
Datum: 01.03.2012
Gericht: Finanzgericht Köln
Spruchkörper: 6. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 K 688/10
ECLI: ECLI:DE:FGK:2012:0301.10K688.10.00

Rechtskraft: IV R 18/12

Tenor:

Der Bescheid über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31. Dezember 1998 in Gestalt des Änderungsbescheids vom 23. April 2007 wird mit der Maßgabe geändert, dass der vortragsfähige Gewerbeverlust auf 15.980.284 DM (= 8.170.589,47 EUR) festgestellt wird. Der Bescheid über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31. Dezember 1999 in Gestalt des Änderungsbescheids vom 23. April 2007 wird mit der Maßgabe geändert, dass der vortragsfähige Gewerbeverlust auf 33.035.153 DM (= 16.890.605,52 EUR) festgestellt wird.

Der Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2000 vom 26.9.2001, geändert durch Bescheid vom 6.9.2006 und durch Bescheid vom 23.4.2007, in Gestalt der Teileinspruchsentscheidung vom 5.2.2010, wird mit der Maßgabe geändert, dass festgestellt wird, dass ausländische Steuern in Höhe von DM 3.068.158 (= 1.568.724,28 EUR) gemäß § 26 Abs. 1, Abs. 6 KStG iVm § 34c Abs. I EStG anrechenbar sind.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens werden der Klägerin zu 3/4 und dem Beklagten zu 1/4 auferlegt.

Die Revision wird zugelassen.

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

Tatbestand

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob 1. die Veräußerung von Aktien zu einem Verlust geführt hat und ob 2. Zinsen für ein Darlehen bei der Gewerbesteuer als Dauerschuldzinsen dem Gewerbeertrag hinzuzurechnen sind.

Die Gesellschaftsverhältnisse der beteiligten Firmen stellen sich wie folgt dar:

Am ...I 1998 wurde eine offene Handelsgesellschaft (oHG) mit Sitz in L gegründet. An dieser waren mit einem Festkapital von jeweils 500.000 DM beteiligt die Firma C-GmbH (später umfirmiert in H B ... GmbH, abgekürzt HB) und D-GmbH E (später umfirmiert in H S ... GmbH, abgekürzt HS) offene Handelsgesellschaft.

Gemäß Gesellschaftsvertrag vom ... 1998 trat die H Beteiligungs-GmbH (im Folgenden abgekürzt: HG oder Klägerin) mit einem Festkapital von 1.000.316.000 DM als weitere persönlich haftende Gesellschafterin ein. Mit Gesellschafterbeschluss vom 18. Dezember 1998 wurde die Einlage der HG auf 315.600.000 DM gemindert. Mit Gesellschafterbeschluss vom 22. Dezember 1998 wurde die Festkapitaleinlage der HG durch eine Sacheinlage zum Buchwert (Beteiligung der HG an der T) um 3.462.397.740,31 DM auf 3.777.997.740,31 DM erhöht.

Die oHG wurde mit Eintragung ins Handelsregister vom 2. Dezember 1998 in HB Management ... für H-Beteiligung oHG umfirmiert.

Mit Vertrag vom ... 2006 wurden die HS und die HB auf die verbleibende Gesellschafterin HG (die Klägerin) verschmolzen. Die HB und HS schieden mit der Verschmelzung als persönlich haftende Gesellschafterin aus der oHG aus. Gleichzeitig erlosch die oHG ohne Liquidation (Eintragung im Handelsregister am 14. Februar 2007).

Alleinige Gesellschafterin der Klägerin ist die ... mit Sitz in P.

Zu 1. :

In den Jahren 1997/98 verhandelte die H ... mit Großaktionären der F Beteiligungs-AG, der heutigen H Deutschland Holding AG, über den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an der FB-AG. In der FB-AG waren eine Vielzahl von operativen Beteiligungen der FB-Gruppe gebündelt. Die Beteiligungsgesellschaften waren insbesondere in Deutschland auf dem Gebiet der ... tätig. Strategische Zielsetzung für den Erwerb war die Möglichkeit, mit der FB-Gruppe das deutsche Engagement der H ... deutlich auszuweiten und Deutschland als weiteren Kernmarkt ... zu etablieren.

Die oHG bot durch ein öffentliches Übernahmeangebot vom ... 1998 allein Aktionären der (damaligen) F Beteiligungs-AG an, in der Zeit vom ... 1998 bis zum ... 1998 deren Aktien zu einem Kaufpreis von 210 DM (= 107,37 €) je Aktie zu erwerben. In diesem Kaufangebot berichtet H, dass die oHG über mehrere Zwischengesellschaften zu 100 % zur ... H gehört. Aufgrund von Optionsverträgen mit verschiedenen Aktionären von FB (K, M-Bank, T) hat H Kaufoptionsrechte zum Erwerb von Aktien der FB erworben und den jeweiligen Verkäufern Verkaufsoptionen zum Preis von 210 DM je Aktie eingeräumt (Verträge vom 22.12.1997 und 14.01.1998). Bis zum 30.05.1998 hat H indirekt über die oHG, die H-Beteiligungs-AG i.G. und weiterer Konzerngesellschaften durch Ausübung der ihr eingeräumten Optionsrechte 28.974.290 Aktien an FB erworben, entsprechend einer durchgerechneten Beteiligung von etwa 54,61 % am Grundkapital von FB.“

Im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb wurden entsprechende Gutachten zur Vorbereitung von geplanten Beherrschungsverträgen mit Beteiligungsgesellschaften zur Angemessenheit von Ausgleichszahlungen gemäß § 304 Aktiengesetz und zur Höhe von Abfindungen nach § 305 Aktiengesetz durch die R erstellt und am 30.06.1997 vorgelegt. Diese Gutachten wurden nach den „Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.“ erstellt. Darin wird der Wert der FB zum 31.12.1996 einschließlich aller Beteiligungen mit 8.122.110.000 DM ermittelt, was bezogen auf einen Aktiennennwert von 5 DM, nach Aktiensplitt bei 49.087.500 ausgegebenen Aktien, einem Wert von 165,46 DM (= 84,59 €) entsprach. Die Aktien wurden letztlich zu einem Kaufpreis von 210 DM je Aktie erworben. 12

1999 erfolgten weitere Zugänge mit 379.999 Stück und Anschaffungskosten von 79.799.799 DM. Danach umfasste die Beteiligung 29.653.285 Aktien von insgesamt 53.511.955 Stück Aktien und damit 55,414 % des gesamten Kapitals. 13

Für die Jahre 1998 bis 2000 fand bei der früheren oHG eine Betriebsprüfung statt. 14

Im Rahmen der Betriebsprüfung erhöhte diese die Anschaffungskosten der Aktien um unstreitige Nebenkosten in Höhe von insgesamt 4.554.075 DM. 15

Mit Vertrag vom 29. September 2000 veräußerte die oHG sämtliche FB-Aktien mit Wirkung zum Ablauf des 31. Dezember 2000 an die Klägerin. In diesem Vertrag wurde unter § 4 vereinbart, dass die Parteien nach Abschluss dieses Vertrags bei einem unabhängigen Wirtschaftsprüfer ein Gutachten über die Angemessenheit des in § 2 Abs. 2 zugrundegelegten Kaufpreises in Höhe von 98 € pro Aktie in Auftrag geben. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass jede Partei bis zum 23. Dezember 2000 den Vertragsrücktritt erklären könne, wenn der Wirtschaftsprüfer die Angemessenheit nicht bestätigen könnte. Wegen der Einzelheiten wird auf den Vertrag Bezug genommen. 16

Im Transaktionszeitraum seien die im freien Handel befindlichen Aktien der FB-AG zu folgenden Kursen gehandelt worden: 17

Drei-Monats-Durchschnittskurs zum 29.09.2000	82,79 €	18
Sechs-Montags-Durchschnittskurs	77,00 €	
niedrigster amtlich notierter Kurs am 29.09.2000 (Frankfurt)	97,50 €	

niedrigster amtlich notierter Kurs am 31.12.2000 (Frankfurt)	96,50 €
--	---------

Mit Gutachten vom 18. Dezember 2000, auf das wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, bescheinigte die R die Angemessenheit des Kaufpreises von 98 € je Aktie zum 29. September 2000. Dieser Wert basiert auf einem abgezinsten Unternehmenswert der FB zum 29. September 2000 von 9.975.578.000 DM (das entspricht 95,31 € je Aktie) zuzüglich eines entsprechenden Dividendenanspruchs pro Aktien von 2,20 DM (= 1,12 €). 19

Die oHG ermittelte aus dem Verkauf in 2000 unter Berücksichtigung der Anschaffungsnebenkosten laut Betriebsprüfung einen Veräußerungsverlust wie folgt: 20

Erwerb der Aktien in 1998 21

29.273.286 Stück zum Preis von 210,16 DM (107,45 €) 22

Anschaffungskosten 31. Dezember 1998	6.151.937.178,31 DM	23
Zukauf weiterer Aktien 1999		
379.999 Stück zum Preis von 210 DM (107,37 €)	79.799.790.00 DM	
Anschaffungsnebenkosten	4.554.075,00 DM	
Gesamtanschaffungskosten 31.12.1999	6.236.291.043,00 DM	

(entspricht 210,31 DM/Stück) 107,53 € 24

Veräußerung aller FB-Aktien mit Ablauf zum 31.12.2000 25

zum Preis von 98 € je Aktie	5.683.684.871,35 DM	26
Veräußerungsverlust	548.052.096,96 DM	
Später unstreitig korrigiert auf	552.606.171,96 DM	

Die Betriebsprüfung vertrat in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass im Zeitpunkt der Veräußerung der Anteile der Buchwert dem Teilwert der Anteile entspreche und egalisierte demzufolge den Veräußerungsverlust durch eine Entnahme der Buchwertdifferenz. 27

Die Betriebsprüfung überprüfte das Gutachten der R und beanstandete dieses im Wesentlichen inhaltlich insoweit, dass kein Wachstumsabschlag bei der Kapitalisierung der ewigen Rente unterstellt wurde. Des Weiteren wurde die Wertermittlung der Beteiligungen sowie das Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften bemängelt. Ferner vertrat die Betriebsprüfung die Auffassung, dass keine Anhaltspunkte dafür feststellbar seien, dass zwischen dem Erwerb der Aktien Ende 1997 und dem streitbefangenen Verkauf in 2000 ein entsprechender Wertverlust eingetreten sei. Wegen der Einzelheiten wird auf die Tz. 16 bis 22 des Betriebsprüfungsberichts Bezug genommen. 28

Die Beteiligten sind sich einig, dass der Ansatz eines Wachstumsabschlags von 1% zu einer Erhöhung des Werts je Aktie von 23 € führt.	29
Zu 2.:	30
Die oHG hatte einen Kredit bei der U-Bank (Darlehen-Nr. ...) in Höhe von 1.010.000.000 DM aufgenommen. Der Kredit stand der oHG seit dem 12. Juni 1998 zur Verfügung und wurde am 24.11.1998 an die H ... abgetreten.	31
Grund für die Aufnahme des Kredits war das öffentliche Übernahmeangebot der Gesellschaft vom 5. Juni 1998. Bei Andienung sämtlicher Aktien zum Angebotspreis von 210 DM je Stück musste die oHG einen Finanzbedarf von insgesamt 4.775.815.000 DM decken. Dafür standen neben vorhandenen Eigenmitteln und Fremdmitteln von H ... und einem anderen Darlehen das hier streitbefangene Darlehen mit 1.010.000.000 DM zur Verfügung. Insgesamt ergaben sich Mittel der oHG von 4.782.000.000 DM. Da bis zum Ablauf der Übernahmefrist nur insgesamt 8.000.262 Aktien angeboten wurden, waren die Finanzmittel nicht in vollem Umfang erforderlich.	32
Bisher waren bei der Ermittlung des Gewerbeertrags in 1998 Schuldzinsen für dieses Darlehen in Höhe von 18.086.938 DM und 1999 noch ein Restbetrag in Höhe von 80.577 DM als Dauerschuldzinsen hinzugerechnet worden. Die Betriebsprüfung vertrat die Auffassung, dass es sich um Dauerschuldzinsen im Sinne des § 8 Nr. 1 GewStG a.F. handele.	33
Der Beklagte folgte der Auffassung der Betriebsprüfung und erließ u.a. folgende Bescheide:	34
Änderungsbescheide über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31. Dezember 1998 und 31. Dezember 1999 vom 23. April 2007,	35
Änderungsbescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2000 vom 23. April 2007.	36
Die gegen die Bescheide eingelegten Einsprüche wies der Beklagte mit Teileinspruchsentscheidungen vom 5. Februar 2010 in den hier streitbefangenen Punkten als unbegründet zurück. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus:	37
Zu 1.:	38
Die Übertragung der FB-Beteiligung von der oHG auf die Klägerin sei nicht zu fremdüblichen Bedingungen erfolgt. Zwar sei ein Kaufvertrag geschlossen worden, jedoch sei der Kaufpreis so bemessen worden, dass er nicht dem unter fremden Dritten zu erzielenden Kaufpreis entspreche. Deshalb sei die Übertragung der Anteile in einen voll entgeltlichen Teil und in einen voll unentgeltlichen Teil aufzuteilen. Hinsichtlich des unentgeltlich übertragenen Teils liege eine verdeckte Entnahme vor, die nach § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG a. F. mit dem Teilwert anzusetzen sei.	39
Der wahre Wert pro Aktie habe bei 107,53 € (210 DM) gelegen. Es liege kein fremdüblicher Übertragungsvertrag vor.	40
Im Streitfall seien die Bestandteile eines Kaufpreises für eine Mehrheitsbeteiligung an einem bedeutenden Konzern nicht vollständig und zutreffend berücksichtigt worden. Die Ermittlung des Ertragswerts der Anteile enthalte zudem Mängel und Widersprüche, die eine Berücksichtigung in der vorliegenden Form nicht zuließen.	41

Gegenstand des zu beurteilenden Kaufvertrags sei eine Mehrheitsbeteiligung an der FB AG gewesen.

Im vorliegenden Fall ließe sich zwar theoretisch ein Ausgangswert für die Ermittlung eines Fremdvergleichspreises (objektivierter Wert der Anteile) über ein anerkanntes Bewertungsverfahren ermitteln. Aber mit der Ermittlung dieses Wertes könne die Bewertung im konkreten Fall noch nicht abgeschlossen sein. Insbesondere die Beteiligungsquote und auch der mit der Beteiligung verbundene Einfluss des Anteilseigners auf die Unternehmenspolitik sowie zu erwartende Synergieeffekte könnten nicht außer Acht gelassen werden. Durch diese Einflüsse könne der Wert einer Beteiligung mehr oder weniger stark von dem objektivierten Wert der Anteile abweichen. 43

Entscheidungserheblich zu berücksichtigen sei, dass die oHG durch ein öffentliches Übernahmeangebot vom 5. Juni 1998 allen Aktionären angeboten habe, Aktien zu einem Kaufpreis von 210 DM je Aktie zu erwerben. Damit habe H Anfang 1998 in einer strategisch angelegten Aktion die Mehrheit an der ... inländischen ... übernommen und diese durch das öffentliche Übernahmeangebot (allerdings nur geringfügig) noch ausgebaut. Sie habe dies nach eigenem Bekunden nicht als Kapitalanlage angesehen, sondern als strategische Maßnahme, um in einem sich verändernden ... Markt mitsprechen zu können. 44

Die oHG habe 1997/1998 einen Kaufpreis für die Beteiligung gezahlt, der nicht unerheblich über dem objektivierten Wert der Anteile gelegen habe. Aus dem Gutachten der R vom 30. Juni 1997 ergebe sich, dass der Wert einer Aktie sich auf 165,46 DM (= 84,59 €) belaufen habe. H habe also in Kenntnis dieses Umstandes einen Kaufpreis von 210 DM angeboten. Dieser Mehrpreis sei ein Beleg dafür, dass H beim Erwerb der Beteiligung bereit war, zu erwartende anderweitige wirtschaftliche Vorteile für den Konzern zu bezahlen. 45

Entgegen der Auffassung der Klägerin sei ein Wachstumsabschlag zu berücksichtigen. Dies ergebe sich daraus, dass in der Detailplanungsphase ein stetiges Wachstum angenommen wurde (vgl. Bl. 103 f. GA). Es sei nicht erkennbar, wieso dann für die Phase II (sogenannte Rentenphase) nicht mehr von einem Wachstum ausgegangen werden könne. Die Annahme eines Nullwachstums für den Zeitraum ab 2006 sei nicht sachgerecht. 46

Es sei nicht zutreffend, dass der Wachstumsabschlag implizit schon in den Schätzungen des branchenüblichen Risikozuschlags enthalten sei. Diese Behauptung könne bereits rechnerisch widerlegt werden (vgl. Bl. 105 GA). 47

Unzutreffend sei auch, dass das Ergebnis der F Leben in der ewigen Rente im Gegensatz zum letzten Jahr der Detailplanungsphase um 25 % reduziert wurde. Dadurch seien für die ferne Zukunft Kapitalerträge prognostiziert worden, die weit unterhalb aller Schätzungen für die Detailplanungsphase lagen (vgl. Bl. 106 ff.). 48

Das Gutachten sei auch insofern fehlerhaft, als es keinen Paketzuschlag für mehrheitsvermittelnde Anteile enthält (vgl. Bl. 109 ff. GA). 49

Zu 2.: 50

Die Hinzurechnung der Dauerschuldzinsen sei zu Recht erfolgt. Es liege ein wirtschaftlicher Zusammenhang mit der Erweiterung des Betriebes vor. Denn das Darlehen sei zu einem Zeitpunkt zur Finanzierung eines Beteiligungserwerbs aufgenommen worden, in dem noch nicht bekannt gewesen sei, in welchem Umfang Finanzierungsmittel benötigt wurden. Es sei höchststrichterlich geklärt, dass es für die Frage, ob ein Kredit eine Dauerschuld darstellt, nur 51

auf den Anlass der Kreditaufnahme ankomme. Daraus folge, dass eine Schuld, die einmal Dauerschuldcharakter hat, bis zu ihrem Erlöschen Dauerschuld bleibt (Hinweis auf BFH-Urteil vom 28. Mai 1998 in BFH/NV 1999/359). Auf die tatsächliche Laufzeit des Darlehens im Betrieb der Gesellschaft komme es deshalb nicht an.

Mit der Klage trägt die Klägerin vor: 52

1.: 53

Die Übernahmeverhandlungen in den Jahren 1997/1998 seien unter starkem zeitlichen Druck geführt worden. Der Kaufpreis sei allein das Ergebnis der freien Verhandlungen mit den damaligen Kursaktionären gewesen. Der Bestimmung des Kaufpreises habe keine dezidierte Unternehmensbewertung zugrunde gelegen. Die im Jahre 1996 für den Abschluss von Beherrschungsverträgen mit verschiedenen Beteiligungsgesellschaften erstellten Bewertungen hätten bei der Preisfindung keine Rolle gespielt. Unternehmensplanungen der FB-Gruppe hätten der H Italien nicht vorgelegen. Es sei auch keine Due Diligence durchgeführt worden. Es existiere auch keine Bewertung durch eine externe Investmentbank bzw. einen externen Gutachter. Im Aufsichtsgremium der H ... sei der Kaufpreis anhand des durchschnittlichen Drei-Monats-Börsenkurses zuzüglich eines Aufschlags von 20 % verplausibilisiert worden. Bei der Wertfindung im Rahmen der Kaufpreisverhandlungen habe der Börsenkurs hingegen keine entscheidende Rolle gespielt. 54

Nach dem Erwerb der Mehrheitsbeteiligung sei die FB-Gruppe seit dem Geschäftsjahr 1998 im Konzernabschluss der H ... konsolidiert worden. Zu diesem Zweck seien dem Rechnungswesen der H ... regelmäßig Berichte über das Konzernrechnungswesen der FB-Gruppe zur Verfügung gestellt worden. Hierdurch habe sie erstmals detaillierte Informationen über die Ergebnissituation der FB-Gruppe gewonnen. Darüberhinaus habe sie erstmals Zugang zu den internen Controlling-Berichten sowie Planungsunterlagen der FB-Gruppe erhalten. Der Ergebnisbeitrag der FB-Gruppe am Gesamterfolg der H-Gruppe sei dabei zunehmend kritisch gesehen worden. Insbesondere sei man mit der Kostensituation nicht zufrieden gewesen. Insgesamt sei die wirtschaftliche Entwicklung der FB-Gruppe hinter den ursprünglichen Erwartungen in Zeitpunkt des Erwerbs der Mehrheitsbeteiligung zurückgeblieben. Auch hätten sich die aus dem Erwerb der FB-Gruppe erhofften zusätzlichen Entwicklungsmöglichkeiten, Marktchancen sowie Synergieeffekte nicht eingestellt bzw. nicht in den gewünschten Umfang. Zudem habe die marktweite Profitabilität im Geschäftsfeld „...“ seit dem Jahre 1998 eine deutliche und beschleunigte Verschlechterung erfahren. 55

Für Zwecke der Jahresabschlüsse sei eine regelmäßige Überprüfung der Wertansätze für verbundene Unternehmen und Beteiligungen erfolgt. Bereits im Jahre 1999 sowie verstärkt im Jahre 2000 sei der Wertansatz für die FB-Gruppe hinterfragt und Abschreibungsbedarf gesehen worden. Auf Grundlage der gegenüber dem Erwerbszeitpunkt deutlich verbesserten Informationsbasis sei die Bewertung der FB-AG seitens des Managements mit 210 DM je Aktie als nicht mehr gerechtfertigt angesehen worden. Vielmehr hätten interne Diskussionen ergeben, dass ein Wertansatz von 98 € als sachgerecht angenommen werden müsse. 56

Zur Vereinfachung der komplexen Beteiligungsstruktur oberhalb der FB-AG habe die oHG die von ihr gehaltenen Aktien an die jetzige Klägerin veräußert. Als Kaufpreis sei der intern als sachgerecht ermittelte Wert von 98 € pro Aktie vereinbart worden. Im Transaktionszeitraum seien die im freien Handel befindlichen Aktien der FB-AG zu folgenden Kursen gehandelt worden: 57

Drei-Monats-Durchschnittskurs zum 29.09.2000	82,79 €
Sechs-Monats-Durchschnittskurs	77,00 €
niedrigster amtlich notierter Kurs am 29.09.2000 (Frankfurt)	97,50 €
niedrigster amtlich notierter Kurs am 31.12.2000 (Frankfurt)	96,50 €

Vom Umfang her seien in diesem Zeitraum lediglich Splitteranteile gehandelt worden. Zum 29.09.2000 hätten gewisse „Squeeze-Out-Fantasien“ den Kurs beeinflusst. 59

Der vereinbarte Kaufpreis von 98 € sei mithin als fremdüblich anzusehen. 60

Ein Paketzuschlag sei nicht zu machen. Der Kurswert der Aktien der FB-AG am 29. September 2000 habe bereits den werterhöhenden Beteiligungscharakter der Mehrheitsbeteiligung berücksichtigt (Bl. 197 f. GA). 61

Auch sei kein Wachstumsabschlag vorzunehmen (Bl. 205 ff. GA). Die Annahme des nachhaltigen Wachstums eines Unternehmens konkretisiere sich in dem Ansatz eines sogenannten Wachstumsabschlags. Die R führe in diesem Zusammenhang aus, dass nach allgemeiner Diskussion im Berufsstand in den Jahren bis 2000 ein Wachstumsabschlag aufgrund der eingeschränkten Wachstumsmöglichkeiten bei ... nicht üblich gewesen sei. Der Auffassung des Beklagten könne nicht gefolgt werden. Dabei sei zunächst zu beachten, dass die Bemessung des Wachstumsabschlags prinzipiell in gutachtlichem Ermessen liege. Drei unabhängige Wirtschaftsprüfungsgesellschaften hätten den gewählten Ansatz methodisch, inhaltlich und im Ergebnis bestätigt. Es stelle sich daher die Frage, warum die Vertragsparteien mehr wissen sollten als drei ausgewiesene Experten. Führe man sich ferner vor Augen, dass in der Praxis Wachstumsabschläge zwischen 0 % und 2 % angesetzt werden und im vorliegenden Fall zusätzlich die Besonderheiten von ... zu beachten seien, sei nicht ersichtlich, wie die Vertragsparteien von einer erkennbaren Fehlbewertung ausgehen sollten. 62

Zu 2.: 63

Die Voraussetzungen für eine Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen nach § 8 Nr. 1 GewStG a.F. seien im Streitfall nicht erfüllt. Das streitbefangene Darlehen habe wirtschaftlich nicht mit der Gründung oder dem Erwerb eines Betriebs (Teilbetriebs) wirtschaftlich zusammengehungen. Der allenfalls in Betracht kommende Erwerb eines Teilbetriebs scheitere bereits daran, dass der Erwerb der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft nur dann als Erwerb eines Teilbetriebs im Sinne der Vorschrift qualifiziert werden könne, wenn die Beteiligung das gesamte Nennkapital der Gesellschaft umfasse. Darüberhinaus könne von einem Erwerb eines Teilbetriebs denklogisch nur gesprochen werden, wenn der Gegenstand des Erwerbsvorgangs beim Veräußerer die Voraussetzungen für einen Teilbetrieb erfülle. 64

Das Darlehen habe auch nicht wirtschaftlich mit der Erweiterung oder Verbesserung des Betriebs der oHG zusammengehungen. Es fehle bereits an einer Erweiterung oder Verbesserung des Betriebs der oHG. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs solle eine Erweiterung oder Verbesserung nur bei Maßnahmen gegeben sein, denen ein mit den in § 8 Nr. 1 GewStG genannten Gründungs- oder Erwerbsvorgängen vergleichbares 65

wirtschaftliches Gewicht zukomme. Anderenfalls bestehe die Gefahr der Verwischung der Grenzen zwischen den beiden Tatbestandsgruppen in § 8 Nr. 1 GewStG (Hinweis auf Bl. 189 f. GA).

Die Klägerin beantragt, 66

1. den Bescheid über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31.12.1998 vom 15.6.2000, geändert durch Bescheid vom 23.4.2007, in der Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 5.2.2010, dahingehend abzuändern, dass die Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 GewStG um DM 9.043.469 vermindert und der festgestellte vortragsfähige Gewerbeverlust entsprechend erhöht wird; 67

2. den Gewerbesteuerermessbescheid für 1999 vom 25.4.2001 und den Bescheid über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31.12.1999 vom 20.4.2001, jeweils geändert durch Bescheide vom 23.4.2007, in der Gestalt der Teil-Einspruchsentscheidung vom 5.2.2010, dahingehend abzuändern, dass die Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 GewStG um DM 40.289 vermindert und der festgestellte vortragsfähige Gewerbeverlust entsprechend erhöht wird; 68

3. den Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2000 vom 26.9.2001, geändert durch Bescheid vom 6.9.2006 und durch Bescheid vom 23.4.2007, in Gestalt der beiden Teil-Einspruchsentscheidungen vom 5.2.2010, dahingehend abzuändern, dass der Verlust aus der Veräußerung der Aktien an der F Beteiligungs-AG in Höhe von DM 552.606.171,96 berücksichtigt wird und die festgestellten Einkünfte entsprechend gemindert werden, 69

hilfsweise festzustellen, 70

dass ausländische Steuern in Höhe von DM 3.068.158 gemäß § 26 Abs. 1, Abs. 6 KStG iVm § 34c Abs. 1 EStG anrechenbar sind, 71

4. hilfsweise die Revision zuzulassen. 72

Der Beklagte beantragt, 73

die Klage in der Hauptsache abzuweisen und dem Hilfsantrag stattzugeben, 74

hilfsweise die Revision zuzulassen. 75

Entscheidungsgründe 76

Die zulässige Anfechtungsklage ist nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Die angefochtenen Bescheide über die gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes auf den 31. Dezember 1998 und 31. Dezember 1999 vom 23. April 2007 sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin deshalb in ihren Rechten, vgl. § 100 Abs. 1 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung - FGO -. Der Beklagte hat zu Unrecht Dauerschuldzinsen dem Gewerbeertrag hinzugerechnet (dazu nachfolgend unter 2.). 77

Der angefochtene Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2000 in Gestalt der Teileinspruchsentscheidung vom 5. Februar 2010 ist nur hinsichtlich des Hilfsantrags rechtswidrig (dazu nachfolgend unter 3.) 78

79

1. Der Senat sieht keine Notwendigkeit, die H Beteiligungs-GmbH zum Verfahren beizuladen. Zwar treten an die Stelle einer Personengesellschaft nach deren Vollbeendigung die früheren Mitunternehmer als Kläger. Da die HG allerdings auch Gesamtrechtsnachfolgerin der beiden anderen Mitunternehmer geworden ist, ist sie alleinige Klägerin des Verfahrens. Ihre Beiladung zu dem von ihr als Klägerin betriebenen Verfahren würde eine bloße Förmerei darstellen.	
2. Hinzurechnung von Dauerschuldzinsen	80
Entgegen der Auffassung des Beklagten sind Zinsen für das bei der Medio Bank aufgenommene Darlehen nicht als Dauerschuldzinsen dem Gewerbeertrag hinzuzurechnen.	81
Nach § 8 Nr. 1 des GewStG in der in den Streitjahren 1998 und 1999 geltenden Fassung – GewStG a. F. – werden dem Gewerbeertrag folgende Beträge wieder hinzugerechnet, soweit sie bei der Ermittlung des Gewinns abgesetzt worden sind:	82
„1.: Die Hälfte der Entgelte für Schulden, die wirtschaftlich mit der Gründung oder dem Erwerb des Betriebs (Teilbetriebs) oder eines Anteils am Betrieb oder mit einer Erweiterung oder Verbesserung des Betriebs zusammenhängen oder der nicht nur vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals dienen“.	83
a) Das aufgenommene Darlehen hängt wirtschaftlich nicht mit der Gründung oder dem Erwerb eines Teilbetriebs zusammen.	84
Als Teilbetrieb könnte im Streitfall nur die das gesamte Nennkapital an der FB-AG umfassende Beteiligung angesehen werden. Unabhängig von der Frage, ob die das gesamte Nennkapital umfassende Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft einen Teilbetrieb im Sinne des § 8 Nr. 1 GewStG a.F. darstellt, scheitert die Anwendung dieser Vorschrift bereits daran, dass ein solcher Teilbetrieb weder beim Veräußerer vorhanden war (auf diesen abstellend Köster in Lenski/Steinberg, § 8 Nr. 1 Buchst. a, Rz. 279 mit Rechtsprechungsnachweisen (Stand Juni 2011)) noch, wenn man auf den Erwerber abstellt, es beim Erwerber zum Erwerb des Teilbetriebs gekommen ist.	85
b) Das Darlehen hing auch nicht mit einer Erweiterung oder Verbesserung des Betriebs der oHG zusammen. Die oHG verfügte bereits unabhängig von den Hinzuerwerben über eine Schachtelbeteiligung an der FB-AG. Es ist nicht erkennbar, inwieweit der Hinzuerwerb weiterer Anteile eine Erweiterung oder Verbesserung des Betriebs der oHG darstellen könnte.	86
c) Letztlich diene das Darlehen auch nicht der nicht nur vorübergehenden Verstärkung des Betriebskapitals.	87
3. Gesonderte und einheitliche Feststellung der Einkünfte 2000	88
§ 6 Abs. 5 Satz 3 EStG in der im Streitjahr 2000 geltenden Fassung –EStG a.F. - lautet in dem hier bedeutsamen Teil:	89
„Satz 1 [d.h. Buchwertverknüpfung] gilt dagegen nicht bei der Übertragung eines Wirtschaftsguts aus einem Betriebsvermögen des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft und umgekehrt...“	90
Nach der Rechtsprechung des Großen Senats (Beschluss vom 3.5.1993 GrS 3/92, BStBl II 1993, 616 unter C.III.6.a.cc) sind Veräußerungsverträge zwischen Gesellschaft und	91

Gesellschafter anzuerkennen, soweit sie unter fremdüblichen Bedingungen abgeschlossen werden. Diese vor der gesetzlichen Regelung entstandene Rechtsprechung ist auch nach Einführung des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG a.F. anzuwenden (Schmidt, EStG, 19. Aufl. 2000, § 15, Rz. 661).

Im Streitfall entsprach der Kaufvertrag zwischen der oHG und der Klägerin nicht fremdüblichen Bedingungen, da ein viel zu niedrigerer Kaufpreis vereinbart wurde. In Höhe der Differenz zwischen dem angemessenen Kaufpreis und dem tatsächlich gezahlten Kaufpreis hat der Beklagte zu Recht eine Entnahme angenommen, die er nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG mit dem Teilwert angesetzt hat. 92

Der Senat legt bei der Ermittlung des Werts der FB-Aktien das Gutachten der R zugrunde, dessen Zahlen zwischen den Beteiligten unstreitig sind. 93

Die Bewertung erfolgte zutreffend nach dem Ertragswertverfahren, bei dem es sich um ein (wenn nicht sogar das) anerkanntes Bewertungsverfahren handelt (vgl. nur Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 27.4.1999 1 BvR 1613/94 (DAT/ALTANA), Randnr. 62, BVerfGE 100, 289 = NJW 1999, 3769 = DB 1999, 1693). 94

Der von dem Gutachter ermittelte Wert ist allerdings dahingehend zu korrigieren, dass ein Wachstumsabschlag zu berücksichtigen ist: 95

a) Die Annahme eines Nullwachstums für den Zeitraum ab 2006 ist nicht sachgerecht, da für die Detailplanungsphase mit jährlichen Steigerungen gerechnet wurde. Es ist nicht erkennbar und von der Klägerin auch nicht substantiiert dargelegt worden, wieso dies nach 2005 nicht mehr der Fall sein sollte. Ein Nullwachstum ist absolut unüblich und bedürfte einer ausführlichen Begründung. Gerade auch in der ... ist, wie jeder selber aufgrund der jährlich steigenden ... weiß und was deshalb gerichtsbekannt ist, mit einem Wachstum zu rechnen. 96

Bei der Bemessung des Wachstumsabschlags ist als erster Anhaltspunkt die Geldentwertungsrates zu berücksichtigen (vgl. Großfeld, Recht der Unternehmensbewertung, 6. Aufl. 2011, Rz. 967 mit Rechtsprechungsnachweisen). Selbst wenn diese nicht vollumfänglich auf den Kunden abgewälzt werden kann, liegt ein Wachstumsabschlag von 1%, den der Senat zugrunde legt (s. hierzu Großfeld, a.a.O., Rz. 969 mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen), an der unteren Grenze. Das Gutachten selber geht von höheren jährlichen Wachstumsraten in der Detailplanungsphase aus. 97

Unter Berücksichtigung eines 1%-igen Wachstumsabschlags erhöht sich der Wert der Aktien um 23 €/Aktie. 98

b) Aus dem Fachschrifttum gibt es keine Anhaltspunkte, dass bei ... im Jahr 2000 grundsätzlich kein Wachstumsabschlag anzusetzen sei. 99

c) Der Wachstumsabschlag ist nicht bereits im Risikozuschlag enthalten. Hierauf weist der Beklagte zutreffend hin (Bl. 105 GA). Der Senat folgt diesen Ausführungen. 100

d) Außerdem ist nicht nachvollziehbar, wieso für die ewige Rente von einem um 25 % niedrigeren Jahresertrag als für das letzte Jahr der Detailplanungsphase ausgegangen wird. Grundsätzlich ist das letzte Jahr der Detailplanungsphase und der dort angesetzte Jahresertrag Ausgangsgröße für die ewige Rente. 101

Da bereits der Wachstumsabschlag insoweit zur Klageabweisung führt, braucht der Senat auf die Frage eines Paketzuschlags nicht mehr einzugehen. 102

Die von der Klägerin vorgebrachten Argumente vermögen nicht zu überzeugen:	103
a) Auch wenn man für den Fremdvergleich wie bei einer verdeckten Gewinnausschüttung auf eine Bandbreite abstellt, weil es nicht <u>den</u> Unternehmenswert gibt, bewegt sich der Beklagte mit dem von ihm als angemessen angesetzten Wert an der untersten Grenze, den der Senat nicht „verbösern“ darf.	104
b) Der Börsenkurs selber ist im Streitfall unerheblich, da dieser nach der eigenen Aussage der Klägerin keine Rolle spielte. Außerdem stellt dieser nur den absolut untersten Wert dar (BVerfG, Beschluss vom 27.4.1999 1 BvR 1613/94 (DAT/ALTANA), a.a.O.).	105
c) Die Entwicklung der FB-Gruppe innerhalb der H war entgegen der jetzigen Behauptung der Klägerin sehr positiv. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Konzern-Geschäftsbericht für 2000. Dazu verweist der Senat auf die Ausführungen des Finanzamts für Groß- und Konzernbetriebsprüfung L vom 17.9.2010 unter Tz. 2.2.	106
d) Die Klägerin kann sich auch nicht mit dem Hinweis auf das Gutachten entlasten. Zum Einen hatte H den Kaufpreis ohne das Gutachten festgelegt, so dass dieses für die Preisfindung unerheblich war. Zum Anderen befreit ein Gutachten nicht von einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 20.9.2011 II ZR 234/09, „Ision“, BB 2011, 2960, Rz. 18). Diese Kontrolle hätte dazu geführt, zu erkennen, dass das Gutachten insoweit fehlerhaft ist, als es keinen Wachstumsabschlag ansetzt.	107
Ob ein Wachstumsabschlag vorzunehmen ist, ist eine Rechtsfrage. Der Senat sieht deshalb keine Veranlassung, die von der Klägerin angebotenen Beweise zu erheben. Insbesondere würde ein weiteres Gutachten keinen Erkenntnisgewinn bringen.	108
4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 136 Abs. 1 Satz 1 FGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 151 Abs. 3, 155 FGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 der Zivilprozessordnung. Bei der Ermittlung der Kostenquote geht der Senat davon aus, dass der Streitwert einer Klage gegen einen Bescheid zur Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes danach zu ermitteln ist, wie sich der Verlust voraussichtlich steuerlich auswirken wird, vgl. BFH, Beschluss vom 27.01.2010 I B 171/08, Brandis in Tipke/Kruse, vor § 135 FGO, Tz. 268; anderer Auffassung BFH, Beschluss vom 28.12.2009 IV E 1/09, BFH/NV 2010, 666, der generalisierend und unabhängig vom Hebesatz den Streitwert mit 10 % des streitigen Verlustes annimmt.	109