



# Herausragende Masterarbeiten

## Studiengang

Steuerrecht für die Unternehmenspraxis, LL.M.

## Masterarbeitstitel

**Einschränkungen der Kapitalertragsteuerentlastung  
nach § 50d Abs. 3 EStG für Gewinnausschüttungen  
an Kapitalgesellschaften im EU-Ausland und ihre  
Vereinbarkeit mit europäischem Recht**

## Autor\*in

Jan-Eike Eckardt

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
I.    Bedeutung und Rechtfertigung der Themenstellung .....	1
II.   Rechtsfrage und Gang der Untersuchung .....	5
<b>B. Europarechtliche Vorgaben und nationale Regelungen zur Abzugsteuerentlastung .....</b>	<b>7</b>
I.    Europarechtliche Vorgaben zur Abzugsteuerentlastung .....	7
1.  Primärrecht: Die einschlägigen Grundfreiheiten .....	8
2.  Sekundärrecht: Die Mutter-Tochter-Richtlinie .....	10
3.  Die rechtskonforme Umsetzung europarechtlicher Vorgaben .....	11
a)  Normenhierarchie .....	12
b)  Die Einschränkung von Grundfreiheiten .....	12
c)  Vorgaben für die Umsetzung einer Richtlinie .....	13
II.   Die Umsetzung in nationales Steuerrecht .....	14
1.  Der Entlastungsanspruch nach § 43b EStG .....	14
2.  Das Entlastungsverfahren nach § 50c EStG .....	15
3.  Unionsrechtliche Einordnung des nationalen Verfahrens .....	17
<b>C. Verweigerung der Abzugsteuerentlastung in Missbrauchsfällen .....</b>	<b>22</b>
I.    Umsetzung in § 50d Abs. 3 EStG .....	22
1.  Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2012 .....	23
a)  Tatbestand und Rechtsfolge .....	23
b)  Nebenbestimmungen .....	26
2.  Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2021 .....	27
a)  Tatbestand und Rechtsfolge .....	27
b)  Gegenbeweis und Nebenbestimmungen .....	30
3.  Übergang von der alten zur neuen Fassung .....	31
4.  Vergleich der Fassungen 2012 und 2021 .....	32
II.   Unionsrechtliche Vorgaben zur Missbrauchsvermeidung .....	33
1.  Missbrauchsklausel in der MTRL .....	34
2.  Allgemeine Missbrauchsvorschrift der ATAD .....	35
3.  Rechtsprechung .....	36
a)  Rechtssache GS .....	37
aa)  Vorlagebeschluss des FG Köln .....	37
bb)  Beurteilung durch den EuGH .....	39
b)  Rechtssachen T Danmark u.a. und N Luxembourg 1 u.a. ....	41
c)  Zusammenfassung der Rechtsprechung .....	45
4.  Verhältnis der Missbrauchsvorschriften zueinander .....	46
<b>D. Beurteilung des § 50d Abs. 3 EStG .....</b>	<b>48</b>
I.    Kritik an der Neuregelung aus der Literatur .....	48
II.   Eigene Beurteilung der neugefassten Entlastungsverweigerung .....	53
<b>E. Zusammenfassung und Ausblick .....</b>	<b>58</b>

## Literaturverzeichnis

- Beutel, David/Oppel, Florian*: Verschärfung des § 50d Abs. 3 EStG im Fahrwasser der EuGH-Rechtsprechung?, in: Deutsches Steuerrecht, 2021, 1017–1025  
[zitiert als: *Beutel/Oppel*, in: DStR 2021, 1017]
- Birk, Dieter/Desens, Marc/Tappe, Henning*: Steuerrecht, 25. Aufl., Heidelberg 2022  
[zitiert als: *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2022)]
- Bordewin, Arno/Brandt, Jürgen/Bode, Walter*: Einkommensteuergesetz, Kommentar, Loseblatt, Heidelberg  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Bordewin/Brandt/Bode]
- Brandis, Peter/Heuermann, Bernd*: Ertragsteuerrecht, Kommentar, Loseblatt, München  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Brandis/Heuermann]
- Bruns, Silke*: Neuordnung des Treaty Shopping (§ 50d Abs. 3 EStG), in: *Frotscher, Gerrit/Hummel, Lars*: Grenzüberschreitende Tätigkeit in einem sich ändernden steuerlichen Umfeld, Köln 2021  
[zitiert als: *Bruns*, in: Frotscher/Hummel (2021)]
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias*: EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 6. Aufl., München 2022  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Callies/Ruffert (2022)]
- Flick, Hans/Wassermeyer, Franz/Baumhoff, Hubertus et. al.*: Außensteuerrecht, Kommentar, Loseblatt, Köln  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff]
- Gosch, Dietmar*: Missbrauchsabwehr im internationalen Steuerrecht, in: Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft, Band 36, 2013, 201–222  
[zitiert als: *Gosch*, DStjG 36 (2013)]
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin*: Das Recht der Europäischen Union, Band I: EUV/AEUV, Kommentar, Loseblatt, München  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim]
- Grotherr, Siegfried*: Die Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Beteiligungsverwaltung bei einer ausländischen Zwischenholding im Lichte des neuen § 50d Abs. 3 EStG-E, in: GmbH-Rundschau, 2021, 478–485  
[zitiert als: *Grotherr*, in: GmbHR 2021, 478]
- Grotherr, Siegfried*: Geplante Änderung bei der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs. 3 EStG, in: NWB – Steuer- und Wirtschaftsrecht, 2021, 262–282  
[zitiert als: *Grotherr*, in: NWB 2021, 262]
- Grotherr, Siegfried*: Geplante Neuerungen bei der deutschen Quellensteuerentlastung, in: IWB – Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht, 2021, 95–114  
[zitiert als: *Grotherr*, in: IWB 2021, 95]
- Grotherr, Siegfried*: Neujustierung der persönlichen Entlastungsberechtigung bei der unilateralen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 50d Abs. 3 EStG, in: Deutsches Steuerrecht, 2021, 1321–1329  
[zitiert als: *Grotherr*, in: DStR 2021, 1321]
- Herrmann, Carl/Heuer, Gerhard/Raupach, Arndt*: Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Loseblatt, Köln  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Herrmann/Heuer/Raupach]
- Hey, Johanna*: Spezialgesetzgebung und Typologie, in: Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft, Band 33, 2010, 139–176  
[zitiert als: *Hey*, DStjG 33 (2010)]
- Hölscher, Sebastian/Voß, Pia/Zöller, Daniel*: Entwurf des Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetzes – Verschärfung der deutschen Anti-Treaty- und Anti-Directive-Shopping-Regelungen des § 50d Abs. 3 EStG, in: Internationale Steuer-Rundschau, 2021, 156–164  
[zitiert als: *Hölscher/Voß/Zöller*, in: ISR 2021, 156]

- Jochimsen, Claus/Gsödl, Markus*: Die geplante Reform des § 50d Abs. 3 EStG im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zum Begriff des Nutzungsberechtigten und zum Missbrauch, in: Internationales Steuerrecht, 2021, 387–395  
[zitiert als: *Jochimsen/Gsödl*, in: IStR 2021, 387]
- Joder, Kevin*: Das allgemeine Missbrauchsverbot als Auslegungsziel und seine Bedeutung im europäischen Ertragsteuerrecht, in: Internationales Steuerrecht, 2023, 10–15  
[zitiert als: *Joder*, in: IStR 2023, 10]
- Kempf, Andreas/Gelsdorf, Frederik*: Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie in deutsches Steuerrecht – eine alte Kamelle? in: Internationales Steuerrecht, 2011, 173–180  
[zitiert als: *Kempf/Gelsdorf*, in: IStR 2011, 173]
- Kirchhof, Gregor/Kulosa, Egmont/Ratschow, Eckart*: Beck'scher Online-Kommentar EStG  
[zitiert als: *Verfasser*, in: BeckOK, zu § ... EStG]
- Kirchhof, Paul/Seer, Roman*: Einkommensteuergesetz, Kommentar, 21. Aufl., Köln 2022  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Kirchhof/Seer (2022)]
- Klein, Martin*: Internationale Einkünftezurechnung, in: Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft, Band 33, 2010, 243–264  
[zitiert als: *Klein*, in: DStjG 33 (2010)]
- Micker, Lars/Pohl, Carsten*: Beck'scher Online-Kommentar KStG  
[zitiert als: *Verfasser*, in: BeckOK, zu § ... KStG]
- Musil, Andreas/Weber-Grellet, Heinrich*: Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl., München 2022  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Musil/Weber-Grellet (2022)]
- Pelka, Jürgen/Petersen, Karl*: Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2021/2022, 18. Aufl., München 2021  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Beck'sches StB-Handbuch 2021/2022]
- Schaumburg, Harald/Englisch, Joachim*: Europäisches Steuerrecht, 2. Aufl., Köln 2020  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Schaumburg/Englisch (2020)]
- Schmidt, Ludwig*: Einkommensteuergesetz, Kommentar, 41. Aufl., München 2022  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Schmidt (2022)]
- Schnitger, Arne*: Entscheidungen des EuGH zum Begriff des Nutzungsberechtigten und Missbrauch, in: Internationales Steuerrecht, 2019, 304–307  
[zitiert als: *Schnitger*, in: IStR 2019, 304]
- Schnitger, Arne/Gebhardt, Ronald*: Soweit wesentlich? Gedanken zu § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG n. F., in: IWB – internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht, 2022, 8–13  
[zitiert als: *Schnitger/Gebhardt*, in: IWB 2022, 8]
- Schnitger, Arne/Gebhardt, Ronald*: Überlegungen zur geplanten Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG durch das AbzStEntModG, in: Internationales Steuerrecht, 2021, 289–299  
[zitiert als: *Schnitger/Gebhardt*, in: IStR 2021, 289]
- Schönfeld, Jens/Erdem, Elias*: Die geplante Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG durch das AbzStEntModG, in: Internationales Steuerrecht, 2021, 189–198  
[zitiert als: *Schönfeld/Erdem*, in: IStR 2021, 189]
- Sendke, Thomas*: Der Entwurf einer ATAD 3 – eine erste systematische Einordnung, in: Die Unternehmensbesteuerung, 2022, 460–473  
[zitiert als: *Sendke*, in: Ubg 2022, 460]
- Tipke, Klaus/Lang, Joachim*: Steuerrecht, 24. Aufl., Köln 2021  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Tipke/Lang (2021)]
- Wassermeyer, Franz/Kaesler, Christian/Schwenke, Michael et al.*: Doppelbesteuerung, Kommentar, Loseblatt, München  
[zitiert als: *Verfasser*, in: Wassermeyer]

## **A. Einleitung**

In dieser Einleitung wird dem Leser zuerst die Bedeutung des gewählten Themas nähergebracht, bevor anschließend die zu klärende Rechtsfrage aufgeworfen und der zu ihrer Klärung führende Gang der Untersuchung dargestellt wird.

### **I. Bedeutung und Rechtfertigung der Themenstellung**

Im deutschen Steuerrecht wird die Besteuerung von Personen- und von Kapitalgesellschaften unterschiedlich geregelt. Bei ersteren gilt das Transparenzprinzip, nach dem die durch sie erzielten Einkünfte gesondert und einheitlich festgestellt (§§ 179, 180 AO) und phasengleich vom Gesellschafter versteuert werden (z. B. nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb); die so versteuerten Einkünfte unterliegen keiner weiteren Besteuerung und können (abzug)steuerfrei aus der Personengesellschaft entnommen werden. Bei Kapitalgesellschaften hingegen gilt das Trennungsprinzip. Sie sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG eigene Steuersubjekte und unterliegen als solche der Körperschaftsteuer. Erst bei späterer Ausschüttung der erzielten Einkünfte kommt es zur Endbesteuerung der Gewinne beim Gesellschafter (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Damit bei Anteilseignern von Kapitalgesellschaften, die ihrerseits Kapitalgesellschaften sind, keine nochmalige Besteuerung der bereits bei der Tochtergesellschaft versteuerten Gewinne erfolgt, werden solche Gewinnausschüttungen gemäß § 8b Abs. 1 Satz 1 KStG nicht in die Besteuerung einbezogen.<sup>1</sup> Erst bei Ausschüttung an eine natürliche Person wird die Endbesteuerung der Gewinne vorgenommen, je nach Einkunftsart beim Gläubiger entweder mit dem ermäßigten Steuersatz nach § 32d EStG oder im Teileinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 Buchst. d EStG.

Die Gewinnausschüttungen unterliegen der Kapitalertragsteuer nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, und dies grundsätzlich unabhängig davon, ob sie nach § 3 Nr. 40 EStG oder § 8b KStG steuerfrei sind (§ 43 Abs. 1 Satz 3 EStG) und ob sie durch die Subsidiaritätsklausel nach § 20 Abs. 8 EStG einer anderen Einkunftsart zugeordnet werden (§ 43 Abs. 4 EStG). Die Kapitalertragsteuer wird nach der Gewinnausschüt-

---

<sup>1</sup> § 8b Abs. 5 KStG fingiert nicht abziehbare Betriebsausgaben in Höhe von 5% der steuerfreien Beträge, sodass die Gewinnausschüttung effektiv nur zu 95% steuerfrei ist; dies wird aus Vereinfachungsgründen hier nicht weiter betrachtet.

tung bemessen und beträgt 25% (§ 43a Abs. 1 Nr. 1 EStG) zuzüglich Solidaritätszuschlag in Höhe von 5,5% der Kapitalertragsteuer (§ 1 Abs. 1, § 3 Abs. 1 Nr. 5, § 4 SolZG 1995). Sie wird vom Schuldner der Kapitalerträge für Rechnung des Gläubigers der Kapitalerträge einbehalten (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG), beim Finanzamt angemeldet (§ 45a Abs. 1 EStG) und ist an dieses abzuführen. Im Ergebnis erhält der Gläubiger der Kapitalerträge nur 73,63% der Gewinnausschüttung.

Es droht bei Ausschüttungen von Kapitalgesellschaften an Kapitalgesellschaften dadurch auf den ersten Blick eine Doppelbesteuerung: Auf gesetzlich steuerfreie Einkünfte wird eine Abzugsteuer erhoben. Diese Doppelbesteuerung wird jedoch bei der Veranlagung zur Körperschaftsteuer durch die in § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG i. V. m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG vorgeschriebene Anrechnung der Kapitalertragsteuer auf die festzusetzende Körperschaftsteuer verhindert. Gleiches gilt über § 51a Abs. 1 Satz 1 EStG für den als Zuschlagsteuer erhobenen Solidaritätszuschlag. Die Belastung durch die Abzugsteuer reduziert sich durch die spätere, vollständige Anrechnung auf den Liquiditäts-/Zinseffekt und es kommt zu keiner Doppelbesteuerung.

Im grenzüberschreitenden Fall, der in dieser Arbeit vorwiegend betrachtet wird und von Gewinnausschüttungen einer inländischen<sup>2</sup> Kapitalgesellschaft an eine ausländische<sup>3</sup> Kapitalgesellschaft ohne inländischen Gewerbebetrieb ausgeht, ist die Rechtslage anders. Die Ausschüttungen unterliegen zwar genauso der Kapitalertragsteuer (§ 43 Abs. 3 Satz 1 EStG). Anders als im nationalen Fall hat der Steuerabzug jedoch nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG für die ausländische Gesellschaft abgeltende Wirkung, da diese mangels inländischen Sitzes oder Orts der Geschäftsleitung durch ihre inländischen Einkünfte aus der Gewinnausschüttung (§ 2 Nr. 1 KStG i. V. m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a Doppelbuchst. aa EStG) nur beschränkt steuerpflichtig ist. Eine Veranlagung mit anschließender Anrechnung der einbehaltenen Steuer findet in diesen Fällen nicht statt.<sup>4</sup> Es verbleibt national betrachtet bei der Doppelbesteuerung mit Körperschaftsteuer und Gewerbe-

---

<sup>2</sup> Hier und im Folgenden: Sitz und Ort der Geschäftsleitung in Deutschland, soweit nicht anders beschrieben.

<sup>3</sup> Hier und im Folgenden: Sitz und Ort der Geschäftsleitung im EU-Ausland, soweit nicht anders beschrieben.

<sup>4</sup> *Micker*, in: BeckOK, zu § 32 KStG (15. Edition), Rn. 116.

steuer auf Ebene der Tochtergesellschaft sowie Kapitalertragsteuer auf Ebene der Muttergesellschaft.

Im Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft wird diese negative Rechtsfolge regelmäßig nicht gemindert, denn andere Steuerjurisdiktionen haben ähnliche Regelungen zur Steuerfreiheit von Gewinnausschüttungen zwischen Kapitalgesellschaften wie Deutschland.<sup>5</sup> Eine Anrechnung oder ein Abzug deutscher Kapitalertragsteuer würde danach bei im Ausland steuerfreien Gewinnausschüttungen mangels ausländischer Steuer schlicht ins Leere laufen. Die Doppelbesteuerung bliebe damit bei grenzüberschreitender Gesamtbetrachtung bestehen und internationale Strukturen wären somit benachteiligt.

Um diese Benachteiligung zu beseitigen, sieht das europäische Steuerrecht vor, dass Kapitalertragsteuer bei Gewinnausschüttungen an Mutterkapitalgesellschaften im EU-Ausland nicht erhoben wird. Gewinnausschüttungen würden dann im Inland keiner Besteuerung mehr unterliegen und das oben dargestellte Problem wäre infolgedessen gelöst. In bestimmten Fällen allerdings versagt das nationale Recht in Gestalt des § 50d Abs. 3 EStG diese Vergünstigungen.

Nachfolgendes Beispiel verdeutlicht die Auswirkung des § 50d Abs. 3 EStG. Gegeben sei eine im EU-Ausland ansässige natürliche Person, die in ihrem Ansässigkeitsstaat eine Holding-Kapitalgesellschaft unterhält. Diese wiederum sei an einer deutschen, im Inland operativ tätigen GmbH beteiligt. Der Gewerbesteuer-Hebesatz soll in diesem Beispiel bei 405% liegen; die operativen Gewinne der GmbH unterliegen damit einer Ertragsbesteuerung von genau 30,00% (KSt, SolZ, GewSt). Gewinnausschüttungen unterliegen im Ausland nicht der Körperschaftsteuer und die Einkommensteuer auf die Ausschüttung der Holding-Kapitalgesellschaft an die natürliche Person betrage 25,00%. § 50d Abs. 3 EStG soll zur Verdeutlichung der Abzugsteuerentlastung in diesem Beispiel entgegenstehen. Der operative Gewinn der deutschen Gesellschaft (100%) würde in dieser Struktur mit 30,00% Ertragsteuern belastet. Auf die Ausschüttung der übrigen 70,00% an die Holding ein

---

<sup>5</sup> Bsp. hierzu *Weggenmann, Köster et. al.*, in: Beck'sches StB-Handbuch 2021/2022, Kapitel H, Rn. 110 (Belgien), Rn. 252 (Estland), Rn. 274 (Finnland), Rn. 322 (Griechenland), Rn. 371 (Irland), Rn. 393 (Italien), Rn. 419 (Kroatien), Rn. 467 (Liechtenstein), Rn. 492 (Litauen), Rn. 508i (Luxemburg), Rn. 538 (Niederlande), Rn. 587 (Österreich), Rn. 663 (Rumänien), Rn. 709 (Schweden), Rn. 734 (Schweiz), Rn. 784 (Slowenien), Rn. 808 (Spanien), Rn. 917 (Ungarn) und Rn. 967 (Zypern).

Steuerabzug erhoben, für den die Holding nach § 50d Abs. 3 EStG keine Entlastung erhält. Es fallen 26,38% Kapitalertragsteuer an (also 18,46% des operativen Gewinns), sodass vom operativen Gewinn nach Steuern nur noch 51,54% bei der Holding ankommen; eine Anrechnung deutscher Steuer erfolgt wegen der Steuerfreiheit der Ausschüttung bei der Holding nicht. Bei Ausschüttung von der Holding an die natürliche Person wird dieser Rest (51,54%) mit 25,00% ausländischer Steuer belastet (also 12,88% des operativen Gewinns), sodass die natürliche Person nach allen Steuern nur noch 38,65% des operativen Gewinns zur freien Verwendung erhält. Dies entspricht einer Steuerlast in Höhe von 61,35%.

Wandelt man das vorstehende Beispiel dahingehend ab, dass § 50d Abs. 3 EStG einer Abzugsteuerentlastung nicht mehr im Wege stünde, ändert sich die Gesamtsteuerbelastung: Die Ertragsbesteuerung in der GmbH bleibt zwar gleich, aber es fällt keine Kapitalertragsteuer auf die Ausschüttung von 70% des operativen Gewinns an. Da Gewinnausschüttungen in der Holding steuerfrei sind, können die 70% des operativen Gewinns ungeschmälert an die natürliche Person ausgeschüttet werden. Dort unterliegen sie einer Besteuerung von 25% ausländischer Einkommensteuer (also 17,5% des operativen Gewinns), sodass die natürliche Person nach allen Steuern noch 52,5% des operativen Gewinns zur Verfügung hat, was einer Steuerlast von 47,50% entspricht.

Ob § 50d Abs. 3 EStG der Abzugsteuerentlastung entgegensteht oder nicht macht im Vergleich beider Varianten des Beispiels einen Unterschied von 13,85% Steuerlast auf den operativen Gewinn bei ansonsten identischer Struktur aus. Dies entspricht der Höhe nach – zur besseren Einordnung – fast einer nochmaligen Belastung des operativen Gewinns mit deutscher Körperschaftsteuer oder alternativ einer nochmaligen Gewerbesteuer mit einem Hebesatz von etwa 395%. Diese Mehrbelastung kann auf die Vorteilhaftigkeit der Investition durch den ausländischen Investor gravierende Folgen haben. Dem § 50d Abs. 3 EStG und der Frage seiner Anwendbarkeit und seiner Anwendung kommt durch diese hohe Auswirkung eine zentrale Bedeutung im internationalen Steuerrecht zu.

## II. Rechtsfrage und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit den Mechanismen zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung bei Gewinnausschüttungen von inländischen Kapitalgesellschaften an deren Muttergesellschaften im EU-Ausland durch Entlastung von der Abzugsteuer und der deutschen Regelung zur Entlastungsverweigerung bei unterstelltem Rechtsmissbrauch, § 50d Abs. 3 EStG.<sup>6</sup>

§ 50d Abs. 3 EStG in der Fassung 2008<sup>7</sup> wurde vom EuGH für nicht mit dem europäischen Recht vereinbar erklärt (Rechtssache *Deister Holding u.a.*).<sup>8</sup> Gleiches gilt für § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung 2012,<sup>9</sup> die vom EuGH ebenfalls für nicht mit europäischem Recht vereinbar erklärt wurde (Rechtssache *GS*).<sup>10</sup> Daraufhin hat der Gesetzgeber im Jahr 2021 mit dem das Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz (kurz *AbzStEntModG*)<sup>11</sup> eine neue Fassung des § 50d Abs. 3 EStG implementiert. Die in dieser Arbeit zu klärende Rechtsfrage ist, ob dieser § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung 2021 mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar ist.

Im Gang der dahin führenden Untersuchung erhält der Leser zunächst einen Überblick über die allgemeinen europarechtlichen Vorgaben in Gestalt der einschlägigen Grundfreiheiten und der zur Kapitalertragsteuerentlastung errichteten Rechtsnormen, insbesondere die Mutter-Tochter-Richtlinie (kurz *MTRL*),<sup>12</sup> sowie über die darauf basierenden

---

<sup>6</sup> Sofern in den einzelnen Abschnitten dieser Arbeit für den jeweiligen Abschnitt bzw. an einzelnen Zitierungen nichts Abweichendes festgelegt wird, bezieht sich die Nennung des § 50d EStG ohne Angabe einer Fassung stets auf die Fassung gemäß AbzStEntModG. Zum AbzStEntModG siehe Fn. .

<sup>7</sup> Fassung gem. Art. 1 Nr. 41 Buchst. a Jahressteuergesetz 2007 (JStG 2007) vom 13.12.2006, BGBl. I, 2878, 2885, anzuwenden ab 01.01.2007 gemäß Art. 20 Abs. 6 JStG 2007.

<sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Az.: C-504/16 und C-613/16 (ECLI:EU:C:2017:1009).

<sup>9</sup> Fassung gem. Art. 2 Nr. 31 Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz – BeitrRLUmsG) vom 07.12.2011, BGBl. I, 2592, 2608, anzuwenden auf Gewinnausschüttungen, die nach dem 31.12.2011 zufließen (Art. 2 Nr. 35 Buchst. a BeitrRL-UmsG).

<sup>10</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437).

<sup>11</sup> Gesetz zur Modernisierung der Entlastung von Abzugsteuern und der Bescheinigung der Kapitalertragsteuer (Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz – AbzStEntModG) vom 02.06.2021, BGBl. I 1259, darin Art. 1 Nr. 16 Buchst. c. Anzuwenden ist die Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG in allen offenen Fällen, es sei denn, die bisherige Regelung des § 50d Abs. 3 EStG steht der Entlastung nicht entgegen (Art. 1 Nr. 21 Buchst. f Abs. 47b AbzStEntModG).

<sup>12</sup> Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30.11.2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 345, 8, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2015/121 des Rates vom 27.01.2015, ABl. L 21, 1.

nationalen Regelungen zur Abzugsteuerentlastung für Gewinnausschüttungen. Es folgt in diesem Zusammenhang eine kurze Überprüfung der Unionsrechtskonformität des zweistufigen Verfahrens aus Kapitalertragsteuereinbehalt und nachfolgender Erstattung. Im darauffolgenden Kapitel werden zunächst die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der deutschen Anti-Treaty/Directive-Shopping-Regelung nach § 50d Abs. 3 EStG in den beiden Fassungen 2012 und 2021 dargelegt. Anschließend erfolgt eine Erläuterung der Vorgaben des Europarechts zur Missbrauchsvermeidung mit Blick auf die Abzugsteuerentlastung anhand der einschlägigen Richtlinien – die Missbrauchsvorschriften aus MTRL und Anti Tax Avoidance Directive (kurz ATAD)<sup>13</sup> – sowie der Rechtsprechung zu Fällen des Rechtsmissbrauchs bei Abzugsteuerentlastung. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssachen *GS* sowie *T Danmark u.a.*), um herauszustellen, welche europarechtlichen Vorgaben speziell für die Abzugsteuerentlastung gelten. Ausgehend von den beiden vorangegangenen Kapiteln widmet sich das anschließende Kapitel der Kritik an § 50d Abs. 3 EStG aus der Literatur. Anschließend erfolgen die Darlegung und Begründung meiner eigenen Lösung der aufgeworfenen Rechtsfrage. In einem abschließenden Kapitel werden die im Rahmen der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst.

---

<sup>13</sup> Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12.07.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, ABl. L 193, 1, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29.05.2017, ABl. L 144, 1.

## **B. Europarechtliche Vorgaben und nationale Regelungen zur Abzugsteuerentlastung**

Dieses Kapitel soll dem Leser einen Überblick über die allgemeinen europarechtlichen Vorgaben und die darauf basierenden nationalen Regelungen zur Abzugsteuerentlastung für Gewinnausschüttungen an EU-Mutterkapitalgesellschaften geben. Hierzu wird zuerst dargestellt, wie das Primär- und das Sekundärrecht der Union die Abzugsteuerentlastung vorgeben (maßgeblich in der Mutter-Tochter-Richtlinie) und wie diese Vorgaben im nationalen Recht umgesetzt werden. Anschließend erfolgt eine kurze Prüfung, ob die nationalrechtliche Umsetzung europarechtskonform erfolgt ist.

### **I. Europarechtliche Vorgaben zur Abzugsteuerentlastung**

Eines der Ziele der Europäischen Union ist die Verwirklichung eines Binnenmarkts, Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 des Vertrags über die Europäische Union (EUV)<sup>14</sup>. Konkretisiert wird dies in Art. 26 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>15</sup>, gemäß dessen Abs. 2 der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem unter anderem der (grenzüberschreitende) freie Verkehr von Personen und Kapital gewährleistet ist. Rechtliche Regelungen mit Einfluss auf das Steuerrecht und insbesondere die Abzugsteuerentlastung findet sich dadurch sowohl im Primärrecht wie auch im Sekundärrecht der Union. Das Primärrecht umfasst im Kern den EUV und den AEUV. Auf dem Primärrecht basiert das Sekundärrecht, in dem unter anderem mittels Verordnungen und Richtlinien Recht gesetzt wird, Art. 288 Abs. 1 AEUV. Während Verordnungen gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbare Wirkung entfalten, sind Richtlinien hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt die Wahl der Form und Mittel zur Zielerreichung jedoch dem nationalen Gesetzgeber, Art. 288 Abs. 3 AEUV. Richtlinien bedürfen danach der Umsetzung in nationales Recht.

---

<sup>14</sup> Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon vom 13.12.2007, ABl. C 306, 1, ber. ABl. 2008 C 111, 56, ABl. 2009 C 290, 1, ABl. 2011 C 378, 3, zuletzt geändert durch Art. 13, 14 Abs. 1 EU-Beitrittsakte von 2013 vom 09.12.2011, ABl. 2012 L 112, 21.

<sup>15</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 09.05.2008, ABl. C 115, 47, zuletzt geändert durch Art. 2 des Änderungsbeschlusses 2012/419/EU vom 11.07.2012, ABl. L 204, 131.

Für die Besteuerung relevant sind im Bereich des Primärrechts die Grundfreiheiten, gewährt durch Art. 26 Abs. 2 AEUV und geregelt hinsichtlich der jeweiligen Ausgestaltung in Art. 45 bis Art. 66 AEUV. Die Grundfreiheiten regeln allgemeine Freiheiten, allerdings ohne konkreten Bezug zur Abzugsteuerentlastung. Konkret für die Abzugsteuerentlastung ist die Mutter-Tochter-Richtlinie relevant, die in ihrem Kern die Abzugsteuerfreiheit von grenzüberschreitenden Gewinnausschüttungen vorgibt.

### **1. Primärrecht: Die einschlägigen Grundfreiheiten**

Namentlich die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) sind aus dem Katalog der Grundfreiheiten für die Abzugsteuer von Bedeutung.<sup>16</sup>

Gemäß Art. 49 Abs. 1 Satz 1 AEUV sind Beschränkungen der Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats verboten. Auch Beschränkungen hinsichtlich der Gründung von Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedsstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats unterfallen nach Art. 49 Abs. 1 Satz 2 AEUV diesem Verbot. Art. 54 Abs. 1 stellt die Gesellschaften, die nach dem Recht eines Mitgliedsstaats gegründet wurden und ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der EU haben, den Staatsangehörigen dieses Mitgliedsstaats gleich. Der Begriff der Gesellschaften wird in Art. 54 Abs. 2 AEUV legaldefiniert und umfasst durch Nennung der sonstigen juristischen Personen des öffentlichen und privaten Rechts auch die für diese Arbeit relevanten Kapitalgesellschaften. Demnach ist es Deutschland verboten, eine im EU-Ausland ansässige EU-Kapitalgesellschaft hinsichtlich der Gründung von Tochtergesellschaften in Deutschland zu beschränken. Nun verhält es sich allerdings so, dass im innerstaatlichen Recht keine Einschränkungen existieren, wer eine Gesellschaft gründen darf: So werden beispielsweise in § 1 GmbHG keine näheren Anforderungen an den Gründer einer GmbH – z. B. hinsichtlich dessen Nationalität – gestellt. Einer Gesellschaft aus dem EU-Ausland ist die Gründung einer deutschen Tochter-GmbH problemlos möglich. Es wäre daher zu prüfen, wie weit das Diskriminierungsverbot nach Art. 49 Abs. 1 Satz 1 AEUV reicht, insbesondere dahingehend,

---

<sup>16</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 59.

ob die Besteuerung von Gewinnausschüttungen davon tangiert wird. In ständiger Rechtsprechung hat der EuGH entschieden, dass als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit alle Maßnahmen anzusehen sind, die die Ausübung derselben unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.<sup>17</sup> Sofern die Wirtschaftstätigkeit einer ausländischen Gesellschaft über eine Tochtergesellschaft steuerlich gegenüber der Begründung einer Betriebsstätte benachteiligt wird (z. B. durch Substanztests), kann diese Ungleichbehandlung sehr wohl die Gründung einer Tochtergesellschaft weniger attraktiv machen und die Niederlassungsfreiheit tangieren. Als Ausfluss der Niederlassungsfreiheit wäre demnach eine solche Benachteiligung zu beseitigen.

Die Kapitalverkehrsfreiheit ist in Art. 63 Abs. 1 AEUV geregelt und verbietet alle Beschränkungen des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten (und zu Drittstaaten). Dies untersagt Maßnahmen, die den Kapitalverkehr negativ beeinflussen.<sup>18</sup> Der Begriff des *Kapitalverkehrs* wird im AEUV nicht weiter ausgeführt. Einen Hinweis gibt hier die Nomenklatur im Anhang I der Kapitalverkehrs-RL.<sup>19</sup> Danach unterfallen (unter anderem) Direktinvestitionen zur Gründung und Erweiterung von Unternehmen ebenso dem Kapitalverkehr wie die Beteiligung an neuen oder bestehenden Unternehmen zur Etablierung einer dauerhaften Wirtschaftsbeziehung. Danach können Maßnahmen, die die Gründung einer Tochtergesellschaft gegenüber der Begründung einer Betriebsstätte für eine ausländische Gesellschaft unattraktiv machen, die Kapitalverkehrsfreiheit berühren.

Da für die Gründung einer inländischen Tochtergesellschaft einer im EU-Ausland ansässigen Gesellschaft sowohl der sachliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit wie auch derjenige der Kapitalverkehrsfreiheit berührt wird, ist das Verhältnis der beiden Freiheiten zueinander zu klären. Während Art. 49 Abs. 2 AEUV im Bereich der Niederlassungsfreiheit einen Vorbehalt hinsichtlich der Kapitalverkehrsfreiheit konstatiert, möchte wiederum Art. 65 Abs. 2 AEUV die Kapitalverkehrsfreiheit nicht die Niederlassungsfreiheit antasten

---

<sup>17</sup> EuGH, Urteil vom 08.03.2017, Az.: C-14/16 (ECLI:EU:C:2017:177), Rechtssache *Euro Park Service*, Rn. 59; EuGH, Urteil vom 07.09.2017, Az.: C-6/16, Rechtssache *Equiom und Enka*, Rn. 54; EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Az.: C-504/16 und C-613/16 (ECLI:EU:C:2017:1009), Rechtssache *Deister Holding u.a.*, Rn. 88.

<sup>18</sup> *Musil*, in: Musil/Weber-Grellet (2022), Art. 63 AEUV, Rn. 22.

<sup>19</sup> Richtlinie 88/361/EWG des Rates vom 24.06.1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, ABl. L 178, 5.

lassen. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung die Abgrenzung der beiden Freiheiten voneinander unabhängig von diesem Widerspruch geklärt: Die Niederlassungsfreiheit ist in den Fällen betroffen, in denen ein Angehöriger eines Mitgliedstaats am Kapital einer Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat eine Beteiligung in einem solchen Umfang hält, dass er sicheren Einfluss auf die Entscheidungen dieser Gesellschaft ausüben und deren Tätigkeiten bestimmen kann.<sup>20</sup> Dagegen sind Bestimmungen über Beteiligungen, die in der alleinigen Absicht der Geldanlage ohne intendierte Einflussnahme auf Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens erfolgen, ausschließlich im Hinblick auf die Kapitalverkehrsfreiheit zu prüfen.<sup>21</sup>

## 2. Sekundärrecht: Die Mutter-Tochter-Richtlinie

Während die im Primärrecht verbürgten Grundfreiheiten zwar verbindliche, aber eben auch nur allgemeine Vorgaben hinsichtlich der Verwirklichung des Binnenmarkts machen, wird das Sekundärrecht deutlich konkreter in der Ausgestaltung einzelner Rechtsgebiete. Für die Besteuerung von Gewinnausschüttungen ist die Mutter-Tochter-Richtlinie das zentrale Normengebilde. Mit ihr verfolgt der europäische Richtliniengeber das Ziel, Gewinnausschüttungen vom Steuerabzug zu befreien und eine Doppelbesteuerung der Gewinnausschüttungen zu vermeiden (dritter Erwägungsgrund). Anwendbar ist die Richtlinie nach Art. 1 Abs. 1 MTRL unter anderem auf Gewinnausschüttungen, die Gesellschaften eines Mitgliedsstaats von ihren Tochtergesellschaften im EU-Ausland erhalten (Buchst. a) und auf Gewinnausschüttungen, die Gesellschaften eines Mitgliedsstaats an ihre Muttergesellschaften im EU-Ausland ausschütten (Buchst. b); sie betrifft damit sowohl den Outbound- als auch den Inbound-Fall. Für die hiesige Thematik – die Beschränkung der Abzugsteuerentlastung bei Ausschüttungen ins EU-Ausland – ist ausschließlich der Inbound-Fall von Relevanz.

Die für die Anwendung der Norm zentralen Begriffe der *Muttergesellschaft* und der *Tochtergesellschaft* sind in Art. 3 MTRL definiert, denen

---

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 22.12.2008, Az.: C-282/07 (ECLI:EU:C:2008:762), Rechtssache *Truck Center*, Rn. 25; EuGH, Urteil vom 12.09.2006, Az.: C-196/04 (ECLI:EU:C:2006:544), Rechtssache *Cadbury Schweppes*, Rn. 31.

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 19.07.2012, Az.: C-31/11 (ECLI:EU:C:2012:481), Rechtssache *Scheunemann*, Rn. 23; EuGH, Urteil vom 13.12.2012, Az.: C-35/11 (ECLI:EU:C:2012:707), Rechtssache *Test Claimants in the FII Group Litigation*, Rn. 92.

Art. 2 MTRL die ganz grundlegende Definition der *Gesellschaft eines Mitgliedsstaats* überhaupt vorausschickt. Nach Art. 2 Buchst. a MTRL ist eine Gesellschaft eines Mitgliedsstaats eine solche der im Anhang I Teil A der MTRL genannten Rechtsformen. Hierin sind ausschließlich juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, insbesondere Kapitalgesellschaften, aufgeführt; Personengesellschaften sind nicht umfasst.<sup>22</sup> Weiterhin müssen diese juristischen Personen steuerlich in einem Mitgliedsstaat ansässig sein und einer der in Anhang I Teil B der MTRL aufgeführten Steuer unterliegen. Als Muttergesellschaften werden in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a MTRL solche Gesellschaften eines Mitgliedsstaats definiert, die am Kapital einer Gesellschaft eines anderen Mitgliedsstaats zu mindestens zehn Prozent beteiligt sind. Eine Tochtergesellschaft ist umgekehrt dann nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. b MTRL eine solche Gesellschaft, an deren Kapital eine Muttergesellschaft nach den vorgenannten Kriterien beteiligt ist. In zeitlicher Hinsicht gibt Art. 3 Abs. 2 Buchst. b MTRL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Gesellschaften von der Richtlinie auszunehmen, die die als Muttergesellschaft qualifizierende Beteiligung nicht mindestens ununterbrochen zwei Jahre lang halten.

Der in Art. 4 Abs. 1 MTRL festgelegte Besteuerungsgrundsatz richtet sich an den Mitgliedstaat der Muttergesellschaft, der die Doppelbesteuerung von Gewinnausschüttungen der Tochtergesellschaft entweder durch Freistellung (Buchst. a) oder durch Anrechnung (Buchst. b) vermeiden soll. Für den Mitgliedstaat der Tochtergesellschaft im Inbound-Fall legt dazu korrespondierend Art. 5 MTRL fest, dass die von einer Tochtergesellschaft an ihre Muttergesellschaft ausgeschütteten Gewinne vom Steuerabzug an der Quelle befreit sind.

### **3. Die rechtskonforme Umsetzung europarechtlicher Vorgaben**

Für die Prüfung, ob das vorgenannte Primär- und Sekundärrecht zutreffend in nationales Recht umgesetzt wird und ob und inwieweit das nationale Recht von seinen Vorgaben abweichen oder es einschränken darf, ist zunächst ein Maßstab nötig. Nachdem vorstehend die europarechtlichen Vorgaben benannt wurden, soll im Folgenden ein Überblick über das Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht

---

<sup>22</sup> Siehe darin insbesondere Buchst. f für die Subjekte nach deutschem Recht, die zwar nicht alle als Gesellschaften zu qualifizieren sind (so ist z. B. der Betrieb gewerblicher Art von jPdöR aufgeführt), aber sämtlich als Körperschaftsteuersubjekte.

und der Möglichkeit von Einschränkungen sowie Kriterien rechtskonformer Umsetzung der europäischen Normen gegeben werden.

a) Normenhierarchie

Für die Normenhierarchie ist sowohl das Verhältnis innerhalb des Unionsrechts – insbesondere also zwischen Primär- und Sekundärrecht – wie auch das Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht von Bedeutung. Innerhalb des Unionsrechts geht das Primärrecht dem Sekundärrecht vor.<sup>23</sup> Dies sei insbesondere bei der Auslegung von Sekundärrecht zu beachten, da die primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts der Nichtigkeit des Sekundärrechts vorgeht.<sup>24</sup>

Im Verhältnis zu nationalem Recht besteht für Unionsrecht ein Anwendungsvorrang: Nationales Recht, das mit Unionsrecht nicht im Einklang steht, sei dadurch zwar nicht generell nichtig, für den konkreten Fall aber nicht anwendbar.<sup>25</sup> Im Rahmen der Auslegung des nationalen Rechts ist dieses richtlinienkonform auszulegen unter der Annahme, dass die Richtlinie durch den Gesetzgeber zutreffend umgesetzt werden sollte.<sup>26</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob das nationale Recht früher oder später als die jeweilige Richtlinie, erlassen wurde.<sup>27</sup> Allerdings ist auch im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung keine Auslegung des nationalen Rechts zulässig, die mit den traditionellen Auslegungsmethoden nicht mehr gerechtfertigt werden kann (keine Auslegung *contra legem*).<sup>28</sup>

b) Die Einschränkung von Grundfreiheiten

Die Prüfung, ob eine nationale Regelung den Grundfreiheiten zuwiderläuft, erfolgt in drei Schritten: Zunächst wird die Anwendbarkeit der Grundfreiheit auf den Sachverhalt geprüft, bevor im zweiten Schritt über einen möglichen Verstoß entschieden wird. Dieser zweite Schritt erfolgt wiederum in zwei Teilschritten, bei denen zuerst geprüft wird, ob das nationale Recht einen grenzüberschreitenden gegenüber einem nationalen Fall schlechterstellt und ob diese beiden Fälle miteinander vergleichbar sind. Liegt danach ein Verstoß vor, wird zuletzt

---

<sup>23</sup> *Schaumburg*, in: *Schaumburg/Englisch* (2020), Rn. 4.6.

<sup>24</sup> *Schaumburg*, in: *Schaumburg/Englisch* (2020), Rn. 4.7.

<sup>25</sup> *Musil*, in: *Musil/Weber-Grellet* (2022), Teil 1, Einführung, Rn. 73.

<sup>26</sup> *Englisch*, in: *Tipke/Lang* (2021), § 5, Rn. 94.

<sup>27</sup> EuGH, Urteil vom 04.07.2006, Az.: C-212/07 (ECLI:EU:C:2006:443), Rechtssache *Adeneler u.a.*, Rn. 108.

<sup>28</sup> EuGH, Urteil vom 04.07.2006, Az.: C-212/07 (ECLI:EU:C:2006:443), Rechtssache *Adeneler u.a.*, Rn. 110.

untersucht, ob Rechtfertigungsgründe für die Einschränkung der Grundfreiheit vorliegen und die Einschränkung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen.<sup>29</sup>

Gründe für die Rechtfertigung der Einschränkung von Grundfreiheiten können vielfältiger Natur sein und umfassen ungeschriebene wie auch geschriebene Rechtfertigungsgründe.<sup>30</sup> So schränkt Art. 52 Abs. 1 AEUV als (im AEUV) geschriebener Rechtfertigungsgrund die Niederlassungsfreiheit ein, insoweit bestimmte Eingriffe aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Die Kapitalverkehrsfreiheit wird in Art. 65 Abs. 1 Buchst. a AEUV dahingehend eingeschränkt, dass Vorschriften des nationalen Steuerrechts anwendbar bleiben, die Steuerpflichtige mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandelt. Die ungeschriebenen Rechtfertigungsgründe finden sich in der EuGH-Rechtsprechung und erlauben beispielsweise Einschränkungen der Grundfreiheiten aus Gründen der Verhinderung von Steuerumgehung,<sup>31</sup> der Aufteilung der Besteuerungsbefugnis<sup>32</sup> und der Missbrauchsbekämpfung.<sup>33</sup>

#### c) Vorgaben für die Umsetzung einer Richtlinie

Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist dem jeweiligen Mitgliedstaat die Wahl der Form und Mittel der Umsetzung einer Richtlinie überlassen. Der EuGH hat diese Freiheit in seiner Rechtsprechung näher konkretisiert und gibt vor, dass es vor allem darauf ankomme, dass sich die Formen und Mittel der Umsetzung für die praktische Wirksamkeit der Richtlinie und ihres Zwecks am besten eignen.<sup>34</sup> Eine Vorgabe dahingehend, dass zwingend ein Gesetz die Richtlinie umsetzen muss, ist daraus nicht ersichtlich. Gleichwohl dürfte meiner Ansicht nach ein formelles Gesetz wegen des Vorrangs des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) gegenüber der Umsetzung durch schlichte Verwaltungsanweisungen ab-

---

<sup>29</sup> Zum Ganzen *Englisch*, in: Tipke/Lang (2021), § 4, Rn. 79.

<sup>30</sup> *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht (2022), Rn. 220.

<sup>31</sup> EuGH, Urteil vom 11.03.2004, Az.: C-9/02 (ECLI:EU:C:2004:138), Rechtssache *Lasteyrie du Saillant*, Rn. 49 ff.

<sup>32</sup> EuGH, Urteil vom 15.05.2008, Az.: C-414/06 (ECLI:EU:C:2008:278), Rechtssache *Lidl Belgium*, Rn. 41.

<sup>33</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, Az.: C-212/97 (ECLI:EU:C:1999:126), Rechtssache *Centros*, Rn. 24.

<sup>34</sup> EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Az.: 48/75 (ECLI:EU:C:1976:57), Rechtssache *Royer*, Slg. 1976, 497, 517, Rn. 69/73.

strakt effektiver und damit vorzugswürdig sein.<sup>35</sup> Die Umsetzung muss dem EuGH zufolge die vollständige Umsetzung und tatsächliche Anwendung einer Richtlinie gewährleisten<sup>36</sup> und zwar nicht nur in formeller Hinsicht, sondern auch im Verwaltungshandeln.<sup>37</sup> Dabei sei ausreichend, wenn die Richtlinie nicht in einer einzelnen speziellen Gesetzesvorschrift umgesetzt werden muss, sondern ein allgemeiner rechtlicher Rahmen dergestalt geschaffen wird, dass der durch die Richtlinie begünstigte von seinen Rechten Kenntnis erlangen und sie gerichtlich geltend machen kann.<sup>38</sup>

## II. Die Umsetzung in nationales Steuerrecht

Wie in Art. 288 Abs. 3 AEUV aufgeführt, entfaltet eine Richtlinie wie die Mutter-Tochter-Richtlinie nicht aus sich selbst heraus unmittelbare Wirkung, sondern schreibt nur das Ziel vor, das der nationale Gesetzgeber umzusetzen hat. Dafür ist die Umsetzung einer jeden Richtlinie in nationales Recht vonnöten. Für die Mutter-Tochter-Richtlinie erfolgte diese Umsetzung konkret in § 43b EStG, der einen grundsätzlichen Freistellungsanspruch formuliert sowie in § 50c EStG, der das konkrete Verfahren zur Freistellung regelt.

### 1. Der Entlastungsanspruch nach § 43b EStG

Die unbedingte Formulierung des Art. 5 MTRL zur Befreiung von Gewinnausschüttungen von der Abzugsteuer wird direkt in den ersten beiden Worten des § 43b Abs. 1 Satz 1 EStG durch das dort formulierte Antragserfordernis eingeschränkt. Abseits des Antragserfordernisses legt § 43b Abs. 1 Satz 1 EStG jedoch fest, dass die Kapitalertragsteuer für Gewinnausschüttungen an Muttergesellschaften ohne Sitz und Ort der Geschäftsleitung im Inland nicht erhoben wird. In sachlicher Hinsicht gilt diese Befreiung für Kapitalertragsteuer auf Kapitalerträge im Sinne des § 20 Abs. 1 Satz 1 EStG und umfasst damit offene wie auch verdeckte Gewinnausschüttungen. Kapitalerträge, die anlässlich einer Liquidation oder Umwandlung zufließen, nimmt § 43b Abs. 1 Satz 4 EStG von der Begünstigung aus; diese Einschränkung ist in Art. 4 Abs. 1 MTRL in anderem Kontext zu finden: Darin geht es um die

---

<sup>35</sup> aA *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, zu Art. 288 AEUV (48. Lfg. 8/2011), Rn. 132.

<sup>36</sup> EuGH, Urteil vom 11.07.2002, Az.: C-62/00 (ECLI:EU:C:2002:435), Rechtssache *Marks & Spencer*, Rn. 26.

<sup>37</sup> *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (2022), zu Art. 288 AEUV, Rn. 28.

<sup>38</sup> EuGH, Urteil vom 20.03.1997, Az.: C-96/95 (ECLI:EU:C:1997:165), Rechtssache *Kommission/Deutschland*, Rn. 35.

Besteuerung der Muttergesellschaft in ihrem Ansässigkeitsstaat und nicht um die Besteuerung der Muttergesellschaft an der Quelle. Diese knüpft Art. 5 MTRL sachlich an keine weiteren Bedingungen.<sup>39</sup> In persönlicher Hinsicht erfasst § 43b Abs. 2 Satz 1 EStG als Muttergesellschaften jene, deren Rechtsform, Ansässigkeit und ihnen auferlegte Steuer den Vorgaben der Anlage 2 zum EStG entsprechen und die zum Zeitpunkt der Entstehung der Kapitalertragsteuer unmittelbar zu mindestens zehn Prozent am Kapital der Tochtergesellschaft beteiligt sind. Zur ersten Voraussetzung wurde im Wesentlichen der Anhang I zur MTRL in die Anlage 2 zum EStG überführt und zur zweiten Voraussetzung sei auf die qualifizierte Mindestbeteiligung von zehn Prozent in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a MTRL verwiesen, sodass insgesamt eine Deckungsgleichheit zur Richtlinie besteht. Tochtergesellschaften sind in § 43b Abs. 2 Satz 3 EStG als solche Gesellschaften definiert, die ebenfalls den Vorgaben der Anlage 2 zum EStG entsprechen und unbeschränkt steuerpflichtig sind, also Sitz oder Ort der Geschäftsleitung im Inland unterhalten (§ 1 Abs. 1 KStG). Von der Möglichkeit der zeitlichen Zuordnung der Beteiligung in Art. 3 Abs. 2 Buchst. b MTRL hat der nationale Gesetzgeber insoweit Gebrauch gemacht, dass gemäß § 43b Abs. 2 Satz 4 EStG Voraussetzung für die Steuerbefreiung die ununterbrochen seit zwölf Monaten – gerechnet ab Entstehung der Kapitalertragsteuer<sup>40</sup> – bestehende Beteiligung ist.

## **2. Das Entlastungsverfahren nach § 50c EStG**

Nach § 50c Abs. 1 Satz 1 EStG sind ungeachtet des § 43b EStG die Vorschriften zu Einbehalt, Abführung und Anmeldung der Kapitalertragsteuer anzuwenden. Der zum Steuerabzug verpflichtete, also die ausschüttende inländische Tochtergesellschaft, kann sich gemäß § 50c Abs. 1 Satz 2 EStG auch nicht auf die Rechte des Gläubigers der Kapitalerträge aus § 43b EStG berufen. Das ohne nähere Bedingungen in Art. 5 MTRL konstatierte Verbot eines Steuerabzugs an der Quelle läuft folglich zunächst ins Leere. Dem Gläubiger der Kapitalerträge, also der Muttergesellschaft im EU-Ausland, werden jedoch in § 50c Abs. 2 EStG mit dem Freistellungs- und in Abs. 3 EStG mit dem Erstattungsverfahren zwei Möglichkeiten eingeräumt, dennoch eine Entlastung von der Kapitalertragsteuer zu erhalten.

---

<sup>39</sup> So auch *Kempf/Gelsdorf*, in: *IStR* 2011, 173, 174 f.

<sup>40</sup> *Intemann*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, zu § 43b EStG (313. Lfg. 9/2022), Rn. 10.

§ 50c Abs. 2 EStG sieht auf Antrag die Freistellung der Gewinnausschüttungen vor und konkretisiert so das bereits in § 43b Abs. 1 Satz 1 EStG eingeführte Antragsanfordernis: Der Schuldner der Kapitalerträge ist nach § 50c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG zum Steuerabzug nicht verpflichtet, soweit dem Gläubiger der Kapitalerträge eine Freistellungsbescheinigung vom Bundeszentralamt für Steuern vorliegt. Die Freistellungsbescheinigung erhält der Gläubiger der Kapitalerträge auf seinen Antrag hin. Dies entbindet den Schuldner gleichwohl nicht von seiner Verpflichtung zur Steueranmeldung, § 50c Abs. 2 Satz 2 EStG.

Das Freistellungsverfahren muss naturgemäß vor der Gewinnausschüttung durchlaufen werden, um die Abzugsteuerfreistellung für die Gewinnausschüttung zu erhalten, denn erst bei Vorliegen der Bescheinigung darf der Schuldner der Kapitalerträge den Steuerabzug unterlassen. Für offene Gewinnausschüttungen stellt dies kein Problem dar, aber der allgemeinen Erfahrung nach werden gerade verdeckte Gewinnausschüttungen<sup>41</sup> erst Jahre später im Rahmen von Außenprüfungen entdeckt. Sofern für den Zeitpunkt der Entstehung der Kapitalertragsteuer keine Freistellungsbescheinigung vorliegt, wird das Finanzamt die Kapitalertragsteuer regelmäßig nachfordern. In diesen und anderen Fällen, in denen im Zeitpunkt der Steuerentstehung keine Freistellungsbescheinigung vorliegt, kommt für die Steuerentlastung nur die Erstattung der Kapitalertragsteuer nach § 50c Abs. 3 EStG in Betracht. Danach kann der beschränkt steuerpflichtige Gläubiger der Kapitalerträge auf Antrag beim Bundeszentralamt für Steuern auf Basis eines Freistellungsbescheids die Erstattung entrichteter Kapitalertragsteuer verlangen, wenn eine Anrechnung derselben auf die Körperschaftsteuer nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG nicht möglich ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Kapitalertragsteuer nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltende Wirkung hat und keine Veranlagung des Gläubigers vorgesehen ist. Die Antragsfrist beträgt gemäß § 50c Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 EStG vier Jahre und beginnt mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Kapitalerträge bezogen worden sind; der Bezug der Kapitalerträge ist hierbei gleichzusetzen mit dem Zufluss

---

<sup>41</sup> Auch verdeckte Gewinnausschüttungen sind Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 (Satz 2) EStG und unterliegen damit nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG der Kapitalertragsteuer.

der Kapitalerträge.<sup>42</sup> Die Frist endet jedoch gemäß § 50c Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 EStG nicht vor Ablauf eines Jahres seit Entrichtung der Kapitalertragsteuer und nicht vor Ablauf der im jeweiligen DBA vorgesehenen Frist. Durch diese Ablaufhemmung verbleibt auch in den oben genannten Fällen einer Nachforderung im Nachgang zu einer Außenprüfung genug Zeit für den Erstattungsantrag. Sowohl der Antrag auf Freistellung als auch der Antrag auf Erstattung sind gemäß § 50c Abs. 5 Satz 1 EStG nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz über die amtlich bestimmte Schnittstelle zu übermitteln.

### **3. Unionsrechtliche Einordnung des nationalen Verfahrens**

Eine Quellensteuer im Sinne des Art. 5 MTRL definiert der EuGH anhand dreier Kriterien, die kumulativ erfüllt sein müssen: Es muss sich um eine Steuer handeln, die im Staat der Gewinnausschüttung tatbestandsmäßig wegen der Gewinnausschüttung erhoben wird, die in ihrer Bemessungsgrundlage an den Ertrag aus der Gewinnausschüttung anknüpft und als Steuerpflichtigen den Inhaber der die Gewinnausschüttung begründenden Wertpapiere vorsieht.<sup>43</sup> Dies alles trifft auf die deutsche Kapitalertragsteuer zu, die in Deutschland wegen der Gewinnausschüttung erhoben wird und bei Zufluss derselben entsteht (§ 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 44 Abs. 1 Satz 2 EStG), die nach dem Kapitalertrag bemessen (§ 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) und vom Schuldner der Kapitalerträge für Rechnung des Gläubigers einbehalten wird (§ 44 Abs. 1 Satz 3 EStG). Nach alledem ist der für die vorliegende Arbeit relevante Fall der Gewinnausschüttung einer inländischen Tochtergesellschaft an ihre Mutterkapitalgesellschaft im EU-Ausland von der Abzugsteuerbefreiung der Mutter-Tochter-Richtlinie umfasst, wenn die unmittelbare Beteiligung zu mindestens zehn Prozent seit mindestens einem Jahr besteht. Die Einschränkungen des § 43b EStG hinsichtlich Mindestbeteiligung und Mindesthaltedauer lassen sich in der Richtlinie wiederfinden und sind damit unionsrechtskonform umgesetzt.

Das Verfahren zur Freistellung von der Kapitalertragsteuer vor der Gewinnausschüttung durch Freistellungsbescheinigung (§ 50c Abs. 2

---

<sup>42</sup> Gosch, in: Kirchhof/Seer (2022), zu § 50c EStG, Rn. 29; Klein, in: Herrmann/Heuer/Raupach, zu § 50c EStG – Jahreskommentierung 2022 (310. Lfg. 4/2022), Rn. J-22.

<sup>43</sup> EuGH, Urteil vom 17.05.2017, Az.: C-68/15 (ECLI:EU:C:2017:379), Rechtssache X/Ministerraad, Rn. 63.

Satz 1 Nr. 1 EStG) unterliegt keinen grundsätzlichen Bedenken, da die verfahrensmäßige Umsetzung von Unionsrecht dem jeweiligen Mitgliedstaat obliegt.<sup>44</sup> Fraglich ist jedoch, ob dies auch für das nach § 43b Abs. 1 Satz 1 EStG notwendige und in § 50c EStG konkretisierte, in der Mutter-Tochter-Richtlinie jedoch nicht vorgesehene, zweistufige Verfahren mit Steuerabzug und anschließender Erstattungsmöglichkeit gilt, denn Art. 5 MTRL verbietet den Steuerabzug auf Gewinnausschüttungen an Mutterkapitalgesellschaften ohne ein derartiges Verfahren. Sollte das zweistufige Verfahren nicht unionsrechtskonform sein, dürfte dies allerdings auf das Freistellungsverfahren durchschlagen, ist die Freistellungsbescheinigung doch nur deshalb notwendig, weil überhaupt Kapitalertragsteuer einbehalten wird.

Zunächst ist hierbei zu prüfen, ob der Einbehalt der Kapitalertragsteuer bereits gegen Primärrecht (insbesondere die Niederlassungsfreiheit) verstößt. Dies setzt zwingend voraus, dass ein EU-Steuerbürger gegenüber einem Steuerinländer benachteiligt würde. Zwar sind grenzüberschreitende Gewinnausschüttungen grundsätzlich nicht mit nationalen Gewinnausschüttungen vergleichbar, eine Ausnahme gilt aber, wenn der Mitgliedstaat – wie vorliegend – auch die ausländische Gesellschaft besteuern möchte.<sup>45</sup> Da nicht nur bei Gewinnausschüttungen an Muttergesellschaften im EU-Ausland, sondern auch bei Gewinnausschüttungen an steuerinländische Muttergesellschaften ein Kapitalertragsteuereinbehalt durchzuführen ist – und dies gemäß § 43 Abs. 1 Satz 3 EStG unabhängig von der späteren Begünstigung nach § 8b KStG –, könnte der Verstoß gegen Primärrecht schon an der fehlenden Ungleichbehandlung scheitern.<sup>46</sup> Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass durch die abgeltende Wirkung des Steuerabzugs für den EU-Steuerbürger (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG) im Ergebnis eine gegenüber dem Steuerinländer stärkere Belastung eintritt, da letzterer zwingend zu veranlagern ist und die Kapitalertragsteuer nach § 31 Abs. 1 Satz 1 KStG i. V. m. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG auf seine Körperschaftsteuer angerechnet wird. Eine Ungleichheit kann also durchaus

---

<sup>44</sup> EuGH, Urteil vom 30.06.2011, Az.: C-262/09 (ECLI:EU:C:2011:438), Rechtssache *Meilicke u.a.*, Rn. 55.

<sup>45</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtssache *GS*, Rn. 43; EuGH, Urteil vom 07.09.2017, Az.: C-6/16, Rechtssache *Equiom und Enka*, Rn. 34 f.

<sup>46</sup> So jedenfalls *Lampert*, in: BeckOK, zu § 50c EStG (14. Edition), Rn. 10.

vorliegen. In der Kommentierung<sup>47</sup> wird für die Frage der Vereinbarkeit des zweistufigen Verfahrens mit Unionsrecht primär auf die EuGH-Rechtsprechung *Scorpio*<sup>48</sup> und die später ergangene EuGH- und BFH-Rechtsprechung<sup>49</sup> verwiesen. Danach ist ein Steuerabzugsverfahren (im Streitfall: Abzugsteuer nach § 50a EStG auf Entgelte für künstlerische Darbietungen) zwar grundsätzlich geeignet, die Dienstleistungsfreiheit einzuschränken, gleichzeitig jedoch ein notwendiges und verhältnismäßiges Mittel der effizienten Steuererhebung des Leistungserbringers und die Einschränkung der Grundfreiheiten dadurch gerechtfertigt.<sup>50</sup> *Loschelder*<sup>51</sup> hingegen verweist zur Rechtfertigung auf die EuGH-Rechtsprechung *N Luxembourg 1 u.a.*, in der die dänische Quellensteuer auf Zinszahlungen an ausländische Darlehnsgeber streitig war und zu einer Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit führt.<sup>52</sup> Auch hier ist Rechtfertigungsgrund für die Quellensteuer die Effizienz der Steuererhebung.<sup>53</sup>

Bei der angeführten EuGH-Rechtsprechung *Scorpio* ist jedoch zu beachten, dass jeweils streitgegenständlich die Abzugsteuer nach § 50a EStG für künstlerische Darbietungen oder die Quellensteuer auf Zinszahlungen war, nicht hingegen die Kapitalertragsteuer auf Gewinnausschüttungen. Diese war nur Gegenstand des BFH-Verfahrens, bei dem sich der BFH für die Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Kapitalertragsteuer auf die EuGH-Rechtsprechung *Scorpio* zur Zulässigkeit der Abzugsteuer nach § 50a EStG beruft.<sup>54</sup> Bei der Steuer nach § 50a EStG ist meines Erachtens dem EuGH durchaus zuzustimmen, den Steuerabzug als effizientes Mittel der Steuererhebung zuzulassen, denn regelmäßig wird im Staat der Leistungserbringung auch eine Steuerlast für den beschränkt steuerpflichtigen Leistungserbringer

---

<sup>47</sup> *Lampert*, in: BeckOK, zu § 50c EStG (14. Edition), Rn. 11.2; *Wagner*, in: Brandis/Heuermann, zu § 50d EStG (164. Lfg. 11/2022), Rn. 21; *Cloer/Hagemann*, in: Bordewin/Brandt/Bode, zu § 50d EStG (397. Lfg. 7/2017), Rn. 80; *Gosch*, in: Kirchhof/Seer (2022), zu § 50c EStG, Rn. 7.

<sup>48</sup> EuGH, Urteil vom 03.10.2006, Az.: C-290/04 (ECLI:EU:C:2006:630).

<sup>49</sup> EuGH, Urteil vom 18.10.2012, Az.: C-498/10 (ECLI:EU:C:2012:635), Rechtssache *X NV*; BFH, Urteil vom 11.01.2012, Az.: I R 25/10 (= BFHE 236, 318), wiederum unter Verweis auf die Rechtssache *Scorpio*.

<sup>50</sup> EuGH, Urteil vom 03.10.2006, Az.: C-290/04 (ECLI:EU:C:2006:630), Rechtssache *Scorpio*, Rn. 33 bis 39.

<sup>51</sup> *Loschelder*, in: Schmidt (2022), zu § 50c EStG, Rn. 4.

<sup>52</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 159.

<sup>53</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 160.

<sup>54</sup> BFH, Urteil vom 11.01.2012, Az.: I R 25/10 (= BFHE 236, 318), Rn. 29.

anfallen,<sup>55</sup> die durch Steuerabzug effizient vom Leistungsempfänger im Abzugswege erhoben werden kann. Bei der Kapitalertragsteuer auf Gewinnausschüttungen an Mutterkapitalgesellschaften<sup>56</sup> ist dies aber gerade nicht der Fall – und hier schließt sich der Kreis zum Sekundärrecht: Die Mutter-Tochter-Richtlinie weist in Art. 5 MTRL das Besteuerungssubstrat gerade dem Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft zu und eben nicht dem Quellenstaat. Die Einschränkung der Grundfreiheiten durch eine effektive Steuererhebung im Quellenstaat läuft als Rechtfertigungsgrund damit ins Leere. Gleiches gilt für den akzeptierten Rechtfertigungsgrund der Aufteilung von Besteuerungsbefugnissen,<sup>57</sup> da diese Befugnisse bereits durch die Richtlinie verteilt werden. Die EuGH-Rechtsprechung *N Luxembourg 1 u.a.*<sup>58</sup> behandelt zwar einen Fall, bei dem Einkünfte durch Unionsrecht (in dem Fall durch die Zins- und Lizenzrichtlinie<sup>59</sup>) dem Ansässigkeitsstaat zugewiesen werden und ist insoweit dem Fall der Mutter-Tochter-Richtlinie sehr ähnlich. Dies ändert aber nichts daran, dass die effiziente Steuererhebung nur dann als Rechtfertigungsgrund für einen Quellensteuerabzug erhalten kann, wenn das Besteuerungssubstrat nicht von vornherein schon dem Ansässigkeitsstaat zugeordnet ist, also ein gerechtfertigtes Interesse des Quellenstaats an der effizienten Erhebung besteht.

Es bleiben dann Missbrauchsabwehr<sup>60</sup> und Verhinderung von Steuerumgehung,<sup>61</sup> um den Eingriff in die Grundfreiheiten durch das zweistufige Verfahren zu rechtfertigen. Die Rechtfertigung der Einschränkung von Grundfreiheiten mit den genannten Gründen setzt allerdings voraus, dass die nationale Maßnahme (hier insbesondere § 50d Abs. 3 EStG) geeignet ist, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen und dass sie

---

<sup>55</sup> Für den DBA-Fall siehe z. B. Art. 17 Abs. 1 OECD-MA, der das Besteuerungsrecht dem Staat der Leistungserbringung zuweist. Zwar geschieht dies nicht final, aber der Ansässigkeitsstaat hat die Einkünfte nach Art. 23A OECD-MA freizustellen bzw. nach Art. 23B die ausländische Steuer anzurechnen; ein Teil bleibt also im Quellenstaat.

<sup>56</sup> Anders allerdings bei Ausschüttungen an natürliche Personen, da hier ebenfalls ein Teil der Einkünfte im Quellenstaat besteuert werden darf, Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b OECD-MA.

<sup>57</sup> EuGH, Urteil vom 13.12.2005, Az.: C-446/03 (ECLI:EU:C:2005:763), Rechtssache *Marks & Spencer*, Rn. 45.

<sup>58</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134).

<sup>59</sup> Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 03.06.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 157, 49, zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/13/EU des Rates vom 13.05.2013, ABl. L 141, 30.

<sup>60</sup> EuGH, Urteil vom 09.03.1999, Az.: C-212/97 (ECLI:EU:C:1999:126), Rechtssache *Centros*, Rn. 24.

<sup>61</sup> EuGH, Urteil vom 11.03.2004, Az.: C-9/02 (ECLI:EU:C:2004:138), Rechtssache *Lasteyrie du Saillant*, Rn. 49 ff.

nicht über das erforderliche Maß hinausgeht.<sup>62</sup> Ob dies für die genannten Rechtfertigungsgründe zutrifft, bleibt späteren Kapiteln dieser Arbeit vorbehalten.

Auch das Argument, das zweistufige Verfahren sei eine verfahrensrechtliche Umsetzung der Richtlinie und greife nicht ins materielle Recht ein,<sup>63</sup> verfährt nicht vollends. Zwar dürfen die einzelnen Mitgliedstaaten die Verfahrensregelungen zur Umsetzung von Unionsrecht autonom bestimmen, wenn diese Regelungen nicht ungünstiger sind als diejenigen für innerstaatliche Sachverhalte.<sup>64</sup> Ein Quellensteuerabzug mit abgeltender Wirkung für die Muttergesellschaft ist jedoch latent ungünstiger als der innerstaatliche Fall einer zwingenden Steueranforderung mit Anrechnung.

Fraglich ist nun noch, ob das Ziel der Richtlinie durch das zweistufige Verfahren ausreichend umgesetzt worden ist, also dem oben<sup>65</sup> dargestellten Grundsatz der praktischen Wirksamkeit genügt. Vor dem Hintergrund der Einschränkung der Richtlinie zur Missbrauchsvermeidung (Art. 1 Abs. 2 bis 4 MTRL) kann der Steuerabzug mit anschließender Erstattung ein adäquates Verfahren sein, den nicht missbräuchlich handelnden Steuerpflichtigen von dem Steuerabzug (im wirtschaftlichen Ergebnis) zu befreien. Dem steht allerdings der Wortlaut des Art. 5 MTRL entgegen, der den Steuerabzug an der Quelle ohne weiteres untersagt.<sup>66</sup>

Nach alledem bestehen an dieser Stelle hinsichtlich der Ausgestaltung der Mutter-Tochter-Richtlinie im zweistufigen Verfahren unionsrechtliche Bedenken. Ob und inwieweit die nationale Regelung zur Missbrauchsabwehr (in Gestalt des § 50d Abs. 3 EStG) mit Europarecht vereinbar ist – und dann nebenher auch zur Rechtfertigung des zweistufigen Verfahrens herangezogen werden könnte –, wird in den folgenden Kapiteln thematisiert.

---

<sup>62</sup> EuGH, Urteil vom 17.11.2009, Az.: C-169/08 (ECLI:EU:C:2009:709), Rechtssache *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Rn. 42.

<sup>63</sup> BFH, Urteil vom 11.01.2012, Az.: I R 25/10 (= BFHE 236, 318), Rn. 29.

<sup>64</sup> EuGH, Urteil vom 30.06.2011, Az.: C-262/09 (ECLI:EU:C:2011:438), Rechtssache *Meilicke u.a.*, Rn. 55.

<sup>65</sup> Kapitel B.1.3.c), ab Seite 13, dort Verweis auf EuGH, Urteil vom 08.04.1976, Az.: 48/75 (ECLI:EU:C:1976:57), Rechtssache *Royer*, Slg. 1976, 497, 517, Rn. 69/73.

<sup>66</sup> Kempf/Gelsdorf, in: IStR 2011, 173, 174 f.

## **C. Verweigerung der Abzugsteuerentlastung in Missbrauchsfällen**

Nachdem im vorangegangenen Kapitel die europarechtlichen und nationalen Vorschriften zur Befreiung von der Abzugsteuer dargelegt wurden, gibt dieses Kapitel einen Überblick über die Verweigerung der Abzugsteuerentlastung in Gestalt des § 50d Abs. 3 EStG in den Fassungen 2012 und 2021 und die vom Gesetzgeber dafür herangezogene Rechtfertigung der Missbrauchsbekämpfung im europäischen Recht sowie die in der Rechtsprechung dazu gebildeten Einschränkungen. Die Darlegungsreihenfolge ist in diesem Kapitel umgekehrt zu oben (hier: erst national, dann europarechtlich), weil die europarechtlichen Vorgaben im hier behandelten Sachgebiet erst ins nationale Recht umzusetzen sind, bevor dieses anschließend auf Einhaltung der Vorgaben geprüft werden kann.

### **I. Umsetzung in § 50d Abs. 3 EStG**

Die Regelung des § 50d Abs. 3 EStG knüpft die Freistellung von der Kapitalertragsteuer und die Erstattung gezahlter Kapitalertragsteuer (§ 50c EStG) an gewisse Substanzerfordernisse bei der Muttergesellschaft. Hierdurch soll die missbräuchliche Einschaltung von substanzlosen Zwischengesellschaften zur Erlangung von Vorteilen aus Doppelbesteuerungsabkommen (sogenanntes *Treaty-Shopping*) und EU-Richtlinien (sogenanntes *Directive-Shopping*) verhindert werden,<sup>67</sup> wobei nur letzterer Fall für die vorliegende Arbeit relevant ist. Die Regelung ergänzt das zweistufige Verfahren insoweit, dass die eigentlich gesetzlich vorgesehene Entlastung von der Kapitalertragsteuer (durch Freistellung oder Erstattung) verwehrt wird, soweit eine – nach Vorgaben des § 50d Abs. 3 EStG – als missbräuchlich anzusehende Gestaltung vorliegt. Von der Wirkungsweise her wird dies – vom Ergebnis her betrachtet – auch als spezielle Regelung der Einkünftezurechnung gesehen.<sup>68</sup>

Diese Arbeit erläutert nicht nur die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der aktuellen Fassung des § 50d Abs. 3 EStG (2021), sondern auch die der Fassung 2012, da sie zum einen noch in bestimmten Altfällen

---

<sup>67</sup> BT-Drs. 17/7524, 13.

<sup>68</sup> Klein, in: DStjG 33 (2010), 257 f.

anzuwenden und darüber hinaus ihr Verständnis für die Kritik der Rechtsprechung an den Missbrauchsregelungen hilfreich ist.

## **1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2012**

Nachfolgend werden die Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2012<sup>69</sup>, dessen Rechtsfolgen und die Nebenbestimmungen für den hier relevanten Fall einer Dividende an eine EU-Mutterkapitalgesellschaft erläutert.

### a) Tatbestand und Rechtsfolge

Persönlich erfasst werden von § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG *ausländische Gesellschaften*, wobei hierunter für den Fall der Entlastung nach § 43b EStG nur Kapitalgesellschaften zu verstehen sind, deren Sitz und Ort der Geschäftsleitung sich im Ausland befinden.<sup>70</sup> Ihnen wird die Entlastung von der Kapitalertragsteuer gemäß § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG insoweit verweigert, wie Personen an ihr beteiligt sind, denen die Entlastung von der Kapitalertragsteuer nicht zustände, wenn sie die Gewinnausschüttung unmittelbar erzielt („persönliche Entlastungsberechtigung“<sup>71</sup> durch „fiktive[n] Entlastungsanspruch“<sup>72</sup>) und die von der ausländischen Gesellschaft erzielten Einkünfte nicht aus ihrer eigenen Wirtschaftstätigkeit stammen („schädliche Erträge“<sup>73</sup>). Schädliche Erträge liegen nur dann vor, wenn entweder für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft (zwischen die ausschüttende inländische Gesellschaft und die Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft) wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG) oder die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG; zusammen die „sachliche Entlastungsberechtigung“<sup>74</sup>). Die Prüfung der Entlastungsberechtigung erfolgt nicht nur für die

---

<sup>69</sup> Dieser Abschnitt befasst sich, wie in der Überschrift dargestellt, mit § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2012 (siehe hierzu Fn. auf Seite 5). Die Angabe „i. d. F. 2012“ wird in diesem Abschnitt der besseren Lesbarkeit halber weggelassen.

<sup>70</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 3; so im Ergebnis auch *Wagner*, in: Brandis/Heuermann, zu § 50d EStG (159. Lfg. 10/2021), Rn. 79 und *Klein/Hagena*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, zu § 50d EStG (293. Lfg. 8/2019) Rn. 54, die zwar grundsätzlich alle Gesellschaftsformen von § 50d Abs. 3 EStG erfasst sehen, die Norm aber für Beschränkung des § 43b EStG nur auf Kapitalgesellschaften für anwendbar halten.

<sup>71</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 1.

<sup>72</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 4.2.

<sup>73</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 1.

<sup>74</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 1.

unmittelbaren Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft, sondern wird in der Beteiligungskette hinauf so lange fortgesetzt, bis der (mittelbare) Gesellschafter persönlich und sachlich entlastungsberechtigt ist oder ihm die persönliche Entlastungsberechtigung fehlt.<sup>75</sup> Diese mittelbare Betrachtung sei wegen des Zwecks der Vorschrift zur Verhinderung von Zwischenschaltungen notwendig.<sup>76</sup>

Persönlich entlastungsberechtigt ist eine ausländische Gesellschaft (bzw. bei mittelbarer Prüfung ihr Gesellschafter)<sup>77</sup> soweit ein Entlastungsanspruch nach § 43b EStG oder einem Doppelbesteuerungsabkommen vorliegt.<sup>78</sup> Für mittelbar beteiligte, ausländische natürliche Personen sowie nicht-EU-Kapitalgesellschaften greift § 43b EStG persönlich nicht, da nur EU-Kapitalgesellschaften erfasst werden, § 43b Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Anlage 2 zum EStG. Bei ihnen können im DBA-Fall jedoch Vergünstigungen vorliegen: Regelmäßig ist nur eine Abzugsteuer von 5% bei Schachtelbeteiligungen von Kapitalgesellschaften bzw. 15% in anderen Fällen (natürliche Personen sowie Streubesitz von Kapitalgesellschaften) anstelle der Kapitalertragsteuer in Höhe von 25% vorgesehen.<sup>79</sup> Inländische Gesellschafter sind nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht persönlich entlastungsberechtigt.<sup>80</sup> In dieser persönlichen Entlastungsberechtigung kommt der konditionale Wortlaut der Vorschrift zur Geltung: Hätte eine, in einem DBA-Staat (OECD-Musterabkommen) ansässige, natürliche Person als Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft die Gewinnausschüttung unmittelbar selbst erhalten und nicht über die ausländische Gesellschaft als Zwischengesellschaft bezogen, wäre die Kapitalertragsteuer nur auf den DBA-Satz von 15% reduziert worden und eben nicht nach § 43b EStG auf null.

Auch das Fehlen der sachlichen Entlastungsberechtigung führt zum Wegfall des Entlastungsanspruchs. Diese liegt insoweit nicht vor, wie

---

<sup>75</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 4.2 und 4.3.

<sup>76</sup> *Wagner*, in: Brandis/Heuermann, zu § 50d EStG (159. Lfg. 10/2021), Rn. 80.

<sup>77</sup> In den folgenden Absätzen wird aus Gründen der Übersichtlichkeit nur noch die ausländische Gesellschaft selbst benannt. Bei mittelbarer Prüfung wird immer auch der Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft geprüft.

<sup>78</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 4.1. Der DBA-Fall ist vorliegend nur für die mittelbare Prüfung relevant, da für Ausschüttungen an EU-Mutterkapitalgesellschaften § 43b EStG gilt und die Abzugsteuer auf null reduziert.

<sup>79</sup> Statt vieler: Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Buchst. a und b OECD-MA sowie mit gleicher Artikel-Fundstelle im BMF-Schreiben vom 17.04.2013, Az.: IV B 2 – S 1301/10/10022-32, BeckVerw271189 (Deutsche Verhandlungsgrundlage für DBA). Der Solidaritätszuschlag wird in diesen Fällen zuerst ermäßigt, § 5 SolZG 1995.

<sup>80</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 4.2 und 4.3.

die Erträge der ausländischen Gesellschaft nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen, es sich bei ihnen also laut Diktion des BMF um „schädliche Erträge“<sup>81</sup> handelt und zusätzlich die Voraussetzungen nach § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 oder 2 EStG erfüllt sind.

An eigener Wirtschaftstätigkeit fehlt es gemäß § 50d Abs. 3 Satz 3 EStG insoweit, wie die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt. Die Finanzverwaltung konkretisiert hier, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit über die reine Vermögensverwaltung hinaus stattfinden muss, also eine aktive, ständige und nachhaltige Teilnahme am Marktgeschehen.<sup>82</sup> Erträge aus dem Halten von Beteiligungen sind dabei nur insoweit solche aus eigener Wirtschaftstätigkeit, wie diese Beteiligungen aktiv verwaltet werden.<sup>83</sup> Dies geschieht durch schriftlich dokumentierte Wahrnehmung geschäftsleitender Funktionen gegenüber der Tochtergesellschaft in Gestalt langfristiger Führungsentscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung.<sup>84</sup> Hierunter fallen Entscheidungen über Rechtsform, Standort, Führungspersonal, Investitionen, angebotene Produkte und Dienstleistungen wie auch Vorgaben zur Bilanzierung im Konzern und zur Tax Compliance.<sup>85</sup> Ebenso liegt nach § 50d Abs. 3 Satz 3 EStG insoweit keine eigene Wirtschaftstätigkeit vor, wie die ausländische Gesellschaft ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt wie beispielsweise an Anwaltskanzleien und Managementgesellschaften.<sup>86</sup>

Die persönliche Entlastungsberechtigung fällt nur insoweit weg, wie in Bezug auf die schädlichen Erträge der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG) oder die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG). Obgleich der Motivtest im Wortlaut der Norm unbestimmt und damit auslegungsbedürftig, zugleich aber für die Umqualifizierung schädlicher zu unschädlichen Einkünften wichtig ist, hält sich

---

<sup>81</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 1.

<sup>82</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 5.1.

<sup>83</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 5.2.

<sup>84</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 5.3.

<sup>85</sup> Grotherr, in: GmbHR 2021, 478, 481.

<sup>86</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 5.4.

die Finanzverwaltung zu den wirtschaftlichen und sonst beachtlichen Gründen eher bedeckt und nennt nur die Aufnahme einer eigenwirtschaftlichen Tätigkeit bei den wirtschaftlichen sowie ohne nähere Erläuterung „rechtliche, politische oder auch religiöse“ bei den sonst beachtlichen Gründen.<sup>87</sup> Neben dem Motivtest taugt auch der Substanztest in Gestalt des angemessen eingerichteten Geschäftsbetriebs zum Erhalt der sachlichen Entlastungsberechtigung. Ein solcher liegt vor, wenn für die Ausübung der Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft ausreichend qualifiziertes Personal, Geschäftsräume und technische Kommunikationsmittel zur Verfügung stehen.<sup>88</sup>

Die Rechtsfolge benennt § 50d Abs. 3 EStG gleich in seinem ersten Satz: Der Anspruch auf vollständige oder teilweise Entlastung von der Kapitalertragsteuer (in der Gesetzesfassung für die Freistellung von Gewinnausschüttungen an Mutterkapitalgesellschaften im EU-Ausland noch geregelt in § 50d Abs. 1, 1a und 2 EStG) entfällt. Da die Rechtsfolge dem Wortlaut nach eintritt, *soweit* die Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, ist der Anspruch nicht in jedem Fall komplett zu versagen. Vielmehr wird er anteilig eingeschränkt, wobei die Entlastungsberechtigung für mehrere unterschiedlich entlastungsberechtigte Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft durch Multiplikation zu ermitteln ist.<sup>89</sup> In Höhe der so multiplikativ ermittelten, mittelbaren Entlastungsberechtigung wird die Kapitalertragsteuer reduziert.<sup>90</sup>

#### b) Nebenbestimmungen

§ 50d Abs. 3 Sätze 2 bis 5 EStG regeln einige Nebenbestimmungen. So werden nach § 50d Abs. 3 Satz 2 EStG nur auf die Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft abgestellt und Merkmale nahestehender Unternehmen negiert. In § 50d Abs. 3 Satz 3 EStG wird das Fehlen einer eigenen Wirtschaftstätigkeit definiert. Die Feststellungslast für das Vorliegen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe oder eines angemessen eingerichteten Geschäftszwecks weist § 50d Abs. 3 Satz 4 EStG der ausländischen Gesellschaft zu. Zuletzt enthält § 50d

---

<sup>87</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 6.

<sup>88</sup> BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 7

<sup>89</sup> Siehe hierzu ausführlich das Beispiel im BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 12.

<sup>90</sup> Im Beispiel im BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 12 liegt eine Entlastungsberechtigung für Gewinnausschüttungen in Höhe von 64,16% vor, sodass Kapitalertragsteuer nur noch in Höhe von 8,96% (=25% x [100% – 64,16%]) einzubehalten wäre.

Abs. 3 Satz 5 EStG eine Börsenklausel, nach der die Norm bei solchen ausländischen Gesellschaften nicht anzuwenden ist, deren Aktien der Hauptgattung wesentlich und regelmäßig an einer anerkannten Börse gehandelt werden oder für die die Vorschriften des Investmentsteuergesetzes greifen.

## **2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 50d Abs. 3 EStG**

### **i. d. F. 2021**

Nachfolgend werden die Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2021<sup>91</sup>, dessen Nebenbestimmungen und die Rechtsfolgen für den hier relevanten Fall einer Dividende an eine EU-Mutterkapitalgesellschaft erläutert.

#### a) Tatbestand und Rechtsfolge

§ 50d Abs. 3 Satz 1 EStG erfasst in persönlicher Hinsicht *Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen*, also die aus § 1 Abs. 1 KStG bekannten Körperschaftsteuersubjekte. Das Merkmal *ausländisch* wurde in dieser Gesetzesfassung unterlassen, was der Vermeidung von Missverständnissen bei Doppelansässigkeit dienen soll.<sup>92</sup> Für die vorliegende Arbeit sind nur die Kapitalgesellschaften (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG) relevant, und zwar die EU-Ausländischen. Über den Verweis in § 43b Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 EStG auf § 50d Abs. 3 EStG wird ihnen die Entlastung von der Kapitalertragsteuer nach § 43b EStG insoweit verweigert, wie Personen an ihr beteiligt sind, denen dieser Entlastungsanspruch bei direkter Erzielung der Einkünfte nicht zustünde (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG), und die Einkunftsquelle zudem keinen wesentlichen Zusammenhang mit einer Wirtschaftstätigkeit dieser Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse aufweist (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 1 EStG). Die *Wirtschaftstätigkeit* schränkt § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 EStG dahingehend ein, dass das Erzielen der Einkünfte und das Weiterleiten der Einkünfte in keinem Fall als Wirtschaftstätigkeit gelten und diese Einschränkung auf sonstige Tätigkeiten insoweit auch zutrifft, wie diese sonstigen Tätigkeiten nicht mit einem dem Ge-

---

<sup>91</sup> Dieser Abschnitt befasst sich, wie in der Überschrift dargestellt, mit § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2021 gemäß AbzStEntModG (siehe hierzu auch Fn. und Fn. auf Seite 5). Die Angabe „i. d. F. 2021“ wird der besseren Lesbarkeit halber weggelassen.

<sup>92</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 59.

schäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb ausgeübt werden.

Der in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG angestellte, hypothetische Vergleich der Entlastungsberechtigung bei unmittelbarer Erzielung der Einkünfte durch die an der ausländischen Gesellschaft Beteiligten zielt darauf ab, dass den Beteiligten eine Entlastung nach *derselben* Anspruchsgrundlage zusteht wie der ausländischen Gesellschaft selbst.<sup>93</sup> Das bedeutet, dass eine in einem DBA-Staat ansässige natürliche Person, die über eine EU-ausländische Gesellschaft an einer inländischen Gesellschaft beteiligt ist, nach dieser Nr. 1 keine Entlastung zustünde: Im unmittelbaren Verhältnis zur EU-ausländischen Gesellschaft greift § 43b EStG als Anspruchsgrundlage, mittelbar zu der natürlichen Person jedoch Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b OECD-MA, also eine andere Anspruchsgrundlage. Dies soll auch bei einem zwar identisch hohen, aber auf einer anderen Grundlage basierenden Erstattungsanspruch gelten.<sup>94</sup> Sofern nicht alle Beteiligten die Voraussetzung erfüllen, wird die Entlastung anteilig verwehrt.<sup>95</sup> Bei mehreren Beteiligungsebenen ist in der Beteiligungskette nach oben hin auf jeder Ebene die Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG zu prüfen, bis eine persönliche Entlastungsberechtigung vorliegt und § 50d Abs. 3 EStG der Entlastung des jeweiligen Beteiligten nicht entgegensteht.<sup>96</sup>

Der von § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG geforderte wesentliche Zusammenhang mit einer eigenen Wirtschaftstätigkeit der ausländischen Gesellschaft soll dann erfüllt sein, wenn die Beteiligung an der inländischen Gesellschaft eine wirtschaftliche Funktion für die übrige Betätigung der ausländischen Gesellschaft in einem solchen Umfang erfüllt, dass sie nicht nur von untergeordneter Bedeutung ist oder gar überhaupt keine wirtschaftliche Relevanz hat.<sup>97</sup> Als Beispiel einer nicht derart erfüllten Funktion nennt die Gesetzesbegründung „unterstützende Dienstleistungen [...] (z. B. im Bereich der Buchhaltung oder

---

<sup>93</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 58 f.

<sup>94</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 59.

<sup>95</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 58.

<sup>96</sup> Schönfeld/Erdem, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, zu § 50d Abs. 3 EStG (100. Lfg. 3/2022), Rn. 223.

<sup>97</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 59.

Rechtsberatung).<sup>98</sup> Auch zulässig sei es, wenn die Beteiligung an der inländischen Gesellschaft diese Funktionen vormals erfüllt hat oder sie aus eigener Wirtschaftstätigkeit – durch entsprechende Investition in die Beteiligung – entstanden ist.<sup>99</sup> Das schlichte Erzielen oder das Weiterleiten der aus der Beteiligung erzielten Einkünfte ohne weitere Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft stehe zwar immer in einem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Beteiligung,<sup>100</sup> ist aber nach § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 EStG explizit nicht ausreichend, einen solchen auch für Zwecke des § 50d Abs. 3 EStG zu begründen. Ausreichende eigene Wirtschaftstätigkeit sei hingegen die aktive Beteiligungsverwaltung, also die planmäßige Steuerung der Tochtergesellschaften durch die ausländische Muttergesellschaft,<sup>101</sup> die einen über das schlichte Erzielen der Einkünfte hinausgehenden Geschäftsbetrieb begründet.<sup>102</sup> Insgesamt vom Begriff *Wirtschaftstätigkeit* ausgeschlossen sind nach § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 EStG solche, die nicht mit einem angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb verfolgt werden, wobei hierfür auf die Ausstattung der ausländischen Gesellschaft mit Personal, Räumen und Kommunikationsmitteln abzustellen sei.<sup>103</sup> Sofern der wesentliche Zusammenhang zur eigenen Wirtschaftstätigkeit nur zu einem Teil erfüllt ist, sei die Entlastung anteilig zu verwehren.<sup>104</sup> Dies wäre z. B. dann der Fall, wenn eine aktive Beteiligungsverwaltung nur gegenüber einigen, nicht aber gegenüber allen Tochtergesellschaften erfolgt.

Die Rechtsfolge ist die Verweigerung der Abzugsteuerentlastung, soweit der persönliche und der sachliche Entlastungsanspruch nicht vorliegen. Anders als noch in der Vorgängerregelung, bei der die Entlastungsberechtigung auf das Maß der hypothetischen Entlastungsberechtigung nach anderer Grundlage (z. B. DBA) reduziert wurde, soll der Entlastungsanspruch in der Neufassung vollständig zu versagen

---

<sup>98</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 59 f.

<sup>99</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 60.

<sup>100</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 60.

<sup>101</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 60.

<sup>102</sup> BFH, Urteil vom 09.12.1980, Az.: VIII R 11/77 (= BFHE 132, 198), Tz. I.1.a.

<sup>103</sup> *Schönfeld/Erdem*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, zu § 50d Abs. 3 EStG (100. Lfg. 3/2022), Rn. 310.

<sup>104</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 59.

sein. Dies gelte auch nach Ansicht des Gesetzgebers unabhängig von abschließenden Missbrauchsvermeidungsvorschriften aus eventuell parallel bestehenden DBA.<sup>105</sup>

b) Gegenbeweis und Nebenbestimmungen

Nach § 50d Abs. 3 Satz 2 Alternative 1 EStG ist die Entlastungsverweigerung nach dessen Satz 1 nicht anzuwenden, soweit die ausländische Gesellschaft nachweist, dass keiner der Hauptzwecke ihrer Einschaltung in der Erlangung eines steuerlichen Vorteils liegt (Negativbeweis). Diese Norm soll eine die durch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG unterstellte Missbrauchsabsicht durch einen Gegenbeweis seitens des Steuerpflichtigen entkräften.<sup>106</sup> Steuerliche Vorteile sollen nach der Konzeption des Gesetzgebers nicht nur solche umfassen, die im inländischen Steuerrecht verwirklicht werden, sondern auch solche nach ausländischem Steuerrecht.<sup>107</sup> Erleichtert soll der Nachweis außersteuerlicher Gründe nach Willen des Gesetzgebers sein, wenn ein Beteiligter einen betragsmäßig gleichen, hypothetischen Entlastungsanspruch habe<sup>108</sup> (z. B. aus DBA).

Der geforderte Negativbeweis – zumal der einer inneren Tatsache – lässt sich praktisch nicht führen.<sup>109</sup> Die Entkräftung der Missbrauchsvermutung müsse daher durch substantiierten Nachweis der Gründe der Einschaltung der ausländischen Gesellschaft erfolgen, die dann durch die Finanzverwaltung wiederum zu entkräften wären.<sup>110</sup> Diese Reihenfolge scheint auch der Gesetzgeber vorzusehen, der die Missbrauchsvermutung durch Nachweis der Gründe der Einschaltung der ausländischen Gesellschaft widerlegen lassen will.<sup>111</sup> Dabei können alle außersteuerlichen Gründe vorgebracht werden, die im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen sind.<sup>112</sup> Nach

---

<sup>105</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 58.

<sup>106</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 60.

<sup>107</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 59.

<sup>108</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 59.

<sup>109</sup> BFH, Beschluss vom 27.08.2019, Az.: X B 160/18 und X B 3–10/19 (= BeckRS 2019, 27733), Rn. 28.

<sup>110</sup> *Loschelder*, in: Schmidt, zu § 50d EStG, Rn. 27, unter allgemeinem Verweis auf BFH, Urteil vom 16.04.2015, Az.: IV R 2/12 (= BeckRS 2015, 95399), Rn. 26.

<sup>111</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 60.

<sup>112</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 60.

eindeutigem Wortlaut der Norm ist die ausländische Gesellschaft in der Nachweispflicht, sodass Beweisnöte zu ihren Lasten gehen müssen. Bei nur teilweise Erfüllen der Nachweispflicht wird der Entlastungsanspruch teilweise verweigert.<sup>113</sup>

Eine Börsenklausel, nach der die Norm bei solchen ausländischen Gesellschaften nicht anzuwenden ist, wenn die Hauptgattung der Anteile an ihr wesentlich und regelmäßig an einer anerkannten Börse gehandelt werden, enthält § 50d Abs. 3 Satz 2 Alternative 2 EStG. Bei solchen Gesellschaften ist eine Instrumentalisierung für steuerliche Zwecke auf Grund der Vielzahl der Anteilseigner nicht zu befürchten.<sup>114</sup>

Schließlich wurde eine Regelung, dass § 42 AO durch den § 50d Abs. 3 EStG nicht berührt werden soll, in § 50d Abs. 3 Satz 3 EStG aufgenommen. Diese diene der Klarstellung.<sup>115</sup>

### **3. Übergang von der alten zur neuen Fassung**

Nachdem der EuGH § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2012 aus den oben bereits genannten Gründen für nicht mit Unionsrecht vereinbar hielt, war eine Neuregelung fällig. Diese kam mit dem Abzugsteuerentlastungsmodernisierungsgesetz, dem seitens der Bundesregierung eine umfangreiche Gesetzesbegründung beigelegt wurde.<sup>116</sup> Der Entwurf der Bundesregierung zu § 50d Abs. 3 EStG wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren bis zur Verkündung nicht mehr geändert und ist damit heute Gesetz. Die neue Fassung des § 50d Abs. 3 EStG ist gemäß § 52 Abs. 47b EStG in allen offenen Fällen anzuwenden. Soweit eine frühere, bei Zufluss der Gewinnausschüttungen geltende Fassung des § 50d Abs. 3 EStG einer Entlastung nicht entgegensteht, ist gemäß der Übergangsregelung die jeweilige alte Fassung anzuwenden. Die insoweit angeordnete Fortgeltung der Altfassungen soll unzulässige Rückwirkungen vermeiden, falls der Steuerpflichtige zwar nach den Altfassungen, nicht jedoch nach den Neufassungen entlastungsberechtigt wäre und damit durch die Neufassung schlechter stünde.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 60.

<sup>114</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 61.

<sup>115</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 61.

<sup>116</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632.

<sup>117</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 63.

#### 4. Vergleich der Fassungen 2012 und 2021

Tatbestandsseitig ist die Norm in der neuen Fassung ebenfalls als schematische Prüfung eines möglichen Missbrauchs anhand vorgegebener Merkmale aufgestellt und nicht beispielsweise als Einzelfallprüfung im Rahmen der Entlastungsberechtigung. Neu ist allerdings die Möglichkeit eines Gegenbeweises durch den Steuerpflichtigen bei Erfüllung der schematisch ermittelten Missbrauchsvermutung.

Erfasst werden in der neuen Fassung nicht mehr nur ausländische Gesellschaften, sondern sämtliche Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen, was nunmehr beispielsweise Stiftungen und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließt. Der Verweis auf die *ausländischen* fehlt in der neuen Fassung zwar. Da § 50d Abs. 3 EStG n. F. ausweislich des Wortlauts nur auf Ansprüche nach DBA gemünzt ist und er für andere Ansprüche nur über Verweise aus anderen Normen, die – soweit ersichtlich – nur ausländische Steuerpflichtige betreffen, anwendbar ist (§ 43b Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 44a Abs. 9 Satz 2, § 50g Abs. 4 EStG, § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 32 Abs. 5 Satz 2 Nr. 4 KStG), wird dennoch keine Geltung für rein nationale Fälle kreiert.

Eine bedeutende Änderung gegenüber der alten Fassung findet sich beim hypothetischen Entlastungsvergleich in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG n. F.: Abgestellt wird nicht mehr auf irgendeinen Entlastungsanspruch, der dem mittelbar Beteiligten bei direkter Einkünfteerzielung zustünde, sondern darauf, ob dem mittelbar Beteiligten der Anspruch nach der gleichen Rechtsgrundlage zusteht, wie der ausländischen Gesellschaft (Beteiligte „denen dieser Anspruch nicht zustünde“ statt bisher: Beteiligte, „denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustünde“).

Bei den Ausnahmen wurden in der Neufassung die Gesellschaften, für die die Regelungen des Investmentsteuergesetzes gilt, gestrichen. Für diese wäre § 50d Abs. 3 EStG nun anwendbar. In der Neufassung sollen nur noch unmittelbar beteiligte, börsennotierte Gesellschaften von § 50d Abs. 3 EStG befreit sein,<sup>118</sup> In der alten Fassung reichte nach Ansicht der Finanzverwaltung bereits eine mittelbare Börsennotierung

---

<sup>118</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 61.

für die Befreiung von § 50d Abs. 3 EStG aus.<sup>119</sup> Meines Erachtens lässt der insoweit kaum veränderte Wortlaut der Neufassung eine in Bezug auf die (Un)Mittelbarkeit unterschiedliche Auslegung zur Altfassung nicht zu, sodass bei beiden Fassungen entweder auch eine mittelbare Börsennotierung oder nur die unmittelbare Börsennotierung die Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG ausschließen muss.<sup>120</sup> Vorzugswürdig ist – für beide Fassungen – die teleologische Auslegung am Normzweck und damit eine Begünstigung der ausländischen Gesellschaft nur dann, wenn sie selbst und nicht einer ihrer Anteilseigner börsennotiert ist. Die Argumentation des Gesetzgebers gegen den Einbezug mittelbar beteiligter, börsennotierter Gesellschaften in der neuen Fassung, nach der diese selbst Treaty-Shopping über Zwischengesellschaften betreiben können,<sup>121</sup> sticht auch für die alte Fassung. Der Wortlaut der alten Fassung steht dem auch nicht entgegen.

Nach wie vor schränkt die Norm bei unterstelltem Missbrauch rechtsfolgeseitig die Entlastungsberechtigung – im hier relevanten Fall für die Entlastung von der Kapitalertragsteuer – ein. Nach der alten Fassung wurde selbst bei vorliegendem Missbrauch zumindest die persönliche Entlastungsberechtigung des mittelbar Beteiligten gewährt – z. B. diejenige nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Buchst. b OECD-MA im Falle mittelbar an der Zwischengesellschaft beteiligter natürlicher Personen. In der neuen Fassung entfällt in einem solchen Fall die Entlastung hingegen vollständig. Es wird nicht mehr auf eine eventuelle Entlastungsberechtigung des mittelbar Beteiligten nach anderen Normen als derjenigen, auf die sich die ausländische Gesellschaft beruft, abgestellt.

## **II. Unionsrechtliche Vorgaben zur Missbrauchsvermeidung**

Genauso wie das Primärrecht und das Sekundärrecht die den Entlastungsanspruch begründen, so schränken sie die Vorgaben zur Missbrauchsvermeidung gleichfalls ein, da sich auch die Missbrauchsbekämpfung stets in ihren Schranken bewegen muss. So findet sich in

---

<sup>119</sup> Siehe hierzu das Beispiel im BMF-Schreiben vom 24.01.2012, BStBl. I 2012, 171, Tz. 12, in dem die börsennotierte AG nur mittelbar an der ausländischen Gesellschaft beteiligt ist, ihr dennoch auf ihrer Börsennotierung beruhende Entlastungsberechtigung zugesprochen wird (Nr. 2, 1. Spiegelstrich).

<sup>120</sup> aA *Jochimsen/Gsödl*, in: IStR 2021, 387, 394, die trotz gleichen Wortlauts eine Verschärfung der Börsenklausel sehen.

<sup>121</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 61.

der für die Kapitalertragsteuerentlastung maßgeblichen MTRL eine Missbrauchsklausel und eine Öffnungsklausel für nationale und vertragliche Missbrauchsklauseln. Die ATAD soll mit einer eigenen allgemeinen Missbrauchsklausel ein Mindestschutzniveau etablieren und die Rechtsprechung des EuGH geht von einem ungeschriebenen Grundsatz aus, dass sich niemand rechtsmissbräuchlich auf das Unionsrecht berufen kann. All dies sind sowohl Ausgangspositionen des nationalen Gesetzgebers für die Rechtfertigung des § 50d Abs. 3 EStG zur Missbrauchsvermeidung, aber genauso auch Schutznormen für den Steuerpflichtigen vor einer überschießenden Missbrauchsnorm. Die Bedeutung der Vorgaben für den Gesetzgeber zeigt sich daran, dass er bei Neujustierung des § 50d Abs. 3 EStG im AbzStEntModG kurz auf die Vorgaben des EuGH aus den Rechtssachen *Deister Holding u.a.* und *GS* einging und sie als durch neuere Grundsatzentscheidungen des EuGH erheblich modifiziert bezeichnete. Zudem wollte er Unionsrecht in Gestalt des Art. 6 ATAD ab 01.01.2019 anwenden, das nunmehr neben § 42 AO als allgemeiner Vorschrift tatbestandlich näher auch in § 50d Abs. 3 EStG umgesetzt würde.<sup>122</sup> Auf die genannten Themen wird in diesem Abschnitt eingegangen.

### **1. Missbrauchsklausel in der MTRL**

Es gibt sowohl eine eigene Missbrauchsklausel in Art. 1 Abs. 2 und 3 MTRL als auch eine Öffnungsklausel für die Anwendung nationalstaatlicher Missbrauchsklauseln in Art. 1 Abs. 4 MTRL.

Der Tatbestand des Missbrauchs wird in Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 1 MTRL als eine unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände unangemessene Gestaltung, bei der mindestens ein wesentlicher Zweck darin besteht, einen nicht mit dem Ziel der Richtlinie vereinbaren steuerlichen Vorteil zu erlangen. Nach Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 2 MTRL kann eine Gestaltung auch mehr als einen Schritt oder Teil umfassen. Eine Gestaltung gilt nach Art. 1 Abs. 3 MTRL insoweit als unangemessen, wie sie nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen unter Widerspiegelung der wirtschaftlichen Realität vorgenommen wurde. Diese Tatbestandsmerkmale sind unbestimmt und damit interpretationsbedürftig. Anhaltspunkt für die Interpretation könnten auf Grund des nahezu gleichen Wortlauts des Art. 6 ATAD aus der

---

<sup>122</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 56 f.

Auslegung dieser Norm gewonnen werden.<sup>123</sup> Rechtsfolge einer von der Missbrauchsklausel erfassten Gestaltung ist nach Art. 1 Abs. 2 Unterabs. 1 MTRL, dass die Mitgliedstaaten die Vorteile der Richtlinie – für den dieser Arbeit zugrunde liegenden Fall also die Befreiung von der Quellensteuer aus Art. 5 MTRL – nicht gewähren. Die Missbrauchsklausel nach Art. 1 Abs. 2 und 3 MTRL wurde in § 50d Abs. 3 EStG umgesetzt.<sup>124</sup>

Nach Art. 1 Abs. 4 MTRL steht die Richtlinie der Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bestimmungen nicht entgegen, die der Verhinderung unter anderem von Missbrauch dienen. Die Einzelstaatlichen und vertraglichen Regelungen können dabei alle nationalen Vorschriften und ein- oder mehrseitige Abkommen und Verträge sein.<sup>125</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Öffnungsklausel für Missbrauchsnormen als Ausnahme zur generellen Regel der Abzugsteuerentlastung allerdings eng auszulegen.<sup>126</sup> Adressat der Öffnungsklausel nach Art. 1 Abs. 4 MTRL sei dabei nicht nur der Staat der Tochtergesellschaft, sondern auch derjenige der Muttergesellschaft.<sup>127</sup>

## 2. Allgemeine Missbrauchsvorschrift der ATAD

Art. 6 ATAD kodifiziert eine allgemeine Vorschrift zur Verhinderung von Missbrauch im europäischen Steuerrecht. Sie ist in vielen Teilen wortlautgleich zu Art. 1 Abs. 2 und 3 MTRL. Der Tatbestand des Missbrauchs wird in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 ATAD ebenfalls als eine unter Berücksichtigung aller relevanten Fakten und Umstände unangemessene Gestaltung, bei der mindestens ein wesentlicher Zweck darin besteht, einen nicht mit dem Ziel des Steuerrechts (in der MTRL: mit dem Ziel der Richtlinie) vereinbaren steuerlichen Vorteil zu erlangen. Dass eine Gestaltung auch nach der allgemeinen Missbrauchsvorschrift mehr als einen Schritt oder Teil umfassen kann, wurde in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 ATAD geregelt. Eine Gestaltung gilt nach Art. 6 Abs. 2 ATAD insoweit als unangemessen, wie sie nicht aus triftigen wirtschaftlichen Gründen

---

<sup>123</sup> Koffler, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht (2020), Rn 14.87.

<sup>124</sup> Koffler, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht (2020), Rn 14.85.

<sup>125</sup> Koffler, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht (2020), Rn 14.86.

<sup>126</sup> EuGH, Urteil vom 07.09.2017, Az.: C-6/16, Rechtssache *Equiom und Enka*, Rn. 26; EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Az.: C-504/16 und C-613/16, (ECLI:EU:C:2017:1009), Rechtssache *Deister Holding u.a.*, Rn. 59; in den Urteilen wird auf Art. 1 Abs. 2 MTRL der für die Urteilsfindung relevanten Fassung Bezug genommen, der nunmehr nach Art. 1 der Richtlinie (EU) 2015/121 (ABl. L 21, 1) nahezu wortlautgleich in Art. 1 Abs. 4 MTRL übergegangen ist.

<sup>127</sup> Koffler, in: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht (2020), Rn 14.86.

unter Widerspiegelung der wirtschaftlichen Realität vorgenommen wurde. Diese Begrifflichkeit ist unbestimmt und sei in Abhängigkeit vom Missbrauchskonzept zu beurteilen, das im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten verfolgt wird. Hierfür sei der EuGH heranzuziehen, der zwar kein eindeutiges Missbrauchskonzept verfolge, mit den Entscheidungen *T Danmark u.a.*<sup>128</sup> sowie *N Luxembourg 1 u.a.*<sup>129</sup> aber neue Impulse gesetzt habe.<sup>130</sup> Im 11. Erwägungsgrund wird einschränkend klargestellt, dass Steuerpflichtige – abgesehen vom Missbrauch durch unangemessene Gestaltungen – durchaus das Recht haben, die für sie steuereffizienteste Struktur zu wählen.

Als Rechtsfolge bestimmt Art. 6 Abs. 3 ATAD, dass die unangemessenen Gestaltungen bei der Berechnung der Steuerschuld unberücksichtigt bleiben und diese dann nach nationalem Recht berechnet wird. Es ist hierbei aber auch festzuhalten, dass nach dem 5. Erwägungsgrund zur Richtlinie nicht nur die Steuervermeidung unterbunden, sondern auch Doppelbesteuerung verhindert werden soll, da diese als Markthemmnis angesehen wird. Nach dem 11. Erwägungsgrund sollen die Regelungen einheitlich national und international angewendet werden, damit sich Anwendungsbereich und Ergebnis der Anwendung in grenzüberschreitenden und rein nationalen Fällen nicht unterscheiden. Durch den Art. 1 Abs. 1 ATAD ist ihre Anwendung allerdings auf Körperschaften beschränkt.

Art. 11 Abs. 1 ATAD schreibt den Mitgliedstaaten die Umsetzung der Regelungen der Richtlinie bis zum 31.12.2018 und die Anwendung dieser Vorschriften ab dem 01.01.2019 vor. Die Umsetzung des Mindestschutzniveaus (Art. 3 ATAD) der allgemeinen Missbrauchsvorschrift nach Art. 6 ATAD in nationales Recht ist durch § 42 AO gewährleistet.<sup>131</sup>

### 3. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung ist für die vorliegende Arbeit besonders interessant, da sie sowohl zur Interpretation der relativ unbestimmt formulier-

---

<sup>128</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135).

<sup>129</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134).

<sup>130</sup> Zum Ganzen *Musil*, in: *Musil/Weber-Grellet* (2022), Art. 6 ATAD, Rn. 14.

<sup>131</sup> Anwendungserlass zur Abgabenordnung vom 31.01.2014, BStBl. I, 290, zuletzt geändert durch BMF-Schreiben vom 03.11.2022, BStBl. I, 1462, zu § 42, Nr. 2.7; BT-Drs. 19/27632, 57.

ten Missbrauchsklauseln der MTRL und der ATAD herangezogen werden kann als auch ein eigenes Missbrauchsverbot entwickelt hat. Besonders relevant für diese Arbeit sind dabei die Rechtssache *GS*, mit der § 50d Abs. 3 EStG in der Fassung 2012 für unionsrechtswidrig erklärt wurde sowie die Rechtssachen *T Danmark u.a.* und *N Luxembourg 1* u.a., auf deren Basis der Gesetzgeber die Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG als unionsrechtskonform rechtfertigt. Auf beide Fälle soll in diesem Abschnitt eingegangen werden.

a) Rechtssache *GS*

Mit Beschluss vom 17.05.2017 legte das FG Köln dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob Art. 49 i. V. m. Art. 54 AUEV einer nationalen Regelung wie der des § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2012<sup>132</sup> entgegensteht und ob Art. 1 Abs. 2 MTRL dahingehend auszulegen ist, dass er einer Regelung wie der des § 50d Abs. 3 EStG entgegensteht.<sup>133</sup> Der EuGH entschied daraufhin mit Beschluss vom 14.06.2018 in einer 3er-Kammer, dass § 50d Abs. 3 EStG mit den Vorgaben der MTRL und den Grundfreiheiten nicht vereinbar ist.<sup>134</sup>

aa) *Vorlagebeschluss des FG Köln*

Streitgegenständlich war die Erstattung von Kapitalertragsteuer im Jahr 2013 in einem Sachverhalt, in dem in dem eine in den Niederlanden ansässige Kapitalgesellschaft (Klägerin) eine Dividende von ihrer deutschen Tochterkapitalgesellschaft erhalten hat, an der sie zu 93,66% beteiligt war. Muttergesellschaft der niederländischen Gesellschaft war wiederum eine deutsche Kapitalgesellschaft. Die Tätigkeit der Klägerin bestand aus Holding-, Finanzierungs- und Einkaufstätigkeiten; Management- oder Verwaltungsleistungen an die Tochtergesellschaft wurden nicht erbracht.<sup>135</sup> Nachdem das Gericht dargelegt hat, dass die Klägerin die Voraussetzungen des § 50d Abs. 3 EStG grundsätzlich erfüllt und ihr daher die Entlastung von der Kapitalertragsteuer zu verweigern wäre,<sup>136</sup> äußerte es europarechtliche Zweifel an der Rechtsnorm.<sup>137</sup> Diese begründete es mit einer möglichen Verlet-

---

<sup>132</sup> Die Rechtssache *GS* befasste sich mit § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2012. Auf die Angabe der Fassung wird in diesem Unterabschnitt der Lesbarkeit halber im Weiteren verzichtet.

<sup>133</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Tenor I (juris).

<sup>134</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtssache *GS*, Tenor.

<sup>135</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 3–5, 9 und 11 (juris).

<sup>136</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 86 ff. (juris).

<sup>137</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 121 (juris).

zung der Niederlassungsfreiheit sowie der Mutter-Tochter-Richtlinie durch § 50d Abs. 3 EStG.<sup>138</sup> Im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit erkannte das Gericht eine Ungleichbehandlung einer rein nationalen Holdinggesellschaft gegenüber einer Holdinggesellschaft im EU-Ausland, da bei ersterer die Kapitalertragsteuer aus Dividendenerträgen im Rahmen der Veranlagung grundsätzlich ohne tiefere Missbrauchsprüfung anrechenbar ist und bei letzterer erst eine Missbrauchsprüfung in Gestalt des § 50d Abs. 3 EStG durchgeführt werde, bevor Kapitalertragsteuerentlastung gewährt wird.<sup>139</sup> Diese Ungleichbehandlung sei nach Ansicht des Gerichts geeignet, die Niederlassungsfreiheit einer ausländischen Gesellschaft einzuschränken.<sup>140</sup> Umfassend befasste sich das Gericht mit einer möglichen Rechtfertigung des Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit, der ihm im Ergebnis aber zweifelhaft erschien. Auf den konkreten Fall bezogen äußerte es, dass die vorliegende Mäander-Struktur nicht missbrauchsverdächtig sei, da bei unmittelbarer Beteiligung die deutsche Quellensteuer ohnehin anrechnungsfähig wäre.<sup>141</sup> Aber auch in generellem Bezug auf § 50d Abs. 3 EStG äußerte das Gericht Bedenken. So sei die Regelung unverhältnismäßig, da durch die kumulativen Erfordernisse an die Substanz (wirtschaftlich beachtlicher Grund und angemessen eingerichteter Geschäftsbetrieb) auch Gestaltungen erfasst würden, die nicht rein künstlich sind<sup>142</sup> und die von der Norm erfassten Steuerpflichtigen den ihnen pauschal unterstellten Missbrauch nicht durch einen Gegenbeweis entkräften könnten.<sup>143</sup> Zusätzlich kritisiert das Gericht die Außerachtlassung der Verhältnisse nahestehender Personen als unverhältnismäßig, da eine aus Sicht des gesamten Konzerns sinnvolle Gestaltung nicht per se zu einem Missbrauch führe.<sup>144</sup> Erschwerend kam hinzu, dass die ausländische Gesellschaft die Gründe für ihre Einschaltung in alle Einkünfte und nicht nur in die der Kapitalertragsteuer unterliegenden Einkünfte darlegen müsse<sup>145</sup> und dass auch alle diese Einkünfte für die Berechnung der Entlastungsquote herangezogen würden, anstatt auch hier nur die Einkünfte zu betrachten, die der Kapitalertrag-

---

<sup>138</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 122 (juris).

<sup>139</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 130 (juris).

<sup>140</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 131 (juris).

<sup>141</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 155 (juris).

<sup>142</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 157–160 (juris).

<sup>143</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 162 (juris).

<sup>144</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 164 (juris).

<sup>145</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 165 (juris).

steuer unterliegen, sodass im Ergebnis passive ausländische Einkünfte aktive inländische Einkünfte hinsichtlich der Entlastungsquote negativ beeinflussen können.<sup>146</sup> Aus verfahrenstechnischer Sicht erschien es dem Gericht zweifelhaft, ob die Umkehr der Beweislast mit dem Europarecht vereinbar ist, insoweit die ausländische Gesellschaft auch ohne konkreten Missbrauchsvorwurf die Beweislast für das Vorliegen angemessener Substanz trifft.<sup>147</sup>

Den Eingriff in die MTRL sah das Gericht darin, dass trotz Vorliegens der Voraussetzungen keine Quellensteuerbefreiung gewährt würde.<sup>148</sup> Auch Art. 1 Abs. 2 MTRL vermochte das Gericht nicht umzustimmen, da ihm zweifelhaft erschien, ob der deutsche Missbrauchsbegriff nach § 50d Abs. 3 EStG dem europäischen Missbrauchsbegriff entspreche<sup>149</sup> und ob der Eingriff durch § 50d Abs. 3 EStG überhaupt *erforderlich* sei, was in anderen Sprachfassungen des Art. 1 Abs. 2 MTRL Voraussetzung für dessen Anwendung wäre.<sup>150</sup> Zudem sah das Gericht eine Beschränkung des Missbrauchsbegriffs als schon durch das Primärrecht gegeben, sodass die vorher zum Primärrecht angeführten Zweifel auf das Sekundärrecht durchschlugen.<sup>151</sup>

#### *bb) Beurteilung durch den EuGH*

Der EuGH entschied auf das Ersuchen des FG Köln hin, dass sowohl Art. 49 AEUV als auch Art. 1 Abs. 2 MTRL der Regelung des § 50d Abs. 3 EStG entgegenstehen.<sup>152</sup>

In Bezug auf den Missbrauchsvorbehalt nach Art. 1 Abs. 2 MTRL begründete er seine Entscheidung damit, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten werden muss<sup>153</sup> und dies wiederum bedinge, dass eine nationale Regelung zur Verhinderung von Missbrauch geeignet sein müsse und dabei nicht über das dafür erforderliche Maß hinausgehen dürfe.<sup>154</sup> Eine solche Regelung müsse spezifisch „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen“ erken-

---

<sup>146</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 170 (juris).

<sup>147</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 175 (juris).

<sup>148</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 184 (juris).

<sup>149</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 190 (juris).

<sup>150</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 191 (juris).

<sup>151</sup> FG Köln, Beschluss vom 17.05.2017, Az.: 2 K 773/16, Rn. 196 (juris).

<sup>152</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Tenor.

<sup>153</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 40.

<sup>154</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 41.

nen, die zur Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils errichtet wurden<sup>155</sup> und dies nicht nur anhand einer allgemeinen Missbrauchsvermutung.<sup>156</sup> Daher könne sich die nationale Steuerbehörde nicht auf allgemeine Kriterien beschränken, sondern müsse den Vorgang als Ganzes prüfen und – zur Wahrung des erforderlichen Maßes – einen Anfangsbeweis oder ein Indiz für einen Missbrauch vorlegen.<sup>157</sup> Die Eignung sprach der EuGH dem § 50d Abs. 3 EStG insoweit ab, dass dieser nicht spezifisch genug künstliche Konstruktionen erfasse, die ungerechtfertigt einen Steuervorteil nutzen wollen,<sup>158</sup> da die Beteiligung von nicht MTRL-berechtigten Personen an einer ausländischen Muttergesellschaft für sich genommen keine solche Konstruktion sei,<sup>159</sup> sondern im Gegenteil die MTRL für die Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft keine Restriktionen vorsehe<sup>160</sup> und zudem die ausländische Muttergesellschaft dem Steuerrecht ihres Mitgliedsstaats unterliege.<sup>161</sup> Ein Missbrauch liege auch nicht darin, dass die ausländische Muttergesellschaft nur mit der Absicht gegründet wurde, sich in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen,<sup>162</sup> auch wenn sie im Mitgliedstaat ihrer Niederlassung keiner Tätigkeit nachgehe,<sup>163</sup> zumal die MTRL gar nicht vorschreibe, welcher Wirtschaftstätigkeit eine Muttergesellschaft in welchem Umfang nachzugehen hat.<sup>164</sup> Dass § 50d Abs. 3 EStG über das erforderliche Maß hinausgeht machte der EuGH daran fest, dass keine Möglichkeit eines Gegenbeweises bestehe<sup>165</sup> und dass keine umfassende Einzelfallprüfung vorgenommen werde.<sup>166</sup>

---

<sup>155</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 43.

<sup>156</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 44.

<sup>157</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 45.

<sup>158</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 47.

<sup>159</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 48.

<sup>160</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 49.

<sup>161</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 50.

<sup>162</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 51.

<sup>163</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 52.

<sup>164</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 53 f.

<sup>165</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 56.

<sup>166</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 57.

Der EuGH bejahte, dass ein Eingriff in die Niederlassungsfreiheit vorliegt, da die ausländische Muttergesellschaft auf Grund der Beteiligungsquote einen sicheren Einfluss auf die deutsche Gesellschaft habe<sup>167</sup> und ein rein inländischer Fall durch die obligatorische Steueranrechnung anders behandelt würde als ein grenzüberschreitender Fall<sup>168</sup> und stellte zudem klar, dass die Herkunft der Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft für die Berufung der ausländischen Gesellschaft auf die Niederlassungsfreiheit keine Bedeutung habe.<sup>169</sup> Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit sei nur statthaft, wenn sie zwingend durch Allgemeininteresse gerechtfertigt ist, sie geeignet ist, dieses Allgemeininteresse zu erreichen und dabei nicht über das erforderliche Maß hinausgeht.<sup>170</sup> Die Bekämpfung der Steuerumgehung sei dabei zwar von Allgemeininteresse,<sup>171</sup> aber aus den schon zur MTRL genannten Gründen – die Rechtfertigung zur Missbrauchsbekämpfung sei für Primär- und Sekundärrecht gleich – geht § 50d Abs. 3 EStG dafür fehl.<sup>172</sup>

b) Rechtssachen T Danmark u.a. und N Luxembourg 1 u.a.

Die Grundsatzentscheidungen, auf die sich der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung zum AbzStEntModG berief, sind die Rechtssachen *T Danmark u.a.*<sup>173</sup> zur Mutter-Tochter-Richtlinie sowie *N Luxembourg 1 u.a.*<sup>174</sup> zur Zins- und Lizenzrichtlinie (ZiLiRL)<sup>175</sup>, auch als *Danish Cases* bezeichnet.<sup>176</sup> Der EuGH hat in beiden Fällen auf Vorabentscheidungsersuchen des dänischen Oberlandesgericht Ost hin parallel und in den Begründungen häufig wortgleich für die MTRL und die ZiLiRL zu drei Themen Stellung genommen: Erstens, ob es für die

---

<sup>167</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 65.

<sup>168</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 71.

<sup>169</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 66.

<sup>170</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 73.

<sup>171</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 78.

<sup>172</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 78 f.

<sup>173</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135).

<sup>174</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134).

<sup>175</sup> Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 03.06.2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. L 157, 49, zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/13/EU des Rates vom 13.05.2013, ABl. L 141, 30.

<sup>176</sup> So z. B. von *Schönfeld/Erdem*, in: Flick/Wassermeyer/Baumhoff, zu § 50d Abs. 3 EStG (100. Lfg. 3/2022), Rn. 6 und *Sendke*, in: Ubg 2022, 460, 468.

Verweigerung der Abzugsteuerentlastung nach Art. 5 MTRL im Falle von Rechtsmissbrauch eine Rechtsgrundlage gibt, sofern das nationale Recht keine solche hergibt, zweitens, welche Tatbestandsmerkmale und Nachweiserfordernisse ein Rechtsmissbrauch hat und, drittens, wie die Vorschriften des AEUV zu Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit vor diesem Hintergrund auszulegen sind.<sup>177</sup>

Zum ersten Thema hob der EuGH die Bedeutung des unionsrechtlichen Grundsatzes hervor, dass man sich nicht in betrügerischer Weise auf das Unionsrecht berufen könne und dass dieser derart zwingend ist, dass die Anwendung von Unionsrecht in Fällen einer nicht vorgesehenen Erlangung von unionsrechtlichen Vorteilen verweigert werden muss.<sup>178</sup> Dieser Grundsatz sei bereits eine taugliche Rechtsgrundlage zur Verweigerung von unionsrechtlichen Vorteilen, sodass es auf einzelstaatliche oder vertragliche Rechtsgrundlagen nicht mehr ankomme.<sup>179</sup>

Zum zweiten Thema äußerte sich der EuGH dahingehend, dass ein Rechtsmissbrauch eine Gesamtheit objektiver und subjektiver Umstände voraussetze, namentlich, dass das Ziel einer Regelung trotz formaler Erfüllung ihrer Voraussetzungen nicht erreicht werde und dass diese Voraussetzungen in der Absicht, sich einen Vorteil zu verschaffen, willkürlich geschaffen würden.<sup>180</sup> Insbesondere wenn bei Dividendenzahlungen zwischen die zahlende Gesellschaft und diejenige Gesellschaft, die Nutzungsberechtigte der Zahlungen ist, eine *Durchleitungsgesellschaft* geschaltet werde, sieht der EuGH hierin einen Konzern, der nicht auf Basis wirtschaftlicher Realität, sondern nur formal zur Erlangung eines Steuervorteils gestaltet wurde.<sup>181</sup> Ein Indiz für eine solche Gestaltung sei die Weiterleitung der erhaltenen Dividenden

---

<sup>177</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 67.

<sup>178</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 70–73; EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 96–98.

<sup>179</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 83; EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 111.

<sup>180</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 97; EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 124.

<sup>181</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 100.

kurze Zeit nach Erhalt in vollem oder nahezu vollem Umfang an Einheiten, denen kein unionsrechtlicher Vorteil aus der MTRL zustehe.<sup>182</sup> Dies könne dann der Fall sein, wenn der Empfänger der Zahlungen sie auf Grund vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtung an den Nutzungsberechtigten weiterleitet und auch dann, wenn er diese ohne eine derartige Verpflichtung tatsächlich weitergeleitet werden.<sup>183</sup> Die Eigenschaft als Durchleitungsgesellschaft sei jedenfalls dann nachgewiesen, wenn die einzige Tätigkeit der Gesellschaft in der Vereinnahmung und Weiterleitung von Dividenden besteht, was unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände anhand der üblichen Merkmale der durch die Gesellschaft ausgeübten Tätigkeit zu ermitteln sei.<sup>184</sup> Sofern der Nutzungsberechtigte in einem Drittstaat steuerlich ansässig ist, setze die Verweigerung der Abzugsteuerentlastung nach der MTRL nicht einmal die Feststellung eines Rechtsmissbrauchs voraus, da es bei Entlastungen von der Quellensteuer in solchen Fällen dazu kommen könnte, dass Dividenden in der Union nicht besteuert werden.<sup>185</sup> Für einen in der Union ansässigen Nutzungsberechtigten hat der EuGH mit Blick auf die ZiLiRL allerdings festgestellt, dass eine Durchleitung nicht zwangsläufig zu einer Verweigerung der Steuerentlastung führen muss, da auch Fälle denkbar seien, in denen der Nutzungsberechtigte in er EU ansässig ist und damit die Voraussetzungen der ZiLiRL erfüllt.<sup>186</sup>

Weiterhin hält der EuGH fest, dass das Vorliegen eines Steuerabkommens für eine hypothetische, direkte Zahlung der ausschüttenden Gesellschaft an einen in einem Drittstaat ansässigen Nutzungsberechtigten, nach dem die Zahlung auf Grundlage des Abkommens vom Steuerabzug befreit wäre, für sich genommen einen Missbrauch nicht ausschließe, wenn eine künstliche Gestaltung vorliegt, deren Hauptzweck die Erfüllung der Voraussetzungen für eine unionsrechtliche Begünsti-

---

<sup>182</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 101.

<sup>183</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 103, 105; EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 130, 132.

<sup>184</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 104.

<sup>185</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 111, 113.

<sup>186</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 94.

gung ist.<sup>187</sup> Es sei umgekehrt aber auch denkbar, dass in Fällen, in denen eine direkte Zahlung durch ein Steuerabkommen abzugsteuerfrei wäre, kein Missbrauch vorliegt.<sup>188</sup>

Der Begriff des *Nutzungsberechtigten* als gedachtem Empfänger der Zahlung durch die Durchleitungsgesellschaft wurde dabei nur in der Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.* näher erläutert. Im Sinne der ZiLiRL sei der Nutzungsberechtigte diejenige Einheit, die tatsächlicher Nutznießer der erhaltenen Zinsen ist, sie ihm also wirtschaftlich zustehen und er über sie frei verfügen kann.<sup>189</sup> Zur Auslegung des Begriffs sei zudem das OECD-MA und der dazugehörige Musterkommentar heranzuziehen, da sich die ZiLiRL historisch an Art. 11 OECD-MA orientiere.<sup>190</sup> Im Wortlaut der MTRL kommt der Nutzungsberechtigte nicht vor. In der Literatur wird aber die Auffassung vertreten, dass der EuGH die Nutzungsberechtigung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal auch in der MTRL voraussetze.<sup>191</sup>

Zur Beweislast für einen Rechtsmissbrauch befinden sich laut EuGH keine Regelungen in der MTRL, sodass der Grundsatz gelte, dass die Gesellschaften, die die Abzugsteuerentlastung erlangen möchten, nur die Erfüllung der objektiven Voraussetzungen der MTRL nachweisen müssen.<sup>192</sup> Wollen die Steuerbehörden die begehrte Abzugsteuerentlastung verweigern, hätten sie nachzuweisen, dass unter Beachtung aller relevanten Umstände die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs erfüllt sind,<sup>193</sup> also insbesondere, dass die Gesellschaft eine rechtsmissbräuchlich eingeschaltete Durchleitungsgesellschaft sei, wobei sie aber nicht auch ermitteln müssen, wer der Nutzungsberechtigte ist.<sup>194</sup>

---

<sup>187</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 108.

<sup>188</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 110.

<sup>189</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 88 f.

<sup>190</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 90.

<sup>191</sup> *Jochimsen/Gsödl*, in: IStR 2021, 387, 389, dort Fn. 15.

<sup>192</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 115 f.

<sup>193</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 117; EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 142.

<sup>194</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 118; EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16,

Bei seiner Stellungnahme zum dritten Thema hob der EuGH nochmals hervor, dass die Verweigerung der Abzugsteuerentlastung nicht die Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit berührt, da die Verweigerung nicht auf Art. 1 Abs. 2 MTRL beruht, sondern auf dem allgemeinen Grundsatz für das gesamte Unionsrecht, dass missbräuchliche Berufung auf das Unionsrecht nicht zulässig sei und sich die betreffende Gesellschaft dann auch nicht auf die Grundfreiheiten berufen könne.<sup>195</sup>

Vor dem Hintergrund, dass die Entscheidung des EuGH nicht primär auf Art. 1 Abs. 2 MTRL, sondern vielmehr auf den allgemeinen Missbrauchsgrundsatz und den Begriff des Nutzungsberechtigten gestützt wird, ist die (geringfügige) Abweichung des Wortlauts des Art. 1 Abs. 2 MTRL in der aktuellen Fassung zum Wortlaut der MTRL in der Fassung, über die der EuGH zu entscheiden hatte,<sup>196</sup> unerheblich.

#### c) Zusammenfassung der Rechtsprechung

Der EuGH gibt in der Rechtssache *GS* einen nachvollziehbaren Rahmen für die Bestrebungen des nationalen Gesetzgebers vor, die Vergünstigungen aus der MTRL durch eine nationale Missbrauchsnorm zu beschränken. So muss die nationale Steuerbehörde grundsätzlich ein Indiz für einen Missbrauch liefern<sup>197</sup>, hierfür nicht nur allgemeine Kriterien heranziehen und dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eines Gegenbeweises einräumen.<sup>198</sup> Ein Missbrauch liege zudem erst vor, wenn rein künstliche Konstruktionen abseits der wirtschaftlichen Realität geschaffen werden, um einen Steuervorteil zu erlangen; eine nationale Missbrauchsnorm müsse auf diese Fälle spezifisch ausgerichtet sein.<sup>199</sup> § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2021 genügt dem jedenfalls nicht.

Die Rechtssachen *T Danmark u.a.* sowie *N Luxembourg 1 u.a.* rollte der EuGH von anderer Seite her auf. Hier stand zunächst das

---

C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 143.

<sup>195</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 122 f.

<sup>196</sup> Siehe dazu EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 9.

<sup>197</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtssache *GS*, Rn. 45.

<sup>198</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtssache *GS*, Rn. 44 f.

<sup>199</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtssache *GS*, Rn. 43.

allgemeine Missbrauchsverbot des Unionsrechts im Vordergrund.<sup>200</sup> Zudem sei für die Frage nach dem Rechtsmissbrauch relevant, wer der Nutzungsberechtigte einer Dividende sei, denn nur dieser könne sich auf die Vorteile der MTRL berufen.<sup>201</sup> Der Begriff des Nutzungsberechtigten tauchte bisher zwar in der ZiLiRL, nicht aber in der MTRL auf. Es wird insoweit die Ansicht vertreten, dass der EuGH die Nutzungsberechtigung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der MTRL sehe.<sup>202</sup> Der Begriff des unter anderem als künstliches, pro-forma erstelltes Gebilde abseits realer Wirtschaftstätigkeit wurde gegenüber der Rechtssache *GS* ebenso bestätigt wie die grundsätzliche Beweislast auf Seiten der Finanzverwaltung.<sup>203</sup>

Auch wenn die Rechtsprechung des EuGH zum grundsätzlichen Missbrauchsverbot des Unionsrechts über die bisherige Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch im Bereich der direkten Steuern hinausgehe, handele es sich nicht um einen neuen Missbrauchsbegriff, sondern vielmehr um eine Vereinheitlichung der verschiedenen europäischen Missbrauchsregimes, da das allgemeine Missbrauchsverbot im Bereich der indirekten Steuern schon länger ausgeprägt sei.<sup>204</sup> Zudem wird hervorgehoben, dass nach der Rechtsprechung den Mitgliedstaaten nicht mehr nur das Recht zur Missbrauchsbekämpfung zusteht, sondern sie diesbezüglich auch in der Pflicht stehen, was als Abkehr von der mitgliedstaatlichen Autonomie gesehen werden könne.<sup>205</sup>

#### 4. Verhältnis der Missbrauchsvorschriften zueinander

Relevant ist das Verhältnis des Art. 6 ATAD zu Art. 1 Abs. 2 und 3 MTRL, da hiervon abhängt, ob Art. 6 ATAD für die europarechtliche Beurteilung der Entlastung vom Quellensteuerabzug überhaupt zu berücksichtigen ist. Da der Gesetzgeber die ATAD in seiner Gesetzesbegründung zu § 50d Abs. 3 EStG anführt,<sup>206</sup> scheint er davon auszugehen. Ausweislich des 11. Erwägungsgrunds soll die allgemeine Miss-

---

<sup>200</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 70 ff.; EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 96 ff.

<sup>201</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 113.

<sup>202</sup> *Schnitger*, in: IStR 2019, 304, 305.

<sup>203</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 100, 117.

<sup>204</sup> *Beutel/Oppel*, in: DStR 2021, 1017, 1018 f.

<sup>205</sup> *Joder*, in: IStR 2023, 10, 13.

<sup>206</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 56 f.

brauchsvorschrift aber nur dazu dienen, missbräuchliche Steuerpraktiken zu verhindern, für die noch keine speziellen Vorschriften bestehen und auf diese Weise Lücken schließen im Gesamtgefüge der Missbrauchsbekämpfung. Eine solche speziellere Vorschrift stellt Art. 1 Abs. 2 ff. MTRL dar. Da Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 MTRL wortlautgleich zu Art. 6 Abs. 1 und 2 ATAD sind, löst sich diese vermeintliche Konkurrenz im Ergebnis aber wieder auf. Auch zur EuGH-Rechtsprechung betreffend den Rechtsmissbrauch ist das Verhältnis von ATAD und MTRL relevant. Hier ist anzumerken, dass der EuGH in seinen Entscheidungen *T Danmark u.a.*<sup>207</sup> und *N Luxembourg 1 u.a.*<sup>208</sup> die ATAD nicht erwähnt hat, obwohl sie zum Zeitpunkt der Urteile bereits anwendbar war und davon ausgegangen werden kann, dass er sie für die Beurteilung herangezogen hätte, hätte er sie als relevant erachtet.

Da der EuGH in den genannten Rechtssachen seine Beurteilungen im Ergebnis auf die Frage nach dem Nutzungsberechtigten der Dividenden und auf Basis des allgemeinen Missbrauchsgrundsatzes des Unionsrechts getroffen hat, nicht jedoch auf Basis des Missbrauchsvorbehalts der ATAD oder der MTRL, dürfte von einem Vorrang der Bestimmungen des EuGH vor den beiden Richtlinien auszugehen sein, zumindest aber müssten die Missbrauchsvorschriften der beiden Richtlinien vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung auszulegen sein.<sup>209</sup> Hierbei ist ebenfalls zu beachten, dass der EuGH in seinen Entscheidungen *T Danmark u.a.* und *N Luxembourg 1 u.a.* die in der Rechtssache *GS* aufgestellten Grundsätze nicht eingeschränkt hat, sie also noch immer anzuwenden sein dürften. Zudem stelle die ATAD nur ein Mindestschutzniveau auf, dessen obere Begrenzung sich in den primärrechtlichen Grundfreiheiten findet,<sup>210</sup> die wiederum vom EuGH in seiner Rechtsprechung (insbesondere in der Rechtssache *GS*) thematisiert wurden.

Nach alledem dürfte der Rechtsprechung des EuGH und den darin entwickelten Vorgaben bei der Auslegung des Unionsrechts für Zwecke des § 50d Abs. 3 EStG primäre Bedeutung zukommen.

---

<sup>207</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135).

<sup>208</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134).

<sup>209</sup> So zumindest für die ATAD *Schönfeld/Erdem*, in: IStR 2021, 189, 194, dort Fn. 39.

<sup>210</sup> Beutel/Oppel, in: DStR 2021, 1017, 1019; *Bruns*, in: Frotischer/Hummel (2021), Abschn. B.I.1. (juris).

## D. Beurteilung des § 50d Abs. 3 EStG

Ausgehend von dem vorangegangenen Kapitel widmet sich dieses Kapitel nun der Lösung der eingangs aufgeworfenen Rechtsfrage: Ist § 50d Abs. 3 EStG i. d. F. 2021 europarechtskonform? Da bisher, soweit ersichtlich, noch keine Rechtsprechung zur aktuellen Fassung des § 50d Abs. 3 EStG veröffentlicht wurde, wird hier vorwiegend die Kritik der Fachliteratur an der Missbrauchsvorschrift des § 50d Abs. 3 EStG dargestellt. Abschließend erfolgen die Darlegung und Begründung meiner eigenen Lösung dieser Rechtsfrage.

### I. Kritik an der Neuregelung aus der Literatur

Die Kritik an der Neuregelung ist mannigfaltig und reicht von Kritik an einzelnen Tatbestandsmerkmalen über Kritik an der Rechtsfolge bis dahin, dass die gesamte Regelung von ihrem Ansatz her nicht den Vorgaben des EuGH entspricht.

Tatbestandsseitig wird darauf hingewiesen, dass für die Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG eine Mindestbeteiligung nicht vorgesehen ist, was wegen des fehlenden Einflusses für einen nur geringfügig Beteiligten, der keinen Einfluss auf den Einsatz der ausländischen Gesellschaft als Zwischengesellschaft habe, kritikwürdig sei.<sup>211</sup> Zudem werde die persönliche Entlastungsberechtigung in einer Kette von Beteiligungen praktisch nie erreicht, da letztendlich an jeder Gesellschaft natürliche Personen beteiligt sind, denen die Entlastungsberechtigung nach der MTRL fehlt, das Kriterium derselben Anspruchsgrundlage bei der persönlichen Entlastungsberechtigung also nicht erfüllt wäre.<sup>212</sup> Letzteres bedeutet eine Einengung der Tatbestandsvoraussetzungen auf die sachliche Entlastungsberechtigung und den Gegenbeweis. Am deutlichsten wird die Kritik aber bei der Beschränkung des hypothetischen Entlastungsvergleichs auf dieselbe Rechtsgrundlage. Hier wird die Begründung des Gesetzgebers, dass der EuGH einen Rechtsmissbrauch auch bei mittelbarer DBA-Begünstigung nicht ausschließe,<sup>213</sup> zu Recht als verkürzt entlarvt.<sup>214</sup> Vielmehr ist zutreffend, dass gemäß dem EuGH trotz mittelbarer DBA-Begünstigung zwar Missbrauch

---

<sup>211</sup> Grotherr, in: DStR 2021, 1321, 1322.

<sup>212</sup> Grotherr, in: DStR 2021, 1321, 1326.

<sup>213</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 58.

<sup>214</sup> Schönfeld/Erdem, in: IStR 2021, 189, 191 f.; Jochimsen/Gsödl, in: IStR 2021, 387, 389; Schnitger/Gebhardt, in: IStR 2021, 289, 291 f.

betrieben werden kann,<sup>215</sup> umgekehrt aber nicht zwingend muss.<sup>216</sup> Zudem stelle die Beschränkung des hypothetischen Fremdvergleichs auf dieselbe Anspruchsgrundlage eine deutliche Verschärfung dar<sup>217</sup> und nehme, wegen der engen Auslegung, der persönlichen Entlastungsberechtigung ihre Indizwirkung für einen Gestaltungsmissbrauch.<sup>218</sup> Ein Rechtsmissbrauch liege regelmäßig nicht vor, wenn auf anderer Rechtsgrundlage eine andere Entlastungsberechtigung bestehe, da die Zwischenschaltung einer weiteren Gesellschaft in solchen Fällen keinen Vorteil bringt.<sup>219</sup> In bestimmten Fällen könne es bei Zwischenschaltungen durch die unterschiedliche Entlastungsgrundlage sogar zu einer höheren Quellensteuer kommen als ohne Zwischenschaltung; dies zu sanktionieren widerspreche dem Zweck der Vorschrift.<sup>220</sup> Diese Zusammenhänge sollten spätestens beim Gegenbeweis verfangen, da insoweit kein steuerlicher Vorteil aus der Gestaltung vorliege.<sup>221</sup>

Beim Tatbestand der sachlichen Entlastungsberechtigung sehen *Beutel/Oppel* zwar zunächst positiv, dass der Wortlaut des § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG mit dem Begriff der Wirtschaftstätigkeit nicht nur eine gewerbliche Tätigkeit, sondern gleichzeitig auch eine Vermögensverwaltung erfasse, was vom EuGH so auch gefordert würde.<sup>222</sup> Auch der Begriff der Bezug zu Durchleitungsgesellschaften werde mit der Negativfiktion des § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG derart aufgenommen, dass die Weiterleitung von Einkünften nicht als Wirtschaftstätigkeit taue, was aber „verkürzt, irreführend und unnötig“<sup>223</sup> sei, denn ohne Nutzungsberechtigung der Dividenden seien die Voraussetzungen für die Quellensteuerbefreiung selbst schon gar nicht erfüllt.<sup>224</sup> Im Detail der Regelung wird zudem kritisiert, dass viele Begriffe

<sup>215</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 108.

<sup>216</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 110.

<sup>217</sup> *Jochimsen/Gsödl*, in: *IStr* 2021, 387, 392; *Hölscher/Voß/Zöller*, in: *ISR* 2021, 156, 157.

<sup>218</sup> *Schönfeld/Erdem*, in: *IStr* 2021, 189, 191.

<sup>219</sup> *Beutel/Oppel*, in: *DStR* 2021, 1017, 1020.

<sup>220</sup> *Hölscher/Voß/Zöller*, in: *ISR* 2021, 156, 158.

<sup>221</sup> *Grotherr*, in: *NWB* 2021, 262, 273 f.

<sup>222</sup> *Beutel/Oppel*, in: *DStR* 2021, 1017, 1021 mit Verweis auf EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtssache *GS*, Rn. 54; ebenso *Grotherr*, in: *NWB* 2021, 262, 266; aA *Schönfeld/Erdem*, in: *IStr* 2021, 189, 194 f., die die Vermögensverwaltung zwar nicht als Wirtschaftstätigkeit aus der Norm herauszulesen vermögen, gleichwohl eine reine Vermögensverwaltung aber hierunter fallen lassen möchten.

<sup>223</sup> *Beutel/Oppel*, in: *DStR* 2021, 1017, 1021.

<sup>224</sup> *Beutel/Oppel*, in: *DStR* 2021, 1017, 1021.

unbestimmt und damit klärungsbedürftig seien<sup>225</sup> und eine Operationalisierung des *wesentlichen Zusammenhangs* nur schwer gelingen kann, was die Regelung vor dem Hintergrund der Rechts- und Planungssicherheit für den Steuerpflichtigen problematisch erscheinen lasse.<sup>226</sup> Immerhin die zunächst aufgeworfene und vom Gesetzgeber nicht näher erläuterte Unklarheit, wie ein *teilweiser* wesentlicher Zusammenhang vor dem Hintergrund eines Zusammenhangs als binäre ja/nein-Frage konkret aussehen solle,<sup>227</sup> konnte in der Literatur dahingehend gelöst werden, dass die Dividende einer Tochtergesellschaft aus mehreren Einkunftsquellen bestehen könne, die nur teilweise mit dem Geschäftsbetrieb der Muttergesellschaft in Verbindung stehen und dann auch nur teilweise sachlich entlastungsberechtigt wären.<sup>228</sup> Abseits dieser Unklarheiten wird zur sachlichen Entlastungsberechtigung auf den 11. Erwägungsgrund der ATAD hingewiesen, nach der ein Steuerpflichtiger die für sich effizienteste Struktur nutzen dürfe und dies auch bedinge, dass Einkunftsquellen in ausländische Gesellschaften verlagert werden, die mit der Wirtschaftstätigkeit in keinem Zusammenhang stünden; dies sei nicht sachgerecht in den Tatbeständen abgebildet.<sup>229</sup> Zudem erscheine es vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit fraglich, unterschiedliche Branchen von Mutter- und Tochtergesellschaft für Zwecke der Gewinnausschüttung als missbräuchlich einzustufen.<sup>230</sup>

Bei der Gegenbeweismöglichkeit wird kritisiert, dass ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>231</sup> unter den Begriff des steuerlichen Vorteils nicht nur inländische Vorteile, sondern auch ausländische Vorteile fallen sollen. Neben der Frage, ob ein Steuerpflichtiger über zur Abschätzung des Vorteils ausreichendes Verständnis des ausländischen Steuerrechts verfügt,<sup>232</sup> wird weiterhin kritisiert, dass dies nicht zur Rechtsprechung des EuGH passe und im Rahmen einer unionsrechtskonformen Auslegung nur auf die Vorteile in Bezug auf die

<sup>225</sup> Grotherr, in: NWB 2021, 262, 264 f.

<sup>226</sup> Grotherr, in: IWB 2021, 95, 110.

<sup>227</sup> Schnitger/Gebhardt, in: IStR 2021, 289, 295; Jochimsen/Gsödl, in: IStR 2021, 387, 392, dort Fn. 47.

<sup>228</sup> Schnitger/Gebhardt, in: IWB 2022, 8, 12.

<sup>229</sup> Grotherr, in: IWB 2021, 95, 110; Grotherr, in: NWB 2021, 262, 274.

<sup>230</sup> Schnitger/Gebhardt, in: IStR 2021, 289, 295, offenbar davon ausgehend, dass in diesem Falle kein wesentlicher Zusammenhang bestünde.

<sup>231</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 59.

<sup>232</sup> Schnitger/Gebhardt, in: IStR 2021, 289, 296.

Quellensteuerentlastung abgestellt werden dürfe.<sup>233</sup> Auch ergebe sich für diese weite Auslegung des steuerlichen Vorteils keine sekundärrechtliche Notwendigkeit aus MTRL oder ATAD, denn diese erfordere keine Missbrauchsverhinderung über mehrere Staaten hinweg.<sup>234</sup> Eine Rechtfertigung des Einbezugs über die ATAD gehe fehl, da dem bereits das Primärrecht entgegenstünde und der EuGH noch nicht festgestellt habe, dass die Umgehung der Steuer eines anderen Mitgliedstaats die Einschränkung der Grundfreiheiten im Ansässigkeitsstaat rechtfertigen könne.<sup>235</sup> Ebenso solle nicht erlaubt sein, dass die deutsche Besteuerung zur vermeintlichen Sicherung des Steuersubstrats eines Mitgliedstaats unrechtmäßig Quellensteuern erhebt, da die steuerlichen Vorteile den eigenen Wertungen des Mitgliedstaats entsprechen und die vereinnahmten Quellensteuern zudem gar nicht an den betreffenden Mitgliedstaat weitergeleitet werden; es sei also unionsrechtlich geboten, die ausländischen Steuervorteile beim Gegenbeweis auszuklammern.<sup>236</sup> Allgemein wird kritisiert, dass vom Steuerpflichtigen ein Negativbeweis zu führen sei, was niemals lückenlos gelingen könne.<sup>237</sup> *Grotherr* erkennt darüber hinaus, dass der nach dem Gesetzeswortlaut formulierte Negativbeweis nicht zu der Gesetzesbegründung passe, die einen Positivbeweis in Gestalt sämtlicher außersteuerlicher Gründe fordere.<sup>238</sup> Zuletzt ergeben sich noch Erwägungen rein praktischer Natur: Durch die niedrige Schwelle für die Missbrauchsvermutung sei auf der einen Seite die Bedeutung des Gegenbeweises in der Praxis überaus hoch, auf der anderen Seite aber wiederum unklar, ob das Bundeszentralamt für Steuern derartige Einzelfallprüfungen überhaupt leisten könne.<sup>239</sup>

Die infolge des § 50d Abs. 3 EStG verwirkte Entlastungsverweigerung in voller Höhe und nicht nur (wie in der Fassung 2012) auf den Steuersatz eines eventuell für den mittelbar beteiligten geltenden DBA wird ebenso kritisch gesehen. Dies begründet der Gesetzgeber damit, dass andernfalls Versuche von Gestaltungsmissbräuchen sanktionslos

---

<sup>233</sup> *Schönfeld/Erdem*, in: IStR 2021, 189, 197.

<sup>234</sup> *Schnitger/Gebhardt*, in: IStR 2021, 289, 297; *Beutel/Oppel*, in: DStR 2021, 1017, 1020.

<sup>235</sup> *Schnitger/Gebhardt*, in: IStR 2021, 289, 297.

<sup>236</sup> *Schnitger/Gebhardt*, in: IStR 2021, 289, 297.

<sup>237</sup> *Loschelder*, in: Schmidt (2022), zu § 50d EStG, Rn. 27 mit Verweis auf BFH, Urteil vom 27.08.2019, Az.: X B 160/18 und X B 3-10/19 (= BeckRS 2019, 27733), Rn. 28.

<sup>238</sup> *Grotherr*, in: NWB 2021, 262, 275.

<sup>239</sup> *Beutel/Oppel*, in: DStR 2021, 1017, 1024.

blieben, wenn die Steuerpflichtigen schlimmstenfalls auf die Entlastungsansprüche nach anderen Abkommen zurückfielen.<sup>240</sup> Dies sei allerdings unverhältnismäßig,<sup>241</sup> denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebiete eine diesem Grundsatz genügende Verfolgung des Missbrauchs und nicht eine überschießende Sanktionierung.<sup>242</sup> Zudem stimmt sie nicht mit den Folgerungen des EuGH überein, der im Missbrauchsfall nicht die Entlastung verwehre, sondern nur die missbräuchliche Gestaltung ignoriere.<sup>243</sup> Dieser überschießenden Wirkung solle durch eine einschränkende Auslegung der Vorschrift begegnet werden, da in Höhe des nach anderen Abkommen bestehenden Entlastungsberechtigungen gar nicht von einem Steuervorteil auszugehen ist, dessen Erlangung sanktioniert werden könne.<sup>244</sup>

Neben Kritik an Tatbestand und Rechtsfolge gibt es noch ganz grundsätzliche Kritik an § 50d Abs. 3 EStG als Missbrauchsklausel. So leide die Norm nach wie vor daran, dass das vom EuGH in den Rechtssachen *Deister Holding u.a.*<sup>245</sup> sowie *GS*<sup>246</sup> geforderte spezifische Ziel einer nationalen Missbrauchsnorm wie der des § 50d Abs. 3 EStG, künstliche Gestaltungen abseits der wirtschaftlichen Realität zu erkennen, durch die Prüfung nach allgemeinen Kriterien nicht eingehalten würde.<sup>247</sup> In die gleiche Bresche schlägt *Grotherr*, nach dem der Missbrauch gemäß der Rechtsprechung des EuGH an einer Vielzahl von Indizien festzumachen sei, § 50d Abs. 3 EStG hingegen schon die schlichte Durchleitung von Einkünften als missbräuchlich erkläre.<sup>248</sup> Demgegenüber bedürfe in einem reinen Inlandsfall die Anrechnung der Kapitalertragsteuer wiederum bei der Muttergesellschaft überhaupt keiner Mindestanfordernisse.<sup>249</sup>

<sup>240</sup> Begründung zum unverändert übernommenen Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/27632, 58.

<sup>241</sup> *Hölscher/Voß/Zöllner*, in: *ISr* 2021, 156, 163.

<sup>242</sup> *Schönfeld/Erdem*, in: *ISr* 2021, 189, 197.

<sup>243</sup> *Schönfeld/Erdem*, in: *ISr* 2021, 189, 197 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 21.02.2006, Az.: C-255/02 (ECLI:EU:C:2006:121), Rechtssache *Halifax u.a.*, Rn. 94.

<sup>244</sup> *Schnitger/Gebhardt*, in: *ISr* 2021, 289, 291, die in dem Zusammenhang treffend von einem „Strafsteuereffekt“ sprechen.

<sup>245</sup> EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Az.: C-504/16 und C-613/16 (ECLI:EU:C:2017:1009).

<sup>246</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437).

<sup>247</sup> *Jochimsen/Gsödl*, in: *ISr* 2021, 387, 395.

<sup>248</sup> *Grotherr*, in: *IWB* 2021, 95, 109 f.; *Grotherr*, in: *NWB* 2021, 262, 267.

<sup>249</sup> *Grotherr*, in: *IWB* 2021, 95, 111.

Insgesamt ergibt sich aus der herangezogenen Literatur die deutliche Tendenz dahingehend, dass § 50d Abs. 3 EStG im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht als kritisch betrachtet wird.

## **II. Eigene Beurteilung der neugefassten Entlastungsverweigerung**

Dem Gesetzgeber ist jedenfalls zugute zu halten, dass er die EuGH-Rechtsprechung insoweit aufgenommen und in § 50d Abs. 3 EStG umgesetzt hat, dass dem Steuerpflichtigen bei vermeintlichem Missbrauch die Möglichkeit des Gegenbeweises offensteht. Zudem hat er den vom EuGH geprägten Begriff der *Durchleitungsgesellschaft* zumindest derart implementiert, dass nach § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 EStG das Erzielen und Weiterleiten von Einkünften an Beteiligte – mithin das Durchleiten – nicht als Wirtschaftstätigkeit gilt, die ihrerseits Voraussetzung der sachlichen Entlastungsberechtigung ist. Dennoch geht hier meine Kritik los: Der Gesetzgeber hat die Durchleitung von Einkünften eben nur negativ abgegrenzt, indem er sie nicht zur Wirtschaftstätigkeit erklärt. Mitnichten hat er die Norm positiv auf die Suche nach solchen Durchleitungen ausgerichtet. Dadurch ist die Norm meines Erachtens weiterhin – und anders als vom EuGH gefordert<sup>250</sup> – zu unspezifisch darin, echten Rechtsmissbrauch nach den Kriterien des EuGH („rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Konstruktionen“, errichtet zum Zweck der ungerechtfertigten Erlangung eines Steuervorteils<sup>251</sup>) aufzudecken. Dies lässt sich am einfachsten anhand von Beispielen verdeutlichen, die keinen Missbrauch indizieren, aber dennoch von der Norm erfasst werden und umgekehrt.

So ist der Fall einer operativ tätigen ausländischen Muttergesellschaft mit angemessen eingerichtetem Geschäftsbetrieb denkbar, deren Dividendeneinkünfte von einer inländischen Gesellschaft in einem im wesentlichen Zusammenhang mit ihrer eigenen Wirtschaftstätigkeit stehen (z. B. eine Zulieferergesellschaft für den eigenen Betrieb der ausländischen Gesellschaft). Durch diesen Zusammenhang wäre sie sachlich entlastungsberechtigt und dadurch nicht von § 50d Abs. 3 EStG erfasst. Der weitere Verbleib dieser Dividenden wird

---

<sup>250</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS; EuGH, Urteil vom 20.12.2017, Az.: C-504/16 und C-613/16 (ECLI:EU:C:2017:1009), Rechtssache Deister Holding u.a., Rn. 60.

<sup>251</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtsache GS, Rn. 43.

tatbestandlich nur insoweit erfasst, dass die Durchleitung dann nicht als Wirtschaftstätigkeit angesehen wird, wenn es am angemessenen Geschäftsbetrieb mangelt; ein solcher liegt im Beispiel aber vor. Eine Durchleitung an den Gesellschafter bliebe daher sanktionslos. Umgekehrt kann beispielsweise eine passive Finanzholding mit einer Vielzahl an Beteiligungen diverser Branchen über die von diesen erhaltenen Dividenden tatsächlich frei verfügen, sei es durch Thesaurierung, durch Einlage in andere Tochtergesellschaften oder durch Akquisitionen. Dass Einlage in bestehende oder der Erwerb neuer Beteiligungen eine Durchleitung darstellen soll, ließe sich schwerlich begründen, da beide Vorgänge ja gerade eine freie Verfügung der Muttergesellschaft über die Mittel zeigen. Selbst wenn diese Verfügung durch den Gesellschafter induziert wäre, käme es zu keinem Mittelfluss und damit zu keiner Durchleitung an ihn. Dennoch würde dieser Vorgang von § 50d Abs. 3 EStG erfasst werden, wenn die sachliche Entlastungsberechtigung am Zusammenhang mit der Wirtschaftstätigkeit scheitert<sup>252</sup> und der Gegenbeweis fehlschlägt.

Die Möglichkeit des Gegenbeweises selbst ist begrüßenswert, denn es wird damit eine direkte Forderung des EuGH aus der Rechtssache GS<sup>253</sup> umgesetzt. Die Ausgestaltung desselben sehe ich aber kritisch. Der Gegenbeweis stellt auf Grund der in Fällen der Gewinnausschüttung wie oben dargestellt nicht zu erreichenden persönlichen Entlastungsberechtigung<sup>254</sup> und dem unbestimmten Begriff des *wesentlichen Zusammenhangs* für die sachliche Entlastungsberechtigung die zentrale Möglichkeit des Steuerpflichtigen dar, die begehrte Kapitalertragsteuerentlastung zu erreichen. Auf Grund dieser Bedeutung wäre zu erwarten gewesen, dass die Finanzverwaltung die Voraussetzungen des Gegenbeweises durch ein Anwendungsschreiben zeitnah konkretisiert, damit eine einheitliche Linie der Finanzverwaltung – so es sie denn gibt – nicht nur anhand der kurzen Gesetzesbegründung oder erst durch den Austausch mit dem Bundeszentralamt für Steuern für eine Vielzahl von Fällen deutlich wird. Diese Unklarheit nimmt dem Gegenbeweis einen großen Teil seines Gewichts für den

---

<sup>252</sup> Zum generellen Scheitern der persönlichen Entlastungsberechtigung *Grotherr*, in: DStR 2021, 1321, 1326.

<sup>253</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437), Rechtssache GS, Rn. 96.

<sup>254</sup> *Grotherr*, in: DStR 2021, 1321, 1326.

Steuerpflichtigen, der möglicherweise nur auf diesem Wege die ihm grundsätzlich zustehende Entlastungsberechtigung erlangen kann, weil die zu pauschalen Voraussetzungen des § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG ihm keine andere Möglichkeit belassen. Denn immerhin muss das Ziel einer Richtlinie nicht nur formell, sondern auch im tatsächlichen Verwaltungshandeln ins nationale Recht implementiert werden.<sup>255</sup> Die Frage, ob die MTRL damit überhaupt rechtskonform im Sinne der tatsächlichen, praktischen Anwendbarkeit umgesetzt wird, liegt dann nicht mehr fern.

Nach der EuGH-Rechtsprechung liegt die Beweislast für den Rechtsmissbrauch grundsätzlich bei der Steuerbehörde, die hierfür alle relevanten Umstände des Einzelfalls zu betrachten und Indizien vorzubringen hat.<sup>256</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint der § 50d Abs. 3 EStG noch immer sehr schematisch und dahingehend einengend, dass nicht der Rechtsmissbrauch gesucht, sondern die Gewährung der Abzugsteuerentlastung von den schematischen Erfordernissen einer persönlichen und sachlichen Entlastungsberechtigung abhängig gemacht wird. Wenngleich diese Pauschalität dem Umstand geschuldet sein wird, dass es sich bei der Abzugsteuerbefreiung um ein Massenverfahren handelt und die personellen Kapazitäten im Bundeszentralamt für Steuern nicht dafür ausreichen dürften,<sup>257</sup> jeden Fall in seinen Einzelheiten zu prüfen, lässt sich die Rechtsprechung des EuGH meines Erachtens dennoch nicht dahingehend auslegen, dass die Gegenbeweismöglichkeit einen mangelhaften Nachweis des Rechtsmissbrauchs kompensieren kann.

Dabei gibt es bereits Beispiele für eine meines Erachtens sinnvoll ausgestaltete Beweislastverteilung in speziellen, nicht offenkundig missbräuchlichen Fällen: Im DBA zwischen Deutschland und dem

---

<sup>255</sup> EuGH, Urteil vom 11.07.2002, Az.: C-62/00 (ECLI:EU:C:2002:435), Rechtssache *Marks&Spencer*, Rn. 26.; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (2022), zu Art. 288 AEUV, Rn. 28.

<sup>256</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135), Rechtssache *T Danmark u.a.*, Rn. 117; EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 142.

<sup>257</sup> Dies zumindest nach meiner Erfahrung in zahlreichen Entlastungsverfahren vor dem Bundeszentralamt für Steuern, bei denen die zeitlichen Vorgaben des § 50c Abs. 2 Satz 6 EStG (Bearbeitungszeit von drei Monaten nach Vorlage aller Beweismittel – wegen der Beweislast der Finanzverwaltung für Rechtsmissbrauch können hier nur die Beweismittel für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 50c EStG, nicht diejenigen für die Prüfung des § 50d Abs. 3 EStG gemeint sein) praktisch nie eingehalten werden.

Königreich der Niederlande,<sup>258</sup> wurde in dessen Protokollvorschrift Nr. XV. (zu Art. 23) Abs. 3 Satz 1 festgehalten, dass grundsätzlich kein Rechtsmissbrauch vorliegt, wenn eine in den Niederlanden ansässige Person mittelbar über eine oder mehrere Niederländische Gesellschaften Anteile an einer deutschen Gesellschaft hält. In einem solchen Fall hätte die deutsche Steuerverwaltung nachzuweisen, dass die Gestaltung nur aus steuerlichen Gründen gewählt wurde, wobei Protokollvorschrift Nr. XV. (zu Art. 23) Abs. 3 Satz 2 eine Zwischenschaltung ausdrücklich dann nicht als steuerliche Gestaltung einstuft, wenn die finale Besteuerung der Einkünfte in den Niederlanden gewährleistet ist. Zweck der genannten Protokollvorschrift ist gerade, dass der Steuerpflichtige nicht mehr in der Exkulpationspflicht hinsichtlich eines Rechtsmissbrauchs ist.<sup>259</sup> Dies leuchtet auch ein, da das Steuersubstrat weiterhin in der EU verbleibt, über die MTRL der Niederlande zugeordnet wurde und im rein nationalen Fall solcher Strukturen ebenfalls keine derartigen Anforderungen an die Anrechnung der Kapitalertragsteuer auf der jeweils höheren Ebene gemacht werden, dass für die Anrechnung zuerst eine Negativdarlegung eventuellen Rechtsmissbrauchs erfolgen müsste.

Rechtsfolgeseitig sticht negativ hervor, dass der Steuerpflichtige bei Rechtsmissbrauch im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG nicht mehr auf eine quotalen Entlastungsberechtigung nach anderen Regeln z. B. der eines DBA) zurückfallen soll, sondern dass die Entlastung vollumfänglich verweigert wird. Der oben bereits dargestellten Kritik aus der Fachliteratur kann ich mich uneingeschränkt anschließen, denn ein Missbrauch ist, insoweit nach einer anderen Grundlage zu entlasten wäre, schlicht nicht gegeben, zumal der Gesetzeswortlaut von einer Entlastungsverweigerung ausgeht, *soweit* Missbrauch betrieben wird. Es liegt also im Bereich einer möglichen Auslegung an Wortlaut und *Telos*,<sup>260</sup> dies entsprechend umzusetzen.

Vor dem Hintergrund, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Nutzungsberechtigung ausschlaggebend sein soll für die Anwendung

---

<sup>258</sup> Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich der Niederlande zur Vermeidung der Doppelbesteuerung und zur Verhinderung der Steuerverkürzung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen vom 12.04.2012, BGBl. II, 1414, 1415.

<sup>259</sup> *Engers/Stevens*, in: Wassermeyer, zu Art. 23 DBA NL (142. Lfg. 7/2018), Rn. 14.

<sup>260</sup> Wegen der klaren Gesetzesbegründung dürfte allerdings die historische Auslegung nicht im Bereich des Möglichen liegen.

der MTRL wäre noch darauf hinzuweisen, dass die Voraussetzungen des § 43b EStG hiermit nicht übereinstimmen, da nach nationalem Recht – anders als nach Art. 3 Abs. 1 MTRL – eine *unmittelbare* Beteiligung gefordert wird, der Nutzungsberechtigte nach EuGH-Rechtsprechung aber nicht zwingend unmittelbar beteiligt sein muss. Der EuGH hielt es zumindest im Fall der ZiLiRL für möglich, dass ein Nutzungsberechtigter hinter der Durchleitungsgesellschaft entlastungsberechtigt wäre, wenn in der Union ansässig ist.<sup>261</sup> Dies könnte auch auf die MTRL angewendet werden, zumal diese den der ZiLiRL entlehnten Nutzungsberechtigten gar nicht im Wortlaut kennt, wohl aber als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal.<sup>262</sup> Da die Regelung nach § 50d Abs. 3 EStG von ihrer Wirkungsweise her im Ergebnis eine Zurechnungsnorm darstelle,<sup>263</sup> liegt eine analoge Anwendung nicht fern.

Zusammengefasst setzt die Norm nicht positiv bei der Durchleitung von Dividenden an und erfüllt damit nicht die Vorgaben des EuGH in Rechtssache *T Danmark u.a.*<sup>264</sup>. Die noch immer mangelnde Spezifität der Norm widerspricht den Vorgaben des EuGH aus der Rechtssache *GS*<sup>265</sup>. Nach alledem bin ich der Auffassung, dass die aktuelle Fassung des § 50d Abs. 3 EStG den europarechtlichen Vorgaben nicht genügt. Zuletzt gilt es noch, den Kreis zu der in Abschnitt B.II.3 (ab Seite 17) aufgeworfenen Frage zu schließen, ob das in der MTRL nicht vorgesehene, zweistufige Verfahren aus Abzugsteuerzahlung und späterer -entlastung unionsrechtskonform ist: Die unionsrechtliche Rechtfertigung des zweistufigen Verfahrens gelang nur über die Möglichkeit der Missbrauchsbekämpfung bzw. der Bekämpfung von Steuerumgehung. Zwar ist § 50d Abs. 3 EStG als nationale Norm hierfür nach der hinlänglich geäußerten Kritik wohl nicht geeignet. Durch die EuGH-Rechtsprechung in Sachen *T Danmark u.a.*, nach der auch ohne nationale Missbrauchsnorm auf Basis des unionalen allgemeinen Missbrauchsverbots die Anwendung von Unionsrecht untersagt werden könne, bleibt für das zweistufige Verfahren aber zumindest hierüber noch ein Raum.

---

<sup>261</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-115/16, C-118/16, C-119/16 und C-299/16 (ECLI:EU:C:2019:134), Rechtssache *N Luxembourg 1 u.a.*, Rn. 94.

<sup>262</sup> *Schnitger*, in: IStR 2019, 304, 305.

<sup>263</sup> *Klein*, in: DSTjG 33 (2010), 257 f.

<sup>264</sup> EuGH, Urteil vom 26.02.2019, Az.: C-116/16 und C-117/16 (ECLI:EU:C:2019:135).

<sup>265</sup> EuGH, Beschluss vom 14.06.2018, Az.: C-440/17 (ECLI:EU:C:2018:437).

## E. Zusammenfassung und Ausblick

Um der sich aus der grundsätzlichen, innereuropäischen Quellensteuerfreiheit ergebenden Gefahr einer rechtsmissbräuchlichen Zwischenschaltung von EU-ausländischen Kapitalgesellschaften zur Erlangung dieser Vorteile zu begegnen, hat der Gesetzgeber mit § 50d Abs. 3 EStG eine Missbrauchsvorschrift eingeführt. Den Rahmen hierfür geben die ATAD und die MTRL mit ihren Missbrauchsklauseln sowie die EuGH-Rechtsprechung vor allem in Sachen *GS* und *T Danmark u.a.* vor. Hier sind besonders die Bedeutung des Nutzungsberechtigten – in Abgrenzung zu einer Durchleitungsgesellschaft – hervorzuheben und das Erfordernis einer gewissen Spezifität der Missbrauchsklausel für Zwecke der tatsächlichen Anwendung auf Missbräuche ohne Beschränkung auf nur allgemeine Kriterien sowie die grundsätzliche, an allen Umständen des Einzelfalls orientierte Beweispflicht der Steuerbehörde. Die aktuelle Fassung des § 50d Abs. 3 EStG genügt diesen Vorgaben aller Voraussicht nach nicht, wie diese Arbeit gezeigt hat; damit ergeht es ihm ebenso wie schon seinen vorherigen Fassungen.

Es wirkt wie ein stetes Katz- und Maus-Spiel: Der Gesetzgeber implementiert eine Missbrauchsnorm, der EuGH kassiert sie ein und das ganze geht wieder von vorne los. Schon im Jahr 2013 schrieb *Gosch*, dass der Gesetzgeber mit seinen Reaktionen auf die stets verwerfende Rechtsprechung nicht besonders souverän wirke, und dass sich grenzüberschreitenden Missbräuchen nicht mit rein nationalen Vorschriften begegnen lasse, sondern es hierzu einer überstaatlichen Koordination bedarf.<sup>266</sup> Seither sind zehn Jahre vergangen. Zwar ist die Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG im Jahr 2021 abermals eine nationalrechtliche Reaktion des Gesetzgebers auf verwerfende Rechtsprechung, doch es bildet sich durch die ATAD in der europäischen Richtlinienggebung und durch die Rechtsprechung des EuGH in Sachen *T Danmark u.a.* immer mehr eine grenzüberschreitende Einheitlichkeit in der Missbrauchsbekämpfung heraus. Die Wirkung des bisher nur für die indirekten Steuern anerkannten europäischen Missbrauchsbegriffs auch auf die direkten Steuern ist dafür grundsätzlich begrüßenswert.

Dass die Implementierung einer Missbrauchsnorm ein schwieriges Unterfangen darstellt mit dem Zielkonflikt, die Norm einerseits präzise

---

<sup>266</sup> *Gosch*, DStjG 36 (2013), 221 f.

genug zu fassen, um nur Missbräuche zu erfassen, andererseits eine zu hohe Präzision Umgehungen begünstigt,<sup>267</sup> ist nachvollziehbar. Dennoch lässt die konkrete Ausgestaltung des § 50d Abs. 3 EStG an vielerlei Punkten die Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit der EuGH-Rechtsprechung missen, was ein Blick auf den zu eng gefassten hypothetischen Fremdvergleich anhand derselben Entlastungsgrundlage ebenso zeigt wie die überschießende Rechtsfolge der vollständigen Versagung der Entlastung mit der Begründung einer Sanktionierung von Missbräuchen. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis ein Fall zu § 50d Abs. 3 EStG in seiner aktuellen Fassung vor dem Finanzgericht Köln landet und von dort seinen Weg nach Luxemburg zur europarechtlichen Prüfung beim EuGH finden wird. Wie er am Ende ausgeht, wird sich dann zeigen. Ohne weitere europäische Vereinheitlichung der Missbrauchsbekämpfung aber stehen die Zeichen auf Fortführung des Katz- und Maus-Spiels.

Einen Ausblick auf eine solche Vereinheitlichung gerade auch in Bezug auf die Zwischenschaltung substanzarmer Gesellschaften für Zwecke der Abzugsteuerentlastung kann ein aktueller Richtlinienvorschlag<sup>268</sup> geben. In der als *Unshell*-Richtlinie bzw. ATAD 3 bezeichneten Richtlinie<sup>269</sup> werden substanzarmen Gesellschaften die Vorteile aus Artikel 4 bis 6 der MTRL – insbesondere also die in Art. 5 vorgesehene Steuerbefreiung an der Quelle – verweigert, wenn diese Gesellschaften den Anschein erwecken, keine minimale Substanz aufzuweisen (Art. 11 Abs. 1 ATAD 3-E). Die ATAD 3 verfolgt damit das gleiche Ziel wie § 50d Abs. 3 EStG.<sup>270</sup> Minimale Substanz sieht Art. 7 Abs. 1 ATAD 3-E vor allem in eigenen Räumlichkeiten, eigenen Bankkonten und ausreichendem Personal. Hier bestehen somit auch erkennbare Parallelen zum Substanztest für die sachliche Entlastungsberechtigung nach § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG, sodass die Frage nach deren gegenseitigen Wechselwirkungen nicht mehr fern liegt. Es bleibt also weiterhin spannend.

---

<sup>267</sup> Hey, DSStG 33 (2010), 165 f.

<sup>268</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Festlegung von Vorschriften zur Verhinderung der missbräuchlichen Nutzung von Briefkastenfirmen für Steuerzwecke und zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU vom 22.12.2021, 2021/0434 (CNS) COM(2021) 565 final, online abgerufen in deutscher Sprache über eur-lex.europa.eu, Dokument 52021PC0565.

<sup>269</sup> Sendke, in: Ubg 2022, 460, 461.

<sup>270</sup> Sendke, in: Ubg 2022, 460, 472.

## **Erklärung zum eigenständigen Verfassen**

Diese Arbeit habe ich eigenständig und nur unter Hinzuziehung der jeweils in den Fußnoten angegebenen Quellen verfasst. Wörtlich übernommene Textstellen sind in jedem Einzelfall durch Anführungszeichen gekennzeichnet. Zudem versichere ich, dass ich weder diese Arbeit als Ganzes noch einzelne Teile oder Textstellen daraus Dritten zur Verfügung gestellt oder sie an anderer Stelle zu Prüfungszwecken eingereicht habe.

Hanse- und Universitätsstadt Rostock, 16. Februar 2023

**Jan-Eike Eckardt**