Finanzgericht Köln, 5 K 4935/05

Datum:	07.03.2012
Gericht:	Finanzgericht Köln
Spruchkörper:	5. Senat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	5 K 4935/05
ECLI:	ECLI:DE:FGK:2012:0307.5K4935.05.00

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin.

Tatbestand 1

Die Klägerin ist Gesamtrechtsnachfolgerin ihres im Verlauf des Klageverfahrens verstorbenen Ehemannes. Die Klägerin und ihr Ehemann wurden in den Streitjahren zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Ehemann war Alleininhaber der Firma A e.K., einem Unternehmen für Vermögensverwaltung. Die Eintragung der A e.K. ins Handelsregister erfolgte am ....1999. In den Streitjahren verwaltete die A e.K. das Vermögen der Familienmitglieder B, nämlich von Frau B, Frau C und Frau B1 (Klägerin), bestehend aus Bankguthaben und Aktiendepots, weiteren Geldanlagen sowie Haus- und Grundbesitz. Für diese Tätigkeit verfügte die A e.K. ab Mitte 1998 über fachlich versiertes Personal (eine Sekretärin, einen Bankkaufmann und eine Projektleiterin). Die A e.K. bemühte sich um neue Kunden. In den Streitjahren hat sie jedoch keine weiteren Kunden gewinnen können. Die Klägerin und ihr Ehemann waren darüber hinaus Beteiligte der B Holding GmbH. Ab Juni 1996 belief sich die Beteiligung der Klägerin auf 27,96 % und diejenige des Ehemannes auf 23,37 %. Die Eheleute und die weiteren Gesellschafter veräußerten ihre Beteiligung an der B Holding GmbH am 30.06.1997 an die D Incorporation (D). Als Gegenleistung wurden den Veräußerern u. a. 5 Mio. Shares (Vorzugsaktien) der D zum Nominalwert von 1,00 US-Dollar pro Anteil gewährt. Die Vorzugsaktien konnten durch Gesellschafterbeschluss im Verhältnis 1:1 in Stammaktien umgewandelt werden. Der entsprechende Gesellschafterbeschluss wurde am ...10.1997 gefasst. Zu diesem Zeitpunkt betrug der Kurswert der Stammaktie 37,37 US-Dollar. Bei der Ermittlung ihres Veräußerungsgewinns nach § 17 des Einkommensteuergesetzes (EStG) setzte die Klägerin den Wert der als Teil des Kaufpreises überlassenen Vorzugsaktien mit 21,56 US-Dollar je Aktie bei einem Devisenkurs von 1,72 DM an. 2

Im Zeitraum Oktober 2002 bis Mai 2003 führte das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung F eine Betriebsprüfung (Bp) bei der Klägerin und ihrem Ehemann für die Jahre 1997 bis 1999 durch. Wegen der Einzelheiten der getroffenen Feststellungen wird auf den Bp-Bericht vom 11.09.2003 verwiesen. Die Prüfer gelangten u. a. zu der Auffassung, dass die Vermögensverwaltung der A e.K. als gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren sei und dementsprechend der Buchführungspflicht unterliege. Dies veranlasste den Ehemann der Klägerin dazu, für die Streitjahre erstmals Gewinnermittlungen durch Bestandsvergleich vorzulegen. In diesen Gewinnermittlungen waren Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten zum 31.12.1997 von 4 Mio. DM und zum 31.12.1998 von weiteren 1 Mio. DM gebildet. Diese Rückstellungen sollten nach den Ausführungen des Ehemannes der Klägerin im Zusammenhang stehen mit dem Aufbau einer Vermögensverwaltung für Kunden in Europa und in den USA, und zwar für die Beratung durch den Steuerberater E. Die entsprechenden Honorare wurden der A e.K. vom Steuerberater E am 10.03.2003 in Rechnung gestellt und – zwischen den Beteiligten nicht weiter streitig – im Jahr 2005 beglichen. Die Rückstellungen wurden von den Prüfern nicht anerkannt, weil im Prüfungszeitraum keinerlei Nachweise für die Begründung einer Rückstellungsverpflichtung vorgelegt worden seien. -- Ferner ermittelten die Prüfer den Veräußerungsgewinn der Klägerin nach § 17 EStG aus der Veräußerung der Beteiligung an der B Holding GmbH neu. Die Prüfer stellten sich auf den Standpunkt, dass die Bewertung der 5 Mio. Shares an der D mit dem Kurswert der Aktien zum 30.06.1997 von 30,75 US-Dollar anzusetzen sei. Zwar seien die hingegebenen Vorzugsaktien an der D nicht an der Börse gehandelt worden. Andererseits seien die Vorzugsaktien jedoch kurze Zeit später im Verhältnis 1:1 in Stammaktien umgewandelt worden. Mithin sei es sachgerecht, für die Vorzugsaktien den Wert der Stammaktien anzusetzen. Dies führte zu einem Ansatz von 768.750,00 US-Dollar gegenüber bislang 539.000,00 US-Dollar für die der Klägerin hingegebenen D-Vorzugsaktien. 3

Mit Bescheiden vom 10.03.2004 änderte der Beklagte die Einkommensteuerbescheide für die Streitjahre und passte diese an die Ergebnisse der Feststellungen der durchgeführten Bp an. Mit Bescheid vom 09.03.2004 wurde zudem der verbleibende Verlustabzug zur Einkommensteuer 1999 auf den 31.12.1999 für die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften berichtigt. 4

Hiergegen wendeten sich die Klägerin und ihr Ehemann mit dem Einspruch vom 06.04.2004. Zur Begründung führten sie aus, der Ehemann der Klägerin habe Betriebswirtschaft studiert. Im Rahmen der A e.K. habe er die an dem Familienunternehmen „B“ beteiligten Gesellschafter mit einem Vermögen von rund 250 Mio. DM ausschließlich strategisch und konzeptionell unter Einsatz der in seinem Studium erworbenen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse beraten. Die Vermögensverwaltung als solche werde von den damit beauftragten Banken und der G Vermögensmanagement AG (G) ausgeführt. Der Ehemann sei damit als beratender Betriebswirt und nicht gewerblich tätig geworden. Ferner führten sie aus, die Bewertung der im Tausch erhaltenen D?Vorzugsaktien sei unzutreffend. Eine Stellungnahme erfolge nach Erhalt des ausstehenden Gutachtens. Zum Nachweis der Rückstellungsverpflichtung legten die Klägerin und ihr Ehemann die Besprechungsprotokolle vom 24.07.1997 sowie 10.03.2003 mit dem steuerlichen Berater E vor, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird. Da der Beklagte dabei verblieb, dass bislang keine Unterlagen eingereicht worden seien, aus denen ersichtlich werde, dass in den Streitjahren bereits Beratungen im Zusammenhang mit dem Aufbau einer Vermögensverwaltung für Kunden in Europa und in den USA erfolgt seien (z. B. Entwicklung eines Aufbaukonzeptes für entsprechende Vermögensverwaltungen, Schriftverkehr über Angebote an Kunden usw.), legte der Ehemann der Klägerin ein weiteres Schreiben des steuerlichen Beraters E vom 07.06.1997 vor. Dieses Schreiben enthielt die Bestätigung der Auftragserteilung bezüglich 5

der Beratung für den beabsichtigten Aufbau weiterer Vermögensverwaltungen für Kunden in Europa und in den USA sowie verschiedene Vorschläge und Konzepte zur Lösung dieser Aufgabe.

Mit Einspruchsentscheidung vom 23.11.2005 wies der Beklagte die Einsprüche als unbegründet zurück. Er hielt daran fest, dass es sich bei den Einkünften der A e.K. um gewerbliche Einkünfte handele. Die Tätigkeit des Klägers sei weder als die eines beratenden Betriebswirts i. S. der Katalogberufe des § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zu beurteilen noch sei sie einer derartigen freiberuflichen Tätigkeit ähnlich. Nach den Feststellungen der durchgeführten Bp habe sich die A e.K. mit der Verwaltung des Wertpapiervermögens ihrer Kunden befasst, was die Beratung und den An- und Verkauf von Wertpapieren einschließe. Hierfür habe der Kläger ein besonderes Büro genutzt. Außerdem habe er zur fachlichen Verstärkung weiteres Personal eingestellt. Zusätzlich habe sich die A e.K. auch um neue Vermögensverwaltungskunden bemüht. Im Gesamtbild spreche dies mithin für eine gewerbliche Tätigkeit der A e.K.. Dem Ehemann der Klägerin könne auch nicht dahingehend gefolgt werden, dass er ausschließlich strategische und konzeptionelle Beratungsleistungen unter Einsatz der in seinem Studium erworbenen betriebswirtschaftlichen Kenntnisse erbracht habe. Derartige Beratungen über Vermögensanlagen würden von Personen mit den unterschiedlichsten Berufsbezeichnungen wahrgenommen (Anlage-, Finanz-, Vermögens- oder Wirtschaftsberater). Diese Bezeichnungen ließen jedoch keine eindeutige Bestimmung von Aufgaben, Berufsinhalten und Strukturen zu. Zudem habe der Ehemann der Klägerin trotz entsprechender Aufforderung die angebliche Beschränkung seiner Tätigkeit auf die strategische und konzeptionelle Beratung nicht im Einzelnen erläutert. Auch wenn die G mit der Vermögensverwaltung durch die Familienmitglieder beauftragt worden sei, sei jedoch zu berücksichtigen, dass hiervon nur Teile des Vermögens betroffen gewesen seien. -- Der Ansatz der Rückstellungen in den Bilanzen der Streitjahre sei zu Recht abgelehnt worden. Nach § 249 Abs. 1 Satz 1 des Handelsgesetzbuches (HGB) seien Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten zu bilden. Die Verpflichtung zur Bildung von Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten setze voraus, dass eine Verbindlichkeit dem Grunde nach nicht mit Sicherheit, aber doch mit Wahrscheinlichkeit bestehe oder entstehen werde oder dass über die Höhe dieser Verbindlichkeit Unsicherheit bestehe. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt. Die während der Bp und im Einspruchsverfahren vorgelegten Besprechungsprotokolle vom 24.07.1997 und vom 10.03.2003 sowie das zuletzt vorgelegte Schreiben vom 07.06.1997 seien als Nachweis für die konkrete Begründung einer Rückstellungsverpflichtung nicht ausreichend. Auch die Honorarnote des Steuerberaters vom 15.03.2003 könne nicht als rückwirkender Nachweis zur hinreichenden Konkretisierung der Rückstellung an den fraglichen Bilanzstichtagen dienen. Es sei nicht ausreichend nachgewiesen, inwieweit der Ehemann der Klägerin in den Streitjahren überhaupt den Aufbau von weiteren Vermögensverwaltungen betrieben habe und hierfür Beratungsleistungen des Steuerberaters angefallen seien. Auch das zuletzt vorgelegte Beratungskonzept des Steuerberaters vom 07.06.1997 könne den Sachvortrag des Ehemannes der Klägerin nicht belegen. Dort seien lediglich Vorschläge des steuerlichen Beraters über Lösungen und Konzepte zur wirtschaftlichen und steuerlichen Gestaltung hinsichtlich möglicher weiterer Vermögensverwaltungen enthalten. Ob das Lösungskonzept so angenommen worden sei und wann tatsächlich mit seiner Umsetzung begonnen worden sei, sei ungeklärt. Hinsichtlich der Ermittlung des Veräußerungsgewinns und der damit im Zusammenhang stehenden Bewertung der im Tauschwege erhaltenen D-Aktien werde an den Ausführungen der Bp festgehalten, da das angekündigte Gutachten nicht vorgelegt worden sei. 6

7

Gegen die Einspruchsentscheidung richtet sich die vorliegende Klage. Zur Begründung wird im Wesentlichen Folgendes vorgetragen: Der Ehemann der Klägerin habe als Einzelunternehmer eine Vermögensverwaltung geführt, die unter der Firmierung A e.K. im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Im Frühjahr 1997 habe der Ehemann der Klägerin seinen steuerlichen Berater E mit der Erstellung eines wirtschaftlich- und steueroptimalen Konzepts für den geplanten Aufbau einer international agierenden Vermögensverwaltung beauftragt. Nach den Vorstellungen des Ehemannes der Klägerin sollten insbesondere Kunden aus dem europäischen Ausland und den USA mit einem geschätzten Umsatzvolumen in dreistelliger Millionenhöhe gewonnen werden. Über Inhalt, Art und Abwicklung des Auftrages hätten sich der Ehemann der Klägerin und Steuerberater E – wie auch sonst im Rahmen ihrer Zusammenarbeit üblich – mündlich verständigt. Am 07.06.1997 sei eine schriftliche Auftragsbestätigung durch den Steuerberater E erfolgt. Zu dem vertraglich festgelegten Aufgabenfeld des Steuerberaters hätten folgende Bereiche gehört: Ermittlung der steuerlichen Rahmenbedingungen in Deutschland sowie in einzelnen Ländern in Europa und den USA unter Berücksichtigung der jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen, Prüfung der steuerlichen und organisatorischen Gestaltungsalternativen im In- und Ausland, Prüfung der steuerlichen Auswirkungen für den Fall der Errichtung von Betriebsstätten der Tochtergesellschaften im In- und Ausland, Gründung von Holdinggesellschaften in Deutschland, Europa und den USA, Einschaltung einer oder mehrerer Zwischenholdings im In- und Ausland, Erarbeitung einer Konzernstruktur, Gestaltung der Rechnungslegung für die einzelnen Konzerngesellschaften sowie die Koordinierung und Zusammenfassung der zur Umsetzung des Gesamtkonzepts erforderlichen Aktivitäten fremder Berater. Im Juli 1997 sei darüber hinaus vereinbart worden, dass die Höhe der Vergütung für die oben beschriebene Tätigkeit nach Auftragsende festgelegt werden sollte. Unmittelbar nach Auftragserteilung im Frühjahr 1997 habe der Steuerberater E mit der Erstellung der besprochenen Konzepte für den beabsichtigten Aufbau einer international agierenden Vermögensverwaltung begonnen. Parallel hierzu seien die Bemühungen des Ehemannes der Klägerin verlaufen, eine geeignete Strategie für die Akquise von Auslandskunden zu entwerfen. Der Steuerberater E sei nicht verpflichtet gewesen, seine Ausarbeitungen schriftlich zu präsentieren. Diese Vorgehensweise hätte den Gepflogenheiten der Mandatsbeziehung entsprochen. Regelmäßig hätten jedoch Telefonkonferenzen stattgefunden. Ende März 1998 habe der Ehemann der Klägerin den Steuerberater E darüber in Kenntnis gesetzt, dass das Vorhaben nicht wie geplant realisierbar sei. Dementsprechend habe ab diesem Zeitpunkt kein weiterer Bedarf für die steuerliche Beratung bestanden. Anfang 2003 hätten sich die Vertragsbeteiligten auf der Grundlage der Vereinbarung aus dem Jahre 1997 auf ein Honorar von insgesamt netto 5 Mio. DM geeinigt. Hiervon sei auf das Jahr 1997 ein Anteil von 4 Mio. DM und auf das Jahr 1998 (bis zum 31.03.1998) ein Anteil von 1 Mio. DM entfallen. Die Zahlung des Honorars sei nach Rechnungserteilung am 15.03.2003 im Laufe des Jahres 2005 erfolgt. Da sich die Prüfer auf den Standpunkt gestellt hätten, die A e.K. sei wegen der Eintragung als Kaufmann im Handelsregister gesetzlich zur Buchführung verpflichtet, seien sodann im Rahmen der Bp erstmals Gewinnermittlungen durch Bestandsvergleich für die Streitjahre vorgelegt worden. Die Voraussetzungen für die Bildung einer Rückstellung seien entgegen der Auffassung des Beklagten im Streitfall erfüllt. Aus der vorgelegten Honorarvereinbarung aus dem Jahr 1997 ergebe sich, dass zu den streitigen Bilanzstichtagen eine dem Grunde nach existente rechtliche Verpflichtung des Ehemannes der Klägerin bestanden habe. Lediglich die Höhe der Zahlungsverpflichtung sei zu diesem Zeitpunkt noch ungewiss gewesen. Auf die Frage des Beklagten, ob die Aufwendungen bereits vor den Bilanzstichtagen wirtschaftlich verursacht seien, komme es nicht an. Selbst wenn man insoweit die strengere Rechtsprechung des XI. Senats des Bundesfinanzhofs (BFH) zugrunde legen sollte, ergäbe sich keine andere Beurteilung. Denn die erst später abgerechneten Beratungsaufwendungen

seien sämtlich in den Jahren 1997 und 1998 wirtschaftlich verursacht. Eine wirtschaftliche Verursachung sei anzunehmen, wenn die wesentlichen Tatbestandsmerkmale der Verpflichtung erfüllt seien und das Entstehen der Verbindlichkeit nur noch von wirtschaftlich unwesentlichen Merkmalen abhänge. Vorliegend seien die steuerlichen und wirtschaftlichen Beratungsleistungen dem Ehemann der Klägerin gegenüber in den Jahren 1997 und 1998 sukzessive erbracht worden, wobei der zeitliche Schwerpunkt der Leistungserbringung im Jahr 1997 gelegen habe. Dass der Steuerberater E für das streitige Projekt ausschließlich in den Jahren 1997 und 1998 tätig geworden sei, belege nicht zuletzt der Ausweis der Umsatzsteuer mit einem Steuersatz von 15 % in der Gebührenrechnung vom 15.03.2003. Denn ab dem 01.04.1998 habe ein Umsatzsteuersatz von 16 % gegolten.

Am 09.05.2007 hat der Beklagte auf der Grundlage des § 175 Abs. 1 Nr. 1 der Abgabenordnung (AO) die angefochtenen Einkommensteuerbescheide für 1998 und 1999 geändert und ebenso einen geänderten Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrages zur Einkommensteuer auf den 31.12.1999 erlassen. Am 28.12.2007 hat der Beklagte darüber hinaus den Einkommensteuerbescheid für 1999 und den Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrages zur Einkommensteuer auf den 31.12.1999 gestützt auf § 173 Abs. 1 AO geändert im Hinblick auf die erfolgte Veräußerung eines Grundstücks des Ehemannes der Klägerin in Spanien. Diese Änderungsbescheide hat der Beklagte zwischenzeitlich auf den Hinweis des Berichterstatters mit Schreiben vom 28.10.2011 am 05.12.2011 wieder aufgehoben. Auf der Grundlage des Beweisbeschlusses vom 25.11.2009 hat der Berichterstatter den Steuerberater E als Zeugen dazu vernommen, welche steuerberatenden entgeltlichen Tätigkeiten er in den Jahren 1997 bis März 1998 im Zusammenhang mit dem geplanten Aufbau einer international agierenden Vermögensverwaltung für den verstorbenen Ehemann der Klägerin ausgeführt habe. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 15.01.2010 (Bl. 171 bis 176 der Akten) verwiesen. Im Anschluss an diesen Termin hat sich der Beklagte bereit erklärt, die streitigen Steuerberatungskosten von insgesamt 5 Mio. DM bei der Einkommensteuerfestsetzung für 2003, dem Jahr der Rechnungserteilung, gewinnmindernd zu berücksichtigen. Diesem Erledigungsvorschlag des Beklagten hat sich die Klägerin verschlossen. Sie hält weiter daran fest, dass der streitige Aufwand bereits in den Jahren der wirtschaftlichen Verursachung als Rückstellung anzuerkennen sei. Darüber hinaus hat sie vorgetragen, dass sie die vom Beklagten vorgenommene steuerliche Qualifizierung der Einkünfte der A e.K. als Einkünfte aus Gewerbebetrieb nicht akzeptiere. Schließlich hat die Klägerin die Klage dahingehend erweitert, dass der Wert der streitigen D-Vorzugsaktien zum Veräußerungsstichtag 30.06.1997 nicht mit dem Börsenkurs von 30,75 US-Dollar, sondern lediglich mit einem Wert von 12,10 US-Dollar je Aktie anzusetzen sei. Hierdurch mindere sich der bislang angesetzte Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG um 806.612,00 DM = 412.414 €. Zur weiteren Begründung verweist die Klägerin auf ein vom Ehemann der Klägerin in Auftrag gegebenes Gutachten über die Bewertung von 5 Mio. Anteilsrechten an Vorzugsaktien der D zum Stichtag 30.06.1997 durch die Wirtschaftsprüfer und Unternehmensberater H vom 16.07.2003. In dem Gutachten kommen die Verfasser zu dem Ergebnis, dass auf den Börsenkurs der streitigen Vorzugsaktien zum 30.06.1997 von 31,75 US-Dollar ein Abschlag wegen mangelnder Börsengängigkeit von 45,4 % und ein Paketabschlag von 16,5 %, mithin ein Abschlag von insgesamt 61,9 % vorzunehmen sei. und mithin der Verkehrswert der streitigen Aktien pro Anteil am 30.06.1997 12,10 Dollar ausmache. 8

In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin die Klage dahingehend erweitert, dass der Gewinn des Ehemannes aus der selbstständigen Beratungstätigkeit für die D insoweit zu kürzen sei, als der Beklagte die Einnahmen des Ehemannes aus dem von diesem im 9

Streitjahr 1998 ausgeübten Aktienbezugsrecht für 20.000 Aktien an der D mit einem Wert von mehr als 12,10 US-Dollar je Aktie angesetzt hat. Wegen der weiteren Einzelheiten hat die Klägerin insoweit auf Tz. 2.5 des Bp-Berichts Bezug genommen.

Die Klägerin beantragt, 10

die Einkommensteuerbescheide für 1997, 1998 und 1999 dahingehend abzuändern, dass die Einkünfte des Ehemannes der Klägerin aus der A e.K. nicht als gewerblich behandelt werden, hilfsweise die Einkünfte des Ehemannes der Klägerin aus der A e.K. für 1997 um 4 Mio. DM und für 1998 um 1 Mio. DM zu mindern, den Veräußerungsgewinn der Klägerin nach § 17 EStG für 1997 um 806.612,00 DM zu mindern sowie den Gewinn des Ehemannes der Klägerin aus selbstständiger Unternehmensberatung im Hinblick auf die Bewertung der Vorzugsaktien an der D entsprechend zu mindern. 11

Der Beklagte beantragt, 12

die Klage abzuweisen. 13

Er verweist zur Begründung auf seine Ausführungen in der angefochtenen Einspruchsentscheidung. Ergänzend führt er aus, dass auch nach Durchführung der Beweisaufnahme ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem Tätigwerden des Steuerberaters E und der Tätigkeit der A e.K. nicht erwiesen sei. Alleine aus der Rechnungserteilung vom März 2003 lasse sich nicht rückwirkend die Verpflichtung zur Bildung einer Rückstellung ableiten. Im Übrigen sei bei der Umqualifizierung von freiberuflichen Einkünften, die im Wege der Einnahmen-Überschussrechnung ermittelt worden seien, in gewerbliche Einkünfte die nachträgliche Bildung von Rückstellungen nicht zulässig. Dass die Einkünfte der A e.K. als solche aus Gewerbebetrieb einzustufen seien, sei nicht weiter zweifelhaft. Ebenso wenig könne der Klägerin dahingehend gefolgt werden, dass für die streitigen Vorzugsaktien an der D ein Abschlag von insgesamt 61,9 % auf den Börsenkurs vorzunehmen sei. Die im Gutachten angeführten Gründe seien realitätsfremd und widersprächen den in der betriebswirtschaftlichen Unternehmensbewertung anerkannten Bewertungsgrundsätzen. Der überproportionalen Berücksichtigung von Investitionsrisiken und Abwertungsszenarien, dem Außerachtlassen eines langfristigen Investitionsgedankens und der mangelnden Berücksichtigung der Grundsätze zur Marktkapitalisierung und Anteilsbewertung könne nicht gefolgt werden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird insoweit auf die Stellungnahme des Finanzamts für Groß- und Konzernbetriebsprüfung N vom 18.10.2010 verwiesen. 14

Entscheidungsgründe 15

Die Klage ist unbegründet. Die angefochtenen Steuerbescheide sind rechtmäßig und verletzten die Klägerin nicht in ihren Rechten (vgl. § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO). 16

1. Qualifizierung der Einkünfte der A e.K. 17

Der Beklagte hat die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin im Rahmen der A e.K. in den Streitjahren zu Recht als gewerblich i. S. des § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG eingestuft. 18

Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG ist Gewerbebetrieb eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs oder eine andere 19

selbständige Arbeit anzusehen ist und den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung überschreitet (vgl. BFH-Urteil vom 12.11.1997 XI R 44/95, BStBl II 1998, 774). Vorliegend ist nicht weiter streitig, dass der Ehemann der Klägerin die Vermögensverwaltung selbständig und nachhaltig sowie in Gewinnerzielungsabsicht betrieben hat. Das wird bereits durch die Höhe der Verwaltungsgebühren deutlich, die der Ehemann der Klägerin in den Streitjahren erwirtschaftet hat. Diese beliefen sich im Streitjahr 1997 auf rund 880.000,00 DM, in 1998 auf rund 1,5 Mio. DM und in 1999 auf rund 1,8 Mio. DM. Die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin stellte sich auch als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr dar. Dem steht nicht entgegen, dass die vermögensverwaltende Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin in den Streitjahren ausschließlich auf die Verwaltung des Vermögens der drei Familienmitglieder beschränkte. Das Merkmal der Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr erfordert eine Tätigkeit, die gegen Entgelt am Markt erbracht und für Dritte äußerlich erkennbar angeboten wird. Das Merkmal dient dazu, solche Betätigungen auszugrenzen, die zwar von einer Gewinnerzielungsabsicht getragen, aber nicht auf einen Güter- und Leistungsaustausch gerichtet sind (vgl. BFH-Urteile vom 22.1.2003 X R 37/00, BStBl II 2003, 464 und vom 16.05.2002 IV R 94/99, BStBl II 2002, 565). Auch wenn die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin in den Streitjahren auf die drei Familienmitglieder beschränkt war, wurde die Tätigkeit dennoch am Markt erbracht. Das folgt schon daraus, dass der Ehemann der Klägerin für die Vermögensverwaltungstätigkeit eine Einzelfirma gegründet hat und diese unter der Firmierung A e.K. im Januar 1999 im Handelsregister hat eintragen lassen. Im Übrigen hat der Ehemann der Klägerin in den Streitjahren unwidersprochen versucht, neue Vermögensverwaltungskunden zu akquirieren.

Die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin stellt sich auch nicht als Ausübung eines freien Berufs oder als eine andere selbständige Arbeit dar. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Tätigkeit nicht als Tätigkeit eines beratenden Betriebswirts i. S. der Katalogberufe nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG zu beurteilen. Ein Betriebswirt oder eine Person mit einem vergleichbaren Selbststudium und entsprechender praktischer Erfahrung kann nur dann freiberuflich tätig sein, wenn die betriebswirtschaftliche Beratung im Vordergrund seiner Tätigkeit steht. Dies erfordert, dass er mit den Hauptbereichen der Betriebswirtschaft vertraut ist und nicht nur mit einzelnen Spezialgebieten und diese fachliche Breite seines Wissens auch tatsächlich einsetzt. Die notwendige Breite der Beratungstätigkeit ist noch gegeben, wenn sie sich mit lediglich einem der betrieblichen Hauptbereiche wie Führung, Fertigung, Materialwirtschaft, Finanzierung, Vertrieb, Verwaltungs- und Rechnungswesen sowie Personalwesen befasst (vgl. BFH-Urteile vom 04.05.2000 IV R 51/99, BStBl II 2000, 616 und vom 28.08.2003 IV R 21/02, BStBl II 2003, 919 sowie BFH-Beschluss vom 05.04.2011 VIII B 103/10, BFH/NV 2011, 1133). Entsprechendes gilt für die Ausübung eines „ähnlichen Berufs“. Hiervon ausgehend liegen die Voraussetzungen für die Einstufung der Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin als die eines beratenden Betriebswirts nicht vor. Denn die Klägerin hat selbst vorgetragen, dass ihr Ehemann die mit der Vermögensverwaltung der drei Familienmitglieder als solche beauftragten Banken und Vermögensmanagementgesellschaften lediglich strategisch und konzeptionell beraten habe. Beschränkt sich jedoch die Beratung auf die Empfehlung bestimmter Anlagenformen, so handelt es sich nicht um eine Tätigkeit in einem betriebswirtschaftlichen Hauptgebiet. Eine derartige Tätigkeit ist deshalb als gewerblich einzustufen. Unerheblich ist es hierbei, dass der Beratung eine Analyse auf der Basis der im Rahmen des betriebswirtschaftlichen Studiums erworbenen Kenntnisse zugrunde gelegen hat. 20

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann dahinstehen, ob sich die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin tatsächlich nur auf die strategische und konzeptionelle Beratung beschränkt hat. Sollte der Ehemann der Klägerin ganz oder zum Teil auch die Anlageberatung für die 21

streitigen Familienmitglieder selbst getätigt haben, so handelte es sich ohnehin um eine gewerbliche Tätigkeit. Denn die Vermögensverwaltung für fremde Rechte ist stets gewerblich und nicht freiberuflich (vgl. BFH-Urteil vom 02.09.1988 III R 58/85, BStBl II 1989, 24). Unter Berücksichtigung aller Umstände spricht im Streitfall im Übrigen viel dafür, dass der Ehemann der Klägerin in nicht nur unwesentlichem Umfang die Vermögensverwaltung für die drei Familienmitglieder selbst vorgenommen hat. Denn die Klägerin hat bis heute trotz Aufforderung durch den Beklagten lediglich den mit der G abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag und diesen auch nur unvollständig vorgelegt. Aus der von der Klägerin vorgelegten Ermittlung der Vermögensverwaltungsgebühren für die Streitjahre geht jedoch hervor, dass die Klägerin und die weiteren Damen ihr Vermögen nicht nur bei der G, sondern bei diversen Banken wie bei der J-Bank In P, der Q-Bank und der R-Bank angelegt hatten. So machte das bei der G angelegte Vermögen der Klägerin nur rund 1/3 des Gesamtvermögens der Klägerin aus. Dementsprechend kann die G auch nur den entsprechenden Teil des Vermögens, der bei ihr angelegt war, verwaltet haben.

Die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin kann auch nicht als sonstige selbständige Arbeit im Sinne des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG beurteilt werden. Das Gesetz bestimmt nicht ausdrücklich, was unter Einkünften aus sonstiger selbständiger Arbeit i. S. des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG zu verstehen ist, sondern zählt lediglich Beispielsfälle auf. Somit können alle Arten verwaltender Tätigkeit darunter fallen. Das gilt jedoch dann nicht, wenn die Vergütung im Rahmen eines Gewerbebetriebs anfällt (vgl. Blümich/Hutter, EStG-Kommentar, § 18 EStG, Rz. 184). Nach ständiger BFH-Rechtsprechung reicht es für die Anwendung des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG aus und ist andererseits aber auch erforderlich, dass die Tätigkeit den im Gesetz genannten Tätigkeiten ähnlich ist. Aus den exemplarisch aufgezählten Aktivitäten ergibt sich, dass es sich um eine vermögensverwaltende Tätigkeit handeln muss (vgl. BFH-Urteil vom 28.06.2001 IV R 10/00, BStBl II 2002, 338). Regelmäßig erfasst § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG nur gelegentliche Tätigkeiten und nur ausnahmsweise nachhaltig ausgeübte Betätigungen (vgl. BFH-Urteile vom 11.5.1989 IV R 152/86, BStBl II 1989, 729; vom 04.11.2004 IV R 26/03, BStBl II 2005, 288 und vom 18.10.2006 XI R 9/06, BStBl II 2007, 266). 22

Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen, die sich der erkennende Senat zu eigen macht, scheitert die Einordnung der Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin als sonstige selbständige Arbeit bereits daran, dass der Ehemann der Klägerin diese Tätigkeit nicht nur gelegentlich ausgeübt hat. Vorliegend hat der Kläger die Vermögensverwaltungstätigkeit nachhaltig ausgeübt. Für diese Tätigkeit hat er sich als Kaufmann im Handelsregister eintragen lassen. Ob die Vermögensverwaltungstätigkeit gegenüber der vom Ehemann der Klägerin darüber hinaus ausgeübten selbständigen Unternehmensberatungstätigkeit von untergeordneter Bedeutung war, darauf kommt es entgegen den Ausführungen der Klägerin nicht an. Entscheidend ist allein, dass die Vermögensverwaltungstätigkeit im Rahmen der A e.K. keine gelegentliche Tätigkeit war. Es kommt hinzu, dass die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin im Streitfall über die in § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG aufgeführte reine Vermögensverwaltung hinausgegangen ist. Denn die Tätigkeit des Ehemannes der Klägerin bestand nach dem eigenen Vortrag darin, den späteren Entscheidungsprozess der vermögensverwaltenden Banken durch geeignete Recherchen und Analysen der Weltmarktsituation vorzubereiten. 23

2. Rückstellungen 24

Entgegen der Auffassung der Klägerin sind im Streitfall auch nicht die Voraussetzungen für die hilfsweise geltend gemachten Rückstellungen von 4 Mio. DM für 1997 und weiteren 1 Mio. DM für 1998 erfüllt. 25

Nach § 5 Absatz 1 EStG i. V. m. § 249 Absatz 1 Satz 1 HGB ist Voraussetzung für die Bildung einer Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten nach ständiger Rechtsprechung des BFH das Bestehen einer dem Betrage nach ungewissen Verbindlichkeit oder die Wahrscheinlichkeit der Entstehung einer Verbindlichkeit dem Grunde nach – deren Höhe zudem ungewiss sein kann – sowie ihre wirtschaftliche Verursachung in der Zeit vor dem Bilanzstichtag (vgl. BFH-Urteil vom 29.11.2007 IV R 62/05, BStBl II 2008, 557 mit weiteren Nachweisen). Hiervon ausgehend sind die Voraussetzungen für die Bildung der streitigen Rückstellungen weder dem Grunde nach noch der Höhe nach erfüllt. Denn unter Berücksichtigung aller Umstände im Streitfall, insbesondere unter Einbeziehung der durchgeführten Beweisaufnahme, steht nicht fest, dass die den streitigen Rückstellungen zugrunde liegende Honorarverbindlichkeit zu den Stichtagen 31.12.1997 bzw. 31.12.1998 wirtschaftlich verursacht war. Der fehlende Nachweis geht zu Lasten der Klägerin; denn sie trägt insoweit die objektive Feststellungslast. 26

Zwar hat der Zeuge E in seiner Vernehmung bestätigt, dass er den Ehemann der Klägerin im fraglichen Zeitraum von Mitte 1997 bis Frühjahr 1998 im Zusammenhang mit dem beabsichtigten Aufbau einer international agierenden Vermögensverwaltung steuerlich beraten habe. Welche konkreten Tätigkeiten der Zeuge entfaltet haben will, darüber hat der Zeuge in seiner Vernehmung jedoch keine ausreichenden Angaben gemacht. Die Aussage, dass er Kontakt zu diversen Fachleuten (S, Rechtsanwälte T und Partner usw.) aufgenommen habe, die in die Beratung hätten mit einbezogen werden sollen, kann insoweit nicht genügen. Denn zu einer Einschaltung von Dritten ist es ersichtlich nicht gekommen. Selbst wenn Gespräche mit diversen Fachleuten geführt worden sein sollten, sind diese offensichtlich über eine erste Kontaktaufnahme nicht hinaus gegangen. Ähnlich verhält es sich mit dem vom Zeugen vorgetragenen Haftungsrisikos. Hätte für den Zeugen tatsächlich ein enormes Haftungsrisiko bestanden, so hätte der Abschluss einer entsprechenden Haftpflichtversicherung bzw. die Aufstockung der bestehenden Haftpflichtversicherung bereits zum Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit im Sommer 1997 nahe gelegen. Stattdessen will der Zeuge nur Kontakt zu seiner Haftpflichtversicherung zwecks Abschlusses einer Haftpflichtversicherung wegen einer „Einmalsache“ aufgenommen haben. Zu einem entsprechenden Abschluss ist es jedenfalls nicht gekommen. Es kommt hinzu, dass es zu schriftlichen Ausarbeitungen nicht gekommen ist. Auch wenn es zutreffend sein sollte, dass das Beratungsverhältnis zwischen dem Zeugen E und dem Ehemann der Klägerin geprägt war von einem ständigen mündlichen Kontakt, ist es nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der Zeuge nicht verpflichtet gewesen sein sollte, seine Ausarbeitungen schriftlich zu präsentieren. Zur Erfüllung der in der vorgelegten Auftragserteilung vom 07.06.1997 aufgeführten Lösungskonzepte waren nach Auffassung des Senats schriftliche Ausarbeitungen unverzichtbar. Die Beratung des Ehemannes der Klägerin beim Aufbau einer international agierenden Vermögensverwaltung durch Erstellung von Lösungskonzepten für die wirtschaftliche und steuerlich optimale Gestaltung ist ohne schriftliche Ausarbeitungen schlechthin undenkbar. Die Materie (z. B. Erarbeitung einer Konzernstruktur, Ermittlung der steuerlichen Rahmenbedingungen in Europa und den USA unter Berücksichtigung der einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen, Gestaltung der Rechnungslegung usw.) verlangt geradezu nach schriftlichen Ausarbeitungen. Gleichwohl fehlt es an schriftlichen Ausarbeitungen. Der Zeuge hat noch nicht einmal Aufzeichnungen vorlegen können, die erkennen ließen, an welchen konkreten Lösungskonzepten er gearbeitet haben will. – Auch der Höhe nach sind die Voraussetzungen für die begehrten Rückstellungen nicht erfüllt. Im Streitfall bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, zu den streitigen Stichtagen 31.12.1997 bzw. 31.12.1998 sei mit einer Honorarforderung von 4 Mio. DM bzw. 1 Mio. DM des Zeugen E zu rechnen gewesen. Nach dem vorgelegten Schreiben des Zeugen E vom 24.07.1997 sollte das Honorar für die steuerlichen Beratungsleistungen im Zusammenhang 27

mit dem Aufbau einer internationalen Vermögensverwaltung erst nach Beendigung der Tätigkeit festgelegt werden. Tatsächlich ist das Honorar erst im März 2003 und damit fünf Jahre nach Beendigung der Tätigkeit (31.03.1998) zwischen dem Zeugen E und dem Ehemann der Klägerin ausgehandelt worden. Zu den streitigen Bilanzstichtagen war die Höhe der möglichen Honorarforderung mithin völlig offen. Das gilt umso mehr, als der Zeuge E den Ehemann der Klägerin erst im Verlauf des Jahres 1997 als neuen Mandanten gewonnen hatte und die Angemessenheit seiner Vergütungsansprüche noch nicht einer ständigen Übung im Mandatsverhältnis entsprochen haben kann. Es kommt hinzu, dass ein Honorar von netto 5 Mio. DM ohne eine Verpflichtung zu schriftlichen Ausarbeitungen nach Auffassung des Senats nur in Ausnahmefällen als angemessen angesehen werden kann.

Der Bildung der begehrten Rückstellungen steht darüber hinaus auch der Umstand entgegen, dass der Ehemann der Klägerin den Gewinn aus der Vermögensverwaltung für die Streitjahre 1997 und 1998 ursprünglich nach den Grundsätzen der Einnahmen-Überschussrechnung nach § 4 Absatz 3 EStG ermittelt hat und im Rahmen der Einnahmen-Überschussrechnung die Bildung von Rückstellungen nicht zulässig ist (vgl. BFH-Urteil vom 19.06.2007 VIII R 100/04, BStBl II 2007, 930). 28

Für die Einnahmen-Überschussrechnung entscheidet sich ein Steuerpflichtiger durch schlüssiges Verhalten, wenn er keine Eröffnungsbilanz und keine Buchführung einrichtet, sondern lediglich Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben aufzeichnet oder – was auch ausreichend ist – durch eine geordnete Sammlung von Einnahme- und Ausgabebelegen (vgl. BFH-Urteil vom 19.10.2005 XI R 4/04, BStBl II 2006, 509). Diese Voraussetzungen haben in den Streitjahren vorgelegen. Denn der Ehemann der Klägerin hat die Gewinne aus der Vermögensverwaltung in allen Streitjahren zunächst durch Einnahmen-Überschussrechnung ermittelt. Zwar ersetzt die Ausübung des Wahlrechts als steuerrechtliche Willenserklärung den Willen und damit das Bewusstsein voraus, eine Wahl zu treffen. Dies wäre dann nicht der Fall, wenn der Steuerpflichtige bestreitet, gewerblich tätig zu sein und von der Erzielung bloßer Überschusseinkünfte ausgeht. Eine solche Sachlage ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Unabhängig davon, ob es sich bei der Vermögensverwaltung um eine freiberufliche oder aber gewerbliche Tätigkeit handelt, kommen unzweifelhaft lediglich Gewinneinkünfte in Betracht. Damit steht allein die Zuordnung zu einer bestimmten Gewinneinkunftsart in Frage. Die Ausübung des Wahlrechts kann aber nicht deshalb verneint werden, weil der Steuerpflichtige sich über die genaue Zuordnung zu einer bestimmten Gewinneinkunftsart nicht im Klaren gewesen ist (vgl. BFH-Urteil vom 08.10.2008 VIII R 74/05, BStBl II 2009, 238). Hieraus folgt, dass der Steuerpflichtige an die einmal wirksam getroffene Wahl einer Gewinnermittlung durch Einnahmen-Überschussrechnung gebunden ist (vgl. BFH-Urteile vom 08.10.2008 VIII R 74/05, a. a. O. und vom 19.10.2005 XI R 4/04, BStBl II 2006, 509). Das Bestehen eines Wahlrechts hinsichtlich der Gewinnermittlungsart kann im Streitfall auch nicht deshalb verneint werden, weil die A e.K. im Handelsregister eingetragen ist und damit eine Buchführungspflicht nach §§ 238 ff HGB besteht. Der Ehemann der Klägerin hat die A e.K. – zwischen den Beteiligten unstreitig – erst Anfang 1999 ins Handelsregister eintragen lassen. Damit bestand auch erst ab dem Streitjahr 1999 eine gesetzliche Verpflichtung zur Gewinnermittlung auf der Grundlage des Bestandsvergleichs. Die im Verlauf der Betriebsprüfung vorgelegten Gewinnermittlungen auf der Grundlage des Bestandvergleichs konnten damit einen wirksamen Übergang zum Bestandsvergleich in den Streitjahren nicht mehr begründen. War der Ehemann der Klägerin jedoch an die Einnahmen-Überschussrechnung gebunden, so war die Bildung von Rückstellungen nicht zulässig. 29

Sonstige Fehler bei der Höhe der vom Beklagten angesetzten Gewinne des Ehemannes der Klägerin aus der A e.K. sind weder vorgetragen noch aus den Akten ersichtlich. 30

3. Veräußerungsgewinn nach § 17 EStG 31

Der Beklagte hat auch den Gewinn der Klägerin aus der Veräußerung ihrer wesentlichen Beteiligung an der B Holding GmbH zum 30.06.1997 zutreffend ermittelt. Der Ansatz der von der Klägerin als Verkaufspreis erhaltenen 25.000 Vorzugsaktien an der D mit dem Börsenkurs von 30,75 US-Dollar je Aktie ist nicht zu beanstanden. 32

Nach § 17 Absatz 1 Satz 1 EStG in der für das Streitjahr 1997 geltenden Fassung gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mehr als einem Viertel beteiligt war. Die Beteiligung der Klägerin an der B Holding GmbH belief sich zum Veräußerungszeitpunkt auf 27,96 % und erfüllte damit die Voraussetzungen des § 17 Absatz 1 Satz 1 EStG. Dies ist zwischen den Beteiligten auch nicht weiter streitig. Streitig ist allein der Wertansatz für die von der Klägerin im Rahmen der Veräußerung vom Käufer, der D, als Gegenleistung erhaltenen 25.000 Vorzugsaktien. 33

In Rechtsprechung und Schrifttum ist geklärt, dass im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns nach § 17 Absatz 2 EStG die Vorschrift des § 6 Absatz 6 EStG anwendbar ist (vgl. BFH-Beschluss vom 06.04.2009 IX B 204/08, BFH/NV 2009, 1262 und Schmidt/Weber-Grellet, EStG-Kommentar, 30. Auflage, § 17 Rz. 138). Mithin ist Veräußerungspreis im Streitfall der gemeine Wert (§ 11 Absatz 2 des Bewertungsgesetzes [BewG]) der von der Klägerin erhaltenen (nicht börsennotierten) D-Vorzugsaktien. Diesen hat der Beklagte zutreffend an Hand des Börsenkurses für D-Stammaktien zum 30.06.1997 ermittelt. Der Umstand, dass es sich bei den streitigen Aktien lediglich um sog. Vorzugsaktien handelte, rechtfertigt keinen Abschlag auf den Börsenkurs. 34

Der Bewertungsmaßstab richtet sich grundsätzlich nach §§ 9 ff BewG. Für eine entsprechende Anwendung des § 8 Absatz 2 EStG ist kein Raum. § 8 EStG ist nur anwendbar, wenn ein Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten ermittelt werden soll, nicht aber, wenn – wie über § 17 Absatz 2 EStG – ein Gewinn als Differenz aus Veräußerungspreis, Veräußerungskosten und Anschaffungskosten zu bestimmen ist. Enthält aber das Einkommensteuergesetz keine eigene Vorschrift, so gelten nach § 1 Absatz 1 BewG die allgemeinen Bewertungsvorschriften der §§ 2 – 16 BewG. 35

Nicht an der Börse notierte Stammaktien sind nach § 11 Absatz 2 BewG mit dem gemeinen Wert zu ermitteln, der grundsätzlich vom Börsenkurs der börsenfähigen Aktien desselben Unternehmens abzuleiten ist (vgl. BFH-Urteile vom 28.10.2008 IX R 96/07, BStBl II 2009, 45 und vom 09.03.1994 II R 39/90, BStBl II 1994, 394). Nichts anderes kann nach Überzeugung des erkennenden Senats für die hier streitigen nicht notierten Vorzugsaktien gelten. Lässt sich der gemeine Wert nicht aus Verkäufen ableiten, die vom Bewertungsstichtag weniger als ein Jahr zurückliegen, so ist unter Berücksichtigung der Vermögens- und der Ertragsaussichten zu schätzen. Hierzu hat die Rechtsprechung das Stuttgarter Verfahren als geeignetes Schätzungsverfahren anerkannt (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 05.02.1992 II R 1085/87, BStBl II 1993, 266). Aus der Fassung des § 11 Absatz 2 Satz 2 BewG ergibt sich, dass die Ermittlung des gemeinen Werts aus Verkäufen Vorrang vor der Schätzung im Stuttgarter Verfahren hat (vgl. BFH-Urteil vom 05.03.1986 II R 232/82, BStBl II 1986, 591 mit weiteren Nachweisen). Der Wortlaut dieser Vorschrift zwingt nicht zu der Schlussfolgerung, dass der gemeine Wert nicht notierter Anteile an Kapitalgesellschaften nur aus Verkäufen außerhalb des Börsenhandels abgeleitet werden kann. Entscheidend ist, dass die Verkäufe, aus denen der gemeine Wert der Anteile abgeleitet werden soll, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr getätigt wurden. Darunter ist der Handel zu verstehen, der sich im freien 36

Wirtschaftsleben nach den marktwirtschaftlichen Grundsätzen von Angebot und Nachfrage vollzieht und bei dem jeder Vertragspartner ohne Zwang und nicht aus Not oder besonderen Rücksichten, sondern in Wahrung seiner eigenen Interessen handelt (vgl. BFH-Urteil vom 28.11.198 III R 86/78, BStBl II 1981, 591). Diese Voraussetzungen sind beim Handel von Aktien an der Börse in aller Regel erfüllt. Es begegnet daher keinen Bedenken, der Ableitung des gemeinen Werts von Aktien auch Verkäufe an der Börse zugrundezulegen, wenn weder am Stichtag noch innerhalb der letzten 30 Tage vor dem Stichtag ein im amtlichen Börsenhandel notierter Kurs vorliegt; es sei denn, dass sich der Börsenkurs nicht nach dem Vermögen oder nach den Ertragsaussichten der Kapitalgesellschaft ausrichtet, sondern wesentlich von anderen Umständen beeinflusst ist. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass es zulässig ist, zur Bewertung nicht notierter Aktien einer Aktiengesellschaft auf der Grundlage des Börsenkurses der zum Börsenhandel zugelassenen Aktien derselben Gesellschaft den Börsenkurs mittelbar auch als pauschalen Verkaufspreis der nicht notierten Aktien anzusehen (vgl. BFH-Urteile vom 25.08.1972 III R 33/71, BStBl II 1973, 46 und vom 09.03.1994 II R 39/90, BStBl II 1994, 394). Hiervon ausgehend hat der Beklagte den gemeinen Wert der streitigen D-Vorzugsaktien zu Recht aus dem Börsenkurs der börsenfähigen D-Stammaktien abgeleitet.

Zwar trifft es zu, dass die Vorzugsaktien im Gegensatz zu den Stammaktien nicht mit einem Stimmrecht für die Aktionäre, mithin die Klägerin, verbunden waren. Andererseits war bereits im Zusammenhang mit der Veräußerung der Anteile an der B Holding GmbH mit der übernehmenden D vereinbart worden, dass die D alles in ihren Kräften stehende tuen sollte, die streitigen Vorzugsaktien in Stammaktien umzutauschen. Auch wenn insoweit die Zustimmung der Aktionäre der D erforderlich war, so zeigt jedoch der tatsächliche Verfahrensablauf, dass bei normalem Lauf der Dinge der Umtausch nicht mit Hindernissen verbunden war. Denn die Aktionäre der D stimmten dem Umtausch bereits am ...10.1997 und damit keine drei Monate nach Erhalt der Vorzugsaktien zu. Insoweit kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass von vornherein bereits rund 5 % der Aktionäre eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht als sogenannte einwilligende Aktionäre erteilt hatten. Es kommt hinzu, dass die streitigen Vorzugsaktien im Gegensatz zu den an der Börse gehandelten Stammaktien mit einem Recht auf bevorzugte Befriedigung von 0,05 US-Dollar je Anteil verbunden waren. Zudem waren die entsprechenden Vorzugsaktien mit einem zusätzlichen Dividendenbezugsrecht von 0,01 US-Dollar je Aktie ausgestattet. Entgegen der Auffassung der Klägerin rechtfertigt auch nicht der eingegangene Stimmrechtsbindungsvertrag einen Abschlag. Zutreffend weist der Beklagte darauf hin, dass der Börsenkurs einer Aktie in der Regel den Wert eines Minderheitsanteils ohne Einfluss auf Geschäftsführung und Unternehmenspolitik widerspiegelt. Im Börsenkurs ist mithin kein besonderer Anteil für ein frei ausübbares Stimmrecht enthalten. Im Übrigen ist die geschlossene Stimmrechtsvereinbarung jedenfalls teilweise im Interesse der neu hinzugetretenen Aktionäre B geschlossen worden. Denn im Stimmrechtsbindungsvertrag ist unter anderem vereinbart, dass die Aktionäre der D (U, V, W und B) während der Laufzeit der Vereinbarung „gegen Sachverhalte stimmen und sie nicht unterstützen, über die die Aktionäre vor der Umwandlung der Vorzugsaktien des Unternehmens abstimmen sollen“. Ebenso wenig rechtfertigt die Einschränkung der Übertragung der streitigen Vorzugsaktien bzw. der später umgewandelten Stammaktien einen Abschlag. Vorliegend war die Übertragung der Aktien innerhalb des Registrierungszeitraums, mithin bis zum 02.07.2004, nur unter bestimmten Bedingungen möglich. Auch wenn durch diese Vereinbarung der öffentliche Handel der streitigen Aktien ausgeschlossen war, lässt sich hieraus keine Wertminderung herleiten. Es gehört zu den wesentlichen Prinzipien der Unternehmensbewertung, nach der ein Unternehmen ohne zeitliche Begrenzung der Lebensdauer zu bewerten ist. Investitionen in Unternehmen als ausschließlich kurzfristige 37

Anlageform zu qualifizieren, ist mithin nicht zulässig. Unter dem Gesichtspunkt einer langfristigen Investitionsabsicht rechtfertigt die auf sieben Jahre beschränkte Einschränkung der Übertragung der streitigen Aktien damit keinen Abschlag auf den Börsenkurs. Dies gilt umso mehr, als eine auf einen längeren Zeitraum ausgerichtete Investition neben der Dividenden-Renditeerwartung auch eine Kurs-Renditeerwartung beinhaltet, die nicht mit einem einer kurzfristigen Anlage innewohnenden Spekulationsrisiko gleich gesetzt werden kann. Vorliegend kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die von der Klägerin im Tausch erhaltenen D-Vorzugsaktien in einen Zeitraum fallen, der von einer positiven Gewinnentwicklung der D geprägt war. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der Entwicklung des Börsenkurses. Während sich der Börsenkurs zum 30.06.1997 auf 30,75 US-Dollar je Aktie belief, machte der Börsenkurs zum Stichtag der Umwandlung der Vorzugsaktien in Stammaktien bereits 37,37 US-Dollar aus. Insoweit stellt auch die Klägerin nicht in Abrede, dass sich der Börsenkurs der D-Aktien vom 03.07.1996 bis 31.12.1997 um 33,33 % gesteigert hat. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist mithin ein Abschlag wegen mangelnder Börsengängigkeit der D-Vorzugsaktien nicht geboten, insbesondere nicht in der von der Klägerin geltend gemachten Größenordnung von 45,4 % auf den Börsenkurs.

Ebenso wenig kommt ein Paketabschlag in Betracht. Die streitigen 5 Mio. Vorzugsaktien machten zum Bewertungsstichtag eine Beteiligungsquote von 16,6 % aus. Auch wenn diese Beteiligungsquote keine Mehrheit der Gesellschaftsanteile darstellt, kann ein gewisser Einfluss auf die Unternehmensführung und Unternehmenspolitik nicht verneint werden, was sich auch in dem abgeschlossenen Stimmrechtsbindungsvertrag widerspiegelt. Denn diesen Stimmrechtsbindungsvertrag hatten sich alle Gesellschafter mit nennenswerter Beteiligung unterworfen. Die Klägerin rechtfertigt den Paketabschlag mit dem Preisdruck auf dem Aktienkurs bei der Veräußerung größerer Aktienpakete im öffentlichen Handel. Demgegenüber ist jedoch zu berücksichtigen, dass größere Transaktionen in der Regel gerade nicht im öffentlichen Wertpapierhandel stattfinden, sondern vielmehr durch den Verkauf von Aktien an entsprechende Kaufinteressenten. Anstelle möglicher Kursverluste ergeben sich bei der Veräußerung außerhalb des öffentlichen Wertpapierhandels erfahrungsgemäß sogar entsprechende Aufschläge. Nach langfristigen Marktbeobachtungen von öffentlichen Übernahmen börsennotierter Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland aus den Jahren 2002 bis 2009 lässt sich jedenfalls feststellen, dass in dem betreffenden Zeitraum Prämien und mithin Zuschläge zum jeweils aktuellen Börsenkurs zwischen 0 % und 167,6 % angeboten bzw. tatsächlich gezahlt worden sind. Daraus folgt, dass der Börsenkurs als Untergrenze für den Marktpreis anzusehen ist. Im Übrigen hat auch die Klägerin mit der Steuererklärung für das Streitjahr 1997 im Rahmen der Ermittlung des Veräußerungsgewinns den Wert der streitigen Vorzugsaktien mit 21,56 US-Dollar je Aktie angesetzt und ist damit dem damals bereits vorliegenden Gutachten der Unternehmensberater H selbst nicht gefolgt. 38

Danach hat der Beklagte zutreffend für die Bewertung mit dem gemeinen Wert auf den niedrigsten Tageskurs abgestellt. 39

4. Soweit die Klägerin erstmals in der mündlichen Verhandlung die Höhe des Gewinns des Ehemannes aus der selbstständigen Unternehmensberatung für das Streitjahr 1998 angegriffen hat, muss der Klage ebenfalls der Erfolg versagt bleiben. Der von der Klägerin insoweit ebenfalls begehrte Paketabschlag und Abschlag wegen mangelnder Börsengängigkeit kommt entsprechend den Ausführungen zu Ziffer 3 nicht in Betracht. Weitere Gründe, die die Bewertung des Aktienbezugsrechts durch den Beklagten fehlerhaft erscheinen lassen könnten, sind nicht ersichtlich, zumal die Klägerin hierzu nicht substantiiert vorgetragen hat. 40

5. Schließlich beinhaltet auch der angegriffene Verlustfeststellungsbescheid zur Einkommensteuer auf den 31.12.1999 hinsichtlich der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften keine Fehler. Der Beklagte hat zwischenzeitlich den Ansatz eines Gewinns aus der Veräußerung der spanischen Immobilie bei der Ermittlung der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften des Ehemannes der Klägerin wieder rückgängig gemacht. Sonstige Fehler des Feststellungsbescheides sind weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich. 41

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO. 42

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE