslicher öffentlichen Anleihen mit einer Restlaufzeit von 9 bis 10 Jahren habe 1990 laut den Monatsberichten der Deutschen Bundesbank 8,7 v.H. betragen. Für die Berücksichtigung von Unwägbarkeit sei eine Erhöhung des Basiszinssatzes um 3 v.H. im allgemeinen als angemessen anzusehen. Die Einrechnung eines Risikozuschlags von 60 v.H. erscheine überhöht. Bei der Annahme eines Kapitalisierungszinsfußes von 11,7 v.H. ergebe sich ein Kapitalisierungsfaktor von 8,5, sollte das Finanzgericht nicht weiterhin an dem regelmäßig angenommenen Faktor von 10 festhalten wollen. 31

Entscheidungsgründe 32

Die Klage ist teilweise begründet. 33

Der Beklagte geht in dem angefochtenen Einkommensteuerbescheid 1990 in Gestalt der Einspruchsentscheidung im Grundsatz zutreffend davon aus, dass in der Übertragung eines 40 v.H.-Anteils der GmbH im Wege der Schenkung auf den Sohn X3 eine gewinnerhöhende Entnahme aus dem Betriebsvermögen des Besitzunternehmens liegt. Zutreffend ist weiterhin die Rechtsansicht des Beklagten, dass die Wertbemessung dieser Entnahme im Rahmen des Teilwerts nicht nur den Substanzwert der GmbH-Anteile umfassen musste, sondern auch einen Erhöhungsbetrag, mit dem die Ertragsaussichten der GmbH abzugelten waren. In mehrfacher Hinsicht rechtsfehlerhaft sind dagegen die in dem angefochtenen Bescheid und in der verbösernden Einspruchsentscheidung vorgenommenen Ermittlungen des Entnahmewerts. 34

I. 35

36

Eine den Gewinn aus Gewerbebetrieb erhöhende Entnahme i.S.v. § 4 Abs. 1 S. 1 EStG liegt vor.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der Entnahmetatbestand auch in den Fällen gegeben, in denen bei einer Betriebsaufspaltung ein Gesellschafter des Besitzunternehmens es einem Angehörigen ermöglicht, einen Teil des zu seinem Betriebsvermögen beim Besitzunternehmen gehörenden Anteils an der Betriebs-GmbH (teilweise) unentgeltlich zu übernehmen (BFH-Urteil vom 16. April 1991 VIII R 63/87, BStBl II 1991, 832; vgl. auch FG Münster, Urteil vom 18. September 2001, EFG 2002, 386). 37

Vorliegend hat Herr X 40 v.H. der von ihm im Betriebsvermögen seines Einzelunternehmens (Besitzunternehmens) gehaltenen GmbH-Anteile (Betriebsgesellschaft) für unternehmensfremde Zwecke, nämlich eine Schenkung an seinen Sohn, verwendet. Er hat damit diese Anteile, die steuerverhaftet waren, gem. § 6 Abs. 1 Ziff. 4 S. 1 EStG zum Teilwert entnommen. 38

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die GmbH-Beteiligung in der Bilanz des Besitzunternehmens nicht aktiviert war. Denn es handelte sich wegen der vorgenommenen Betriebsaufspaltung insoweit um notwendiges Betriebsvermögen. Da diese Qualifizierung auch von den Klägern nicht bestritten wird, verzichtet der Senat auf weitere Ausführungen hierzu. 39

II. 40

Die gegen die Annahme einer Entnahme erhobenen Einwendungen der Klägerseite greifen nicht durch. 41

1. 42

Der Entnahmetatbestand, bestätigt durch das vorzitierte BFH-Urteil, ist nicht etwa deshalb in Zweifel zu ziehen, weil diese Entscheidung durch das weiter differenzierende BFH-Urteil vom 14. Januar 1998 X R 57/93, BFH/NV 1998, 1160 überholt wäre. Vielmehr lag dieser Entscheidung ein von jenem Urteil abweichender Sachverhalt zu Grunde, wie auch der Beklagte zutreffend ausgeführt hat: In der jüngeren Entscheidung wurden gerade keine steuerverhafteten Wirtschaftsgüter aus einem Betriebsvermögen in die Privatsphäre überführt. Denn alle Wirtschaftsgüter verblieben beim Besitzunternehmen; die Betriebs-GmbH-Anteile, soweit sie von Familienangehörigen gehalten wurden, waren wegen der Neugründung der GmbH unter Beteiligung dieser Angehörigen - anders als im vorliegenden Streitfall - niemals zuvor im Betriebsvermögen des Besitzunternehmens gewesen. Diese Unterscheidung stellt der BFH in dem vorzitierten Urteil auf Seite 1162 unter I. 1. f) auch ausdrücklich klar. 43

2. 44

Die Ansicht der Kläger, aufgrund besonderer vertraglicher Gestaltungen habe bereits zum 1.1.1990 wirtschaftliches Eigentum des Sohnes X3 an den später zivilrechtlich übertragenen GmbH-Anteilen vorgelegen, ist unzutreffend und vermag deshalb den Entnahmetatbestand nicht auszuschließen. 45

a) Unstreitig enthält der notarielle Gesellschaftsvertrag vom 27.12.1989, durch den die Gesellschaft gegründet wurde, auch nicht andeutungsweise eine Formulierung, wonach eine andere Person als Herr X selbst alleiniger Gesellschafter auch über den 1.1.1990 hinaus sein 46

oder irgendwelche Rechte an den GmbH-Anteilen haben sollte. Erst recht ist von wirtschaftlichem Eigentum des Sohnes oder von einer Anwartschaft im Hinblick auf die Anteile keine Rede.

b) Die Klägerseite stützt ihre Ansicht allein auf den Umstand, dass Herr X mit der Übertragung der GmbH-Anteile am 23. März 1990 auf seinen Sohn diesem eine Gewinnbezugsberechtigung der Anteile nicht ab diesem Datum, sondern rückwirkend zum 1.1.1990 eingeräumt hat. Diese Argumentation ist jedoch in doppelter Hinsicht unzutreffend. 47

(1) Nach der getroffenen Vereinbarung erschöpft diese sich in der Berechtigung, an dem Gewinn der GmbH auch schon für den abgelaufenen Jahreszeitraum zu partizipieren. Irgendwelche weitergehenden Rechte in Bezug auf die übertragenen GmbH-Anteile, die geeignet gewesen wären, Herrn X als zivilrechtlichen Eigentümer "im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich auszuschließen" (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) sind weder aus dem Vertrag vom 23. März 1990 ersichtlich noch substantiiert von den Klägern vorgetragen. 48

(2) Doch selbst wenn dies der Fall wäre, könnte dies die von der Klägerseite gewünschte rechtliche Wirkung nicht herbeiführen. 49

Nach dem im Steuerrecht verankerten Grundsatz der Tatbestandsverwirklichung (§ 38 AO) können Sachverhalte nicht mit steuerlicher Rückwirkung - etwa durch Verträge - gestaltet werden. Die BFH-Rechtsprechung hat deshalb zutreffend beispielsweise Vereinbarungen die steuerrechtliche Anerkennung versagt, mit denen die schuldrechtliche Abtretung ererbter GmbH-Anteile rückwirkend auf den Tag des Erbfalls vereinbart wurde oder mit denen eine Rückwirkung von Gesellschaftsgründungen, Ein - oder Austritten von Gesellschaftern u.ä. bewirkt werden sollte (Tipke/Kruse, AO § 38 Tz. 34 mit Rechtsprechungsnachweisen). 50

Auch im Streitfall wäre also eine rückwirkende Vereinbarung von wirtschaftlichem Eigentum des Sohnes an den später übertragenen GmbH-Anteilen, würde sie denn vorgenommen worden sein, steuerrechtlich wirkungslos. 51

III. 52

Zutreffend ist der Beklagte davon ausgegangen, dass der Teilwert, mit dem die Entnahme in Ansatz zu bringen ist (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG) den Substanzwert übersteigt, da der eigenständigen Rentabilität der GmbH Rechnung zu tragen ist. 53

1. 54

Es spricht viel dafür, dass durch die Betriebsaufspaltung, insbesondere durch den Miet- und Pachtvertrag vom 28.12.1989 zwischen Herrn X als dem Inhaber des früheren Einzelunternehmens und der GmbH, ein Geschäftswert des Einzelunternehmens zumindest teilweise auf die GmbH endgültig übertragen wurde und dieser Geschäftswert den Teilwert erhöht hat, der mit den 40 v.H.-Anteilen aus dem Betriebsvermögen des Besitzunternehmens in die Privatsphäre überführt wurde. 55

a) Allerdings verkennt der Senat nicht, dass vorliegend - ausweislich des Miet- und Pachtvertrags zwischen Herrn X und der GmbH vom 28.12.1989 - wesentliche Betriebsgrundlagen des früheren Einzelunternehmens nur verpachtet sind. Verpachtet wurden an die GmbH demnach "Produktionsbetrieb nebst Vertrieb" (vgl. § 1 Abs. 1 des Vertrages). In solchen Fällen der Betriebsverpachtung insgesamt nimmt die jüngere 56

höchstrichterliche Rechtsprechung regelmäßig eine Mitverpachtung auch des Geschäftswerts an, der im Rahmen einer Betriebsaufspaltung im Eigentum der Besitzgesellschaft verbleibt und der Betriebs-GmbH nur nutzungsweise überlassen wird. Dann kann diese schlichte Nutzungsmöglichkeit den Teilwert der Betriebs-GmbH natürlich nicht erhöhen (BFH-Urteile vom 27. März 2001 I R 42/00, BStBl II 2001, 771/772 unter II 1. b. cc) mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen sowie in BFH/NV 1998, 1160 / 1161 unter I. 1. c).

b) Im Streitfalle sind jedoch nicht alle wesentlichen Betriebsgrundlagen nur verpachtet worden. Nach dem Miet- und Pachtvertrag sind vielmehr die auf die GmbH übergeleiteten Vertragsverhältnisse mit Arbeitnehmern, Kunden, Lieferanten, Handelsvertretern und anderen Dritten im Falle der Kündigung des Pachtvertrages ausdrücklich nicht automatisch, sondern nur bei einer besonderen Vereinbarung auf das Besitzunternehmen zurückzuführen (§ 12 Abs. 6 Satz 1). Auch die im Rahmen von Betriebsaufspaltungen übliche Klausel, wonach bei Beendigung des Pachtvertrages die pachtende Betriebs-GmbH dem verpachteten Besitzunternehmen den Pachtgegenstand in dem Zustand zurückzugeben hat, dass die Besitzgesellschaft den Betrieb wieder selbst fortführen kann (vgl. hierzu auch FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24. Oktober 2002 6 K 3031/98, EFG 2003, 240), fehlt im vorliegenden Vertrag. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass etwaige wesentliche Betriebsgrundlagen, wie eine besonders qualifizierte Arbeitnehmerschaft, ein großer oder beständiger Kundenstamm, zuverlässige Lieferanten und günstige Einkaufsquellen, usw. hier nicht etwa mitverpachtet, sondern dauerhaft unentgeltlich auf die GmbH übertragen und auch im Falle einer Beendigung des Pachtverhältnisses dort verbleiben sollten.

57

Wenn und soweit also im vorliegenden Falle diese vorbezeichneten Vertragsverhältnisse einen geschäftswertbildenden Faktor darstellen sollten (wofür nach Ansicht des Senats einiges spricht), wäre schon deswegen eine - gegebenenfalls teilweise - Übertragung des Geschäftswerts von dem früheren Einzelunternehmen des Herrn X auf die Betriebs-GmbH anzunehmen und bei der Entnahme der GmbH-Anteile wertmäßig zu berücksichtigen.

58

So hat auch der BFH in seinem Urteil vom 27. März 2001 (in BStBl II 2001, 771 unter II. 1b cc) den Übergang des Geschäftswerts zusammen mit einzelnen den (Teil-) Geschäftswert bildenden Faktoren für möglich gehalten, wenn die Betriebsgesellschaft erstens ihrer Organisation und Struktur nach eigenständig am Wirtschaftsleben teilnehmen könne und zweitens die Nutzungsmöglichkeit durch die Betriebsgesellschaft auf Dauer angelegt sei und ihr nicht vorzeitig entzogen werden könne. Diese Voraussetzungen sind vorliegend für die GmbH offensichtlich erfüllt.

59

2.

60

Doch auch wenn man die vorstehend unter 1. dargelegte Ansicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht teilen, also keine Übertragung eines (Teil-) Geschäftswerts auf die GmbH annehmen wollte, führt auf einem anderen Wege die Teilwertdefinition zu einem vergleichbaren steuerlichen Ergebnis.

61

a) Der für den Entnahmewert maßgebliche Teilwert ist der Betrag, den ein Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber den Betrieb fortführt (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG). Dabei gilt für den Regelfall, dass grundsätzlich der Substanzwert des einzelnen Wirtschaftsguts auch der Teilwert ist (BFH-Urteil vom 19. Juli 1995 I R 56/94, BStBl II 1996, 28 / 32).

62

b) Dies hindert jedoch nicht, bei bestimmten rentablen Wirtschaftsgütern auch den Ertragswert in den Teilwert einfließen zu lassen oder allein anzusetzen (Teilwerterhöhung wegen besonderer Rentabilität).

Eine solche Wertermittlung ist insbesondere bei der Bewertung von Wertpapieren, Mietobjekten und - wie hier - Beteiligungen geboten (Schmidt/Glanegger, EStG, 22. Auflage 2003, § 6 Rz. 239 m.w.N.). Die Berechtigung der Teilwerterhöhung durch den Ertragswert für diese Wirtschaftsgüter ergibt sich aus der Tatsache, dass sie Ertrag nicht nur als unselbständige Teile des Gesamtbetriebs abwerfen. Vielmehr ist wegen der eigenständigen Rendite die Zuordnung eines gesonderten, vom übrigen Betriebsergebnis unabhängigen Ertrags möglich (so auch z.B. Blümich/Ehmcke, EStG, § 6 Rnr. 690, Stichwort: "Rentabilität des einzelnen Wirtschaftsguts"; Hermann/Heuer/Raupach, EStG, § 6 Anm. 610; FinMin. NRW, Erlass vom 20.01.1994 - S 2171- 30 - V B I in Der Betrieb 1994, 555).

Die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung folgt diesen Überlegungen, insbesondere bei der Frage der Berechtigung von Teilwertabschreibungen (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 25. Juni 1985 VIII R 274/81, BFH/NV 1986, 23/24 unter 5.a) und vom 17. September 1987 II R 201/84, BStBl II 1988, 488). Für die Teilwertschätzung einer Beteiligung mit eigener Rendite (also wie hier, allerdings kein Fall einer Betriebsaufspaltung) hat der BFH sowohl Substanzwert- wie auch Ertragswert-Faktoren einbezogen (BFH-Urteil vom 7. November 1990 I R 116/86, BStBl II 1991, 343/344 unter 6. c) aa).

In dem vorliegenden Falle einer Betriebsaufspaltung sind Ertragswertgesichtspunkte vorrangig und deshalb überzugewichtet. Denn da die Betriebs-GmbH typischerweise aufgrund der Konstruktion der Betriebsaufspaltung nicht sehr vermögend ist, rückt der Aspekt des Substanzwerts in den Hintergrund. Die Betriebs-GmbH soll gerade mit nur geringem eigenen Vermögen eine hohe Rendite erwirtschaften.

c) Zusätzlich ist auf die auch von der Rechtsprechung betonte funktionale Bedeutung der Beteiligung abzustellen (Teilwerterhöhung wegen Funktionalität).

Dies bedeutet bei einer Betriebsaufspaltung, dass - da diese ohne Betriebsunternehmen nicht denkbar ist - die Beteiligung an der Betriebs-GmbH für das Besitzunternehmen von geradezu herausragendem Wert ist. Denn über die Beteiligung kann z.B. auf die Höhe von Pachteinnahmen erheblicher Einfluss genommen werden. Außerdem liegt es gerade in der Konstruktion der Betriebsaufspaltung, dass das Besitzunternehmen über das Betriebsunternehmen am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Die Möglichkeit eines Einzelunternehmens, über seine im Betriebsvermögen gehaltene Beteiligung an einer GmbH auf die Geschäftsbeziehungen günstig einzuwirken, beeinflusst deshalb nach der Rechtsprechung den Teilwert der Beteiligung (BFH-Urteil vom 31. Oktober 1978 VII R 124/74, BStBl II 1979, 108; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 28. Oktober 1987 2 K 177/84, EFG 1988, 164; FG München, Urteil vom 21. Dezember 2000, 10 K 5234/97, Revision, EFG 2001, 485 mit Anmerkung Braun, Seite 486).

d) In Konsequenz dieser Bewertungsgrundsätze zur Rentabilität und Funktionalität ist für den hier zu ermittelnden Teilwert der GmbH der Umstand zu berücksichtigen, dass der auf die GmbH übertragene Betrieb in seiner früheren Form als Einzelunternehmen viele Jahre lang nachhaltig ganz erhebliche Gewinne erwirtschaftet hat. Ein fiktiver Erwerber des Besitzunternehmens im maßgeblichen Zeitpunkt März 1990 hätte schon deshalb den Teilwert der GmbH-Beteiligung entsprechend hoch angesetzt. Weiterhin hätte der fiktive Erwerber aber auch durch einen entsprechend hohen Preis dem Umstand Rechnung getragen, dass es sich bei der GmbH nicht um irgendeine Kapitalgesellschaft handelte, an der er mit

voraussichtlich hohen Gewinnen beteiligt sein würde, sondern dass es sich um die Betriebs-GmbH handelt, ohne die die mit Bedacht gewählte steuerliche Konstruktion einer Betriebsaufspaltung nicht möglich wäre.

e) Die Bp und der Beklagte haben deshalb grundsätzlich zutreffend einen Teilwert unter Einschluss des Firmenwerts der GmbH angesetzt. Denn in diesem Firmen- oder Geschäftswert kommen die Ertragsaussichten zum Ausdruck, die als Mehrwert einem Unternehmen über den Gesamtwert seiner Wirtschaftsgüter hinaus innewohnen. Zur Schätzung dieses Werts haben sich Bp und Beklagter mit der sog. indirekten Methode auch einer grundsätzlich geeigneten Berechnungsformel bedient (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. schon Urteil vom 8. Dezember 1976 I R 215/73, BStBl II 1977, 409 m. w. Nachw.).

IV. 71

Die Höhe des nach diesen Grundsätzen zu ermittelnden Teilwerts, den der Beklagte anteilig als Entnahmegewinn in Ansatz gebracht hat, ist jedoch durch fehlerhafte Ansätze innerhalb der Berechnungsmethode unzutreffend und deshalb nach Maßgabe der folgenden eigenen Schätzung des Senats (§ 96 Abs. 1 S. 1 FGO i.V.m. § 162 AO) herabzusetzen. 72

1. 73

a) Der als Ausgangspunkt der Berechnungen zu schätzende voraussichtlich *nachhaltig* erzielbare Gewinn aus der GmbH-Beteiligung ist als Durchschnittswert der Betriebsergebnisse einer Vielzahl von Geschäftsjahren vor der Betriebsaufspaltung und Entnahme der Geschäftsanteile zu ermitteln. Ein einzelnes Jahr bietet hierfür keine ausreichende Basis, erst recht nicht der hochgerechnete Dreimonatswert eines gerade angelaufenen einzelnen Jahres, wie der Beklagte dies in seiner verbösernden Einspruchsentscheidung in Ansatz gebracht hat. 74

Der Senat geht zu diesem Zweck von den bestandskräftig veranlagten und bekannten Gewinnen des früheren Einzelunternehmens der Geschäftsjahre 1984 bis 1989 aus, die auch eine ausreichende Schätzungsbasis bieten. Die Gewinne der noch früheren Jahre sind entweder nicht bekannt (1980 und früher) oder sie liegen nur als vom Beklagten nicht geprüfte Bilanzwerte vor (1981 bis 1983), weil die Steuerakten mit evtl. bestandskräftigen Änderungen fehlen. Die Summe der in o.a. sechs Jahren erwirtschafteten Gewinne aus dem Gewerbebetrieb des Einzelunternehmens beträgt 3.178.326,- DM. 75

b) Dieser Betrag ist jedoch um die in diesen Jahren erzielten a.o. Erträge aus dem Verkauf von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens in Höhe von insgesamt 242.799,- DM zu mindern. Denn die GmbH verfügte nicht über eigene Anlagegüter, die sie nur mietete und nach den Bestimmungen des Pachtvertrags war auch die Ersatzbeschaffung Sache der Verpächterin. Deshalb war im März 1990 nicht zu erwarten, dass a.o. Erträge aus Anlageverkäufen, wie sie noch bei dem Einzelunternehmen angefallen waren, auch bei der GmbH den Gewinn erhöhen würden. 76

c) Eine weitere Minderung der voraussichtlich nachhaltig erzielbaren Gewinne ergibt sich aus dem Umstand, dass die GmbH - anders als das frühere Einzelunternehmen - für die Nutzung des benötigten Anlagevermögens Pachtzahlungen entrichten musste. Diese Belastung wurde nur teilweise durch die Tatsache kompensiert, dass die GmbH dafür auch keine AfA, Zinsen und andere mit dem Anlagevermögen verbundene Betriebsausgaben zu tragen hatte. Denn das Besitzunternehmen hatte die Pacht unstreitig so kalkuliert, dass für den Inhaber ein angemessener Unternehmensgewinn verbleiben sollte. 77

Dahin geht auch der Vortrag der Kläger, die eine geplante Verlagerung der Gewinne innerhalb der Betriebsaufspaltung von der GmbH in das Besitzunternehmen geltend machen. Die zum Nachweis vorgelegte, seinerzeit erstellte schriftliche Gewinnprognose des früheren Beraters für das Besitzunternehmen bestätigt dies im Grundsatz. Deren Echtheit und inhaltliche Richtigkeit ist auch vom Beklagten nicht bestritten worden. Folglich hätte ein fiktiver Erwerber des Besitzunternehmens mit im Sonder-BV enthaltenen GmbH-Anteilen im März 1990 erwartet, dass in den ersten fünf Jahren nach Beginn der Betriebsaufspaltung ab 1990 bei dem Besitzunternehmen ein Jahresgewinn von durchschnittlich etwa 200.000,- DM anfallen und dem eine ähnliche Minderung der GmbH-Gewinne entsprechen würde. Hiervon geht im Folgenden auch der Senat aus.	78
Soweit die Klägerseite anzunehmen scheint, es müssten statt der Prognosewerte die jetzt bekannten tatsächlichen Gewinne der Jahre ab 1990 berücksichtigt werden, ist diese Ansicht unzutreffend. Da die tatsächliche Entwicklung im März 1990 nicht bekannt war, konnte sie auf die Schätzung der nachhaltigen Gewinne und damit den Teilwert keinen Einfluss haben. Dies gilt auch für die Argumentation der Kläger, dass die späteren Verluste sowie die jetzt eingetretene Insolvenz der GmbH einen allenfalls minimalen Ertragswert begründen könnten.	79
d) Weiterhin ist zur Ermittlung der bei der GmbH nachhaltig zu erwartenden Gewinne der Durchschnittsgewinn des früheren Einzelunternehmens noch um einen angemessenen Unternehmerlohn zu kürzen. Denn bei der GmbH würden für die Unternehmensleitung entsprechende gewinnmindernde Geschäftsführeraufwendungen anfallen. Da diese Kürzung zwischenzeitlich auch vom Beklagten nicht mehr in Abrede gestellt wird, verweist der Senat auf die diesbezügliche ständige höchstrichterliche Rechtsprechung (z.B. BFH-Urteil vom 25. Januar 1979 IV R 56/75, BStBl II 1979, 302) und verzichtet insoweit auf weitere Ausführungen.	80
Die Höhe dieses Unternehmerlohns setzt der Senat im Rahmen seiner Schätzung mit 30 v.H. des verbleibenden Gewinns an. Diese - in Anlehnung an Abschn. 78 Abs. 2 VStR 1989 angenommene - Quote war auch von den Beteiligten im Erörterungstermin vor dem Berichterstatler nicht als unangemessen beanstandet worden.	81
e) Unter Berücksichtigung einer Eigenkapitalverzinsung (13,5 v.H. auf 100.000,- DM eingezahltes Stammkapital, siehe unten unter 2.b)) ergibt sich somit ein voraussichtlicher nachhaltig erzielbarer durchschnittlicher Jahresgewinn der GmbH von (gerundet) 189.000 DM.	82
2.	83
Die Kapitalisierung dieses Jahresgewinns hat nach der Berechnungsmethode für langfristige Kapitalanlagen zu erfolgen. Dies führt zu einem Kapitalisierungsfaktor von 7,4.	84
a) Gegen eine langfristige Kapitalisierung des maßgeblichen Jahresgewinns können die Kläger nicht mit Erfolg einwenden, dass der Miet- und Pachtvertrag nur für drei Jahre fest abgeschlossen und dieser deshalb - wenn nicht durch den ersten GmbH-Geschäftsführer zu erwarten, der zugleich Inhaber des Besitzunternehmens war, so doch durch den zweiten Geschäftsführer - schon zum 31.12.1992 kündbar gewesen sei. Diese Argumentation übersieht, dass dieser zweite Geschäftsführer eine Kündigung gegen den Willen des ersten, der mit 60 v.H. Mehrheitsgesellschafter der GmbH war, rechtlich nicht hätte durchsetzen können. Aufgrund dessen Personenidentität mit dem Inhaber des Besitzunternehmens hätte ein Erwerber dieses Unternehmens die Dauer des Miet- und Pachtvertrags mit der GmbH jedenfalls allein bestimmen können, so dass von einer unbefristeten Dauer der	85

Vertragsbeziehungen auszugehen ist.

b) Den anzuwendenden Kapitalisierungsfaktor setzt der Senat mit 7,4 an. Zwar wird im allgemeinen - ohne Begründungserfordernis - von einem Zinssatz von 10 v.H. und dementsprechend von einem Kapitalisierungsfaktor von ebenfalls 10 ausgegangen (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 12. April 1984 IV R 222/81, n.v. -juris-), wie dies der Beklagte in den angefochtenen Verwaltungsakten in zumindest vertretbarer Weise auch vorgenommen hat. Es kann jedoch auch eine individuelle Berechnung des Kapitalisierungszinsfußes mit dem Basiszins (Rendite der langfristigen, festverzinslichen inländischen Wertpapiere) plus Risikozuschlag für den Kapitaleinsatz (in der Regel 50 bis 60 v.H.) erfolgen (BFH-Urteil vom 13. April 1983 I R 63/79, BStBl II 1983, 667 m. w. Nachw.). 86

Wegen der doch signifikanten Abweichung vom "Normalfaktor" hält der Senat zugunsten der Kläger die letztere Schätzungsmöglichkeit für angemessen. Bei einer in 1990 erzielbar gewesen durchschnittlichen Rendite von Pfandbriefen und Kommunalobligationen i.H.v. 9,0 v.H. (Statistisches Jahrbuch 1991, Seite 353, Tabelle 14.9.2) und einem Risikozuschlag von 50 v.H. ergibt sich ein Zinsfuß von 13,5 v.H., der dann auch für die abzusetzende Eigenkapitalverzinsung (siehe oben 1.e) maßgeblich ist (vgl. BFH-Urteil vom 24. April 1980 IV R 61/77, BStBl II 1980, 690 / 691 unter 3.c). Dieser Zinsfuß ergibt den Kapitalisierungsfaktor 7,4. 87

c) Einen höheren Risikozuschlag zum Basiszins hält der Senat entgegen der Ansicht der Kläger an dieser Stelle für ebenso wenig erforderlich wie einen höheren Risikoabschlag vom kapitalisierten nachhaltig erzielbaren Jahresgewinn, den der Senat ebenfalls mit dem üblichen Wert von 50 v.H. ansetzt. 88

Besondere Risiken sind nicht ersichtlich vor dem Hintergrund, dass das frühere Einzelunternehmen über viele Jahre hinweg schon mit hohen Gewinnen gearbeitet hatte. Die GmbH konnte also einen bereits aufgebauten, funktionstüchtigen Betrieb übernehmen. Auch der Wechsel der Gesellschaftsform und die vorgenommene Betriebsaufspaltung lassen die unternehmerischen Risiken nicht wesentlich verändert erscheinen. Denn der bisherige Einzelunternehmer blieb der GmbH als Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer ebenso erhalten wie als Inhaber des Besitzunternehmens, das das wesentliche Betriebsvermögen verpachtete. 89

3. 90

Aus den vorstehenden Schätzungsgrundlagen ergibt sich folgende Berechnung des streitigen Entnahmegewinns: 91

Summe der Gewinne des Einzelunternehmens 92

in den Jahren 1984 bis 1989 3.178.326 DM 93

./ . a.o. Erträge aus Anlagenverkäufen 242.799 DM 94

Summe der Nettogewinne 2.935.527 DM 95

durchschn. Jahresgewinn ohne Anlagenverkäufe, gerundet 489.000 DM 96

./ . Minderung für durchschn. Jahresgewinn d. Besitzunternehmens 200.000 DM 97

Zwischensumme 289.000 DM 98

./.	Unternehmerlohn, geschätzt mit 30 v.H., gerundet <u>86.700 DM</u>	99
	Zwischensumme 202.300 DM	100
./.	Kapitalverzinsung 13,5 v.H. von 100.000 DM Stammkapital <u>13.500 DM</u>	101
	nachhaltig erzielbarer Jahresgewinn der GmbH, gerundet 189.000 DM	102
	Jahresgewinn, kapitalisiert mit Faktor 7,4 , gerundet 1.398.600 DM	103
./.	Risikoabschlag 50 v.H <u>699.300 DM</u>	104
	Firmenwert der GmbH, gerundet 700.000 DM	105
	Firmenwert für 40 v.H. GmbH-Anteile 280.000 DM	106
./.	40 v.H.-Anteil am Stammkapital als weiteres BV <u>40.000 DM</u>	107
	Teilwert des 40 v.H.-Geschäftsanteils = Entnahmewert 240.000 DM	108
4.		109
	Der Senat setzt die ESt 1990 gem. § 100 Abs. 2 S. 1 FGO selbst wie folgt herab:	110
	z.v.E. lt. Einspruchsentscheidung 1.416.345 DM	111
./.	Differenz Entnahmewert lt. Urteil (1.188.000 ./.	112
	240.000) <u>948.000 DM</u>	
	z.v.E lt. Urteil 468.345 DM	113
	ESt lt. Urteil (z.v.E. 468.345 DM, Splittingtabelle 1990) 202.508 DM	114
V.		115
	Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 S. 1 FGO.	116
	Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 151 Abs. 3 sowie 155 FGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	117
	Die Revision war nicht zuzulassen, das die Voraussetzungen des § 115 Abs. 2 FGO nicht vorliegen.	118