

BUNDESFINANZHOF Urteil vom 24.8.2011, I R 46/10

Gewerblichkeit eines (englischen, gewerblich geprägten) Private Equity Fonds - Freistellung von der Besteuerung nach DBA-Großbritannien 1964/1970 für Betriebsstätteneinkünfte - (negativer) Qualifikationskonflikt als Voraussetzung für die Anwendung des § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG 2002 i.d.F. des JStG 2007 - Ankauf und Verkauf von Wertpapieren als gewerbliche Tätigkeit - Abgrenzung zur Vermögensverwaltung - Geschäftsmodell von Private Equity Fonds - Treaty Override

Leitsätze

1. Eine i.S. von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG 1997 gewerblich geprägte Personengesellschaft erzielt nicht allein wegen der Prägung gewerbliche Gewinne i.S. von Art. III Abs. 1 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 (Anschluss an die ständige Spruchpraxis des Senats).
2. Ein in der Rechtsform einer britischen Limited Partnership geführter sog. Private Equity/Venture Capital Fonds kann nach § 15 Abs. 2 EStG 1997 gewerblich tätig sein und gewerbliche Gewinne i.S. von Art. III Abs. 1 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 erzielen.
3. Räumlichkeiten können auch dann eigene Betriebsstätten sein, wenn es sich hierbei um solche einer eingeschalteten Managementgesellschaft handelt und hierüber kein vertraglich eingeräumtes eigenes Nutzungsrecht besteht (Bestätigung des Senatsurteils vom 23. Februar 2011 I R 52/10, BFH/NV 2011, 1354).
4. Einkünfte aus einer britischen Betriebsstätte sind auch dann nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. III Abs. 1 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 von der inländischen Bemessungsgrundlage auszunehmen, wenn sie in Großbritannien aufgrund dortiger steuerlicher Subventionsmaßnahmen tatsächlich unbesteuert bleiben. Aus demselben Grund entfällt ein Besteuerungsrückfall nach Maßgabe von § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG 2002.
5. Die Freistellung von der inländischen Besteuerung nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. III Abs. 1 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 erfasst auch Dividenden, die aufgrund des sog. Betriebsstättenvorbehalts nach Art. VI Abs. 5 DBA-Großbritannien 1964/1970 im Quellenstaat als gewerbliche Einkünfte zu behandeln sind (Abgrenzung zum Senatsurteil vom 7. August 2002 I R 10/01, BFHE 199, 547, BStBl II 2002, 848).

Tatbestand

- 1 I. Es wird darum gestritten, ob die gesondert und einheitlich festgestellten Einkünfte der Klägerinnen und Revisionsklägerinnen (Klägerinnen) aus der Beteiligung als sog. institutionelle Anleger an einer in England ansässigen Personengesellschaft --einer Limited Partnership (LP)-- in Deutschland nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. III Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz und Abs. 3 sowie Art. VIII Abs. 2 Satz 1 des Abkommens zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung vom 26. November 1964 (BGBl II 1966, 359, BStBl I 1966, 730) i.d.F. des Revisionsprotokolls vom 23. März 1970 (BGBl II 1971, 46, BStBl I 1971, 140) --DBA-Großbritannien 1964/1970-- steuerfrei sind. Streitjahr ist 1998.
- 2 Die Klägerin zu 1., eine GmbH, sowie die F-GmbH als Rechtsvorgängerin der Klägerin zu 2., ebenfalls eine GmbH, sind Tochtergesellschaften eines inländischen Finanzdienstleistungsunternehmens. Sie waren im Streitjahr neben weiteren institutionellen Anlegern aus verschiedenen Staaten als sog. limited partners Gesellschafter eines Unternehmens der E-Unternehmensgruppe, der im Jahre 1994 gegründeten E-LP mit Sitz in London. Sie hielten von dem Kommanditkapital der E-LP von insgesamt 63 Mio. (britischen) Pfund Sterling (£) jeweils 5 Mio. £.
- 3 Alleinvertretungsberechtigte Gründungskomplementärin (general partner) der E-LP war ursprünglich eine englische Kapitalgesellschaft, die E-Ltd. Nach dem Gesellschaftsvertrag der E-LP waren die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Die Gesellschafterstellung der E-Ltd. als der Komplementärin wurde im Mai 1996 auf eine weitere britische Limited Partnership, die GP-LP, übertragen. Deren Komplementärin war die GP-Ltd. mit satzungsmäßigem Sitz in Schottland; Hintergrund dieses Wechsels des Komplementärs war nach Angaben der Klägerinnen, dass nach schottischem Recht --in Abweichung vom englischen Recht-- eine Partnership als juristische Person betrachtet wird. Geschäftsführer (directors) der GP-Ltd. waren im Streitjahr anfangs acht, später sieben Personen, welche im Streitjahr zugleich Mitarbeiter (directors und non-executive directors) der EV-Ltd., einer Kapitalgesellschaft mit Sitz in London, waren. Die EV-Ltd. war 1976 als sog. "Venture Capital"-Gesellschaft gegründet worden, welche sich als private equity investor bezeichnete, spezialisiert auf Buy-out, Buy-in und Development Capital Deals in der Größenordnung zwischen 10 Mio. £ und 150 Mio. £. Sie verfügte über eigene Büroräume und eigenes Büropersonal. In diesen Geschäftsräumen der EV-Ltd. übten deren Mitarbeiter sowie die erwähnten Mitarbeiter der GP-Ltd. ihre Tätigkeit für beide Gesellschaften aus. Die GP-Ltd. verfügte außerdem über einen secretary, der seine

satzungsmäßigen und gesetzlich vorgeschriebenen Tätigkeiten ebenfalls in den Räumen der EV-Ltd. wahrnahm.

- 4 Die sieben vorgenannten directors der GP-Ltd. waren zugleich Gesellschafter (partners) der E-LLP, der Muttergesellschaft sowohl der GP-Ltd. als auch aller anderen Gesellschaften der Unternehmensgruppe. Es handelte sich hierbei um eine in England registrierte Gesellschaft mit Sitz in London, die die Erlaubnis der Financial Services Authority zu Finanztransaktionen besaß.
- 5 Die E-LP war als geschlossener Fonds konzipiert und auf eine Laufzeit grundsätzlich bis zum 31. Dezember 2002 angelegt. Zweck der Gesellschaft war es, "to carry on the business of an investor", und zwar die ersten vier Jahre als Investitionsphase, die folgenden Jahre dann als Realisationsphase. Investitionsobjekte waren kleinere und größere Buy-outs in der Form des Management Buy-out sowie Leveraged Buy-out, offensive (= riskante) Finanzierungen und risikobehaftete Kaufgelegenheiten; der Investitionsbereich war grundsätzlich auf Großbritannien beschränkt. Gewinne sollten aus einer Börseneinführung des erworbenen jeweiligen Investments (initial public offering) bzw. dessen Veräußerung erzielt werden. Die Gesamtzahl der ihr zuzurechnenden Investitionen belief sich bis einschließlich 1998 auf 22 Unternehmensbeteiligungen, von denen zum 31. Dezember 1999 noch 16 Beteiligungen gehalten wurden. Ihre Beteiligungsquote per 31. Dezember 1998 differierte zwischen 3 v.H. und 61,1 v.H. Die E-LP hatte mit der EV-Ltd. am 11. März 1994 einen Managementvertrag geschlossen, weil die EV-Ltd. bzw. deren angestellte Manager über die nach englischem Recht erforderlichen Genehmigungen zur Vornahme von Finanztransaktionen verfügten.
- 6 Für die Einkünfte aus der Beteiligung an der E-LP haben die Klägerin zu 1. und die F-GmbH sowohl im Streitjahr als auch in den davor liegenden Veranlagungszeiträumen in Großbritannien keine Steuererklärungen abgegeben. In Deutschland begehrt sie die gesonderte und einheitliche Feststellung steuerfreier Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach Maßgabe von Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. III Abs. 2 DBA-Großbritannien 1964/1970.
- 7 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) stellte die Besteuerungsgrundlagen gegen die Klägerinnen gemäß § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a der Abgabenordnung (AO) im Ergebnis durch geänderten Bescheid vom 19. April 2010 wie folgt
--und der Höhe nach unter den Beteiligten unstreitig-- fest:
 - ausländische Einkünfte aus Großbritannien über insgesamt 13.290.278 DM, die je zur Hälfte auf die Klägerin zu 1. und die F-GmbH entfallen (jeweils 6.645.139 DM) hierin enthaltene Dividendeneinkünfte in Höhe von 692.883 DM, die je zur Hälfte auf die Klägerin zu 1. und die F-GmbH entfallen (jeweils 346.441 DM);
 - hierin enthaltene Zinseinkünfte in Höhe von 273.932 DM, die je zur Hälfte auf die Klägerin zu 1. und die F-GmbH entfallen (jeweils 136.966 DM);
 - hierin enthaltene Veräußerungsgewinne (= Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen) in Höhe von 12.323.463 DM, die je zur Hälfte auf die Klägerin zu 1. und die F-GmbH entfallen (jeweils 6.161.731 DM).
- 8 Das FA ging dabei davon aus,
 - die Tätigkeit der E-LP als Venture Capital Fonds sei nicht gewerblicher Art, sondern vermögensverwaltend;
 - die Tätigkeit einer ausländischen gewerblich geprägten Personengesellschaft, die ausschließlich vermögensverwaltend tätig ist, falle nicht unter den Unternehmensbegriff des DBA-Großbritannien 1964/1970;
 - demnach gelte hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung von Beteiligungen an britischen Kapitalgesellschaften die Regelung des Art. VIII Abs. 3 DBA-Großbritannien 1964/1970, wonach das Besteuerungsrecht ausschließlich dem Wohnsitzstaat des Anteilseigners zustehe;
 - hinsichtlich der Dividendenausschüttungen ergebe sich ein ausschließliches Besteuerungsrecht Deutschlands aus Art. XVIII Abs. 2 Buchst. b Unterabs. (i) i.V.m. Buchst. a Satz 3 DBA-Großbritannien 1964/1970

unter Anrechnung der in Großbritannien gezahlten Steuer.
- 9 Die dagegen gerichtete Klage blieb überwiegend erfolglos. Das Finanzgericht (FG) Baden-Württemberg wies sie mit (nicht veröffentlichtem) Urteil vom 11. Mai 2010 6 K 285/06 als überwiegend unbegründet ab. Zwar habe die E-LP gewerbliche Einkünfte erwirtschaftet und gebühre das Besteuerungsrecht für solche Einkünfte Großbritannien und nicht Deutschland, weil die E-LP in Großbritannien über eine Betriebsstätte verfüge, der die Einkünfte zuzurechnen seien. Doch falle das Besteuerungsrecht nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a 2. Halbsatz DBA-Großbritannien 1964/1970 und der darin zum Ausdruck kommenden allgemeinen

Werteentscheidung der Vertragsstaaten an Deutschland zurück. Anders verhalte es sich lediglich hinsichtlich der vereinnahmten Zinsen. Denn diese hätten in Großbritannien einer Quellensteuer unterlegen, weshalb sie in Deutschland von der Bemessungsgrundlage auszunehmen seien.

- 10 Ihre Revisionen stützen die Klägerinnen auf Verletzung materiellen Rechts. Sie beantragen, das FG-Urteil aufzuheben und den angefochtenen Feststellungsbescheid 1998 dahin abzuändern, dass die Einkünfte aus der Beteiligung an der E-LP insgesamt als steuerfreie ausländische Einkünfte festgestellt werden.
- 11 Das FA beantragt, die Revisionen zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 12 II. Die Revisionen sind begründet. Sie führen zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Klagenstattgabe. Das FG hat zwar zu Recht angenommen, dass die E-LP bei isolierter Betrachtung --unbeschadet ihrer gewerblichen Prägung durch die EV-Ltd.-- Einkünfte aus Gewerbebetrieb erwirtschaftet hat, und dass für diese Einkünfte nach Art. III Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 sowie Art. VIII Abs. 2 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 Großbritannien als Betriebsstättenstaat und nicht Deutschland als Ansässigkeitsstaat das Besteuerungsrecht gebührte (nachfolgend unter 2.). Es hat sodann jedoch zu Unrecht angenommen, das Besteuerungsrecht sei nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a Satz 1 2. Halbsatz DBA-Großbritannien 1964/1970 für die abkommensrechtlich nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Art. III Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 sowie Art. VIII Abs. 2 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 freigestellten Einkünfte an Deutschland zurückgefallen (nachfolgend unter 3.). Ein vergleichbarer Besteuerungsrückfall ergibt sich --wovon letztlich in diesem Punkt wiederum zu Recht auch das FG ausgeht-- auch nicht aus § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 59a Satz 6 des Einkommensteuergesetzes 2002 i.d.F. des Jahressteuergesetzes 2007 --EStG 2002 n.F.-- (nachfolgend unter 4.).
- 13 1. Die Klägerin zu 1. sowie die F-GmbH waren im Streitjahr in Deutschland ansässig und hier unbeschränkt steuerpflichtig (§ 1 Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes --KStG 1996--). Sie waren im Streitjahr an der englischen E-LP als einer partnership beteiligt, die in Großbritannien als steuerlich transparent behandelt wird und die aufgrund des Rechtstypenvergleichs ihrer Struktur nach auch in Deutschland mit einer Personengesellschaft deutschen Rechts vergleichbar ist. Zu den Einkommen der Klägerin zu 1. und der F-GmbH gehören auf dieser Basis auch die Einkünfte aus den Beteiligungen an der E-LP (§ 8 Abs. 1 KStG 1996 i.V.m. § 15 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 EStG 1997). Das ist unter den Beteiligten unstrittig und bedarf keiner weiteren Erörterung.
- 14 2. Diese Einkünfte sind jedoch nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a 1. Halbsatz i.V.m. Art. III Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 sowie Art. VIII Abs. 2 DBA-Großbritannien 1964/1970 von der Bemessungsgrundlage auszunehmen.
- 15 a) Bei den betreffenden Beteiligungseinkünften der E-LP handelt es sich aus Abkommenssicht nicht um solche vermögensverwaltender Art, für die das Besteuerungsrecht nach Art. XV DBA-Großbritannien 1964/1970 Deutschland zustünde, sondern um solche aus Gewerbebetrieb. Das Besteuerungsrecht für gewerbliche Gewinne eines Unternehmens wird nach Art. III Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 DBA-Großbritannien 1964/1970 Großbritannien und nicht Deutschland zugewiesen, weil die E-LP als Personengesellschaft ihren im Ausland ansässigen Gesellschaftern (Mitunternehmern) jeweils eine Betriebsstätte vermittelt (z.B. Senatsurteile vom 26. Februar 1992 I R 85/91, BFHE 168, 52, BStBl II 1992, 937; vom 7. August 2002 I R 10/01, BFHE 199, 547, BStBl II 2002, 848; vom 16. Oktober 2002 I R 17/01, BFHE 200, 521, BStBl II 2003, 631) und das Besteuerungsrecht für gewerbliche Gewinne, soweit sie anteilig einer solchen Betriebsstätte --nach Maßgabe von Art. III Abs. 3 und 4 DBA-Großbritannien 1964/1970-- zugerechnet werden können, in dem Gebiet besteuert werden können, in welchem die Betriebsstätte gelegen ist. Gleichermaßen verhält es sich nach Art. VIII Abs. 2 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 für Gewinne aus der Veräußerung beweglichen Vermögens, das Betriebsvermögen einer Betriebsstätte darstellt, die ein Unternehmen eines der Gebiete in dem anderen Gebiet hat.
- 16 aa) Diese Besteuerungszuordnung folgt allerdings nicht bereits daraus, dass die E-LP nach Maßgabe des deutschen Steuerrechts als gewerblich geprägt i.S. von § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG 1997 zu behandeln ist. Denn die internrechtlich-fiktive Umqualifikation schlägt auf die abkommensrechtliche Einkunftsqualifikation --entgegen der Annahme der Finanzverwaltung (vgl. allgemein Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen --BMF-- vom 16. April 2010, BStBl I 2010, 354 Tz 2.2.1)-- nicht durch. Abkommensrechtlich ausschlaggebend ist allein die tatsächlich verwirklichte Einkunftsart. Im Einzelnen verweist der Senat auf seine mittlerweile ständige Spruchpraxis (z.B. Senatsurteile vom 28. April 2010 I R 81/09, BFHE 229, 252; vom 9. Dezember 2010 I R 49/09, BFHE 232, 145, BStBl II 2011, 482 --dort für das DBA-Großbritannien 1964/1970--; vom 25. Mai 2011 I R 95/10, Deutsches Steuerrecht 2011, 1553, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt), an welcher festzuhalten ist (s. auch --speziell zu Private Equity Fonds-- Elser/Güttele-Kunz in Wassermeyer/Richter/Schnittker, Personengesellschaften im Internationalen Steuerrecht, Rz 11.48).
- 17 bb) Jedoch hat die E-LP im Streitjahr unabhängig von ihrer --abkommensrechtlich unbeachtlichen-- gewerblichen Prägung "originär" gewerbliche Einkünfte erwirtschaftet.

- 18 aaa) Die Frage, ob ein Private Equity Fonds in Gestalt einer (hier ausländischen) Personengesellschaft vermögensverwaltend oder aber gewerblich tätig wird, richtet sich im Kern nach denselben Abgrenzungskriterien wie bei vergleichbaren Inlandsgesellschaften, insbesondere zum Wertpapierhandel (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 1997 I R 34/97, BFHE 185, 216, BStBl II 1998, 296; Elser/Güttele-Kunz in Wassermeyer/Meyer/Richter/Schnittker, a.a.O., Rz 11.31, m.w.N.). Ein Gewerbebetrieb erfordert nach § 15 Abs. 2 EStG 1997 eine selbständige, nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, 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.
- 19 Der An- und Verkauf von Wertpapieren überschreitet die Grenze zur gewerblichen Betätigung daher nur in besonderen Fällen. Der An- und Verkauf von Wirtschaftsgütern ist ein Gewerbebetrieb, wenn sich der Steuerpflichtige "wie ein Händler" (Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 20. Dezember 2000 X R 1/97, BFHE 194, 198, BStBl II 2001, 706, m.w.N.) 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 breiteren Öffentlichkeit und andere für eine private Vermögensverwaltung ungewöhnliche Verhaltensweisen (BFH-Urteil, ebenda, m.w.N.). 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. Im Einzelnen bezieht sich der Senat dazu auf die einschlägige Spruchpraxis des BFH, beispielsweise in den Urteilen in BFHE 194, 198, BStBl II 2001, 706 und vom 30. Juli 2003 X R 7/99 (BFHE 204, 419, BStBl II 2004, 408).
- 20 bbb) Um die einschlägigen Abgrenzungsmerkmale bezogen auf sog. Venture Capital und Private Equity Fonds greifbar zu machen und zu konturieren, hat die Finanzverwaltung in einem Schreiben des BMF vom 16. Dezember 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,
 - die Verwaltung des Fondsvermögens darf keine umfangreiche eigene Organisation erfordern,
 - der Fonds darf sich nicht eines Marktes bedienen und auf fremde Rechnung unter Einsatz beruflicher Erfahrungen tätig werden,
 - der Fonds darf Beteiligungen an den Zielunternehmen nicht gegenüber einer breiten Öffentlichkeit anbieten oder auf fremde Rechnung handeln,
 - der Fonds muss die Beteiligungen mindestens mittelfristig für drei bis fünf Jahre halten,
 - die erzielten Veräußerungserlöse dürfen nicht reinvestiert, sondern müssen ausgeschüttet werden,
 - der Fonds darf sich nicht am aktiven Management der Zielunternehmen beteiligen.
- 21 ccc) Ob diesen --eher in Richtung einer Vermögensverwaltung tendierenden-- Merkmalen angesichts der Vorgaben des § 15 Abs. 2 EStG 1997 uneingeschränkt zu folgen ist, kann dahinstehen. Denn die Vorinstanz ist selbst nach Maßgabe dieser sehr einschränkenden Merkmale und unter Würdigung der Gesamtumstände des Streitfalls (s. dazu und zu den Kriterien im Einzelnen --und kritisch-- auch Elser/Güttele-Kunz in Wassermeyer/Richter/Schnittker, a.a.O., Rz 11.33 ff., 11.42; Buge in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 15 EStG Rz 1172, m.w.N.) zu dem (zutreffenden) Ergebnis gelangt, dass die E-LP einen Gewerbebetrieb unterhalten habe und nicht bloß vermögensverwaltend tätig gewesen sei: Die E-LP habe ihre Geschäfte aufgrund des Managementvertrages einschlägig versierten und gewerblich tätigen Personen übertragen, denen das Betreiben der in Rede stehenden Finanzdienstleistungen durch die britische Aufsichtsbehörde erlaubt worden ist. Die jeweiligen Beteiligungen seien grundsätzlich max. nur vier Jahre gehalten worden, bevor die E-LP sie veräußert oder an die Börse gebracht habe. Die für die E-LP handelnden Personen hätten sich aktiv an dem Management der Portfolio-Gesellschaften zumindest teilweise beteiligt. Die E-LP habe durchweg auf fremde Rechnung gehandelt. Der Kreis der Gesellschafter der E-LP setze sich sämtlich aus sog. institutionellen Anlegern zusammen und die E-LP habe ihrerseits mit derartigen institutionellen Anlegern als Geschäftspartnerin gehandelt; sie sei deswegen als Finanzunternehmen i.S. des § 1 Abs. 3 des Gesetzes über das Kreditwesen (KredWG) anzusehen und habe als solches am Marktgeschehen teilgenommen. Für einen rein vermögensverwaltend tätigen Fonds, welcher Transaktionen lediglich anonym über eine Depotbank tätige, sei das aber eher untypisch; das FG bezog sich dabei auf das BFH-Urteil vom 2. April 1971 VI R 149/67 (BFHE 102, 261, BStBl II 1971, 620).
- 22 Diese trichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie deckt sich mit den zugrunde liegenden, den Senat bindenden (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) Feststellungen und ist zumindest möglich: Die Gesamtzahl der der E-LP zuzurechnenden Investitionen belief sich nach diesen Feststellungen bis

einschließlich 1998 auf 22 Unternehmensbeteiligungen zwischen 3 v.H. und 61,1 v.H., von denen zum 31. Dezember 1999 noch 16 Beteiligungen gehalten wurden. Dieser Umstand und die durchschnittliche Beteiligungsdauer von vier Jahren verdeutlicht, dass ein Substanzumschlag im Vordergrund der Aktivitäten stand und dass die Fruchtziehung aus dem Beteiligungsbesitz demgegenüber zu vernachlässigen ist. Die Aktivitäten der E-LP entsprachen hiernach eher dem "Bild des Gewerbebetriebs" in der Form des Handels als einer privaten Vermögensverwaltung (s. auch zum Erwerb und zur Veräußerung von GmbH-Anteilen BFH-Urteil vom 25. Juli 2001 X R 55/97, BFHE 195, 402, BStBl II 2001, 809, m.w.N.; abgrenzend dazu Watrin/Goksch, Der Betrieb --DB-- 2002, 341). Die E-LP hat die Beteiligungserwerbe zudem fremdfinanziert. Das dadurch indizierte "händlertypische" Verhalten liegt in der mit der Aufnahme von Fremdtiteln verbundenen Ausnutzung des sog. Leverageeffekts, welcher eintritt, wenn der Fonds aufgrund der Kreditaufnahmen einen höheren Betrag in Portfoliogesellschaften investiert, als er ihm aufgrund des Zeichnungskapitals zur Verfügung steht. Die Fremdkapitalkosten werden dann --nur-- durch die Beteiligungsumschichtung neutralisiert und ermöglichen --nur-- dadurch eine Gewinnmarge (vgl. Rodin/Veith/Bärenz, DB 2004, 103, 104 f.; krit. demgegenüber z.B. Wiese/Klass, Finanz-Rundschau --FR-- 2004, 324, 329 f.). Dass die E-LP sich der EV-Ltd. als Managementgesellschaft "bedient" hat, um ihre Aufgaben zu erfüllen, ist für sich genommen unbeachtlich. Maßgebend ist, dass die EV-Ltd. sowohl die sächlichen als auch personellen sowie aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen erfüllte, um die in Rede stehenden Geschäfte (sowie die erforderlichen usancenrechtlichen Vorbereitungsmaßnahmen wie beispielsweise das "Screening" und "Monitoring" der ins Auge gefassten Beteiligungsunternehmen) zu tätigen, und dass diese Gegebenheiten von der E-LP ausgenutzt wurden und ihr zuzurechnen waren. Zu berücksichtigen bleibt überdies, dass Private Equity Fonds nach ihrem typischen --und auch im Streitfall in Rede stehenden-- Geschäftsmodell des sog. Management und Leveraged Buy-out in erster Linie darauf abzielen, durch Umschichtung von Vermögenswerten und durch die Verwertung von Vermögenssubstanz ("buy to sell") zugunsten der Anleger möglichst hohe Renditen zu erwirtschaften. Primäres Ziel ist auch deshalb nicht die (vermögensverwaltende) Nutzung von Kapitalanlagen zum Zwecke der Fruchtziehung aus den eingegangenen Engagements und Investments, sondern deren Veräußerung; der Fonds wirkt als "Händler" und tritt nach der Verkehrsauffassung typischerweise "wie" ein solcher und zugleich wie ein Finanzunternehmen nach dem KredWVG (s. auch Reiß in Kirchhof, EStG, 10. Aufl., § 15 Rz 132a [Fußnote 2]) am Markt auf. So gesehen lässt sich das Geschäftsmodell der Private Equity Fonds durchaus mit demjenigen von Flugzeugleasingmodellen vergleichen, für welche der BFH in seinem Urteil vom 26. Juni 2007 IV R 49/04 (BFHE 217, 150, BStBl II 2009, 289) ebenfalls einen Gewerbebetrieb angenommen hat; die Finanzverwaltung ist dem gefolgt (BMF-Schreiben vom 1. April 2009, BStBl I 2009, 515; s. auch --abgrenzend zu dem BMF-Schreiben in BStBl I 2004, 40-- Anzinger/Voelskow, FR 2009, 1089; Klass/Süß, FR 2009, 653, 658; Reiß in Kirchhof, ebenda [Rz 132a]).

- 23 b) Die E-LP hat eine in Großbritannien belegene Betriebsstätte i.S. von Art. II Abs. 1 Buchst. I Unterabs. (i) DBA-Großbritannien 1964/1970 unterhalten, der die gewerblichen Einkünfte zuzurechnen sind. Dass sie dazu die Räumlichkeiten und das Personal der EV-Ltd. als Managementgesellschaft nutzte, ist unbeachtlich. Ausschlaggebend ist, dass sie 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 sie infolgedessen Zugriff in Gestalt einer Verfügungsmacht über die fraglichen Räumlichkeiten hatte. Soweit der Senat in seinem Beschluss vom 22. April 2009 I B 196/08 (BFH/NV 2009, 1588) die bloße Mitnutzung der Räume eines Vertragspartners nicht hat ausreichen lassen, um eine Betriebsstätte annehmen zu können, liegt dem eine andere Situation zugrunde, als diese vorliegend zu beurteilen ist. Infolge des Managementvertrages war die E-LP auch ohne ein ihr vertraglich eingeräumtes eigenes Nutzungsrecht nicht nur gelegentliche Mitnutzerin der Räume der EV-Ltd. (s. auch Senatsurteil vom 23. Februar 2011 I R 52/10, BFH/NV 2011, 1354, zu einem inländischen Immobilienfonds; im Ergebnis auch Senatsurteil vom 13. Oktober 2010 I R 61/09, BFHE 231, 152, BStBl II 2011, 249, zu einer Geschäftsleitungsbetriebsstätte in Irland).
- 24 c) Schließlich erfasst das Besteuerungsrecht Großbritanniens nach Maßgabe von Art. III Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 sowie Art. VIII Abs. 2 Satz 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 die Gewinne der E-LP insgesamt, auch insoweit, als sich diese aus vereinnahmten Dividenden zusammensetzen. Letzteres folgt aus dem sog. Betriebsstättenvorbehalt, welcher --in Anlehnung an die entsprechenden Regelungen im Musterabkommen der Organisation for Economic Cooperation and Development --OECD-Musterabkommen (OECD-MustAbk)-- (Art. 10 Abs. 4 i.V.m. Art. 7 OECD-MustAbk)-- gleichermaßen in Art. VI Abs. 5 DBA-Großbritannien 1964/1970 für Dividenden angeordnet ist. Danach gelten die vorangegangenen Artikel über die Besteuerungszuordnung und über das Quellenbesteuerungsrecht nicht, wenn eine in einem der Gebiete ansässige Person in dem anderen Gebiete durch eine dort gelegene Betriebsstätte gewerblich tätig ist und die Dividenden dieser Betriebsstätte zuzurechnen sind; in diesem Fall können die Dividenden in dem Gebiet besteuert werden, in dem die Betriebsstätte gelegen ist. Die den Dividenden zugrunde liegenden Forderungsrechte sind --als Stammrechte-- nach den tatrichterlich festgestellten Gegebenheiten in der --auch für das DBA-Großbritannien 1964/1970 gebotenen (vgl. Senatsbeschluss vom 20. Dezember 2006 I B 47/05, BFHE 216, 276, BStBl II 2009, 766; s. auch Senatsbeschluss vom 19. Dezember 2007 I R 66/06, BFHE 220, 173, BStBl II 2008, 510, zum DBA-Niederlande)-- tatsächlich-funktionalen Hinsicht sämtlich der E-LP zuzurechnen und deswegen insgesamt als gewerbliche Gewinne zu qualifizieren.
- 25 In Einklang damit handelt es sich insgesamt um Einkünfte aus Quellen innerhalb des Vereinigten Königreichs, die nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a Satz 1 1. Halbsatz DBA-Großbritannien 1964/ 1970 in Deutschland von

der Bemessungsgrundlage der Steuer auszunehmen sind. Die Einkunftsqualifikation nach Art. III Abs. 1 und 3 i.V.m. Art. VI Abs. 5 DBA-Großbritannien 1964/1970 schlägt auf jene nach Art. XVIII Abs. 2 DBA-Großbritannien 1964/1970 durch, beide Qualifikationen stimmen insoweit überein.

- 26 Diese Übereinstimmung ist allerdings nicht unumstritten. Teilweise (insbesondere von Wassermeyer in Debatin/Wassermeyer, Doppelbesteuerung, Art. 7 MA Rz 160 ff.; derselbe in Lüdicke [Hrsg.], Besteuerungspraxis bei grenzüberschreitender Tätigkeit, 2003, S. 207 ff.; derselbe in Achatz/Ehrke-Rabel/Heinrich/Leitner/Taucher [Hrsg.], Steuerrecht, Verfassungsrecht, Europarecht, Festschrift für Ruppe, 2007, S. 681, 686 f.; s. auch Gosch in Gocke/Gosch/Lang [Hrsg.], Körperschaftsteuer, Internationales Steuerrecht, Doppelbesteuerung, Festschrift für F. Wassermeyer, 2005, S. 262, 276 ff.; Kluge, daselbst, S. 663, jeweils m.w.N.) wird –im Anschluss an das Senatsurteil in BFHE 199, 547, BStBl II 2002, 848, das diese Frage aufgeworfen, jedoch nicht abschließend beantwortet hatte (ebenso im Senatsbeschluss in BFHE 220, 173, BStBl II 2008, 510)– namentlich für Dividendeneinkünfte geltend gemacht, Art. 23A Abs. 2 OECD-MustAbk sei dahin zu verstehen, dass der Betriebsstättenvorbehalt in Art. 10 Abs. 4 i.V.m. Art. 7 OECD-MustAbk von vornherein nur im Quellenstaat zum Tragen komme, während der Ansässigkeitsstaat weiterhin nach Maßgabe einer isolierenden Betrachtungsweise die Existenz von Dividenden anzunehmen habe, was ihn allenfalls zur Steueranrechnung, aber nicht zur Einkünftefreistellung zwingt. Begründet wird dies mit der Formulierung des Art. 10 Abs. 4 OECD-MustAbk, wonach unter den Voraussetzungen der Vorschrift nur die Abs. 1 und 2 nicht anzuwenden sind, Abs. 3 hingegen nicht. Das spreche dafür, dass aus der Sicht des sog. Methodenartikels, dessen alleiniger Adressat der Ansässigkeitsstaat sei, Art. 10 Abs. 3 OECD-MustAbk uneingeschränkt anwendbar bleibe. Dem ist wiederum entgegengehalten worden, in Art. 10 Abs. 4 OECD-MustAbk sei eine Inbezugnahme auch dessen Abs. 3 entbehrlich, weil dann Abs. 3 lediglich eine allgemein –für den Ansässigkeits- ebenso wie für den Quellenstaat– geltende Begriffsbestimmung enthalte. Es sei widersprüchlich, wenn Art. 10 Abs. 4 OECD-MustAbk die Dividendenbesteuerung im Ansässigkeitsstaat über den Betriebsstättenvorbehalt ausschließe, sie sodann über den Methodenartikel aber wieder restituieren (vgl. z.B. M. Lang, Steuer und Wirtschaft International 2003, 319; derselbe in Kirchhof/K. Schmidt/Schön/Vogel [Hrsg.], Steuer- und Gesellschaftsrecht zwischen Unternehmerfreiheit und Gemeinwohl, Festschrift für Raupach, 2006, S. 601 ff.; Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 7. Aufl., S. 534, Strunk/Kaminski, Internationales Steuerrecht –IStR– 2003, 181; Wolff in Festschrift F. Wassermeyer, a.a.O., S. 647; Niehaves in Haase, AStG/DBA, Art. 7 MA Rz 203; Kleineidam, IStR 2004, 1; Gradel in Strunk/Kaminski/Köhler, AStG/DBA, Art. 10 OECD-MA Rz 86; Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl., Tz. 16.531, 16.543; Vogel in Vogel/Lehner, DBA, 5. Aufl., Vor Art. 10-12 Rz 32; Wagner, Internationale Wirtschafts-Briefe Fach 3 Gruppe 2, S. 1067; s. auch Gosch, ebenda, jeweils m.w.N.).
- 27 Letzterem ist beizupflichten. Ausschlaggebend ist, dass die betreffenden Betriebsstätteneinkünfte aufgrund des Betriebsstättenvorbehalts in Art. 10 Abs. 4 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 OECD-MustAbk im Quellenstaat in ihrer Gesamtheit besteuert werden können, was wiederum spiegelbildlich die Freistellung der betreffenden Einkünfte im Ansässigkeitsstaat nach Maßgabe von Art. 23A Abs. 1 OECD-MustAbk auslöst; sollte aus dem Senatsurteil in BFHE 199, 547, BStBl II 2002, 848 anderes herauszulesen sein (s. z.B. Strunk/ Kaminski, IStR 2003, 181; aber auch Gosch, ebenda), wird dies in diesem Sinne klargestellt. Für die im Streitfall zu beurteilende Situation des DBA-Großbritannien 1964/1970 kommt hinzu, dass dieses (auch) in den hier in Rede stehenden Punkten von den Vorgaben des OECD-Musterabkommens in maßgebender Weise abweicht: Art. 23A Abs. 1 und Abs. 2 OECD-MustAbk unterscheidet –mit den unterschiedlichen Rechtsfolgen der Freistellung und der Anrechnung– ausdrücklich zwischen Einkünften, die eine in dem einen Vertragsstaat ansässige Person bezieht und die in dem anderen Vertragsstaat besteuert werden können, und solchen Einkünften, die nach Art. 10 OECD-MustAbk im anderen Vertragsstaat besteuert werden können. Eine derartige Unterscheidung der verschiedenen Einkünfte trifft für die Methode der Vermeidung von der Doppelbesteuerung zwar auch Art. XVIII Abs. 2 DBA-Großbritannien 1964/1970. Doch werden dort –in Buchst. a Satz 1 1. Halbsatz der Vorschrift– die von der Besteuerung freizustellenden Einkünfte aus Quellen innerhalb des Vereinigten Königreichs, die in Übereinstimmung mit diesem Abkommen im Vereinigten Königreich besteuert werden können, lediglich –in Buchst. b Unterabs. (i) der Vorschrift– von den "nicht in Buchst. a genannten Dividenden" abgegrenzt; eine ausdrückliche Bezugnahme auf die in Art. VI Abs. 4 DBA-Großbritannien 1964/1970 gegebene Dividendendefinition fehlt. Das Abkommen geht also ersichtlich davon aus, dass als i.S. von Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a Satz 1 1. Halbsatz DBA-Großbritannien 1964/1970 freizustellende Dividenden durchaus auch solche in Betracht kommen, die in Übereinstimmung mit dem Abkommen im Vereinigten Königreich besteuert werden können, was wiederum zuvörderst dann der Fall ist, wenn die betreffenden Dividenden die Voraussetzungen des Betriebsstättenvorbehalts in Art. VI Abs. 5 i.V.m. Art. III Abs. 1 bis 3 DBA-Großbritannien 1964/1970 erfüllen.
- 28 3. Das Besteuerungsrecht Großbritanniens ist nicht nach Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a 2. Halbsatz DBA-Großbritannien 1964/1970 an Deutschland zurückgefallen. Denn diese Ausnahme von der in Art. XVIII Abs. 2 Buchst. a 1. Halbsatz DBA-Großbritannien 1964/1970 prinzipiell angeordneten Steuerfreistellung betrifft nur den Fall, dass in Deutschland als Ansässigkeitsstaat freigestellte Gewinne im Vereinigten Königreich nicht steuerpflichtig sind. Doch beschränkt sich diese Ausnahme –mit der Rechtswirkung eines Rückfalls des Besteuerungsrechts an Deutschland– erklärtermaßen auf die in Art. VIII Abs. 1 DBA-Großbritannien 1964/1970 genannten Gewinne aus der Veräußerung unbeweglichen Vermögens i.S. des Art. XII Abs. 2 DBA-Großbritannien 1964/1970 (s. z.B. Senatsurteil in BFHE 232, 145, BStBl II 2011, 482). Solche stehen nach den tatrichterlichen Feststellungen im Streitfall aber nicht in Rede. Die Annahme der Vorinstanz, die Vertragsstaaten hätten sich in dem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung darüber hinaus auf

eine wechselseitige Einmalbesteuerung im Ansässigkeits- oder aber im Quellenstaat verständigt, und diese Wechselwirkung entspreche einer abkommensrechtlichen "Werteentscheidung", ist unrichtig. Sie bezeugt ein ausgesprochenes Unverständnis gegenüber der Methode der Freistellung von Quelleneinkünften. Denn diese Methode baut im Gegenteil auf dem Gedanken einer bloß virtuellen Doppelbesteuerung auf und macht die Freistellung im Ansässigkeitsstaat von einer konkreten steuerlichen Inanspruchnahme im Quellenstaat nach Maßgabe des dortigen Steuerrechts gerade unabhängig. Von diesem Grundsatz wird im DBA-Großbritannien 1964/1970 abweichend von dem OECD-Musterabkommen lediglich --und ausnahmsweise-- für die beschriebenen Gewinne aus der Veräußerung unbeweglichen Vermögens Abstand genommen.

- 29 4. Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG 2002 n.F. allerdings unilateral die Möglichkeit geschaffen, von der abkommensrechtlich vereinbarten Freistellung der betreffenden Einkünfte dann abzusehen, wenn der andere Vertragsstaat --hier Großbritannien-- das Abkommen 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; die Neuregelung ist nach § 52 Abs. 59a Satz 6 EStG 2002 n.F. auch rückwirkend für alle noch nicht bestandskräftigen Steuerfestsetzungen anzuwenden. Der dadurch angeordnete Wechsel von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode baut also auf einem sog. (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-MustAbk entsprechenden Abkommensvorschrift (wie hier Art. II Abs. 3 DBA-Großbritannien 1964/1970) Abkommensbegriffe nach ihrem nationalen Steuerrecht unterschiedlich auslegen (Konflikt infolge abweichenden innerstaatlichen Rechts). Auslöser für den beschriebenen Methodenwechsel als Rechtsfolge ist sonach im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut des § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG 2002 n.F. ein (negativer) Qualifikationskonflikt im weitesten Sinne (vgl. zur Gesetzesbegründung BTDrucks 16/2712, S. 61; Jankowiak, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, 2009, S. 231 ff.). Ursache für die Nichtbesteuerung muss aber immer die Anwendung des Doppelbesteuerungsabkommens sein. Nicht ausreichend und den tatbestandlichen Anforderungen genügend ist hingegen eine rein internrechtliche Steuermaßnahme, wie beispielsweise der Verzicht auf das abkommensrechtlich zugewiesene Besteuerungsrecht (ebenso z.B. Schönfeld in Flick/Wassermeyer/Baumhoff, a.a.O., § 50d Abs. 9 Rz 71 ff., 81 ff.; Jankowiak, ebenda; Gosch in Kirchhof, a.a.O., § 50d Rz 41a).
- 30 So verhält es sich aufgrund der tatrichterlichen Feststellungen aber im Streitfall. Denn danach steht fest, dass die Fondseinkünfte aufgrund einer "einseitigen nationalen Maßnahme" des britischen Gesetzgebers "mit Subventionscharakter" nicht besteuert worden sind. Die dagegen angestellten Überlegungen des FA zum Begriff des Gewerbebetriebs und der gewerblichen Einkünfte nach englischem Steuerrecht ("trade") betonen eher den Gleichklang in diesem Punkt mit dem deutschen Steuerrecht ("Handel") und ändern an den tatrichterlichen Feststellungen nichts. Den Revisionen --und der Vorinstanz-- ist also darin beizupflichten, dass § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG 2002 n.F. nicht einschlägig ist und sich daraus ein "Besteuerungsrückfall" unter den zu beurteilenden Gegebenheiten nicht ergeben kann.
- 31 In Anbetracht dessen kann unbeantwortet bleiben, ob § 50d Abs. 9 Satz 1 Nr. 1 EStG 2002 n.F. als sog. Treaty override und überdies, ob die in § 52 Abs. 59a Satz 6 EStG 2002 n.F. angeordnete (auch auf das Streitjahr) rückwirkende Anwendung gegen Verfassungsrechte verstoßen (vgl. zu diesbezüglichen ernstlichen Zweifeln Senatsbeschluss vom 19. Mai 2010 I B 191/09, BFHE 229, 322, BStBl II 2011, 156).
- 32 5. Die Vorinstanz hat im Ergebnis --bis auf die von der E-LP vereinnahmten Zinsen, die in Großbritannien einer Quellensteuer unterlegen haben-- eine abweichende Rechtsauffassung vertreten. Ihr Urteil war aufzuheben. Der angefochtene Bescheid ist antragsgemäß dahin abzuändern, dass die Einkünfte der Klägerin zu 1. sowie der F-GmbH aus den Beteiligungen an der E-LP insgesamt --und nicht nur hinsichtlich der Zinsen-- als steuerfreie ausländische Einkünfte nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO einheitlich und gesondert festgestellt werden.

Siehe auch: [Pressemitteilung Nr. 86/11 vom 26.10.2011](#)