

**10. Münchner Unternehmenssteuerforum:
„§ 50d Abs. 3 EStG – Neue Herausforderungen für die
Kapitalertragsteuerentlastung“**

Bericht zum 10. Münchner Unternehmenssteuerforum mit dem Titel: „§ 50d Abs. 3 EStG – Neue Herausforderungen für die Kapitalertrag- steuerentlastung“

Von Dr. Alexander Jehlin und Barbara Stolle, beide München*

Nachfolgend abgedruckt ist der Tagungsbericht zum 10. Münchner Unternehmenssteuerforum, das am 30. 1. 2013 im Literaturhaus in München stattfand. Thema der Veranstaltung war die Regelung des § 50d Abs. 3 EStG und die damit verbundenen Herausforderungen für die Kapitalertragsteuerentlastung. Das Münchner Unternehmenssteuerforum dient der Förderung des Steuerrechts durch steuerwissenschaftliche Fachdiskussionen zwischen Repräsentanten der Richterschaft, der Finanzverwaltung und der Wissenschaft sowie Experten aus der Wirtschaft und den steuer- und rechtsberatenden Berufen.

1. Einführung

Von einer Kapitalgesellschaft mit Geschäftsführung oder Sitz in der Bundesrepublik Deutschland stammende Kapitalerträge unterliegen in der Regel der Kapitalertragsteuer. Dies gilt unabhängig davon, ob der Bundesrepublik Deutschland das Besteuerungsrecht zusteht oder nicht. Bei ausländischen Empfängern kann dabei eine (teilweise) Freistellung von oder Erstattung der Kapitalertragsteuer in Betracht kommen. Dabei muss jedoch die Vorschrift des § 50d Abs. 3 EStG beachtet werden. Diese Missbrauchsvermeidungsregelung stellt sowohl Theorie als auch Praxis immer wieder vor neue Schwierigkeiten.

Vor diesem Hintergrund beschäftigte sich das 10. Münchner Unternehmenssteuerforum am 30. 1. 2013 im Literaturhaus in München mit der Regelung des § 50d Abs. 3 EStG. Nach Referaten von Herrn Dr. Peter Brandis¹ zum Zweck und Hintergrund des § 50d Abs. 3 EStG und von Herrn Andreas Schaflitzl² zu den Anwendungsfragen im Zusammenhang mit § 50d Abs. 3 EStG diskutierten Herr Dr. Hardy Fischer³, Herr Franz Hruschka⁴ und Herr Dr. Christian Kaeser⁵ zusammen mit den Referenten und den Gästen der Veranstaltung verschiedene Fragen im Zusammenhang mit § 50d Abs. 3 EStG. Die Moderation der Veranstaltung und der Podiumsdiskussion übernahm Herr Prof. Dr. Moris Lehner⁶.

2. Zweck und Hintergrund der Regelung

Nach einem Grußwort und der Vorstellung der Referenten und Teilnehmer der Podiumsdiskussion durch Lehner er-

läuterte Brandis den Hintergrund der Entstehung des § 50d Abs. 3 EStG sowie die Entwicklung der Vorschrift.

2.1 Struktur und Inhalt des § 50d Abs. 1 bis 6 EStG

Brandis begann mit einer Darstellung der Struktur des § 50d Abs. 1 bis 6 EStG. § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG räume dem Steuerabzug nach den §§ 43 ff., 50a EStG Vorrang vor den Entlastungsregelungen der §§ 43b, 50g EStG und solchen aus Doppelbesteuerungsabkommen ein. Der Steuerabzug könne nur im Wege der Freistellung (Abs. 2) oder im Wege des Kontrollmeldeverfahrens (Abs. 5, 6) unterlassen werden. Ist ein Steuerabzug nach § 50d Abs. 1 Satz 1 EStG erfolgt, könne eine Erstattung der einbehaltenen Steuern nach § 50d Abs. 1 Sätze 2 ff., Abs. 4 EStG beantragt werden. § 50d Abs. 3 EStG stelle demgegenüber eine Rückausnahme von der völligen oder teilweisen Entlastung gemäß § 50d Abs. 1 Satz 2 ff. und Abs. 2 EStG dar.

Für die Anträge gemäß § 50d Abs. 2, 4, 5 und 6 EStG sei nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 FVG seit 2008 ausschließlich das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) mit Sitz in Bonn zuständig. Für Klagen gegen Entscheidungen des BZSt sei somit stets das FG Köln anzurufen.

2.2 Steuersystematische Einordnung und Rechtfertigung

Brandis wies darauf hin, dass § 50d EStG aus steuersystematischer Sicht als verfahrensrechtliche Regelung einzuordnen sei. Vor diesem Hintergrund habe der BFH im Urteil vom 21. 5. 1997⁷ die Vorschrift grundsätzlich gebilligt. Auch im Abkommensrecht gebe es vergleichbare Vorschriften. So enthalte beispielsweise Art. 29 DBA-USA oder Art. 28 DBA-CH ausdrücklich einen Vorrang zugunsten des nationalen Quellensteuerabzugs. Schließlich gehe auch der EuGH davon aus, dass die Missbrauchsbekämpfung durch den Steuerabzug zur Sicherung des Steueraufkommens durchaus zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Grundfreiheiten geeignet sei. Zu nennen sei in diesem Zusammenhang insbesondere die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes*⁸. Dies spiegle sich auch im Unionsrecht wider, so etwa in Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-Richtlinie oder Art. 5 der Zinsrichtlinie. Vor diesem Hintergrund sei auch eine Regelung wie § 50d Abs. 3 EStG gerechtfertigt.

§ 50d Abs. 3 EStG bezwecke es, Steuerumgehungen durch die Zwischenschaltung formal entlastungsberechtigter ausländischer Gesellschaften zu verhindern. Solche Missbrauchsvorbehalte für Entlastungen durch den Quellenstaat seien auch bereits abkommensrechtlich in verschiedenen Fällen ausdrücklich vorgesehen (vgl. Art. 28 DBA-USA oder Art. 23 DBA-CH). Zum Teil sei die Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG explizit vorbehalten (vgl. Prot. Nr. 2 zu Art. 23

* Dr. Alexander Jehlin, LL.M., ist Dipl.-Kfm./Dipl.-Vw., Barbara Stolle ist Diplom-Juristin und Praktikantin bei P+P Pöllath + Partners in München.

1 Dr. Peter Brandis ist Richter im I. Senat des Bundesfinanzhofs.

2 Andreas Schaflitzl, Dipl.-Kfm./StB, ist Partner der Kanzlei Linklaters in München. Sein Referat ist als gesonderter Beitrag in diesem Beihefter abgedruckt.

3 Dr. Hardy Fischer, RA/StB ist Counsel bei der Kanzlei P+P Pöllath + Partners in Berlin.

4 Franz Hruschka ist leitender Regierungsdirektor des Finanzamts München.

5 Dr. Christian Kaeser, RA, ist Global Head of Tax der Siemens AG.

6 Prof. Dr. Moris Lehner ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Wirtschafts- und Steuerrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

7 BFH v. 21. 5. 1997, I R 79/96, DStRE 1998, 10.

8 EuGH v. 12. 9. 2006, C-196/04, DStR 2006, 1686.

DBA-CH), zum Teil sogar durch dynamische Verweisung auf § 50d EStG geregelt.

2.3 Entstehungsgeschichte und Entwicklung der Rechtsprechung zu § 50d Abs. 3 EStG

Brandis führte aus, dass die Entstehungsgeschichte und die Entwicklung des § 50d Abs. 3 EStG eng mit der Rechtsprechung des I. Senats des BFH verbunden sei. Anlass für die Schaffung der Ursprungsregel in § 50d EStG sei das sog. „Monaco-Urteil“⁹ gewesen. Der BFH habe darin geurteilt, dass es für die Zwischenschaltung einer Schweizer Briefkastengesellschaft durch einen in Monaco ansässigen Steuerpflichtigen möglicherweise wirtschaftliche Gründe gegeben habe. Daher sei weder die Rechtsprechung zu ausländischen Basisgesellschaften noch § 42 AO anwendbar. Als Reaktion darauf habe im Rahmen des StMBG der Gesetzgeber § 50d Abs. 1a EStG eingefügt.

Das erste Urteil des BFH zu § 50d Abs. 1a EStG erging laut *Brandis* im Jahr 2002. In der sog. „Hilversum I“-Entscheidung¹⁰ habe der BFH im Falle einer substanzlosen niederländischen Kapitalgesellschaft, die als Durchleitungsgesellschaft eingesetzt wurde, einen Gestaltungsmissbrauch angenommen. In seiner sog. „Hilversum II“-Entscheidung¹¹ habe der BFH in einer ähnlichen Konstellation demgegenüber angenommen, dass hinreichende Gründe für das Einschalten einer substanzlosen Kapitalgesellschaft vorlagen, weshalb letztlich die Steuerentlastung nicht nach § 50d Abs. 1a EStG habe versagt werden können. Die „Hilversum II“-Entscheidung sei vom BMF mit einem umfangreichen Nichtanwendungserlass belegt worden. Im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 schuf der Gesetzgeber sodann § 50d Abs. 3 (vormals Abs. 1a) in Form einer umfassenden Missbrauchsvermeidungsvorschrift.

Letztlich sei noch auf eine Entscheidung hinzuweisen, welche in der Literatur häufig als „Hilversum III“-Entscheidung¹² bezeichnet werde, obwohl ein Luxemburgischer Sachverhalt zugrunde gelegen habe. Hier judizierte der BFH unter Verwendung der Terminologie des EuGH (Entscheidung *Cadbury Schweppes*)¹³, dass ein Gestaltungsmissbrauch vorliegen könne, wenn die im Inland erzielten Einnahmen durch eine ausländische Basisgesellschaft in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft durchgeleitet werden und es sich um eine rein künstliche Gestaltung handle.

Letztlich sei die Sache an das FG Köln zur weiteren Feststellung des Sachverhalts zurückverwiesen worden. Das FG Köln stellte sodann fest, dass eine nicht nur kurzfristig, sondern auf Dauer zwischengeschaltete Gesellschaft auch bei nur minimaler substanzieller Ausstattung im Hinblick auf Büro, Personal und Kommunikationsmittel ähnlich wie vergleichbare inländische Kapitalgesellschaften ausgestattet sei. Dies gelte zumindest dann, wenn sie nicht als wirtschaftlich inaktiv i. S. des § 50 Abs. 1a EStG a. F. angesehen werden könne.

Die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs dürfe zur Vermeidung einer europarechtswidrigen Diskriminierung nicht über das Maß hinausgehen, das nach § 42 AO für rein nationale Sachverhalte gelte¹⁴.

Zwei Aspekte seien laut *Brandis* insofern zu beachten. Zum einen müsse die Frage der erforderlichen Substanzausstattung durch einen Vergleich mit rein nationalen Sachverhalten (Gesellschaften) beantwortet werden. Zum anderen spreche bereits eine langfristige Zwischenschaltung einer Gesellschaft gegen die Anwendung des § 50d Abs. 1a EStG a. F.

Die Bezugnahme des BFH auf die Terminologie des EuGH in der „Hilversum III“-Entscheidung sowie ein eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren habe den Gesetzgeber dazu veranlasst, mit dem BeitrRUMsG in 2012 eine Anpassung des § 50d Abs. 3 EStG an die unionsrechtlichen Missbrauchskriterien herbeizuführen. Eine pauschale 10%-Grenze (wie in der alten Fassung des § 50d Abs. 3 EStG) sei nicht geeignet, Missbrauch zu begründen bzw. abzulehnen.

2.4 Offene Fragen

Abschließend gab *Brandis* noch einige Kurzhinweise zu aus seiner Sicht offenen Fragen im Zusammenhang mit § 50d Abs. 3 EStG. Zunächst stelle sich die Frage, ob bei einer Erstattung von Kapitalertragsteuer direkt aufgrund EU-Recht bzw. EuGH-Rechtsprechung § 50d Abs. 3 EStG anzuwenden sei. Nach Auffassung des BMF¹⁵ sei § 50d Abs. 3 EStG entsprechend anwendbar. Hiergegen spreche jedoch, dass § 50d Abs. 3 EStG auf Abs. 1 verweise, in dem die Erstattung nach Unionsrecht nicht geregelt sei. So habe auch der BFH in seiner Entscheidung vom 11. 1. 2012¹⁶ lediglich eine entsprechende Anwendung des § 50d Abs. 1 EStG angenommen, ohne dabei auf § 50d Abs. 3 EStG zu verweisen. Wenn § 50d Abs. 3 EStG anwendbar wäre, so ergäbe sich außerdem eine ausschließliche Zuständigkeit des BZSt. Eine solche habe der BFH aber ausdrücklich abgelehnt.

Problematisiert werde derzeit auch, so *Brandis*, das Verhältnis etwaiger abkommensrechtlicher Missbrauchsvermeidungsregelungen zu § 50d Abs. 3 EStG. BFH¹⁷ als auch BMF¹⁸ nähmen hier einen Vorrang des Abkommensrechts an, wenn dies eine ausdrückliche Regelung zur Quellensteuerentlastung enthalte.

Abschließend warf *Brandis* die Frage nach dem Verhältnis des § 50d Abs. 3 EStG zu § 42 AO auf. Die ständige Rechtsprechung des BFH¹⁹ gehe davon aus, dass es sich bei § 50d Abs. 3 EStG um eine spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschrift handle. Seien dessen Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, scheide ein Rückgriff auf § 42 AO aus. Das BMF²⁰ sei demgegenüber der Auffassung, dass auch § 42 AO zu prüfen sei.

9 BFH v. 29. 10. 1981, I R 89/80, BStBl II 1982, 150, BeckRS 1981, 22005923.

10 BFH v. 20. 3. 2002, I R 38/00, BStBl II 2002, 819, DStRE 2002, 1068.

11 BFH v. 31. 5. 2005, I R 74, 88/04, DStR 2005, 11036.

12 BFH v. 29. 1. 2008, I R 26/06, DStRE 2008, 812.

13 EuGH v. 12. 9. 2006, C-196/04, DStR 2006, 1686.

14 FG Köln v. 28. 4. 2010, 2 K 1564/08, EFG 2010, 2004, BeckRS 2010, 26029342.

15 BMF v. 23. 5. 2012, IV B 3 - S 2411/07/10016, IStR 2012, 552.

16 BFH v. 11. 1. 2012, I R 25/10, DStR 2012, 742.

17 BFH v. 19. 12. 2007, I R 21/07, DStR 2008, 962.

18 BMF v. 24. 1. 2012, IV B 3 - S 2411/07/10016, Tz. 10, BStBl I 2012, 171, DStR 2012, 410.

19 Zuletzt BFH v. 29. 1. 2008, I R 26/06, DStRE 2012, 812.

20 BMF v. 24. 1. 2012, IV B 3 - S 2411/07/10016, Tz. 11, BStBl I 2012, 171, DStR 2012, 410.

3. Diskussion

Eingangs bat *Lehner* sowohl *Hruschka* als auch *Kaeser* und *Fischer* um eine Stellungnahme zu den beiden Referaten von *Brandis* und *Schafplitz*.

3.1 Stellungnahmen der Diskussionsteilnehmer

Einleitend beklagte *Hruschka* den durch die Verwendung mehrfacher Negationen äußerst komplizierten Wortlaut des § 50d Abs. 3 EStG. Nur aus einer wirtschaftlichen Perspektive werde dieser zugänglicher. Bei einer Kette von Gesellschaften seien die Gesellschaften von unten nach oben ggf. bis zur obersten Muttergesellschaft hin, darauf zu prüfen, ob sie abkommensberechtigt seien und eine aktive Tätigkeit ausüben. Seien beide Voraussetzungen erfüllt, bestehe ein Entlastungsanspruch. Letztlich, so *Hruschka*, komme es immer darauf an, über wie viel Substanz die dividendenempfangende ausländische Gesellschaft verfüge. In der Praxis bediene sich das BZSt eines umfangreichen Fragenkatalogs zur Einzelfallermittlung dieser Substanz. Dass § 50d Abs. 3 EStG als „Treaty Overriding“ unzulässig sein könne, sah *Hruschka* nicht. Denn bei Missbrauchsvermeidungsregelungen wie § 50d Abs. 3 EStG verfüge der Gesetzgeber über einen großen Gestaltungs- und Ermessensspielraum. Als spezielle Missbrauchsvermeidungsvorschrift, so *Hruschka*, habe § 50d Abs. 3 EStG Vorrang gegenüber § 42 AO. Dadurch bestehe neben der Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG nur wenig Raum für § 42 AO.

Auch *Fischer* bescheinigte § 50d Abs. 3 EStG einen sehr komplizierten Wortlaut. Dieser sei insbesondere für ausländische Anteilseigner vollkommen unverständlich. Um die Anwendung zu erleichtern, sollte zudem die Norm dahingehend geändert werden, dass die Anwendung einer ertragsbezogenen Aufteilungsmethode sichergestellt werde. Dies könne durch den Austausch des in Bezug auf die sachliche Entlastungsberechtigung hineinzulesenden Wortes „soweit“ durch das Wort „wenn“ erfolgen. Bei der einbehaltenen Kapitalertragsteuer handle es sich aus Sicht der Steuerpflichtigen um nichts anderes als um ein zinsloses Darlehen an den Staat, bei welchem sich im Voraus kaum abschätzen ließe, welcher Anteil vom BZSt erstattet werde. Diese Unsicherheit im Bezug auf die Regelung des § 50d Abs. 3 EStG bestehe jedoch nicht nur auf Seiten der Berater, sondern scheinbar auch auf Seiten der Finanzverwaltung. Positiv an der Rechtsunsicherheit zu vermerken sei, dass aus seiner Erfahrung auch in Zweifelsfällen eher eine Entlastung erfolge.

Schließlich regte *Fischer* an, § 50d Abs. 3 EStG abstrakter zu formulieren und so die Diskussion des Missbrauchsbegriffs von der Ebene der Rechtsprechung auf die Ebene der Finanzverwaltung zu verlagern. Vorbild könnte insofern § 42 AO sein. Eine Gefahr für die Rechtssicherheit befürchte er nicht, da eine solche aktuell ohnehin nicht existiere.

Auf die Frage von *Lehner* erklärte *Schafplitz*, dass er den von *Fischer* vorgeschlagenen Austausch des in § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG in Bezug auf die sachliche Entlastungsberechtigung hineinzulesenden Wortes „soweit“ durch „wenn“ befürworte. Hierdurch würde die Regelung eindeutiger und für ausländische Anteilseigner nachvollziehbarer. Gleichzeitig könne so eine bestehende abschreckende Wirkung der Norm abgemildert werden.

Kaeser wies eingangs darauf hin, dass § 50d Abs. 3 EStG grundsätzlich eher den Inbound-Fall und damit weniger inländische und mehr ausländische Konzerne betreffe. Gleichwohl bereiteten die hohe sprachliche Komplexität und die fehlende inhaltliche Stringenz auch Inländern Probleme. Zum Beispiel sei der Inhalt des Begriffs der „eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit“ offen. Auch nach dem BMF-Schreiben²¹ seien viele Fragen ungeklärt. Dies hinge u. a. damit zusammen, dass der Missbrauchscharakter des § 50d Abs. 3 EStG in den einzelnen Tatbestandsmerkmalen und in der Auslegung derselben durch das BMF nicht eindeutig zum Ausdruck komme.

Ebenso problematisch sei es, dass wirtschaftlich sinnvolle Gestaltungen – wie beispielsweise die Zwischenschaltung von mehreren ausländischen Gesellschaften als „Haftungspuffer“ – von der Finanzverwaltung nicht anerkannt würden. Die Reduzierung der Haftung sei angeblich kein wirtschaftlich beachtlicher Grund.

3.2 Allgemeiner abkommensrechtlicher Missbrauchsvorbehalt?

An die Stellungnahme von *Kaeser* anknüpfend bat *Lehner* um die Einschätzung von *Brandis*, ob ein allgemeiner abkommensrechtlicher Missbrauchsvorbehalt angenommen werden könne, welcher die Frage nach einem „Treaty Override“ im Zusammenhang mit § 50d Abs. 3 EStG obsolet mache. Dies verneinend führte *Brandis* aus, dass zwar in verschiedenen Abkommen tatsächlich ein Missbrauchsvorbehalt formuliert sei. Jedoch könne dies entgegen der Ansicht des BMF nicht als Hinweis darauf verstanden werden, dass ein solcher Missbrauchsvorbehalt allgemein bestehe.

Zum Verhältnis des § 50d Abs. 3 EStG mit dem Abkommensrecht wies *Kaeser* auf Bestrebungen hin, wonach in Doppelbesteuerungsabkommen bereits Missbrauchsvermeidungsregeln aufgenommen oder hineingelesen würden; so beispielsweise in das Tatbestandsmerkmal der „Nutzungsberechtigung“ in Art. 10 OECD-MA. Wird eine Gesellschaft nur zum Zwecke der Dividendendurchleitung zwischengeschaltet, werde teilweise bereits die Nutzungsberechtigung im abkommensrechtlichen Sinne verneint. Aus deutscher Perspektive biete dies nach *Kaeser* jedoch keine tragbare Lösung.

3.3 Zum Erfordernis eines „wirtschaftlich beachtlichen Grundes“

Zur Problematik des Vorliegens eines i. S. von § 50d Abs. 3 EStG wirtschaftlich beachtlichen Grundes stellte *Hruschka* klar, dass es letztlich immer auf die in der Gesellschaft enthaltene Substanz ankomme. Dass politische oder religiöse Gründe maßgeblich sein könnten, sei schwer vorstellbar.

Daran anschließend verwies *Fischer* auf einen Widerspruch im Anwendungsschreiben zu § 50d Abs. 3 EStG²², welches ausdrücklich „politische, religiöse oder sonstige Gründe“ akzeptiere, was für sich genommen schon irritierend wirke.

²¹ BMF v. 24. 1. 2012, IV B 3 - S 2411/07/10016, Tz. 11, BStBl I 2012, 171, DStR 2012, 410.

²² BMF v. 24. 1. 2012, IV B 3 - S 2411/07/10016, Tz. 11, BStBl I 2012, 171, DStR 2012, 410.

Dass hingegen echte wirtschaftliche Gründe – wie z. B. Erfordernisse des Konzernverbundes und dessen Organisation – nach Auffassung des BMF gerade nicht ausreichen sollen, sei kaum nachvollziehbar.

Als wesentlich stellte *Brandis* daraufhin heraus, dass immer eine eigenwirtschaftlich tätige Obergesellschaft im Ausland erforderlich sei, zu deren Betrieb funktional die Beteiligung an der Untergesellschaft gehöre. Insoweit werde die im anderen Zusammenhang relevante Frage, ob bestimmte Dividenden einer Betriebsstätte zuzuordnen sind, mit der Frage der Eigenwirtschaftlichkeit auf die Kapitalgesellschaft übertragen. Die Suche nach tatsächlichen Gründen, welche für die Eigenwirtschaftlichkeit sprechen, sei damit praktisch die einzige Möglichkeit.

3.4 Diskussionsfall zu § 50d Abs. 3 EStG

Seitens des Publikums wurde von *Töben*²³ auf das von *Brandis* im Rahmen seines Referats dargestellte „Monaco“-Urteil des BFH²⁴ Bezug genommen. Fraglich sei, ob folgendes Beispiel vom geltenden § 50d Abs. 3 EStG erfasst sei:

Beispiel:

In der Schweiz besteht eine Struktur aus Mutter- und Tochtergesellschaft, welche eine deutsche Beteiligung hält. Bezüglich der Dividenden aus der deutschen Tochtergesellschaft gibt es keinen Zweifel an einer Kapitalertragsteuerreduzierung. Die Schweizer Muttergesellschaft verkauft 30 % der Anteile an der Schweizer Tochtergesellschaft an eine natürliche Person in Monaco. Hätte die in Monaco ansässige natürliche Person direkt gekauft, hätte ihr die Kapitalertragsteuererstattung nicht zugestanden.

Hruschka wies daraufhin, dass in einem ersten Schritt die sachliche Entlastungsberechtigung zu prüfen sei, wobei eine geschäftsleitende Holding für Zwecke der Entlastung als intransparent und damit entlastungsberechtigt, eine inaktive Holding als transparent angesehen werde. Ein Verkauf der Anteile an einer solchen Schweizer Gesellschaft ändere nichts an der Entlastungsberechtigung, so dass nur bei einer angenommenen Inaktivität der Schweizer Gesellschaft eine Entlastung im Verkauf versagt werden müsse.

Hierzu merkte *Brandis* an, dass es Situationen gebe, in denen die personalen Strukturen einen Missbrauch nahelegten, es jedoch aufgrund einer zu 100 % aktiven Tätigkeit zu einer vollständigen Erstattung komme. Umgekehrt seien Fälle denkbar, in denen die personale Struktur keinerlei Hinweis auf einen Missbrauch gebe, dennoch die fehlende aktive Tätigkeit zur Versagung der Entlastung führe. Die Vorschrift des § 50d Abs. 3 EStG wirke sehr pauschalierend und treffe daher im Ergebnis vielfach nicht zielgenau.

3.5 Diskussionsfälle zum Vorliegen „sonstiger beachtlicher Gründe“

Aus dem Publikum wurde zum Thema der sonstigen beachtlichen Gründe für die Zwischenschaltung einer ausländischen Gesellschaft folgender Fall aus der Praxis geschildert:

Beispiel:

Eine EU-Muttergesellschaft ist ursprünglich operativ tätig und hält eine deutsche Tochtergesellschaft. Dann entscheidet die Gesellschaft, ihr originäres Geschäft in dem EU-Land in eine lokale Tochtergesellschaft auszugliedern. Hierfür bestehen lokale, ggf. auch steuerliche Gründe, jedoch keine deutschen steuerlichen Gründe. Nunmehr ist die EU-Muttergesellschaft nicht mehr operativ tätig und stellt auch keine geschäftsleitende Holding dar. Ist ein sonstiger beachtlicher Grund gegeben?

Hruschka verwies auf die typisierende Vorgehensweise des BMF-Schreibens²⁵, wonach die Tätigkeit der Muttergesellschaft in den Blick genommen werden müsse. Durch den beschriebenen Vorgang habe sich die ursprünglich sachlich entlastungsberechtigte EU-Gesellschaft genau dieser sachlichen Entlastungsberechtigung durch Aufgabe der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit beraubt.

Schafitzl kritisierte den in dieser Argumentation enthaltenen pauschalen Missbrauchsvorwurf, da dieser durch die ausländische Gesellschaft faktisch nicht zu widerlegen sei und hierdurch Fragen nach der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht aufgeworfen würden.

Nach *Hruschka* sei dies keine Besonderheit des § 50d Abs. 3 EStG, sondern resultiere vielmehr aus der Situation, dass die Rechtsprechung die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung immer nur in engen Grenzen zulasse und damit wiederum der Gesetzgeber gefordert sei. So gebe es beispielsweise praktisch auch kaum Fälle, in denen die Voraussetzungen des § 42 AO erfüllt seien. Durch § 50d Abs. 3 EStG, welcher § 42 AO im Rahmen eines Spezialtatbestandes konkreter fasse, sei im Nachgang an die Rechtsprechung des EuGH²⁶ zu der bis ins Jahr 2007 geltenden Formulierung die Entlastungsmöglichkeit zumindest theoretisch eröffnet worden. *Kaaser* sah den Trend, dass man bei den Steuerpflichtigen kriminelles Verhalten oder Steuerflucht vermute und unter diesem Deckmantel jede Vorschrift rechtfertigen könne, als kritisch an. S. E. entfalte § 50d Abs. 3 EStG überschießende Wirkung.

4. Elfte Münchner Unternehmenssteuerforum

Das 11. Münchner Unternehmenssteuerforum mit dem Thema „Multilaterale Betriebsprüfung“ findet statt am 26. 6. 2013 im Literaturhaus München, Salvatorplatz 1, 80333 München. Referenten sind Herr Prof. Dr. Klaus-Dieter Drüen (Universität Düsseldorf) und Herr Dr. Thomas Eisgruber (Bayerisches Staatsministerium der Finanzen). Die anschließende Podiumsdiskussion erfolgt unter Teilnahme der Referenten sowie Herrn Gert Müller-Gatermann (WTS), Herrn Dr. Wolfgang Salzberger (Linde AG) und Herrn Thomas Sieber (BMW AG). Die Diskussion wird von Frau Prof. Dr. Jutta Förster (BFH) geleitet. Die kostenlose Anmeldung ist möglich unter: <http://www.muenchner-ustf.de/anmeldung.php>.

²³ Dr. Thomas Töben, StB, ist Partner der Kanzlei P+P Pöllath + Partners in Berlin.

²⁴ BFH v. 29. 10. 1981, I R 89/80, BStBl II 1982, 150, BeckRS 1981, 22005923.

²⁵ BMF v. 24. 1. 2012, IV B 3 - S 2411/07/10016, Tz. 11, BStBl I 2012, 171, DStR 2012, 410.

²⁶ EuGH. v. 12. 9. 2006, C-196/04, DStR 2006, 1686.

Einschränkungen bei der Entlastung deutscher Abzugssteuern nach § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG – aktuelle Anwendungsfragen

Von *Andreas Schafplitz* und *Matthias Weidmann*, beide München*

§ 50d Abs. 3 EStG in seiner aktuellen Fassung ist die Reaktion des Gesetzgebers auf die Aufforderung der EU-Kommission, die Missbrauchsvorschrift europarechtskonform auszugestalten. Die Verfasser erläutern die komplizierte Vorschrift anhand von Fallbeispielen und zeigen auf, dass mit der Änderung des § 50d Abs. 3 EStG auch unter Berücksichtigung des BMF-Schreibens vom 24. 1. 2012 jedenfalls nicht die praktische Anwendbarkeit verbessert werden konnte. Ob die Vorschrift mit Europa- und Abkommensrecht vereinbar ist, erscheint ebenfalls zweifelhaft.

1. Hintergrund und bisherige Rechtsentwicklung der Vorschrift

Mit der Regelung in § 50d Abs. 3 EStG soll verhindert werden, dass sich Steuerpflichtige, denen selbst kein Anspruch auf Befreiung oder Ermäßigung von deutscher Kapitalertragsteuer oder sonstiger Abzugssteuern zusteht, diese Entlastung durch Zwischenschaltung einer funktionslosen ausländischen Gesellschaft verschaffen können. Offensichtlich stellt die Umsetzung dieses Missbrauchsausschlusses kein einfaches Unterfangen dar. Denn § 50d Abs. 3 EStG in seiner aktuellen Fassung stellt das vorerst letzte Kapitel einer nunmehr fast 20jährigen Entwicklungsgeschichte dar¹. Ob damit die Anwendbarkeit verbessert wurde und europa- sowie verfassungsrechtliche Bedenken ein für allemal behoben sind, darf jedoch bezweifelt werden. Nachfolgend werden aktuelle Anwendungsfragen der Neuregelung unter besonderer Berücksichtigung des BMF-Schreibens vom 24. 1. 2012² („BMF-Schreiben“) anhand verschiedener Beispielfälle aus Sicht der Beratungspraxis erörtert.

Die mit dem Jahressteuergesetz 2007³ eingeführte Vorgänger-Regelung setzte für die Gewährung der Kapitalertragsteuerentlastung neben der sog. „persönlichen Entlas-

tungsberechtigung“ (nach der an der ausländischen (Zwischen-)Gesellschaft keine Personen beteiligt sein dürfen, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen)⁴ drei kumulativ zu erfüllende Merkmale voraus. Danach mussten für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft

- wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe vorliegen,
- die ausländische Gesellschaft musste mehr als 10 % ihrer gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielen und
- die ausländische Gesellschaft musste mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen.

Die Rechtsfolge dieser Regelung konnte plakativ mit dem Grundsatz „Alles oder Nichts“ beschrieben werden: Sofern die drei oben genannten Voraussetzungen erfüllt wurden, war die Kapitalertragsteuerentlastung in voller Höhe zu gewähren. Sofern die Voraussetzungen nicht erfüllt wurden, konnte insgesamt keine Entlastung erreicht werden.

Die starre 10%-Grenze und die fehlende Möglichkeit eines Gegenbeweises waren der EU-Kommission zu Recht ein Dorn im Auge. Sie hat daher im Jahre 2010 Deutschland förmlich aufgefordert, seine in § 50d Abs. 3 EStG enthaltene Missbrauchsvorschrift bei der Entlastung von Kapitalertragsteuern zu ändern⁵.

2. § 50d Abs. 3 EStG in der aktuellen Fassung (BeitrRLUmsG)

Der Gesetzgeber hat auf die förmliche Aufforderung der EU-Kommission mit einer Neuregelung des § 50d Abs. 3 EStG im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie (BeitrRLUmsG) mit Wirkung zum 1. 1. 2012 reagiert⁶. Die Neuregelung lautet wie folgt:

„Eine ausländische Gesellschaft hat keinen Anspruch auf völlige oder teilweise Entlastung nach Abs. 1 oder Abs. 2, soweit

Personen an ihr beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen, und

die von der ausländischen Gesellschaft im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielten Bruttoerträge nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen, sowie

1. in Bezug auf diese Erträge für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen oder
2. die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.“

Die Vorschrift soll „zielgenauer“ ausgestaltet sein⁷. Nachfolgend wird näher darauf eingegangen, ob bzw. inwieweit dies

* Dipl.-Kfm. *Andreas Schafplitz*, Steuerberater, ist Partner bei Linklaters LLP, München und Dipl.-Kfm. *Matthias Weidmann*, Rechtsanwalt/Steuerberater, ist Associate bei Linklaters LLP, München.

1 Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Wagner*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, Februar 2012, § 50d EStG, Rn. 64; BFH v. 29. 10. 1981, I R 89/80, BStBl II 1982, 150, BeckRS 1981, 22005923, „Monaco-Rechtsprechung“; v. 10. 11. 1983, IV R 62/82, BStBl II 1984, 605, BeckRS 1983, 22006687, zu Domizil- bzw. Basisgesellschaften; die Missbrauchsvorschrift des § 50d Abs. 1a EStG a. F. (= § 50d Abs. 3 EStG n. F.) wurde durch das Missbrauchsbekämpfungsgesetz und Steuerbereinigungsgesetz StMBG v. 21. 12. 1993, BGBl I 1993, 2310 mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 1994 in das Gesetz aufgenommen; mit dem Jahressteuergesetz (JStG) 2007 v. 13. 12. 2006, BGBl I 2006, 2878 wurde § 50d Abs. 3 EStG a. F. als Reaktion des Gesetzgebers auf BFH v. 31. 5. 2005, I R 77, 88/04, BStBl II 2006, 118, DStRE 2005, 1136 (Hilversum II) eingeführt; mit dem Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie (BeitrRLUmsG) v. 7. 12. 2011, BGBl I 2011, 2592 fand § 50d Abs. 3 EStG seine aktuelle Fassung.

2 BMF v. 24. 1. 2012, IV B 3 - S 2411/07/10016, DOK 2011/1032913, BStBl I 2012, 171, DStR 2012, 410 (BMF-Schreiben).

3 JStG 2007 v. 13. 12. 2006, BGBl I 2006, 2878.

4 BMF-Schreiben, Tz. 1, 4.

5 Mitteilung der Kommission v. 18. 3. 2010, IP/10/298, 2007/4435.

6 Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 7. 12. 2011, BGBl I 2011, 2592.

7 BT-Drs. 17/7524 v. 26. 10. 2011, S. 13 f.

tatsächlich gelungen ist. Im Vergleich zur Vorgänger-Regelung ist die starre 10%-Grenze, das kumulative Vorliegen aller drei oben genannter Voraussetzungen und die Alles-Oder-Nichts-Rechtsfolge abgeschafft. Anstelle einer Umqualifizierung ist nun eine Aufteilung („soweit“) zu berücksichtigen⁸. Für die Frage der Entlastungsquote kommt es auf das Verhältnis der Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit („aktive Bruttoerträge“) und der nicht aktiven, aber gleichwohl entlastungsberechtigten Bruttoerträge (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 EStG) zu den insgesamt von der ausländischen Gesellschaft erzielten Erträgen an⁹. Der ausländischen Gesellschaft steht die Entlastung unabhängig von den dahinter stehenden Gesellschaftern zu, soweit sie im betreffenden Wirtschaftsjahr Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit oder nicht aktive, aber gleichwohl entlastungsberechtigte Bruttoerträge erzielt (sog. „sachliche Entlastungsberechtigung“)¹⁰. Daraus ergibt sich die Reihenfolge der Prüfung der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des § 50d Abs. 3 EStG wie folgt.

2.1 Prüfungsreihenfolge der Tatbestandsvoraussetzungen

Das BMF-Schreiben unterscheidet bei den Voraussetzungen des § 50d Abs. 3 EStG für die Gewährung der Entlastung von Kapitalertragsteuer zutreffend nach der persönlichen und der sachlichen Entlastungsberechtigung der ausländischen Gesellschaft, die eine Entlastung in Anspruch nehmen möchte. Obwohl der Wortlaut von § 50d Abs. 3 EStG mit der persönlichen Entlastungsberechtigung beginnt, macht es aus systematischer Sicht mehr Sinn, mit der Prüfung der sachlichen Entlastungsberechtigung zu beginnen¹¹. Denn soweit die sachliche Entlastungsberechtigung erfüllt ist, kann die ausländische Gesellschaft ohne weitere Prüfung der hinter ihr stehenden Gesellschafter selbst die Befreiung bzw. Ermäßigung in Anspruch nehmen¹². Die Prüfung der persönlichen Entlastungsberechtigung der ausländischen Gesellschaft entfällt insoweit.

Soweit die ausländische Gesellschaft nicht selbst sachlich entlastungsberechtigt ist, kommt eine persönliche Entlastungsberechtigung in Frage. Die persönliche Entlastungsberechtigung liegt vor, soweit die hinter der ausländischen Gesellschaft stehenden Gesellschafter die Entlastung in Anspruch nehmen könnten, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen würden. Dies erfordert, dass der entsprechende Gesellschafter in einer Jurisdiktion ansässig ist, für die nach einem DBA oder einer EU-Richtlinie eine Entlastungsberechtigung in Anspruch genommen werden kann. Darüber hinaus ist auf Ebene dieses Gesellschafter wiederum die Prüfung seiner sachlichen und persönlichen Entlastungsberechtigung vorzunehmen. Auch dabei sollte die o. g. Prüfungsreihenfolge eingehalten, also mit der sachlichen Entlastungsberechtigung begonnen werden.

2.1.1 Sachliche Entlastungsberechtigung

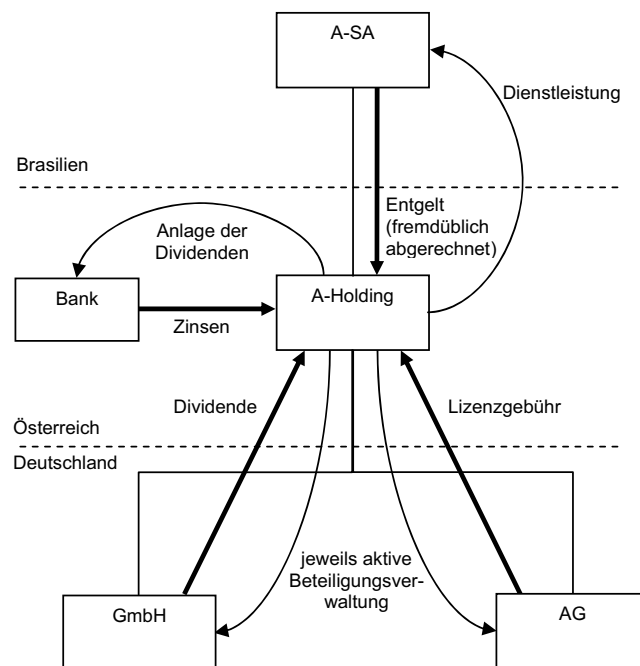
Die ausländische Gesellschaft ist sachlich entlastungsberechtigt und führt insoweit selbst die Entlastung herbei, soweit sie

- Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit hat oder
- für ihre Einschaltung wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe bestehen und eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit angemessenem Geschäftsbetrieb vorliegt oder
- die Börsenklausel einschlägig ist bzw. das Investmentsteuergesetz (InvStG) angewendet werden kann.

Nachfolgend wird näher auf die Voraussetzungen der beiden erstgenannten Entlastungsmöglichkeiten eingegangen.

2.1.1.1 Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit („aktive Bruttoerträge“)

Die Thematik soll an folgendem Beispiel erläutert werden: Die A-Holding als unmittelbar beteiligte Gesellschafterin der beiden deutschen Gesellschaften (GmbH und AG) erzielt diverse Bruttoerträge, die nachfolgend grafisch dargestellt sind. Zu prüfen ist, ob bzw. inwieweit die jeweiligen Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen und damit im Rahmen der sachlichen Entlastungsberechtigung zu berücksichtigen sind.



Nach dem BMF-Schreiben sind die „Bruttoerträge“ i. S. des § 50d Abs. 3 EStG identisch mit den „Bruttoerträgen“ i. S. des § 9 AStG, die für die Frage der Hinzurechnungsbesteuerung bei gemischten Einkünften eine Rolle spielen¹³. Danach sind als Bruttoerträge die (nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung realisierten) Solleinnahmen ohne durchlaufende Posten und ohne Umsatzsteuer zu verstehen¹⁴.

8 BT-Drs. 17/7524 v. 26. 10. 2011, S. 14; Lüdicke, IStR 2012, 148, 149; Dorfmueller/Fischer, IStR 2011, 857, 860.
 9 Lüdicke, IStR 2012, 148, 149; Richter, BB 2012, 1643, 1645.
 10 Dies stellt eine der wesentlichen Neuerungen verglichen mit der Altregelung dar, vgl. Dorfmueller/Fischer, IStR 2011, 857, 859; Birker, BB 2012, 1961, 1962; Wagner, (Fn. 1), R.n. 81.
 11 Ähnlich Dorfmueller/Fischer, IStR 2011, 857, 862.
 12 Siehe Fn. 10.

13 BMF-Schreiben, Tz. 5.

Die Bruttoerträge stellen Erträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit i. S. des § 50d Abs. 3 EStG dar, wenn es sich auf der Grundlage der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung um Erträge aus einer „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“¹⁵ handelt. Dies setzt neben einer gewissen Substanz insbesondere die Abgrenzung zur (passiven) Vermögensverwaltung voraus¹⁶.

In der Praxis dürfte insbesondere die Abgrenzung einer aktiven Beteiligungsverwaltung von einer passiven Vermögensverwaltung von Bedeutung sein. Während Erträge (Dividenden) aus aktiver Beteiligungsverwaltung als Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit unter die sachliche Entlastungsberechtigung fallen, gilt dies nicht für Erträge (Dividenden) von Tochtergesellschaften, die lediglich im Rahmen der Vermögensverwaltung gehalten werden. Die aktive Beteiligungsverwaltung erfordert nach dem BMF-Schreiben eine geschäftsleitende Funktion¹⁷ gegenüber mindestens zwei Konzerngesellschaften¹⁸. Die Auffassung, dass aktive Beteiligungsverwaltung erst gegenüber zwei Gesellschaften in Betracht kommt¹⁹, erscheint nicht mehr zeitgemäß²⁰. Noch weniger darf es darauf ankommen, dass eine aktive Beteiligungsverwaltung Beteiligungen an mindestens zwei inländischen Gesellschaften voraussetzt²¹, wie man dies dem Wortlaut der Tz. 5.2 des BMF-Schreibens entnehmen könnte. Denn dies erscheint zum einen europarechtlich nicht haltbar²² und wäre darüber hinaus auch sachlich nicht zu rechtfertigen.

Sofern eine Tochtergesellschaft im Rahmen einer aktiven Beteiligungsverwaltung gehalten wird (sog. „geleitete Gesellschaft“²³), fallen auch andere Erträge aus dieser Betei-

gung bzw. von dieser Gesellschaft unter die Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit. Im Ausgangsbeispiel sind daher nicht nur die Dividendenerträge, sondern auch die von der AG bezahlten Lizenzgebühren derart aktive Bruttoerträge der A-Holding.

Auch Erträge aus Dienstleistungen gegenüber Konzerngesellschaften qualifizieren als Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit, wenn sie gegen Entgelt erbracht und fremdlich sind (hier: Dienstleistungen gegenüber der A-SA)²⁴.

Für die Praxis positiv, jedoch mit Nachweisschwierigkeiten verbunden sein dürfte die Auffassung der Finanzverwaltung, dass Bruttoerträge einer ausländischen Gesellschaft, die mit der eigenen Wirtschaftstätigkeit in einem wirtschaftlich funktionalem Zusammenhang stehen, ebenfalls als Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit gelten. Dies gilt auch für Brutto- bzw. Zinserträge aus der Anlage entlastungsberechtigter Gewinne²⁵. Im Ausgangsbeispiel bedeutet dies, dass die Zinseinnahmen der A-Holding zu den aktiven Bruttoerträgen gehören, wenn sie aus der Anlage der entlastungsberechtigten Dividenden der Tochtergesellschaft GmbH stammen. Gleiches würde für die Anlage der Lizenzgebühren der AG gelten.

2.1.1.2 Entlastungsberechtigung für nicht aktive Bruttoerträge

Liegen keine aktiven Bruttoerträge vor, so wird die sachliche Entlastungsberechtigung für die nicht aktiven Bruttoerträge nach § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 EStG gleichwohl erfüllt, wenn für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe bestehen und die ausländische Gesellschaft mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt („nicht aktive, aber gleichwohl entlastungsberechtigte Bruttoerträge“). Für die Definition und Abgrenzung dieser Tatbestandsvoraussetzungen liegen keine klaren Kriterien vor, was angesichts der Aufwertung dieser Tatbestandsvoraussetzungen zu einem zweiten, eigenständigen Entlastungsgrund²⁶ besonders bedauerlich ist.

- *Wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft:* Allgemeingültige Abgrenzungsformeln für wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe sind nicht ersichtlich²⁷. Das BMF-Schreiben stellt im Rahmen einer Negativabgrenzung zumindest klar, dass Umstände, die sich aus den Verhältnissen des Konzernverbunds ergeben, keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe in diesem Sinne darstellen²⁸. Ein „wirtschaftlicher Grund“ soll insbesondere dann vorliegen, wenn mit der ausländischen Gesellschaft die Aufnahme einer eigenwirtschaftlichen Tätigkeit geplant ist und entsprechende Aktivitäten nachgewiesen sind²⁹.

14 BMF v. 14. 5. 2004, IV B 4 - S 1340 - 11/04, BStBl I 2004 Sondernr. 1, S. 3, BeckVerw 051455, Tz. 9.0.1.

15 EuGH v. 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, DStR 2006, 1686; BMF v. 8. 1. 2007, IV B 4 - S1351 - 1/07, BStBl I 2007, 99, DStR 2007, 112, Tz. 2 ist nur noch für vor dem 1. 1. 2009 verwirklichte Steuertatbestände anzuwenden, für danach verwirklichte Steuertatbestände nicht mehr, da es nicht in der Positivliste des BMF-Schr. v. 23. 4. 2010, IV A 6 - O 1000/09/10095, BStBl I 2010, 391, BeckVerw 237730 enthalten ist.

16 BMF-Schreiben, Tz. 5.1.

17 Eine Nominalbeteiligung von über 25 % indiziert die Wahrnehmung von geschäftsleitenden Funktionen, vgl. BFH v. 20. 3. 2002, I R 38/00, BStBl II 2002, 819, 823, DStRE 2002, 1068; v. 29. 7. 1976, VIII R 41/74, BStBl II 1977, 261, BeckRS 1976, 22003639; v. 29. 7. 1976, VIII R 142/73, BStBl II 1977, 263, BeckRS 1976, 22003638.

18 Es reicht nicht aus, dass eine Gesellschaft ohne sonstige unternehmerische Betätigung geschäftsleitende Funktionen nur gegenüber einer Tochtergesellschaft ausübt oder lediglich Anteile an einer oder mehreren Tochtergesellschaften hält und sich dabei auf die Ausübung der Gesellschafterrechte beschränkt (passive Beteiligungsverwaltung), vgl. BMF-Schreiben, Tz. 5.2; Gesetzesbegründung v. 25. 9. 2006, BT-Drs. 16/2712, S. 60.

19 BFH v. 15. 4. 1970, I R 122/66, BStBl II 1970, 554, BeckRS 1970, 22000527.

20 U. E. zu Recht weist *Klein*, JbFASr 2012/2013, 550 auf die Änderungen im Organschaftsrecht hin, die ein Überdenken des auf alten RFH- bzw. BFH-Entscheidungen (RFH v. 9. 5. 1939, I 413/38, RStBl 1939, 1059; BFH v. 25. 6. 1957, I 119/56 U, BStBl III 1957, 303, BeckRS 1957, 21000101; v. 15. 4. 1970, I R 122/66, BStBl II 1970, 554, BeckRS 1970, 22000527) beruhenden „Dogmas“ erfordern, dass mindestens zwei Beteiligungen aktiv verwaltet werden müssen.

21 Kritisch auch *Dorfmueller/Fischer*, IStR 2011, 857, 860; *Dorfmueller*, IStR 2012, 423, 424.

22 Dazu *Dorfmueller*, IStR 2012, 423, 425.

23 BMF-Schreiben, Tz. 5.3.

24 BMF-Schreiben, Tz. 5.1.

25 BMF-Schreiben, Tz. 5; *Wilhelm*, in: H/H/R, EStG/KStG, § 50d EStG, Anm. J 11-8 „eigene Wirtschaftstätigkeit“.

26 *Richter*, BB 2012, 1643, 1646: „Substanztest 2“. „Substanztest 1“ ist in der Diktion von *Richter* die Prüfung der aktiven Bruttoerträge.

27 *Krafi/Gebhardt*, DStZ 2012, 398, 404; *Piltz*, IStR 2007, 793, 796.

28 BMF-Schreiben, Tz. 6, 8.

Als „sonst beachtliche Gründe“ für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft werden insbesondere „rechtliche, politische oder religiöse Gründe“ genannt³⁰. Schon die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum JStG 2007 beinhaltet diese Formulierung³¹, ohne sie jedoch näher zu erläutern. Es ist zu befürchten, dass die Ausnahmevorschrift der „sonst beachtlichen Gründe“ in der Praxis der Betriebsprüfung keinen über den der „wirtschaftlichen Gründe“ hinausgehenden Anwendungsbereich hat³².

Zudem dürften sich praktische Nachweisprobleme ergeben³³, u. a. deswegen, weil ausschließlich die Verhältnisse bei der Gesellschaft selbst und nicht die der Gesellschafter oder nahe stehender Personen für die Beurteilung maßgeblich sein sollen³⁴. Im Übrigen erscheint es kaum nachvollziehbar, nicht auf die Verhältnisse des Konzernverbands abstellen, „rechtliche, politische oder religiöse Gründe“, deren Vorliegen ohne Abstellen auf dahinter stehende Gesellschafter schwerlich denkbar erscheint, aber akzeptieren zu wollen.

- **Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr mit angemessen eingerichtetem Geschäftsbetrieb:** Ein angemessen eingerichteter Geschäftsbetrieb erfordert „greifbares Vorhandensein“ von qualifiziertem Personal vor Ort bei der ausländischen Gesellschaft, Geschäftsräumen und technischen Kommunikationsmitteln³⁵. Die Finanzverwaltung klärt diese Fragen in der Praxis mit standardisierten Fragebögen.

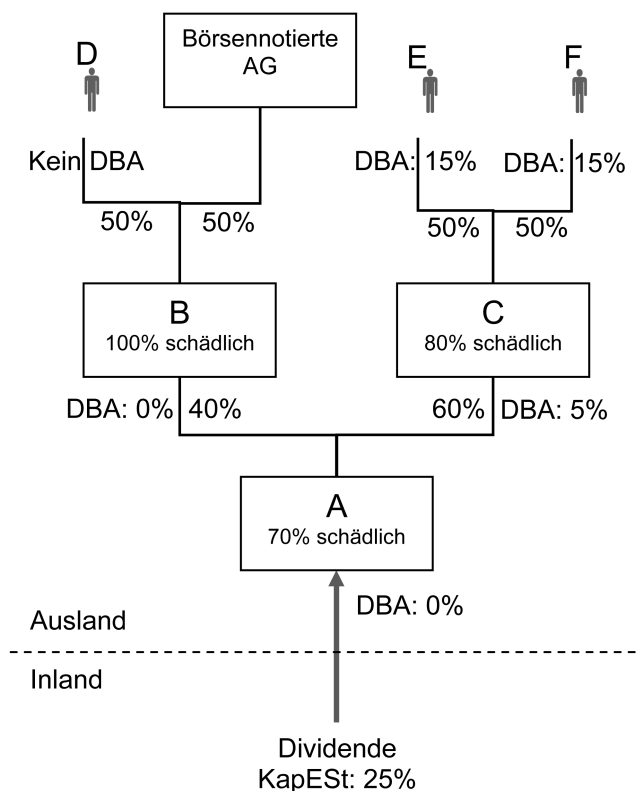
2.1.2 Persönliche Entlastungsberechtigung

Für den nicht sachlich entlastungsberechtigten Teil der Bruttoerträge der ausländischen Gesellschaft kommt ggf. eine persönliche Entlastungsberechtigung in Betracht. Dies erfordert, dass der entsprechende hinter der ausländischen Gesellschaft stehende Gesellschafter in einer Jurisdiktion ansässig ist, für die nach einem DBA oder einer EU-Richtlinie eine Entlastungsberechtigung in Anspruch genommen werden kann und der entsprechende Gesellschafter sachlich und persönlich entlastungsberechtigt ist. Ist einer der in der Kette hinter der ausländischen Gesellschaft stehenden Gesellschafter nicht in einer Jurisdiktion ansässig, für die nach einem DBA oder einer EU-Richtlinie eine Entlastungsberechtigung in Anspruch genommen werden kann, nutzt die mittelbare Entlastungsberechtigung nachfolgender Gesellschafter nichts mehr.

Die rechnerische Ermittlung der sich daraus ergebenden quotalen Entlastungsberechtigung wird an folgendem Bei-

spiel, das an Tz. 12 des BMF-Schreibens angelehnt aber vereinfacht ist, illustriert:

Beispiel:



Es geht um die Frage, in welcher Höhe auf die an A ausgeschüttete Dividende deutsche Kapitalertragsteuer anfällt. Dabei sind neben den in der Grafik angegebenen Beteiligungsverhältnissen folgende Informationen von Bedeutung:

Neben den einzelnen Kapitalgesellschaften sind am Ende der Beteiligungskette die natürlichen Personen D, E und F beteiligt. Die Entlastungsberechtigung bzw. der nach dem jeweiligen DBA zwischen Deutschland und dem Sitzstaat des (ggf. mittelbar beteiligten) Gesellschafters anzuwendende Kapitalertragsteuersatz ist jeweils angegeben. Die Prozentangaben in den Kästchen der Gesellschaften geben an, in welchem Verhältnis die jeweilige Gesellschaft schädliche Bruttoerträge erzielt, inwieweit sie also selbst nicht sachlich entlastungsberechtigt ist.

Die von A bezogene Dividende ist nach nationalem deutschem Recht mit 25 % Kapitalertragsteuer belastet. Für die Frage der Entlastungsberechtigung der ausländischen Gesellschaft A ergibt sich zusammengefasst folgende Berechnung:

1. Sachliche Entlastungsberechtigung der A	30,00 %
2. Persönliche Entlastungsberechtigung der A	
> Gesellschaft B	0,00 %
> Gesellschafter D	0,00 %
> Börsennotierte AG: $50\% \times 40\% \times 70\% =$	14,00 %
> Gesellschaft C: $20\% \times 60\% \times 70\% \times 4/5 =$	6,72 %
> Gesellschafter E und F: $100\% \times 80\% \times 60\% \times 70\% \times 2/5 =$	13,44 %
3. Entlastung insgesamt =	64,16 %

Gesellschaft A: Die Gesellschaft A erzielt zu 30 % unschädliche Bruttoerträge (also aktive Bruttoerträge und nicht aktive Bruttoerträge, die aber gleichwohl entlastungsberechtigt sind). Sie ist also zu 30 % sachlich entlastungsberechtigt und führt daher insoweit selbst die Entlastungsberechtigung herbei. Bezüglich der 70 % schädlichen Bruttoerträge ist auf die dahinter stehenden Gesellschafter abzustellen (persönliche Entlastungsberechtigung), die bei Ansässigkeit in einer Jurisdiktion, für die nach einem DBA eine Entlastungsberechtig-

29 BMF-Schreiben, Tz. 6; BFH v. 29. 1. 2008, I R 26/06, BStBl II 2008, 978, DStRE 2008, 812 zu § 50d Abs. 1a EStG a. F.

30 BMF-Schreiben, Tz. 6.

31 Gesetzesbegründung v. 25. 9. 2006, BT-Drs. 16/2712, S. 60.

32 Helios/Hierstetter, Ubg 2012, 505, 509: „Rechtliche, politische oder auch religiöse Gründe spielen in der Konzernpraxis allenfalls in Einzelfällen eine Rolle“; Frotsher, in: Frotsher, EStG, Sept. 2012, § 50d Rn. 98.

33 Richter, BB 2012, 1643, 1646 f.

34 BMF-Schreiben, Tz. 6; Loschelder, in: Schmidt, EStG, 33. Aufl. 2013, § 50d Rn. 47, 49.

35 BMF-Schreiben, Tz. 7; BMF v. 3. 4. 2007, IV B 1 - S 2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, DStR 2007, 719; BFH v. 20. 3. 2002, I R 38/00, BStBl II 2002, 819, 822, DStRE 2002, 1068.

gung in Anspruch genommen werden kann, wiederum in Höhe ihrer sachlichen Entlastungsberechtigung eine Entlastung selbst herbeiführen und in Höhe ihrer schädlichen Bruttoerträge eine Entlastung herbeiführen, wenn und soweit der dahinter stehende Gesellschafter sachlich und persönlich entlastungsberechtigt ist.

Gesellschaft B: B ist zwar in einer Jurisdiktion ansässig, für die nach einem DBA eine Entlastungsberechtigung grundsätzlich in Anspruch genommen werden kann, generiert aber zu 100 % schädliche Bruttoerträge, so dass sie selbst durch ihre sachliche Entlastungsberechtigung nichts zur persönlichen Entlastungsberechtigung der A beiträgt und es nur auf die dahinter stehenden Gesellschafter ankommen kann.

Gesellschafter D: Da D in einem Staat ansässig ist, der mit Deutschland kein DBA abgeschlossen hat, fehlt es bereits aus diesem Grund an einer sachlichen und persönlichen Entlastungsberechtigung des D. Er trägt damit ebenfalls nichts zur persönlichen Entlastungsberechtigung der A bei.

Börsennotierte AG: Die börsennotierte AG ist zu 50 % an der Gesellschaft B beteiligt, die wiederum zu 40 % an der Gesellschaft A beteiligt ist. Bei der börsennotierten AG sind wegen § 50d Abs. 3 Satz 5 EStG die Entlastungsbeschränkungen des § 50d Abs. 3 Sätze 1-3 EStG nicht anwendbar. Die börsennotierte AG ist also vollumfänglich entlastungsberechtigt. A hat 70 % schädliche Bruttoerträge, so dass es insoweit auf die sachliche und persönliche Entlastungsberechtigung der dahinterstehenden Gesellschafter ankommt. Die börsennotierte AG trägt also $50\% \times 40\% \times 70\% = 14,00\%$ zur persönlichen Entlastungsberechtigung der A bei.

Gesellschaft C: C ist zu 60 % an A beteiligt und hat 20 % unschädliche Bruttoerträge. A hat 70 % schädliche Bruttoerträge, so dass es insoweit auf die sachliche und persönliche Entlastungsberechtigung der dahinterstehenden Gesellschafter ankommt. C ist in einem Staat ansässig, der ein DBA mit Deutschland abgeschlossen hat, wonach eine Reduktion der Kapitalertragsteuer auf maximal 5 % möglich ist. C trägt also zur persönlichen Entlastungsberechtigung der A $20\% \times 60\% \times 70\% \times 4/5 = 6,72\%$ bei.

Gesellschafter E und F: E und F sind zu jeweils 50 % an C, zusammen also zu 100 % an C beteiligt. C hat 20 % unschädliche Bruttoerträge und trägt somit mit einer sachlichen Entlastungsberechtigung i. H. von 20 % selbst zur persönlichen Entlastungsberechtigung der A bei, so dass es nur für die verbleibenden 80 % schädliche Bruttoerträge auf die sachliche und persönliche Entlastungsberechtigung der hinter C stehenden E und F ankommt. C ist an A zu 60 % beteiligt. A hat schädliche Bruttoerträge i. H. von 70 %, für die es auf die dahinter stehenden Gesellschafter ankommt. E und F sind in einem Staat ansässig, dessen DBA mit Deutschland eine Reduktion der Kapitalertragsteuer auf maximal 15 % zulässt, so dass nur 10%-Punkte oder $2/5$ der Kapitalertragsteuer entlastungsberechtigt sind. E und F tragen daher gemeinsam zur persönlichen Entlastungsberechtigung der A $100\% \times 80\% \times 60\% \times 70\% \times 2/5 = 13,44\%$ bei.

Es ergibt sich insgesamt eine Entlastungsberechtigung der A i. H. von $30\% + 14\% + 6,72\% + 13,44\% = 64,16\%$. Damit unterliegt die Dividende im Ergebnis einer deutschen Kapitalertragsteuer i. H. von $(100\% - 64,16\%) = 35,84\%$ mal 25 % ergibt 8,96 %.

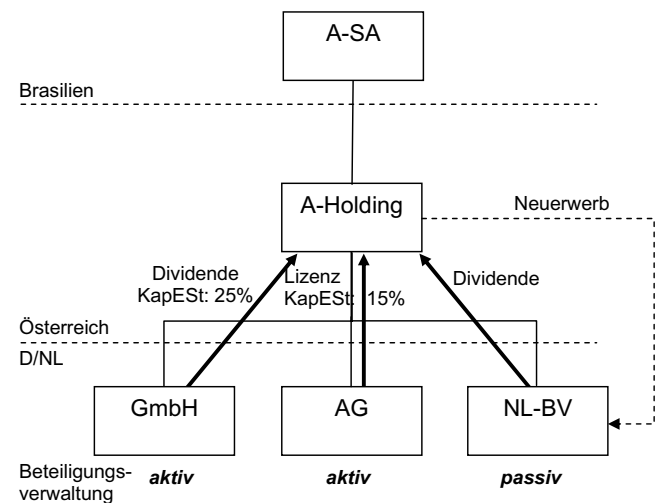
Das Beispiel verdeutlicht, wie kompliziert die Regelung ist³⁶. Hinzu kommt verschärfend, dass die Entlastungsquote grundsätzlich für jedes Wirtschaftsjahr der ausländischen Gesellschaft neu zu ermitteln und ggf. eine unverzügliche Mitteilung gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) abzugeben ist³⁷. Dabei kann nach dem BMF-Schreiben zwar eine De Minimis-Regelung³⁸ in Anspruch genommen werden, wonach eine Verringerung des Verhältnisses der Brutto-

erträge aus eigenwirtschaftlicher Tätigkeit zu den gesamten Bruttoerträgen um weniger als 30%-Punkten unschädlich ist³⁹. Allerdings dürfte die Anwendbarkeit der Regelung vor allem bei mehreren Beteiligungsstufen und sich jährlich ändernden Sachverhalten sehr herausfordernd sein.

2.2 Überschießender Anwendungsbereich und offene Fragen bei der Ermittlung der Entlastungsquote

2.2.1 Gesetzlich fingierter Gestaltungsmisbrauch?

Die Regelung des § 50d Abs. 3 EStG führt u. E. zu einem überschießenden Anwendungsbereich, der sachlich nicht zu rechtfertigen ist⁴⁰. Dies wird an folgendem Beispiel deutlich:



Die A-Holding mit Sitz in Österreich hat bisher ausschließlich Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit im Rahmen einer aktiven Beteiligungsverwaltung der in Deutschland ansässigen GmbH und AG erzielt. Als Rechtsfolge konnte in voller Höhe eine Entlastung von der deutschen Kapitalertragsteuer, die nach nationalem Recht 25 % auf die Dividendenausschüttung bzw. 15 % auf die Lizenzzahlungen beträgt, erreicht werden.

Die A-Holding hat nun eine Minderheitsbeteiligung an der NL-BV mit Sitz in den Niederlanden neu erworben, die lediglich im Rahmen einer passiven Vermögensverwaltung gehalten wird. Obgleich der Erwerb der NL-BV mit einem wie auch immer gearteten steuerlichen Gestaltungsmisbrauch überhaupt nichts zu tun hat und Dividendenausschüttungen der NL-BV nicht der deutschen Kapitalertragsteuer unterliegen, „infizieren“ die Ausschüttungen der NL-BV nach Ansicht des BMF die Entlastungsberechtigung der A-Holding für Dividendenausschüttungen der beiden deutschen Tochtergesellschaften⁴¹.

Nimmt man an, dass die Summe der unschädlichen Bruttoerträge der A-Holding (Dividenden der GmbH und Lizenzzahlungen der AG) insgesamt 60 GE beträgt und die Dividende der NL-BV einen Betrag von 40 GE ausmacht, ergibt sich eine sachliche Entlastungsberechtigung der A-Holding i. H. von 60 %. Dies bedeutet in der Kon-

37 Im Erstattungsverfahren nach § 50d Abs. 1 EStG gilt das Jahr des Ertragszuflusses als betreffendes Wirtschaftsjahr. Im Freistellungsverfahren nach § 50d Abs. 2 EStG ist es das Jahr der Antragstellung, vgl. BMF-Schreiben, Tz. 5.

38 Krafti/Gebhardt, DStZ 2012, 398, 405; Fischer/Dorfmueller, Ubg 2012, 162, 167.

39 BMF-Schreiben, Tz. 15.

40 Ebenso Loschelder, (Fn. 34), § 50d Rn. 49, m. w. N.

41 BMF-Schreiben, Tz. 12.

36 Lüdicke, IStR 2012, 148, 150: Die zutreffende Ermittlung der Entlastungsquote stieße „schnell an Grenzen für alle Beteiligten einschließlich des BZSt (Bundeszentralamt für Steuern)“.

sequenz, dass die A-Holding – völlig unabhängig von irgendwelchen Missbrauchsüberlegungen – nun nur noch 60 % der Kapitalertragsteuer der von der GmbH bezogenen Dividendenausschüttung i. H. von 25 % und der von der AG bezogenen Lizenzzahlungen i. H. von 15 % erstattet bekommt⁴².

2.2.2 Alternativen für die Ermittlung der Entlastungsquote

Nach dem BMF-Schreiben erfolgt die Ermittlung der Entlastungsquote nach der sog. gesellschaftsbezogenen Aufteilungsmethode⁴³. In der Literatur wird alternativ eine Ermittlung nach der sog. ertragsbezogenen Aufteilungsmethode erörtert⁴⁴. Nachfolgend werden die beiden Methoden, die zu einer unterschiedlichen Entlastungsquote führen können, näher dargestellt.

2.2.2.1 Gesellschaftsbezogene Aufteilungsmethode

Bei der Berechnung der sachlichen Entlastungsquote werden sämtliche von der ausländischen Gesellschaft erzielte Bruttoerträge⁴⁵ (und nicht nur die im Inland mit Kapitalertragsteuer behafteten) berücksichtigt. Die Entlastungsquote wird aus dem Verhältnis von unschädlichen Bruttoerträgen (aktive Bruttoerträge und nicht aktive Bruttoerträge, die aber gleichwohl entlastungsberechtigt sind) zu den Gesamtbruttoerträgen errechnet⁴⁶. Die Entlastungsquote wird dann auf jeden im Inland mit Kapitalertragsteuer behafteten Bruttoertrag, unabhängig davon, ob er schädlich oder unschädlich ist, angewendet⁴⁷.

2.2.2.2 Ertragsbezogene Aufteilungsmethode

Bei der ertragsbezogenen Aufteilungsmethode wird jeder einzelne im Inland mit Kapitalertragsteuer behaftete Bruttoertrag auf Unschädlichkeit hin überprüft. Für unschädliche Bruttoerträge besteht ein entsprechender Anspruch auf Erstattung. Für schädliche nicht.

2.2.2.3 Was ist die „richtige“ Aufteilungsmethode?

Die gesellschaftsbezogene Aufteilungsmethode kann sich auf den Wortlaut des § 50d Abs. 3 EStG stützen („von der ausländischen Gesellschaft im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielten Bruttoerträge“)⁴⁸. Er bezieht sich offenbar auf sämtliche Bruttoerträge und ist nicht nur auf die im Inland mit Kapitalertragsteuer behafteten Bruttoerträge beschränkt.

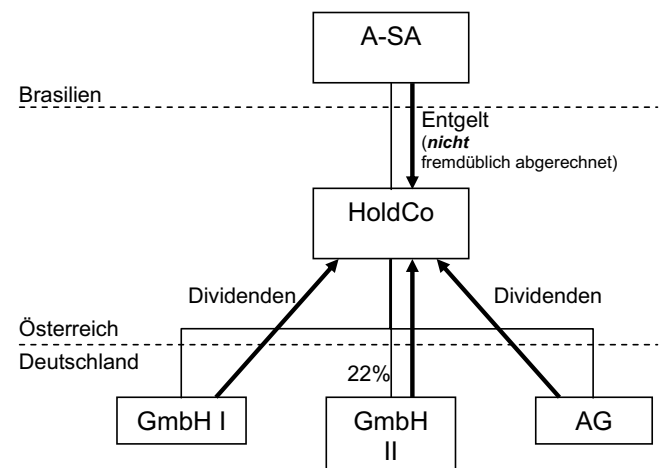
Die Gesetzesbegründung liefert dagegen eher ein Argument für die ertragsbezogene Aufteilungsmethode („unerheblich ist es, ob [...] die ausländische Tochter im Übrigen Bruttoerträge aus unschädlicher Tätigkeit erzielt“⁴⁹). Diese

Aussage trifft nur bei der ertragsbezogenen Methode zu⁵⁰. Die ertragsbezogene Aufteilungsmethode wird zudem durch die Rechtsprechung des EuGH gestützt⁵¹. Denn die gesellschaftsbezogene Aufteilungsmethode differenziert nicht zwischen unschädlichen und schädlichen im Inland mit Kapitalertragsteuer behafteten Bruttoerträgen, sondern gewährt nur eine quotale Entlastung auch für an sich in voller Höhe entlastungsberechtigte Kapitalertragsteuern aus unschädlichen Bruttoerträgen. Der EuGH verlangt aber, dass bei einer starren Missbrauchs Klausel zwingend die Möglichkeit des Gegenbeweises gegeben sein muss⁵², was bei einer quotalen Umqualifizierung gerade nicht der Fall ist.

2.2.3 Beispiel zur unterschiedlichen Wirkungsweise der beiden Aufteilungsmethoden

Die beiden Aufteilungsmethoden können zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Die Vorteilhaftigkeit hängt von der jeweiligen Fallkonstellation ab. Hierzu folgendes Beispiel, das mit Kapitalgesellschaften mit Sitz in Deutschland, Österreich und Brasilien gebildet ist. Zu ermitteln ist die Entlastungsquote der HoldCo unter Berücksichtigung der Mutter-Tochter-Richtlinie („MT-RL“).

Beispiel:



Die in Österreich ansässige HoldCo bezieht aus Brasilien und Deutschland Bruttoerträge, die zum Teil „schädlich“ und zum Teil „unschädlich“ nach der obigen Definition im Beispiel unter 2.1.2 sind. Zusammengefasst werden folgende Bruttoerträge erzielt:

Entgelt von A-SA (schädlich)	10 000 €
Dividende von GmbH I (unschädlich)	30 000 €
Dividende von GmbH II (schädlich)	20 000 €
Dividende von AG (unschädlich)	40 000 €
Gesamtsumme Bruttoerträge	100 000 €
Davon unschädlich (70 %)	70 000 €
Davon schädlich (30 %)	30 000 €

42 Ähnlich *Wiese*, GmbHR 2012, 376, 380; *Lüdicke*, IStR 2012, 148, 149: „Der nach der Aufteilungsklausel zu ermittelnde prozentuale Anteil schädlicher Bruttoerträge suggeriert nunmehr einen quotalen Missbrauch.“

43 BMF-Schreiben, Tz. 12.

44 *Kraft/Gebhardt*, DStZ 2012, 398, 400; *Engers/Dyckmans*, Ubg 2011, 930, 932; *Fischer/Dorf Müller*, Ubg 2012, 162, 167; *Behrens*, AG 2011, 863, 865 f.; *Wiese*, GmbHR 2012, 376, 381.

45 Zur verwirrenden Wortwahl des Gesetzgebers zwischen „Bruttoerträge“, „Erträge“ und „Einkünfte“ vgl. *Lüdicke*, IStR 2012, 81, 82 f.

46 *Lüdicke*, IStR 2012, 148, 149 unter Verweis auf das BMF-Schreiben, Tz. 2, 6, 12.

47 *Birker*, BB 2012, 1961, 1963.

48 Ebenso *Birker*, BB 2012, 1961, 1963.

49 Gesetzesbegründung v. 26. 10. 2011, BT-Drs. 17/7524, S. 14.

50 Ebenso *Wiese*, GmbHR 2012, 376, 378 f.; *Birker*, BB 2012, 1961, 1964; *Richter*, BB 2012, 1643, 1645.

51 EuGH v. 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, DStR 2006, 1686.

52 EuGH v. 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, DStR 2006, 1686.

2.2.3.1 Ermittlung Entlastungsquote nach der gesellschaftsbezogenen Aufteilungsmethode

Bei der Anwendung der gesellschaftsbezogenen Aufteilungsmethode ergibt sich die anzuwendende Entlastungsquote aus dem Verhältnis der unschädlichen Bruttoerträge zu der Gesamtsumme der Bruttoerträge. Für die Gesamtsumme der Bruttoerträge kommt es nicht darauf an, ob es sich um inländische oder ausländische Bruttoerträge mit oder ohne Kapitalertragsteuer handelt. Die auf diese Weise ermittelte Entlastungsquote ist auf die im Inland mit Kapitalertragsteuer behafteten Bruttoerträge anzuwenden, ohne dass insoweit zwischen schädlichen und unschädlichen Bruttoerträgen zu unterscheiden ist. Damit ergeben sich im Beispielfall folgende Rechenschritte:

1. Entlastungsquote: $70\% = \text{Summe der unschädlichen Bruttoerträge zur Gesamtsumme der (inländischen und ausländischen) Bruttoerträge}$
2. Anwendung dieser Entlastungsquote auf
 - die (unschädlichen) Dividenden der AG und der GmbH I (gesamt 70 000 €, Kapitalertragsteuer (KapEst) $25\% = 17\,500\text{ €}$) und
 - die (schädliche)⁵³ Dividende der GmbH II (20 000 €, KapEst $25\% = 5\,000\text{ €}$).
3. Als Gesamtentlastung ergibt sich somit: $70/100 = 70\%$ der kapitalertragsteuerbehafteten Dividenden (90 000 €). Es ergibt sich insgesamt eine Entlastung von 15 750 € (70% von 22 500 €).

2.2.3.2 Ermittlung der Entlastungsquote nach der ertragsbezogenen Aufteilungsmethode

Bei der Anwendung der ertragsbezogenen Aufteilungsmethode ist jeder mit inländischer Kapitalertragsteuer belastete Bruttoertrag für die Frage der Entlastungsberechtigung gesondert zu prüfen. Dies führt zu folgenden Rechenschritten:

1. Dividenden der AG und der GmbH I (gesamt 70 000 €) sind in voller Höhe unschädlich; die darauf einbehaltene KapEst i. H. von 25% von 70 000 € = 17 500 € ist aufgrund der Anwendbarkeit der MT-RL in vollem Umfang zu erstatten.
2. Dividende der GmbH II (20 000 €) ist schädlich; die Anwendbarkeit der MT-RL ist durch § 50d Abs. 3 EStG ausgeschlossen, keine Reduzierung der KapEst i. H. von 25% von 20 000 € = 5 000 €.
3. Als Gesamtentlastung ergibt sich somit: $70/90 = 77,78\%$ der kapitalertragsteuerbehafteten Dividenden (90 000 €). Es ergibt sich insgesamt eine Entlastung von 17 500 € ($77,78\%$ von 22 500 €).

2.3 Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht?

Mit der jetzigen Fassung des § 50d Abs. 3 EStG sollte insbesondere eine Vereinbarkeit der Vorschrift mit Europarecht erzielt werden. Ferner sollten Zweifel bei der Vereinbarkeit mit Abkommensrecht behoben werden.

Bei der Vereinbarkeit mit Europarecht wird u. a. in Frage gestellt, ob der Anwendungsbereich des § 50d EStG angesichts des Umstands, dass die EuGH-Rechtsprechung nur künstliche Gestaltungen erfassen möchte, die bar jeder wirtschaftlichen Realität sind⁵⁴, nicht zu weit geraten ist⁵⁵. Bei der Vereinbarkeit mit Abkommensrecht wird insbesondere diskutiert, ob § 50d Abs. 3 EStG ein Treaty Override darstellt⁵⁶ und welche Auswirkungen dies vor dem Hintergrund des zu § 50d Abs. 8 EStG beim BVerfG anhängigen Verfahrens⁵⁷ haben könnte⁵⁸.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es mit der Neufassung nicht gelungen ist, die europarechtlichen und abkommensrechtlichen Zweifel an der Regelung des § 50d Abs. 3 EStG zu beseitigen. Dies liegt insbesondere daran, dass § 50d Abs. 3 EStG auch Fälle erfasst, die erkennbar mit Missbrauch nichts zu tun haben. Hinzu kommt ein Mangel an einer klaren Abgrenzung der einzelnen Tatbestandsmerkmale für die Inanspruchnahme der Entlastungsberechtigung⁵⁹.

3. Zusammenfassung

§ 50d Abs. 3 EStG stellt eine komplizierte, weder für den Steuerpflichtigen noch für die Finanzverwaltung leicht zu handhabende Regelung dar. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist überschießend und erfasst auch Sachverhalte, die mit dem erklärten Ziel, Missbrauch zu verhindern, nichts zu tun haben. Zudem besteht eine Vielzahl offener Fragen, die in der täglichen Praxis zu Anwendungsproblemen führen. Dies gilt zum einen für die bereits bisher bekannten Abgrenzungsfragen hinsichtlich der Auslegung der Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit bzw. der Voraussetzungen für die Entlastung nicht aktiver Bruttoerträge. Darüber hinaus werden in der Literatur verschiedene Methoden für die Ermittlung der Entlastungsquote erörtert, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Die Regelung des § 50d Abs. 3 EStG birgt das Risiko einer Doppelbesteuerung. Zu einer derartigen Mehrfachbelastung kommt es, soweit der Ansässigkeitsstaat der ausländischen Gesellschaft die quotal verbleibende deutsche Kapitalertragsteuer nicht in voller Höhe anrechnet.

§ 50d Abs. 3 EStG in seiner aktuellen Fassung wird daher wahrscheinlich nicht das letzte Kapitel in der Entwicklungsgeschichte dieser Vorschrift bleiben.

⁵⁴ EuGH v. 12. 9. 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, DStR 2006, 1686; *Schönfeld*, IStR 2012, 215, 216 ff.

⁵⁵ *Loschelder*, (Fn. 34), § 50d Rn. 49; *Frotscher*, (Fn. 32), § 50d Rn. 140 ff.; *Lüdicke*, IStR 2012, 148, 149 ff.; a. A. *Musil*, FR 2012, 149, 152: Mit der Neuregelung bewege sich der Gesetzgeber sicher auf europarechtskonformem Terrain.

⁵⁶ Eine Übersicht über den aktuellen Streitstand geben *Kraft/Gebhardt*, DB 2012, 80, 81, insbesondere in den dortigen Fußnoten 23 und 24.

⁵⁷ BFH v. 10. 1. 2012, I R 66/09, BFH/NV 2012, 1056, DStR 2012, 949.

⁵⁸ *Lehmer*, IStR 2012, 389 ff.; *Gosch*, in: Kirchhof, EStG, 12. Aufl., Feb. 2013, § 50d Rn. 24 ff.; zur Vorgängerregelung des § 50d Abs. 3 EStG: *Gosch*, IStR 2008, 413, 415; *Frotscher*, in: FS Schaumburg, 2009, S. 687, 689; *Hey*, DStJG Band 33, 2010, 139, 164; *Jansen/Weidmann*, IStR 2010, 596, 600 ff.

⁵⁹ Ebenso *Lehmer*, IStR 2012, 389, 392.

⁵³ Vgl. Fn. 17.