

---

**Datum:** 28.04.2017  
**Gericht:** Finanzgericht Münster  
**Spruchkörper:** 10. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 10 K 3435/13 F  
**ECLI:** ECLI:DE:FGMS:2017:0428.10K3435.13F.00

---

**Sachgebiet:** Finanz- und Abgaberecht

---

**Tenor:**

Die Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 1997 und 1998 vom 10.12.2004 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 25.09.2013 werden dahingehend geändert, dass für die Rechtsvorgängerinnen der Klägerin, die D und die B, gewerbliche und nach dem Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung vom 26.11.1964 (BGBl II 1966, 359, BStBl I 1966, 730) in der Fassung des Revisionsprotokolls vom 23.03.1970 (BGBl II 1971, 46, BStBl I 1971, 140) steuerfreie Einkünfte im Jahr 1997 in Höhe von je 1.309.136 DM und im Jahr 1998 in Höhe von je 2.582.577 DM festgestellt werden.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

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

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |   |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| Zu entscheiden ist, ob die gesondert und einheitlich festgestellten Einkünfte der Klägerin aus ihrer Beteiligung am in England ansässigen E-Fonds nach dem Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung vom 26.11.1964 (BGBl II 1966, 359, BStBl I 1966, 730) in der Fassung des Revisionsprotokolls vom 23.03.1970 (BGBl II 1971, 46, BStBl I 1971, 140) – DBA-Großbritannien – steuerfrei zu stellen sind.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 2 |
| Die Rechtsvorgängerinnen der Klägerin, die D sowie die C, waren in den Jahren 1997 bis 2001 – neben einem weiteren inländischen Beteiligten – Beteiligte des in London ansässigen mit Gesellschaftsvertrag vom ...1995 gegründeten und am ....2011 aufgelösten E-Fonds (vormals: F-Fonds). Der E-Fonds war mit einer Kommanditgesellschaft nach deutschem Recht vergleichbar. General Partner, vergleichbar mit dem Komplementär nach deutschem Recht, war die G Limited (vormals: H Limited). Die Rechtsvorgängerinnen der Klägerin waren Limited Partner des E-Fonds und nahmen damit die Rechtsstellung eines Kommanditisten nach deutschem Recht ein. Der E-Fonds war eine von insgesamt 13 Limited Partnerships, die sich zum EE-Fonds, einem englischen Private Equity Fonds zusammengeschlossen hatten. Die G Limited fungierte für alle 13 Partnerships des EE-Fonds als General Partner. | 3 |
| Zur Erledigung sämtlicher Aufgaben hatte die G Limited mit der J Limited (vormals: K Limited), die eine 100 %ige Tochter der G Limited war, am ....1997 einen Managementvertrag abgeschlossen. Der E-Fonds verfügte weder über eigenes Personal noch über eigene Räumlichkeiten. Die Geschäfte wurden durch die G Limited sowie die J Limited geführt. Sowohl die G Limited als auch die J Limited hatten ihren Sitz ebenfalls in London, waren beide Mitglieder der L Limited (L) und wurden bei der Abwicklung von Investitionsgeschäften durch die L reguliert. Die zur Geschäftsausübung genutzten Räumlichkeiten an der M-Mall ... wurden von der J Limited angemietet. Die in diesen Räumlichkeiten tätigen Mitarbeiter arbeiteten sowohl für die G Limited als auch für die J Limited. Die Gesamtzahl der Mitarbeiter stieg von 1997 bis 2001 von ursprünglich 29 auf 78 Personen.         | 4 |
| Die Managementgesellschaft entwickelte Anlagestrategien, bewertete Investmentchancen, prüfte die Notwendigkeit zur Kreditaufnahme, nahm eine Kostenkontrolle vor, führte Bücher, stellte Personal und war an der Überwachung und Kontrolle in Übereinstimmung mit der vom General Partner definierten Strategie beteiligt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 5 |
| Auf den Managementvertrag zwischen der G Limited und der J Limited vom ...1997 wird wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 6 |
| Der E-Fonds übte seine Tätigkeit – ausweislich des Gesellschaftsvertrages vom ...1995, auf den ebenfalls wegen der Einzelheiten verwiesen wird – nach den Einführungsbestimmungen zum Gesellschaftsvertrag zu dem Zweck aus, das Geschäft eines Investors zu betreiben, und zwar insbesondere Eigenkapitalinvestitionen und andere Investitionen zu tätigen, die sich aus solchen Eigenkapitalinvestitionen in Gesellschaften und anderen Unternehmen oder in Verbindung hiermit ergeben, hauptsächlich in Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit oder mit Hauptsitz des Konzerns in Europa.                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 7 |
| Es bestanden 9 Beteiligungen in den Jahren 1997 und 1998, 7 Beteiligungen im Jahr 1999, 6 Beteiligungen im Jahr 2000 sowie 3 Beteiligungen im Jahr 2001. Insgesamt tätigte der E-Fonds zehn Investments. Wegen den Einzelheiten zu den zehn Transaktionen, insbesondere den Beteiligungserträgen, den jeweiligen Haltedauern, der Finanzierung sowie den Maßnahmen zur Wertsteigerung, wird auf die Anlage „Darstellung der geschäftlichen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 8 |

Aktivitäten“ zum Schriftsatz der Klägerin vom 04.08.2016 Bezug genommen. Mit dem Erwerb der jeweiligen Beteiligung übernahm grundsätzlich ein Repräsentant des E-Fonds auch einen Sitz im Vorstand der jeweiligen Portfolio-Gesellschaft. Auch insoweit wird auf die Anlage zum Schriftsatz der Klägerin vom 04.08.2016 sowie die Auskunft des EE-Fonds vom 17.11.2016 verwiesen.

Nach den Angaben der Klägerin waren an der Komplementärin in den Streitjahren N und O (jeweils mit Stimmrecht) sowie P, Q und sonstige Personen (jeweils ohne Stimmrecht) beteiligt. Als Mitglieder des Verwaltungsrats der Komplementärin waren R, N, O, P und Q eingetragen. Geschäftsführer der G Limited, der 100 %igen Tochter der Komplementärin, waren in den Streitjahren nach Auskunft der Klägerin N, O, P und Q. 9

Für die Kalenderjahre 1997 und 1998 stellte der Beklagte die Einkünfte des E-Fonds für die Gemeinschaft der inländischen Beteiligten mit Bescheiden vom 10.12.2004 nach § 164 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gesondert und einheitlich fest und gab die Bescheide gemäß § 183 Abs. 2 AO an die inländischen Beteiligten, unter anderem an die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die B (diese als Gesamtrechtsnachfolgerin der C und der D), einzeln bekannt. Mangels Vorliegen entsprechender Feststellungserklärungen schätzte der Beklagte die Besteuerungsgrundlagen nach § 162 AO. Den Schätzungen lagen Feststellungen der Groß- und Konzernbetriebsprüfung S zugrunde. Der Beklagte stellte die Einkünfte in den Jahren 1997 und 1998 als solche aus Kapitalvermögen fest. Von den für 1997 festgestellten Kapitaleinkünften entfielen je 1.309.136 DM auf die ehemalige D und auf die ehemalige C. Im Jahr 1998 wurden für die beiden Rechtsvorgängerinnen der Klägerin je 2.582.577 DM ausgewiesen. 10

Die B legte am 16.12.2004 Einspruch gegen die gesonderten und einheitlichen Feststellungen der Besteuerungsgrundlagen 1997 und 1998 ein, den der Beklagte mit Einspruchsentscheidung vom 25.09.2013 als unbegründet zurückwies. Die Bekanntgabe der Einspruchsentscheidung erfolgte an die Klägerin. 11

Hiergegen hat die Klägerin fristgerecht Klage erhoben. 12

Die Klägerin ist der Auffassung, aus der Beteiligung an dem E-Fonds seien gewerbliche Einkünfte erzielt worden, die nach dem DBA-Großbritannien steuerfrei zu stellen seien. 13

Die Tätigkeit des E-Fonds stelle sich anders dar, als vom Beklagten behauptet. Seine Geschäftstätigkeit habe darin bestanden, bei Investoren Geld einzusammeln, um ein Portfolio von Beteiligungsunternehmen, bei denen ein Wertsteigerungspotenzial gesehen worden ist, aufzubauen und nach erfolgreicher Weiterentwicklung entweder an andere Investoren oder auch über einen Börsengang weiterzuveräußern. Dafür habe der E-Fonds Investmentgeschäfte durch Eigenkapitalbeteiligungen getätigt. Durch verschiedene Maßnahmen habe der E-Fonds versucht, den Wert der erworbenen Beteiligungen, die durchschnittlich fünf Jahre gehalten worden seien, zu steigern. 14

Der wirtschaftliche Geschäftszweck habe nicht im passiven Erwerb von Beteiligungen, sondern im aktiven Bewirtschaften der eingegangenen Beteiligungen bestanden. 15

Unerheblich sei, wie viele Beteiligungen der E-Fonds in den Streitjahren gehalten habe. Entscheidend sei vielmehr, ob die Beteiligungen lediglich passiv gehalten oder ob mit ihnen aktives Management betrieben worden sei. 16

17

Der E-Fonds habe in London über eine eigene Betriebsstätte verfügt. Es hätten Arbeitsverhältnisse mit Herrn T und Herrn U bestanden.

Die Gewerblichkeit des E-Fonds ergebe sich bereits aus der gewerblichen Prägung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG), denn die G Limited sei als Komplementärin am E-Fonds beteiligt. 18

Aber selbst wenn im Sinne des BFH-Urteils vom 24.08.2011 I R 46/10 auf die wirtschaftliche Betätigung zur Annahme der Gewerblichkeit abgestellt werde, liege hier gewerbliches Handeln vor. 19

§ 50d Abs. 9 Nr. 1 EStG greife nicht ein, da die Nichtbesteuerung in Großbritannien nicht auf einer einseitigen britischen Auslegung des DBA, sondern auf inländischen britischen Vorschriften beruhe. Insoweit verweist die Klägerin auf die „guidelines agreed between the British Venture Capital Association and the Revenue“ mit Datum vom 26.05.1987, die sie mit Schriftsatz vom 04.08.2016 in deutscher Übersetzung eingereicht hat. 20

Darüber hinaus sei die nach § 52 Abs. 59a Satz 6 EStG angeordnete rückwirkende Anwendung von § 50d Abs. 9 Nr. 1 EStG verfassungswidrig. 21

Die Höhe der festgestellten Einkünfte werde von ihr, der Klägerin, nicht angegriffen. Sie entspreche den eingereichten Steuererklärungen. 22

Die Klägerin beantragt, 23

- 1. die Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 1997 und 1998 vom 10.12.2004 jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 25.09.2013 dahingehend zu ändern, dass für ihre Rechtsvorgängerinnen, die D und die B gewerbliche und nach dem DBA-Großbritannien steuerfrei zu stellende Einkünfte im Jahr 1997 in Höhe von je 1.309.136 DM und im Jahr 1998 in Höhe von je 2.582.577 DM festgestellt werden, 225

- 2. hilfsweise die Revision zuzulassen. 26

Der Beklagte beantragt, 27

- 1. die Klage abzuweisen, 28
- 2. hilfsweise die Revision zuzulassen. 30

Er ist der Auffassung, für die streitigen Einkünfte könne keine Steuerfreistellung unter Progressionsvorbehalt nach Art. XVIII Abs. 2 a) in Verbindung mit Art. III Abs. 2 DBA-Großbritannien gewährt werden. 31

Der E-Fonds sei mit einer GmbH & Co. KG nach deutschem Recht vergleichbar und demnach gewerblich geprägt im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH-Urteil vom 24.08.2011 I R 46/10, BStBl II 2014, 764) könnten im DBA-Recht Unternehmensgewinne im Sinne des Art. 7 OECD-Musterabkommen jedoch nicht durch eine bloße gewerbliche Prägung oder gewerbliche Infektion entstehen. Für die abkommensrechtliche Bestimmung der Einkunftsart müsse 32

vielmehr auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit der Gesellschaft abgestellt werden. Auch aus dem mit dem Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetz –AmtshilfeRLUmsG) vom 26.06.2013 neu eingeführten § 50i EStG ergebe sich, dass eine gewerbliche Prägung einer ausländischen Personengesellschaft nicht ausreiche, um abkommensrechtlich Unternehmenseinkünfte zu erzielen. Um zur Anwendung von Art. III DBA-Großbritannien zu gelangen, müsse eine originäre gewerbliche Tätigkeit gegeben sein. Anderenfalls wären im DBA-Großbritannien die Regelungen zu Dividenden, Zinsen bzw. Veräußerungsgewinnen anzuwenden. Hervorzuheben sei insoweit, dass ein Private-Equity-Engagement durch eine gewerblich geprägte Personengesellschaft nicht generell zur Annahme originär gewerblicher Einkünfte führe. Für die Abgrenzung zwischen der gewerblichen und der vermögensverwaltenden Tätigkeit sei auf die Gesamtumstände des Einzelfalles abzustellen.

Im Streitfall lägen keine originär gewerblichen Einkünfte des E-Fonds im Sinne des Art. III DBA-Großbritannien vor. Die Anzahl der Beteiligungen sei vergleichsweise gering. Zudem seien die vereinbarten mittelfristigen Halteperioden der Beteiligungen mit drei bis fünf Jahren dem Bereich der Vermögensverwaltung zuzuordnen. Die geringe Zahl der erworbenen Beteiligungen und deren mittelfristige Haltedauer stünden einer Fruchtziehung aus Beteiligungsbesitz näher als einem händlertypischen Substanzumschlag am Markt. Die Höhe der erzielten Gewinne aus den Investments könne die Gewerblichkeit nicht begründen. Insoweit sei im Streitfall zu beachten, dass lediglich Angaben zu den durch alle im EE-Fonds zusammengeschlossenen Partnerships erzielten Bruttoerträgen gemacht worden seien. Eine Aufschlüsselung, anhand derer die Erträge dem E-Fonds zugeordnet werden könnten, fehle. 33

Des Weiteren sei nicht erkennbar, inwieweit eine Aufnahme von Fremdmitteln anstatt der Verwendung von Eigenmitteln vorgelegen habe und inwieweit eigenes unternehmerisches Tätigwerden in den Portfolio-Gesellschaften erfolgt sei. So bliebe unklar, welche Teile des Investitionsvolumens auf den E-Fonds entfielen. Unklar bliebe auch, ob, in welcher Weise und in welcher Intensität der E-Fonds selbst aktives unternehmerisches Management bei den Portfolio-Gesellschaften betrieben habe. Die Wahrnehmung von Aufsichtsratsfunktionen in den gesellschaftsrechtlichen Gremien der Portfolio-Gesellschaften sei nicht ausreichend. 34

Das Gesamtbild der hier vorliegenden Umstände könne eine originär gewerbliche Tätigkeit des E-Fonds nicht in belastbarer Weise begründen. Demnach stünde Deutschland nach dem DBA-Großbritannien für die originär vermögensverwaltenden Einkünfte das Besteuerungsrecht zu. 35

Selbst wenn – entgegen seiner Auffassung – gewerbliche Gewinne im Sinne des DBA-Großbritannien vorlägen, setze eine Steuerfreistellung voraus, dass die Unternehmensgewinne durch eine in Großbritannien belegene Betriebsstätte erzielt worden seien. Ferner dürfe kein Fall des § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG vorliegen. 36

Die Übertragung einer geschäftlichen Betätigung auf eine Managementgesellschaft führe – anders als von der Klägerin behauptet – nicht generell zu einer Betriebsstätte des Auftraggebers – hier des E-Fonds – in der örtlichen Einrichtung, in der die Managementgesellschaft ihre Geschäfte ausübe. Dies sei nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (Urteil vom 24.08.2011 I R 46/10, BStBl II 2014, 764) nur dann der Fall, wenn das Leitungspersonal der zur Geschäftsführung beauftragten Managementgesellschaft weitgehend identisch sei mit dem Personal des unbeschränkt haftenden Gesellschafters der Personengesellschaft. Nur aufgrund einer derartigen Personalidentität sei anzunehmen, dass die Managementgesellschaft durch das Personal des Auftraggebers in ihren eigenen Räumen ständig überwacht werde. Sei dies nicht der Fall, gelte weiterhin der Grundsatz, 37

dass die Betriebsstätte eines Subunternehmers (hier der Managementgesellschaft) nicht stets zugleich als Betriebsstätte des Generalunternehmers (hier des unbeschränkt haftenden Gesellschafters der Personengesellschaft) anzusehen sei, wenn der Subunternehmer eigenverantwortlich die ihm übertragenen Aufgaben erledige und nicht wie ein leitender Angestellter des Generalunternehmers auftrete (BFH-Urteil vom 13.06.2006 I R 84/05).

Die Klägerin habe in diesem Sinne nicht nachgewiesen, dass der E-Fonds mittels der vertraglichen Überantwortung von Aufgaben und dadurch mittels eines entsprechenden sachlichen und personellen Apparats in der Lage gewesen sei, seiner unternehmerischen Tätigkeit operativ nachzugehen, und dass er infolgedessen Zugriff in Gestalt einer Verfügungsmacht über die fraglichen Räumlichkeiten in London gehabt habe. Hierzu hätte die Klägerin die bestehende Personalidentität zwischen dem E-Fonds und der von ihm beauftragten J Limited nachweisen müssen, was nicht geschehen sei. Der Nachweis einer räumlichen Verfügungsmacht sei ebenfalls nicht erbracht worden. 38

Insbesondere die Tatsache, dass die Herren T und U sowohl für die G Limited als auch für die J Limited den Managementvertrag unterzeichnet haben, lasse keine hinreichend tragfähigen Rückschlüsse über den Umfang ihrer Vertretungsmacht und ihrer Verantwortlichkeit in beiden Gesellschaften zu. Angaben zu Kontroll- und Mitspracherechten sowie der Durchführung arbeitsrechtlicher Maßnahmen der G Limited gegenüber der J Limited seien ebenfalls unterblieben. Daher sei davon auszugehen, dass der E-Fonds weder die rechtliche Befugnis noch die tatsächliche Möglichkeit zur Nutzung der Anlagen bzw. Einrichtungen der von ihm beauftragten J Limited gehabt habe. 39

Die Klägerin treffe nach § 90 Abs. 2 AO insoweit eine besondere Aufklärungs- und Beweismittelbeschaffungspflicht. 40

Des Weiteren stehe § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG der von der Klägerin geltend gemachten Steuerfreistellung der streitgegenständlichen Einkünfte entgegen, da die Einkünfte unstreitig nicht in Großbritannien besteuert worden seien. Nach den eingereichten Unterlagen sei grundsätzlich eine Besteuerung der streitigen Einkünfte in Großbritannien vorgesehen. Die tatsächliche Nichtbesteuerung sei wohl aufgrund einer von der deutschen Auslegung abweichenden Anwendung der Bestimmungen des DBA-Großbritannien durch Großbritannien erfolgt. Für diesen Fall sehe § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG vor, dass eine Freistellung der Einkünfte ungeachtet der Regelungen im DBA nicht gewährt werde. 41

In der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2017 führte der Beklagte insoweit näher aus, die streitgegenständlichen Einkünfte seien in Großbritannien nach dortigem nationalen Recht auch dann grundsätzlich im Rahmen der dortigen beschränkten Körperschaftsteuerpflicht der Klägerin steuerpflichtig, wenn die Einkünfte nicht aus einer gewerblichen Tätigkeit im Rahmen einer in Großbritannien belegenen Betriebsstätte erzielt worden seien. Hieran hielt er nach einer erneuten Prüfung in seinem Schriftsatz vom 20.03.2017 jedoch nicht mehr fest. 42

Der Beklagte bezweifelt zudem die Zulässigkeit der Klage und vertritt die Auffassung, dass nur die zur Vertretung berufene Geschäftsführerin des E-Fonds nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO klagebefugt sei. Dies gelte auch bei einer im Einspruchsverfahren unterlassenen Hinzuziehung der klagebefugten Person. 43

Ein Bekanntgabemangel liege nicht vor. Die Feststellungsbescheide seien der Klägerin zulässigerweise einzeln bekannt gegeben worden. Jedenfalls sei eine fehlerhafte Einzelbekanntgabe mit der Bekanntgabe der Einspruchsentscheidung geheilt worden, da der E-Fonds bei Erlass der Einspruchsentscheidung bereits aufgelöst und eine 44

Einzelbekanntgabe demnach erforderlich war.

Das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) hat am 02.09.2016 ein Auskunftersuchen an Großbritannien gerichtet, um zu klären, warum die Einkünfte des E-Fonds in den Jahren 1997 bis 2001 in Großbritannien nicht der Besteuerung unterworfen worden sind. Zu den im Einzelnen formulierten Fragen wird auf das Auskunftersuchen vom 02.09.2016 Bezug genommen. 45

Aus Großbritannien erhielt das BZSt zunächst die Mitteilung, aufgrund des lange zurückliegenden Zeitraums bestünden Schwierigkeiten, Unterlagen zu finden. Der E-Fonds habe für die Jahre 1997 bis 2001 keine Unterlagen oder Erklärungen im britischen Unternehmensregister eingereicht. Dies könne darauf hindeuten, dass auch keine Steuererklärungen abgegeben worden seien. Mit Sicherheit könne dies aber nicht festgestellt werden. Später teilte Großbritannien abschließend mit, steuerliche Unterlagen seien für den E-Fonds nicht gefunden worden, so dass davon ausgegangen werden könne, dass keine Steuererklärungen in Großbritannien abgegeben worden seien. 46

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze, die beigezogenen Verwaltungsvorgänge, die Verfahrensakte sowie die Sitzungsniederschriften vom 17.02.2017 und vom 28.04.2017 Bezug genommen. 47

## **Entscheidungsgründe** 48

Die Klage ist zulässig und begründet. 49

### **I. Zulässigkeit** 50

Die Klägerin war klagebefugt, da ihr die Feststellungsbescheide 1997 und 1998 gemäß § 183 Abs. 2 AO einzeln bekannt gegeben worden sind. 51

Ein Feststellungsbeteiligter, dem der Feststellungsbescheid einzeln bekannt gegeben wird, ist einspruchsbefugt, da ein belastender Verwaltungsakt an ihn gerichtet wurde (BFH-Urteil vom 27.05.2004 IV R 48/02, BStBl II 2004, 964; Steinhilber, jurisPR-SteuerR 34/2004 Anm. 4). Entsprechendes gilt für die Klagebefugnis (BFH-Beschluss vom 19.12.2013 IV B 73/13, BFH/NV 2014, 555). Im Falle der Einzelbekanntgabe gelten die Beschränkungen des § 352 AO bzw. des § 48 der Finanzgerichtsordnung (FGO) nicht (Brandis in Tipke/Kruse, AO/FGO-Komm., § 183 Rz. 30). 52

Insbesondere ist die Bekanntgabe der Bescheide an die Klägerin bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen nicht zu beanstanden. Die Bescheide sind jeweils an den zutreffenden Bekanntgabeadressaten und an den zutreffenden Inhaltsadressaten gerichtet worden. 53

Nach Auflösung des E-Fonds im Jahr 2011 ergibt sich die Klagebefugnis der Klägerin zudem aus § 48 Abs. 1 Nr. 2 FGO, da ein zur Vertretung berufener Geschäftsführer oder ein gemeinsamer Empfangsbevollmächtigter im Sinne des § 48 Abs. 2 Satz 1 FGO nicht mehr vorhanden ist. 54

### **II. Beiladung** 55

Eine Beiladung des E-Fonds war nicht vorzunehmen, da der E-Fonds bereits im Jahr 2011 vollbeendet worden ist. Zudem war eine Beiladung des E-Fonds entbehrlich, weil in dem vorliegenden Klageverfahren ausschließlich eine Entscheidung über die Besteuerung der inländischen Beteiligten und insbesondere über deren Steuerfreistellung nach dem DBA- 56

Großbritannien getroffen wird.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| III. Begründetheit                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 57 |
| Die Klage ist begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 58 |
| 1. Die Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 1997 und 1998 vom 10.12.2004 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 25.09.2013 sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten, § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 59 |
| Der E-Fonds erzielte in den Jahren 1997 und 1998 gewerbliche Einkünfte, für die das Besteuerungsrecht nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a 1. Halbsatz in Verbindung mit Art. III Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 sowie Art. VIII Abs. 2 Satz 1 DBA-Großbritannien Großbritannien und nicht Deutschland zustand.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 60 |
| Die Klägerin (bzw. ihre Rechtsvorgängerinnen) war in den Streitjahren unbeschränkt steuerpflichtig nach § 1 Abs. 1 KStG. Sie war am in London ansässigen E-Fonds beteiligt, der in Großbritannien als steuerlich transparent behandelt wurde und der aufgrund des Rechtstypenvergleichs seiner Struktur nach in Deutschland mit einer Personengesellschaft deutschen Rechts vergleichbar war. Zum Einkommen der Klägerin gehören in den Streitjahren auf dieser Basis auch die Einkünfte aus der Beteiligung am E-Fonds (§ 15 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 EStG in Verbindung mit § 8 Abs. 1 KStG).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 61 |
| Diese Einkünfte sind nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a 1. Halbsatz in Verbindung mit Art. III Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 sowie Art. VIII Abs. 2 DBA-Großbritannien von der steuerlichen Bemessungsgrundlage auszunehmen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 62 |
| Aus abkommensrechtlicher Sicht handelt es sich bei den Beteiligungseinkünften des E-Fonds um solche aus Gewerbebetrieb, für die das Besteuerungsrecht nach Art. III Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 DBA-Großbritannien Großbritannien zugewiesen ist, weil der E-Fonds als Personengesellschaft ihren im Ausland ansässigen Gesellschaftern (Mitunternehmern) jeweils eine Betriebsstätte vermittelt und das Besteuerungsrecht für gewerbliche Gewinne, soweit sie anteilig einer solchen Betriebsstätte – nach Maßgabe von Art. III Abs. 3 und Abs. 4 DBA-Großbritannien – zugerechnet werden können, in dem Gebiet besteuert werden können, in welchem die Betriebsstätte belegen ist. Gleichmaßen verhält es sich nach Art. VIII Abs. 2 Satz 1 DBA-Großbritannien für Gewinne aus der Veräußerung beweglichen Vermögens, das Betriebsvermögen einer Betriebsstätte darstellt, die ein Unternehmen eines der Gebiete in dem anderen Gebiet hat. | 63 |
| Abkommensrechtlich ist für diese Zuordnung allein die tatsächlich verwirklichte Einkunftsart maßgebend. Ohne Bedeutung ist insoweit, dass der E-Fonds nach Maßgabe des deutschen Steuerrechts als gewerblich geprägt im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG zu behandeln wäre.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 64 |
| a) Tatsächlich erzielte der E-Fonds originär gewerbliche Einkünfte.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 65 |
| Die Frage, ob ein Private Equity Fonds in Gestalt einer (hier ausländischen) Personengesellschaft vermögensverwaltend oder gewerblich tätig ist, richtet sich im Kern nach denselben Abgrenzungskriterien wie bei vergleichbaren Inlandsgesellschaften, insbesondere zum Wertpapierhandel. Ein Gewerbebetrieb erfordert nach § 15 Abs. 2 EStG eine selbstständige, nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 66 |



unternommen wird, sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und keine land- und forstwirtschaftliche, freiberufliche oder andere selbständige Tätigkeit ist. Zudem darf es sich nicht um typische Vermögensverwaltung handeln. Der An- und Verkauf von Wertpapieren überschreitet die Grenze zur gewerblichen Tätigkeit daher nur in besonderen Fällen. Der An- und Verkauf von Wirtschaftsgütern ist ein Gewerbebetrieb, wenn sich der Steuerpflichtige „wie ein Händler“ verhält. Beweisanzeichen für eine Zuordnung zum „Bild des Wertpapierhandels“ sind der Umfang der Geschäfte, das Unterhalten eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung von Geschäften, das Ausnutzen eines Marktes unter Einsatz beruflicher Erfahrungen, das Anbieten von Wertpapiergeschäften gegenüber einer breiten Öffentlichkeit und andere, für eine private Vermögensverwaltung ungewöhnliche Verhaltensweisen. Bei der rechtlichen Zuordnung anhand der vorgenannten Kriterien kann nicht isoliert auf einzelne Merkmale abgestellt werden, vielmehr ist das Gesamtbild entscheidend, wobei die einzelnen Beweisanzeichen zu gewichten und gegeneinander abzuwägen sind.

Um die einschlägigen Abgrenzungsmerkmale bezogen auf sogenannte Venture Capital und Private Equity Fonds greifbar zu machen und zu konturieren, hat die Finanzverwaltung mit BMF-Schreiben vom 16.12.2003 (BStBl. I 2004, 40) entsprechende Grundsätze formuliert. Typischerweise sollen Private Equity Fonds danach nicht gewerblich, sondern vermögensverwaltend tätig sein, wenn sie die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

- der Fonds muss den Erwerb von Anteilen am Zielunternehmen im Wesentlichen aus Eigenmitteln finanzieren, 68

- die Verwaltung des Fondsvermögens darf keine umfangreiche eigene Organisation erfordern, 69

- der Fonds darf sich nicht eines Marktes bedienen und auf fremde Rechnung unter Einsatz beruflicher Erfahrungen tätig werden, 70

- der Fonds darf Beteiligungen an den Zielunternehmen nicht gegenüber einer breiten Öffentlichkeit anbieten oder auf fremde Rechnung handeln, 71

- der Fonds muss die Beteiligungen mindestens mittelfristig für drei bis fünf Jahre halten, 72

- die erzielten Veräußerungserlöse dürfen nicht reinvestiert, sondern müssen ausgeschüttet werden, 73

- der Fonds darf sich nicht am aktiven Management der Zielunternehmen beteiligen. 74

Ob diesen – eher in Richtung einer Vermögensverwaltung tendierenden – Merkmalen angesichts der Vorgaben des § 15 Abs. 2 EStG uneingeschränkt zu folgen ist, kann dahinstehen, denn der Senat gelangt selbst nach Maßgabe dieser sehr einschränkenden Merkmale und unter Würdigung der Gesamtumstände des Streitfalles zu dem Ergebnis, dass der E-Fonds einen Gewerbebetrieb unterhalten hat und nicht bloß vermögensverwaltend tätig gewesen ist. 75

Nach dem Gesamtbild der Verhältnisse stand zur Überzeugung des Gerichts nicht die Fruchtziehung, d.h. das Halten der Beteiligungen, sondern der Substanzumschlag im Vordergrund der Tätigkeit des E-Fonds. Nach seiner Grundkonzeption hat der E-Fonds notleidende Unternehmen erworben und diese marktgängig gemacht, um sie im Anschluss mit Gewinn zu veräußern. Seinen Ertrag erzielte der E-Fonds letztlich aus der Veräußerung 76

der Portfolio-Gesellschaften. Dass die Kommanditisten einen Gewinn nur aus der Veräußerung der Beteiligung ziehen konnten, zeigt sich unter anderem daran, dass die laufenden Erträge im Wesentlichen als Vergütung an die Managementgesellschaft geflossen sind. An die Gesellschafter ausschüttbare Erlöse ergaben sich demnach allein aus der Wertsteigerung und dem anschließenden Verkauf der Portfolio-Unternehmen.

Für eine originär gewerbliche Tätigkeit des E-Fonds spricht ferner, dass die aus den Verkäufen erzielten Überschüsse nicht reinvestiert, sondern ausgeschüttet worden sind. 77

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der E-Fonds selbst am Markt tätig geworden ist und nicht lediglich über eine depotführende Bank gehandelt hat. 78

Die Gewerblichkeit des E-Fonds ergibt sich auch aufgrund der Tatsache, dass der Fonds tatsächlich Einfluss auf die Portfolio-Gesellschaften genommen hat, indem die für den Fonds handelnden Personen im Aufsichtsrat oder Vorstand des jeweiligen Beteiligungsunternehmens tätig geworden sind. 79

Dass sich der E-Fonds im Übrigen einer Managementgesellschaft bediente, steht der originären Gewerblichkeit des Fonds nicht entgegen, da der E-Fonds selbst über die sachlichen und personellen Erfahrungen zum Tätigen derartiger Geschäfte verfügte. Denn die verantwortlichen Personen im Fonds und in der Managementgesellschaft waren identisch. 80

Zudem ist hervorzuheben, dass am E-Fonds – mit Ausnahme des anderen inländischen Beteiligten – nur institutionelle Anleger beteiligt waren, und dass sowohl die Komplementärin des E-Fonds als auch die Managementgesellschaft von der L reguliert wurden. 81

Zwar war die Anzahl der insgesamt erworbenen Portfolio-Gesellschaften mit 10 vergleichsweise gering. Nach Auffassung des Senats ist jedoch nicht die Anzahl der Beteiligungen entscheidend, sondern die Qualität des Engagements in den Beteiligungsgesellschaften. Dieses war im Streitfall eindeutig auf eine Substanzwertsteigerung und Veräußerung ausgelegt. 82

Der E-Fonds hat Beteiligungen zwischen 8,7 % und 92 % übernommen, wobei – bis auf zwei Beteiligungen mit 8,7 % und 40,8 % – die Beteiligungsquote an den Portfolio-Gesellschaften über 50 % lag. Finanziert wurde der Ankauf der Beteiligungen teilweise zwar mit Eigenkapital. Im Wesentlichen erfolgte die Finanzierung jedoch über Darlehen oder High Yield Bonds, wobei es sich bei Letzteren um hochrisikoreiche Anleihen handelt. Aus der Fremdfinanzierung – insbesondere über hochrisikoreiche Anleihen – ist ebenfalls auf die Gewerblichkeit des E-Fonds zu schließen. 83

Dass die Beteiligungen zum Teil über eine längere Zeit gehalten wurden, spricht aus Sicht des Gerichts nicht gegen die Gewerblichkeit des Fonds, da auch kurzfristige Engagements von unter zwei Jahren getätigt wurden. 84

b) Der E-Fonds hat in London eine Betriebsstätte im Sinne des Art. II Abs. 1 Buchst. I Unterbuchst. (i) DBA-Großbritannien unterhalten, der die gewerblichen Einkünfte zuzurechnen sind. 85

Unbeachtlich ist insoweit, dass die G Limited die Räumlichkeiten der Managementgesellschaft, der J Limited, nutzte. 86

Ausschlaggebend ist, dass die Komplementärin mittels der vertraglichen Überantwortung von Aufgaben und dadurch mittels eines entsprechenden sachlichen und personellen „Apparats“ in der Lage war, ihrer unternehmerischen Tätigkeit „operativ“ nachzugehen, und dass die Komplementärin infolgedessen Zugriff in Gestalt einer Verfügungsmacht über die fraglichen Räumlichkeiten hatte. Infolge des Managementvertrages kann die Komplementärin auch ohne ein ihr vertraglich eingeräumtes eigenes Nutzungsrecht als nicht nur gelegentliche Nutzerin der Räume der Managementgesellschaft angesehen werden.

Dies ist im Streitfall darauf zu stützen, dass in der Komplementärin und der Managementgesellschaft dieselben handelnden Personen tätig waren und das „Sagen“ hatten. Dies waren im Wesentlichen die Herren N, O, P und Q, die selbst Beteiligte der Komplementärin und in deren Geschäftsführung tätig waren und die zugleich in der Geschäftsführung der J Limited tätig waren. Zudem war die Managementgesellschaft eine 100 %ige Tochter der Komplementärin.

88

c) Das Besteuerungsrecht ist nicht nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a 2. Halbsatz DBA-Großbritannien an Deutschland zurückgefallen. Denn diese Ausnahme von der in Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a 1. Halbsatz DBA-Großbritannien prinzipiell angeordneten Steuerfreistellung betrifft nur den Fall, dass in Deutschland als Ansässigkeitsstaat freigestellte Gewinne in Großbritannien nicht steuerpflichtig sind. Zugleich ist diese Ausnahme beschränkt auf die in Art. VIII Abs. 1 DBA-Großbritannien genannten Gewinne aus der Veräußerung unbeweglichen Vermögens im Sinne des Art. XII Abs. 2 DBA-Großbritannien. Im Streitfall sind aber keine Gewinne aus der Veräußerung unbeweglichen Vermögens erzielt worden. Vielmehr gehörten die Beteiligungen an den Port-folio-Gesellschaften beim E-Fonds zum beweglichen Vermögen, so dass nicht Art. VIII Abs. 1, sondern Art. VIII Abs. 2 DBA-Großbritannien einschlägig ist.

89

d) Nach § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG in der Fassung des JStG 2007 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 KStG, der gemäß § 52 Abs. 59a Satz 6 EStG auf alle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift noch nicht bestandskräftigen Veranlagungen – also auch auf die Streitjahre 1997 und 1998 – anzuwenden ist, wird die Freistellung der Einkünfte eines unbeschränkt Steuerpflichtigen nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht gewährt, wenn der andere Staat die Bestimmungen des Abkommens so anwendet, dass die Einkünfte in diesem Staat von der Besteuerung auszunehmen sind oder nur zu einem durch das Abkommen begrenzten Steuersatz besteuert werden können. Der hierdurch angeordnete Wechsel von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode baut auf einem sogenannten (negativen) Qualifikationskonflikt auf. Dazu kann es kommen, wenn die Vertragsstaaten von unterschiedlichen Sachverhalten ausgehen (Subsumtionskonflikt), wenn sie Abkommensbestimmungen unterschiedlich auslegen (Auslegungskonflikt) oder wenn sie aufgrund einer Art. 3 Abs. 2 OECD-Musterabkommen entsprechenden Abkommensvorschrift – wie hier Art. II Abs. 3 DBA-Großbritannien – Abkommensbegriffe nach ihrem nationalen Steuerrecht unterschiedlich auslegen (Konflikt infolge abweichenden innerstaatlichen Rechts). Auslöser für den beschriebenen Methodenwechsel als Rechtsfolge ist somit im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut des § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG in der Fassung des JStG 2007 ein (negativer) Qualifikationskonflikt im weitesten Sinne. Ursache für die Nichtbesteuerung muss aber immer die Anwendung des DBA sein. Nicht ausreichend und den tatbestandlichen Anforderungen genügend ist hingegen eine rein innerstaatliche rechtliche Steuermaßnahme, wie beispielsweise der Verzicht auf das abkommensrechtlich zugewiesene Besteuerungsrecht.

90

91

Letzteres ist aber im Streitfall anzunehmen, so dass ein Rückfall des Besteuerungsrechts an Deutschland nach § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG in der Fassung des JStG 2007 nicht erfolgt. Die Einkünfte des E-Fonds sind aufgrund einer „einseitigen nationalen Maßnahme“ des britischen Gesetzgebers „mit Subventionscharakter“ nicht besteuert worden.

Die Nichtbesteuerung des E-Fonds in Großbritannien beruht nicht auf einem negativen Qualifikationskonflikt im Sinne des § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG. Eine unterschiedliche Anwendung des DBA-Großbritannien wäre nur dann gegeben, wenn Großbritannien den E-Fonds als vermögensverwaltend eingestuft und von einer Besteuerung nur abgesehen hätte, weil Art. 15 des DBA-Großbritannien Deutschland das Besteuerungsrecht für vermögensverwaltende Einkünfte zuweist, und wenn Deutschland demgegenüber die Einkünfte des Fonds als originär gewerblich und durch eine Betriebsstätte in London erzielt behandeln würde, so dass nach dem DBA-Großbritannien das Besteuerungsrecht bei Großbritannien liegen würde. Durch die unterschiedliche Qualifizierung der Einkünfte des E-Fonds würde das DBA-Großbritannien in diesem Fall von den beiden Staaten unterschiedlich angewandt und es läge ein (negativer) Qualifikationskonflikt vor. Dies trifft im Streitfall aber nicht zu. 92

Personengesellschaften – wie der E-Fonds – werden für steuerliche Zwecke in Großbritannien als transparent behandelt. Jeder Gesellschafter wird daher so veranlagt, als habe er das Einkommen in Höhe seines Gewinnanteils allein erwirtschaftet (vgl. Levedag in Wassermeyer, Doppelbesteuerung, Anhang Großbritannien Rz. 41). Vorliegend erzielte der Fonds seine Gewinne im Wesentlichen aus der Veräußerung der jeweiligen Beteiligung an den Portfolio-Gesellschaften. Veräußerungsgewinne unterliegen in Großbritannien nicht der Einkommensbesteuerung, der sogenannten „income tax“. Die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen ist vielmehr im sogenannten Capital Gains Tax Act 1992 samt seiner Fortschreibungen in den Finance Acts geregelt (vgl. Levedag in Wassermeyer, Doppelbesteuerung, Anhang Großbritannien Rz. 42). Für non-residents, d.h. beschränkt Steuerpflichtige – wie die Klägerin – regelt der Capital Gains Tax Act 1992, dass diese mit den von ihnen erzielten Veräußerungsgewinnen grundsätzlich nicht der Besteuerung in Großbritannien unterliegen, es sei denn sie werden in Großbritannien durch eine Zweigniederlassung oder Vertretung (Betriebsstätte) gewerblich tätig und erfüllen weitere einschränkende Voraussetzungen. Die vom Senat insoweit ermittelte Gesetzeslage nach britischem Recht – dem Capital Gains Tax Act 1992 – entspricht der Darstellung in Ziff. 6.1 des Memorandums „CWB Capital Partner II UK Besteuerung“ vom 12.04.1995. 93

Soweit der Senat annimmt, dass Großbritannien den E-Fonds als vermögensverwaltend eingestuft hat und zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die beschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner (hier die Klägerin) des Fonds nicht durch eine Betriebsstätte gewerblich tätig geworden sind, ist nach der Rechtsauffassung des Gerichts kein die Anwendung des § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG begründender negativer Qualifikationskonflikt gegeben. Dies folgt daraus, dass der Capital Gains Tax Act 1992 beschränkt Steuerpflichtige – wie die Klägerin – mit den von ihnen erzielten Veräußerungsgewinnen von der Besteuerung ausnimmt und das DBA-Großbritannien das Besteuerungsrecht für vermögensverwaltende Einkünfte Deutschland zuweist. Die Nichtbesteuerung in Großbritannien würde in diesem Fall nicht aufgrund einer unterschiedlichen Anwendung des DBA-Großbritannien erfolgen, sondern aufgrund der Tatsache, dass Großbritannien bereits nach nationalem Recht keine Besteuerung vorsieht und dies mit dem DBA-Großbritannien in Einklang steht. 94

Anders würde es sich nur unter der Annahme verhalten, dass Großbritannien grundsätzlich eine Besteuerung der beschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner mit vermögensverwaltenden 95

Einkünften vorsieht und nur deshalb keine Besteuerung im Inland vorgenommen hat, weil das DBA-Großbritannien Deutschland das Besteuerungsrecht für vermögensverwaltende Einkünfte zugewiesen hat. Dies kann der Senat im Streitfall jedoch nicht feststellen.

Soweit der Senat annimmt, Großbritannien sei davon ausgegangen, die beschränkt steuerpflichtigen Anteilseigner des E-Fonds seien in Großbritannien gewerblich tätig geworden, hätte nach dem Capital Gains Tax Act 1992 eine Besteuerung der Kläger in Großbritannien erfolgen müssen. Dies korrespondiert mit dem DBA-Großbritannien, das Großbritannien das Besteuerungsrecht für gewerbliche Einkünfte zuweist. In diesem Fall dürfte die tatsächliche Nichtbesteuerung der Kläger in Großbritannien ebenfalls nicht auf einem negativen Qualifikationskonflikt beruhen, denn sowohl nach britischem als auch nach deutschen Verständnis des DBA-Großbritannien läge das Besteuerungsrecht bei Großbritannien. Die tatsächliche Nichtbesteuerung dürfte dann entweder deshalb nicht erfolgt sein, weil es weitere, dem Senat unbekannte Regelungen des britischen Rechts gibt, nach denen von einer Besteuerung abzusehen ist, oder weil Großbritannien die Besteuerung schlicht aufgrund der mangelnden Kenntnis des Sachverhalts nicht vorgenommen hat, weil die Kläger in Großbritannien keine Steuererklärungen abgegeben haben. Bei beiden Alternativen würde Großbritannien aber das DBA-Großbritannien nicht anders anwenden als Deutschland. 96

Da die Regelung des § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG im Streitfall nicht zur Anwendung kommt, kann offenbleiben, ob die in § 52 Abs. 59a Satz 6 EStG angeordnete rückwirkende Anwendung auch für die Streitjahre gegen das verfassungsrechtlich verbürgte Rückwirkungsverbot verstößt. 97

e) Die Höhe der für die Klägerin für die Jahre 1997 und 1998 festgestellten Einkünfte ist zwischen den Beteiligten unstreitig. Sie entspricht den Angaben in den Steuererklärungen. 98

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO. 99

3. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 151 Abs. 3, 155 FGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 10, 711 der Zivilprozessordnung (ZPO). 100

4. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und zur Fortbildung des Rechts und zur Sicherung der einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesfinanzhofs nicht erforderlich ist. 101