

---

# Analysen und Berichte zum Wirtschafts- und Steuerrecht

---

Herausgegeben von Jun.-Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger



TECHNISCHE  
UNIVERSITÄT  
DARMSTADT

Fachbereich Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaften

No. 9

Peter Hofmann

Die Anti-Treaty-/  
Directive-Shopping-Regelung  
in §50d Abs. 3 EStG

Hofmann, Peter:

Die Anti-Treaty-/ Directive-Shopping-Regelung in §50d Abs. 3  
EStG/ Peter Hofmann. - Darmstadt : Fachbereich Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaften der Technischen Universität Darmstadt,  
2010. - 68 S. : graph. Darst. - (Analysen und Berichte zum  
Wirtschafts-und Steuerrecht ; 9)

ISSN: 1868-0518

Bitte zitieren Sie dieses Dokument unter Angabe von:

URN: urn:nbn:de:tu-darmstadt-22407

URL: <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2240>

Dieses Dokument wird bereitgestellt von tuprints, E-Publishing-  
Service der TU Darmstadt.

<http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de>

E-mail: [tuprints@ulb.tu-darmstadt.de](mailto:tuprints@ulb.tu-darmstadt.de)

Die Veröffentlichung steht unter folgender Creative Commons  
Lizenz:

Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 2.0  
Deutschland

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/de/>



---

## Zu dieser Reihe

In der Reihe *Analysen und Berichte zum Wirtschafts- und Steuerrecht* werden herausragende Studien- und Diplomarbeiten veröffentlicht, die einen Beitrag zum Erkenntnisgewinn insbesondere im Steuerrecht, im Bilanzrecht, im Unternehmensrecht, im Finanz-, Bank- und Kapitalmarktrecht und in angrenzenden Rechtsgebieten liefern wollen.

Anlass zur Begründung dieser Reihe war der Umstand, dass mir als Hochschullehrer immer wieder gute Arbeiten vorgelegt wurden, deren Gedanken und Erkenntnisse ich gerne einer breiteren Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht hätte. Doch zu oft ließen vereinzelte methodologische Zweifel, kleinere formale Mängel oder schlicht der Umfang der Arbeiten den Weg zu einer wissenschaftlichen Zeitschriftenveröffentlichung als weit erscheinen. Und die studentischen Verfasser hatten zwar regelmäßig großes Interesse an einer Veröffentlichung, oft aber bereits bei Abgabe ihrer Arbeiten mit dem ersten Arbeitsvertrag ausgestattet, nicht mehr die Zeit zu den dafür notwendigen Kürzungen und Überarbeitungen.

Diese ausdrücklich als Forum für Studien- und Diplomarbeiten deklarierte Reihe ermöglicht es, weiterführende studentische Analysen und Berichte unredigiert herauszugeben.

Dr. iur. Heribert M. Anzinger, Juniorprofessor für Steuerrecht



---

# Vorwort

Für die Besteuerung von Dividendenzahlungen deutscher Kapitalgesellschaften an ausländische Gesellschafter lassen sich Dividendenempfänger veranschaulichend in drei Klassen einteilen.

In der ersten Klasse sitzen, bildlich gesprochen, Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässig sind und wenigstens 10 % der Anteile an der dividendenausschüttenden deutschen Gesellschaft (Schachtelbeteiligung) halten. Sie sind von der deutschen Kapitalertragsteuer grundsätzlich befreit.

In der zweiten Klasse befinden sich die Gesellschafter, die in Drittstaaten ansässig sind, mit denen Deutschland ein Doppelbesteuerungsabkommen geschlossen hat, das entsprechend dem OECD-Musterabkommen eine Beschränkung oder weitergehend einen Ausschluss des Besteuerungsrechts des Quellenstaates vorsieht. Sie profitieren unter den jeweiligen Voraussetzungen des Abkommens von der abkommensrechtlichen Beschränkung oder dem Verzicht auf die deutsche Quellensteuer.

In der dritten Klasse sitzen schließlich all diejenigen Gesellschafter, die in Staaten ansässig sind, die weder Mitglied der EU sind, noch ein begünstigendes Abkommen mit Deutschland geschlossen haben. Ihre Dividende erreicht die Empfänger um die deutsche Kapitalertragsteuer von 26,675% geschmälert.

Es ist verständlich, dass die Dividendenempfänger der dritten Klasse nach Wegen suchen, in die zweite oder erste Klasse aufzusteigen. Erreichen könnten sie dies, in dem sie Zwischengesellschaften in Staaten errichten, die aus deutscher Sicht der ersten oder zweiten Klasse zuzuordnen sind und die gleichzeitig auch aus Sicht ihres Ansässigkeitsstaates einer günstigeren Klasse zugeordnet werden. Negativ formuliert nennt man diese Gestaltung „Treaty-/Directive-Shopping“. Positiver klingt die Formulierung „Optimierung der Dividendenroute“. Wie das funktioniert zeigt Herr Hofmann in seiner Arbeit an zwei Beispielen gut nachvollziehbar auf.

Da es sich bei Doppelbesteuerungsabkommen regelmäßig um bilaterale Verträge handelt, die zwischen den beiden beteiligten Staaten ausgehandelt und von gegenseitigen Zugeständnissen geprägt sind, haben die beteiligten Staaten in der Regel ein Interesse daran, das „Freeriding“ auf ihren Abkommen zu unterbinden. Denn es senkt den Druck auf andere Staaten Doppelbesteuerungsabkommen abzuschließen und dabei korrespondierende Zugeständnisse zu gewähren.

Aus diesem Grund enthalten manche Doppelbesteuerungsabkommen eigene Limitation of Benefits – Klauseln, die dem Treaty-Shopping bereits abkommensrechtlich entgegenwirken sollen.

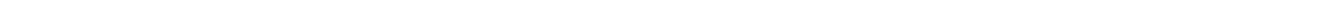
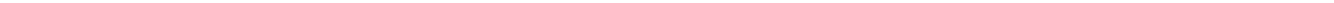
Das deutsche Recht kennt daneben aber auch eine eigene, unilaterale, Limitation of Benefits - Vorschrift, die die Gewährung von Abkommensvorteilen an zusätzliche Voraussetzungen knüpft, die Treaty- und Directive-Shopping-Gestaltungen unterbinden sollen. Dies ist § 50 d Abs. 3 EStG.

Diese Regelung gilt als Missbrauchsbekämpfungsvorschrift. Und als solche ist sie mit den typischen Fragen verbunden, die sich bei allen Missbrauchsvermeidungsregelungen stellen. Das ist zum einen die Frage, wie sich die Kollateralschäden begrenzen lassen und die missbräuchlichen von den wirtschaftlich sinnvollen Gestaltungen unterschieden werden können. Und es ist zum zweiten die Frage, wie die Regelung mit dem Europäischen Unionsrecht, insbesondere mit den Grundfreiheiten in Einklang gebracht werden kann.

Herr Hoffmann hat sich diese Fragen gestellt und die Zusammenhänge strukturiert und anschaulich aufbereitet.

Im Juni 2010

Dr. iur. Heribert M. Anzinger, Juniorprofessor für Steuerrecht



---

Peter Hofmann

Die Anti-Treaty-/ Directive-Shopping-  
Regelung in § 50d Abs. 3 EStG

---





---

---

## Inhaltsverzeichnis

---

Abbildungsverzeichnis.....	9
Abkürzungsverzeichnis.....	10
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>12</b>
<b>B. Sachverhaltsgestaltungen für Treaty- und Directive-Shopping.....</b>	<b>14</b>
<b>I. Treaty- / Directive-Shopping im Nicht-DBA-Fall .....</b>	<b>14</b>
<b>II. Treaty- / Directive-Shopping im DBA-Fall .....</b>	<b>16</b>
<b>C. Grundkonzeption des § 50d Abs. 1 bis 3 EStG .....</b>	<b>19</b>
<b>I. Limitation-of-Benefits durch Treaty-Override.....</b>	<b>19</b>
<b>II. Sachlicher Anwendungsbereich der Regelung .....</b>	<b>20</b>
<b>III. Das zweistufige Erstattungsverfahren .....</b>	<b>21</b>
<b>IV. Das Freistellungsverfahren .....</b>	<b>22</b>
<b>V. Die Anti-Treaty-/ Directive-Shopping-Regelung.....</b>	<b>22</b>
<b>VI. Zwischenergebnis .....</b>	<b>23</b>
<b>D. Entwicklungsgeschichte und systematischer Zusammenhang von §50d Abs.3 EStG.....</b>	<b>25</b>
<b>I. Die Entwicklung der Norm .....</b>	<b>25</b>
1. Die ursprüngliche Fassung der Missbrauchsklausel.....	25
2. Die Verschärfung der Missbrauchsklausel als Konsequenz aus der „Hilversum II“-Entscheidung..	26
<b>II. Das Verhältnis zu anderen Normen.....</b>	<b>28</b>
1. Das Verhältnis zu § 42 AO .....	28
2. Das Verhältnis zu weiteren nationalen Normen .....	29
a) Das Verhältnis zu § 50g Abs. 4 EStG.....	29
b) Das Verhältnis zu § 44a Abs. 9 EStG .....	29
3. Das Verhältnis zum europäischen Gemeinschaftsrecht.....	30
a) Der Missbrauchsvorbehalt der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie .....	30
b) Die Grundsätze des EuGH auf Basis der Grundfreiheiten .....	31
c) Verstoß von § 50d Abs. 3 EStG gegen Gemeinschaftsrecht .....	32
4. Das Verhältnis zu Doppelbesteuerungsabkommen.....	33
<b>III. Zwischenergebnis .....</b>	<b>34</b>
<b>E. Die Missbrauchstatbestandsmerkmale in § 50d Abs. 3 EStG .....</b>	<b>36</b>
<b>I. Das persönliche Tatbestandsmerkmal.....</b>	<b>36</b>

1. Der Begriff der ausländischen Gesellschaft.....	36
2. Abgrenzung nicht entlastungsberechtigter Personen.....	37
3. Der Umfang der Versagung der Steuerentlastung .....	38
4. Die anteilige Entlastung bei Beteiligung mehrerer Personen.....	38
5. Entlastungsberechtigung ausländischer Gesellschaften bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen..	39
6. Zwischenergebnis .....	42
<b>II. Die sachlichen Tatbestandsmerkmale.....</b>	<b>42</b>
1. Fehlen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe.....	43
a) Nur Gründe der an der Zwischengesellschaft beteiligten Personen maßgeblich.....	43
b) Abgrenzung wirtschaftlicher Gründe .....	44
c) Abgrenzung sonst beachtlicher Gründe.....	46
d) Zwischenergebnis .....	46
2. Erwirtschaftung von nicht mehr als 10% der Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit.....	47
a) Der Begriff der Bruttoerträge .....	48
b) Der Begriff der eigenen Wirtschaftstätigkeit .....	48
c) Die 10%-Grenze .....	50
d) Zwischenergebnis .....	51
3. Keine Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerrichteten Geschäftsbetrieb.....	52
a) Das Substanzerfordernis des eingerichteten Geschäftsbetriebes.....	52
b) Die Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr .....	53
c) Zwischenergebnis .....	53
<b>F. Ausnahmetatbestände und Umgehungsstrategien .....</b>	<b>55</b>
<b>I. Von der Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG ausgeschlossene Gesellschaften.....</b>	<b>55</b>
<b>II. Umgehung von § 50d Abs. 3 EStG durch Gewinnthesaurierung anstatt Gewinnausschüttung</b>	<b>56</b>
<b>G. Fazit.....</b>	<b>57</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>58</b>

---

---

## Abbildungsverzeichnis

---

Abbildung 1: Dividendenbesteuerung ohne DBA .....	14
Abbildung 2: Dividendenbesteuerung nach Treaty- und Directive-Shopping .....	15
Abbildung 3: Dividendenbesteuerung im DBA-Fall .....	16
Abbildung 4: Dividendenbesteuerung bei Zwischenschaltung einer ETVE-Holding.....	17
Abbildung 5: Treaty-/ Directive-Shopping mit einer Doppel-Holdingstruktur.....	40

---

## Abkürzungsverzeichnis

---

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Alt.	Alternative
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
Bstb.	Buchstabe
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BZSt	Bundeszentralamt für Steuern
bzw.	beziehungsweise
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
EG	europäische Gemeinschaft
EU	europäische Union
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FS	Festschrift
gem.	gemäß
h.M.	herrschende Meinung
InvG	Investmentgesetz
InvStG	Investmentsteuergesetz
MTRL	EG-Mutter-Tochter-Richtlinie
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OECD-MA	Musterabkommen der OECD zur Vermeidung von Doppelbesteuerung
Rdnr.	Randnummer
sog.	sogenannten
StSenkG	Steuersenkungsgesetz
StÄndG	Steueränderungsgesetz
StMBG	Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz
Tnr.	Titelnummer
u.a.	unter anderem
UntStRefG	Unternehmenssteuerreformgesetz
vgl.	vergleiche

---

v.H. von Hundert  
VZ Veranlagungszeitraum  
z.B. zum Beispiel

---

## A. Einleitung

---

Die Errichtung von Holdinggesellschaften stellt ein weit verbreitetes, vielfältig einsetzbares betriebswirtschaftliches Instrument zur Strukturierung von Konzerngestaltungen dar<sup>1</sup>. Neben anderen typischen Anwendungsfällen, wie beispielsweise der Bildung dezentraler Verwaltungseinheiten in Form von regionalen Teilkonzernen, kann die Motivation hinter der Errichtung einer Holdingstruktur dabei auch in der Ausnutzung des internationalen Steuergefälles liegen<sup>2</sup>. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Reduzierung der Konzernsteuerlast, soweit sie nicht auf Täuschung oder Betrug basiert, eine legitime betriebswirtschaftliche Aufgabe darstellt<sup>3</sup>. Kein Steuerpflichtiger ist verpflichtet einen Sachverhalt so auszugestalten, dass ein Steueranspruch entsteht<sup>4</sup>.

Differenzierter sind in diesem Zusammenhang allerdings Gestaltungen zu beurteilen, deren einziger Existenzgrund in der Erreichung eines Steuervorteils besteht. Insbesondere wenn hierfür sog. „Briefkastengesellschaften“ bar jeglicher eigener Substanz und Funktion genutzt werden, kann von einer legitimen Ausnutzung steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten nicht mehr die Rede sein. In diesen Fällen liegt vielmehr eine rechtsmissbräuchliche Steuerumgehung vor<sup>5</sup>. Vor diesem Hintergrund sind auch die sog. Treaty- oder Directive-Shopping-Gestaltungen zu betrachten. In diesen Gestaltungen erfolgt die Zwischenschaltung einer ausländischen Gesellschaft ausschließlich, um in den Anwendungsbereich eines günstigen DBA oder einer EG-Richtlinie zu kommen, wodurch eine Quellensteuerreduktion erreicht werden soll<sup>6</sup>. Der deutsche Gesetzgeber stellt daher in § 50d Abs. 3 EStG die Steuervorteile, die sich für eine ausländische Zwischengesellschaft aus der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie, der EG-Zins- und Lizenz-Richtlinie oder aus einem DBA ergeben, unter einen generellen Missbrauchsvorbehalt. Nur wenn die ausländische Gesellschaft nachweisen kann, dass sie die in der Norm genannten Tatbestandsmerkmale eines Gestaltungsmissbrauchs nicht erfüllt, kommt eine Reduktion deutscher Quellensteuer in Betracht. Da § 50d Abs. 3 EStG internationales Abkommensrechts durch nationales Recht überschreibt, stellt die Regelung ein sog. Treaty-Override dar.

Allgemeiner Untersuchungsgegenstand der Arbeit ist die Missbrauchsregelung in § 50d Abs. 3 EStG. Eine genaue Abgrenzung der Analyse ergibt sich aus dem Gang der Untersuchung wie folgt:

In Kapitel 2 wird zunächst anhand zweier Beispielfälle die Funktionsweise von Treaty- und Directive-Shopping-Gestaltungen aufgezeigt. Sofern notwendig werden die Beispielfälle zudem im weiteren Verlauf der Arbeit zur Verdeutlichung der jeweils untersuchten Teilaspekte von § 50d Abs. 3 EStG herangezogen.

In Kapitel 3 erfolgt ein erster Überblick über § 50d EStG. Neben der eigentlichen Missbrauchsregelung in Absatz 3 werden hier auch die Absätze 1 und 2 behandelt, welche den sachlichen Anwendungsbereich der Vorschrift sowie die Verfahren der Steuererstattung und der Steuerfreistellung regeln.

Kapitel 4 beschreibt die historische Entwicklung von § 50d Abs. 3 EStG sowie sein Verhältnis zu anderen Normen. Aus nationaler Sicht ist dabei vor allem das Verhältnis zur allgemeinen abgabenrechtlichen Missbrauchsregel in § 42 AO von Bedeutung. Im Verhältnis zum europäischen Gemeinschaftsrecht soll

---

<sup>1</sup> Kessler, Besteuerung von Holdinggesellschaften (2008), 722.

<sup>2</sup> Vgl. Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung (2007), 967 f.

<sup>3</sup> Vgl. Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung (2007), 859.

<sup>4</sup> So die Sichtweise des *BFH* v. 20.5.1997, VIII B 108/96, DB 1997, 1747, 1748

<sup>5</sup> *BFH* v. 29.7.1976, VIII 142/73, BStBl II 1977, 261, 262.

<sup>6</sup> Zehnder in FS Mellwig 2007, 545, 552.

---

hauptsächlich geprüft werden, ob § 50d Abs. 3 EStG gegen europäisches Sekundärrecht in Form der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie verstößt. Eine explizite Prüfung der Missbrauchsvorschrift im Hinblick auf die einzelnen Grundfreiheiten ist nicht Thema der Arbeit. In Bezug auf das DBA-Recht soll im Wesentlichen nur untersucht werden, inwiefern nationale Treaty-Overrides wie § 50d Abs. 3 EStG innerstaatlich wirksam sind. Mögliche DBA-eigene „Limitation-of-Benefits“-Klauseln fallen nicht in den Untersuchungsbereich der Arbeit. In Kapitel 5 werden die schädlichen Tatbestandsmerkmale, an denen § 50d Abs. 3 EStG einen Gestaltungsmissbrauch festmacht, im Einzelnen diskutiert. Dabei werden nur die persönlichen und sachlichen Tatbestandsmerkmale der aktuell gültigen Fassung des § 50d Abs. 3 EStG untersucht. In Zwischenergebnissen wird jeweils festgehalten, inwiefern die Beispielfälle das jeweilige Tatbestandsmerkmal erfüllen oder nicht.

Kapitel 6 geht kurz auf die Ausnahmetatbestände in § 50d Abs. 3 Satz 4 EStG (Börsenklausel und Investmentgesellschaften) ein und zeigt eine mögliche Umgehungsstrategie auf, die sich aus der Nichtanwendung von § 50d Abs. 3 EStG auf Gewinne aus Beteiligungsveräußerungen ergibt. Weitere Umgehungsstrategien sind nicht Thema der Arbeit.

In Kapitel 7 werden die wichtigsten in der Untersuchung gewonnen Erkenntnisse nochmals kurz zusammengefasst.

## B. Sachverhaltsgestaltungen für Treaty- und Directive-Shopping

Unter den Anwendungsbereich von § 50d Abs. 3 EStG fallen nur sog. Inbound-Gestaltungen, also Fälle, in denen eine im Ausland ansässige Person im Inland investiert<sup>7</sup>. Wie eine im Ausland ansässige Person die Quellensteuern auf die, von dem inländischen Investitionsobjekt erwirtschafteten, Gewinne unter Nutzung von Treaty- und Directive-Shopping senken kann, soll anhand der folgenden beiden Beispielfälle erläutert werden. Inwiefern die dargestellten Gestaltungen missbräuchlich im Sinne des § 50d Abs.3 EStG sind, wird dabei vorerst vernachlässigt.

### I. Treaty- / Directive-Shopping im Nicht-DBA-Fall

Im ersten Fall hat die Konzerndachholding M BV<sup>8</sup> ihren Sitz in einem klassischen Offshore-Finanzzentrum, den Niederländischen Antillen<sup>9</sup>. Die M BV ist zu 100% direkt an der deutschen T GmbH beteiligt, von der sie jährliche Gewinnausschüttungen erhält. Der Sachverhalt ist in Abbildung 2.1 dargestellt.

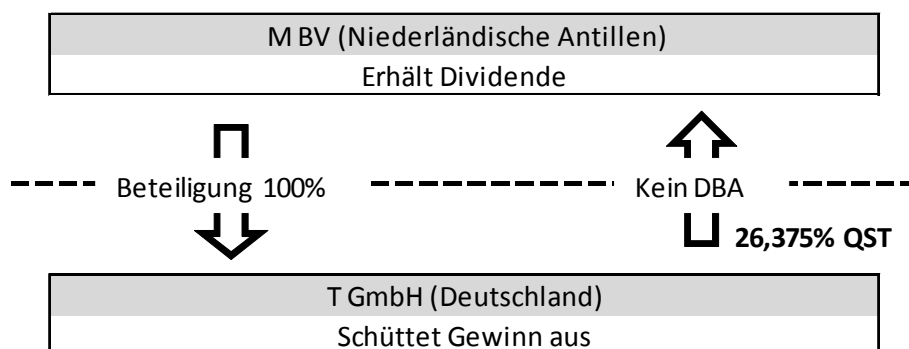


Abbildung 1: Dividendenbesteuerung ohne DBA

Da zwischen Deutschland und den Niederländischen Antillen kein DBA besteht<sup>10</sup> und die Niederländischen Antillen auch nicht der Europäischen Gemeinschaft angehören<sup>11</sup>, unterliegen die von der deutschen Tochtergesellschaft an die M BV ausgeschütteten Dividenden in Deutschland einer Quellenbesteuerung von 26,375% (25% Kapitalertragssteuer zzgl. 5,5% Solidaritätszuschlag).

<sup>7</sup> Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung (2007), 2.

<sup>8</sup> Die BV (Besloten Vennotschaab met beperkte aansprakelijkheid) ist eine niederländische Kapitalgesellschaft und entspricht im Wesentlichen der deutschen GmbH (vgl. Kesti (Hrsg.), European Tax Handbook (2008), 569).

<sup>9</sup> Anzumerken ist jedoch, dass der Begriff Offshore-Finanzzentrum (OFC) nicht auf in der Karibik oder der Südsee gelegene Steueroasen beschränkt ist. Das Finanzstabilitätsforum versteht unter OFCs alle Jurisdiktionen, welche auf Grund von keiner bzw. sehr niedriger Steuern auf Unternehmens- oder Investmenteinkommen ein hohes Maß an ausländischen Aktivitäten anziehen. Weitere Kennzeichen sind u.a. der Verzicht auf Quellensteuern sowie einfache und flexible Vorschriften zur Gründung, Lizenzierung und Überwachung von Unternehmen (Vgl. Financial Stability Forum, Report of the Working Group on Offshore Centers (2000), 9).

<sup>10</sup> Die Niederländischen Antillen gehören zum Hoheitsgebiet der Niederlande, sind aber aus dem räumlichen Geltungsbereich des DBA Deutschland - Niederlande explizit ausgeschlossen (Vgl. Art. 27 DBA Deutschland - Niederlande).

<sup>11</sup> Die niederländischen Antillen sind nicht Teil der europäischen Gemeinschaft, sondern haben lediglich eine bevorzugte Beziehung unter dem Status von Überseeischen Ländern und Hoheitsgebieten (vgl. EGV Anhang II).



Die Steuerbelastung kann jedoch durch ein Treaty-Shopping deutlich gesenkt werden. Hierfür „optimiert“ die M BV die Dividendenroute durch Gründung einer Zwischenholding in einem Drittstaat, der sowohl mit Deutschland als auch mit den Niederländischen Antillen ein DBA abgeschlossen hat. Das OECD-MA als Basis der meisten DBA sieht ein internationales Schachtelprivileg für Dividenden empfangende Kapitalgesellschaften vor. Ab einer Beteiligungshöhe von mehr als 25% wird dadurch der Besteuerungsanspruch des Quellenstaates auf 5% der Bruttodividende beschränkt<sup>12</sup>. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass durch die Einschaltung der Zwischenholding auch eine zusätzliche Besteuerungsebene entsteht. Für die praktische Ausgestaltung der Holdingstruktur folgt daraus zum einen, dass die Zwischenholding in einem Staat ansässig sein sollte, der für erhaltene Schachteldividenden (entgegen dem OECD-MA) eine Steuerfreistellung vorsieht<sup>13</sup>. Zum anderen ist zu beachten, dass sowohl die an die Zwischenholding ausgeschütteten Dividenden, als auch die von dieser an die Dachholding weitergeleiteten Dividenden jeweils einer Quellenbesteuerung unterliegen. Dieser sog. Kaskadeneffekt lässt sich jedoch vermeiden, wenn die Zwischenholding ihren Sitz in einem EG-Staat hat, wodurch zusätzlich ein Directive-Shopping durch Ausnutzung der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>14</sup> möglich wird. Die Richtlinie verhindert eine Quellenbesteuerung von Dividendenzahlungen zwischen Kapitalgesellschaften, die in unterschiedlichen EG-Staaten ansässig sind<sup>15</sup>. Voraussetzung ist eine Mindestbeteiligung am ausschüttenden Unternehmen von 10%<sup>16</sup>.

Im Beispielfall bietet sich die Zwischenschaltung einer Holding in den Niederlanden an. Abbildung 2.2 zeigt die gewählte Gestaltung.

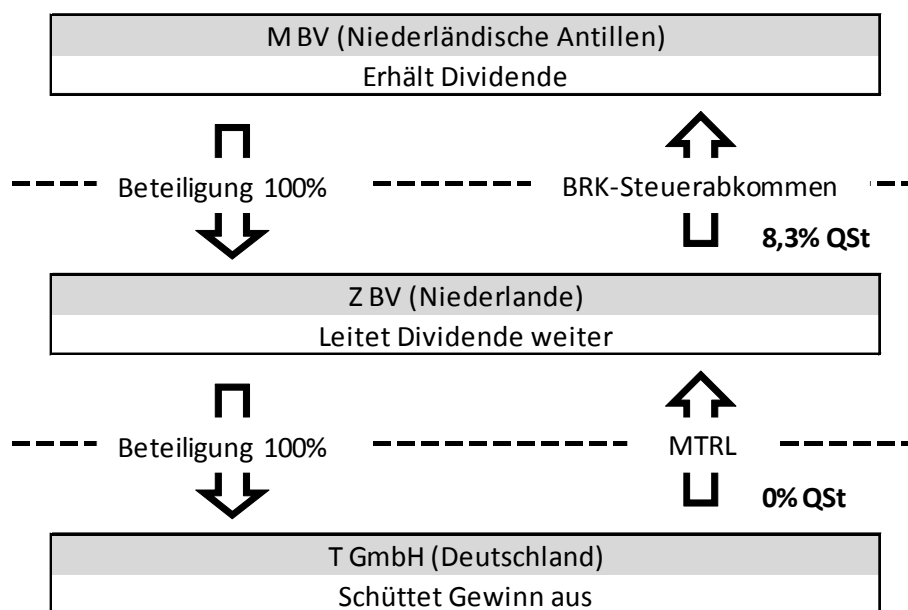


Abbildung 2: Dividendenbesteuerung nach Treaty- und Directive-Shopping

<sup>12</sup> Art.10 Abs. 2 OECD-MA, vgl. Tischbirek in Vogel / Lehner, DBA, Art. 10, Rdnr. 7.

<sup>13</sup> Das OECD-MA sieht für Einkünfte gem. der Art. 10 und 11 („Dividenden“ und „Zinsen“) in Art. 23 A Abs. 2 lediglich die Anwendung der Anrechnungsmethode im Wohnsitzstaat der empfangenden Gesellschaft vor (vgl. Vogel in Vogel / Lehner, DBA, Art. 23, Rdnr. 122 ff.).

<sup>14</sup> Die EG-Mutter-Tochter-Richtlinie ist in Deutschland in § 43b EStG in nationales Recht umgesetzt.

<sup>15</sup> Vgl. § 43b Abs. 1 EStG.

<sup>16</sup> Vgl. § 43b Abs. 2 EStG (bis Ende 2008 lag die Mindestbeteiligungsquote bei 15%).

Durch Ausnutzung der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie im Verhältnis Deutschland - Niederlande entfällt eine Quellenbesteuerung der von der T GmbH an die Zwischenholding Z BV ausgeschütteten Dividenden. Die empfangenen Beteiligungserträge sind bei niederländischen Holdinggesellschaften zudem ab einer Beteiligung von mindestens 5% in voller Höhe freigestellt<sup>17</sup>, was hier der Fall ist. Die Z BV leitet die erhaltenen Dividenden schließlich durch Ausschüttung an die M BV weiter. Das zwischen den Niederlanden und den Niederländischen Antillen gültige BRK-Steuerabkommen<sup>18</sup> sieht für diese Schachteldividenden (Mindestbeteiligungsquote von 25%) eine Quellenbesteuerung von 8,3% vor, welche jedoch bei der Gewinnbesteuerung der M BV in den Niederländischen Antillen voll angerechnet wird<sup>19</sup>.

Durch dieses kombinierte Treaty- und Directive-Shopping kann die Quellensteuerbelastung für Dividendenzahlungen innerhalb des dargestellten Unternehmensverbundes also von ursprünglich 26,375% (bei direkter Anbindung der T GmbH an die M BV) auf nur noch 8,3% der Bruttodividenden gesenkt werden. Im beschriebenen Fall ist die Konzernmutter in einem Niedrigsteuerland ansässig, welches kein DBA mit Deutschland abgeschlossen hat. Anhand eines zweiten Falles soll im Folgenden gezeigt werden, dass auch bei bestehenden DBA zwischen den Sitzstaaten der Gesellschaften eines internationalen Unternehmensverbundes mit Hilfe von Treaty- bzw. Directive-Shopping die Konzernsteuerquote gesenkt werden kann.

## II. Treaty- / Directive-Shopping im DBA-Fall

Im zweiten Fall ist die japanische Kapitalgesellschaft M zu 100% an der deutschen T1 GmbH und zu 49% an der österreichischen T2 GmbH beteiligt. Die Struktur des Unternehmensverbundes ist in Abbildung 2.3 dargestellt.

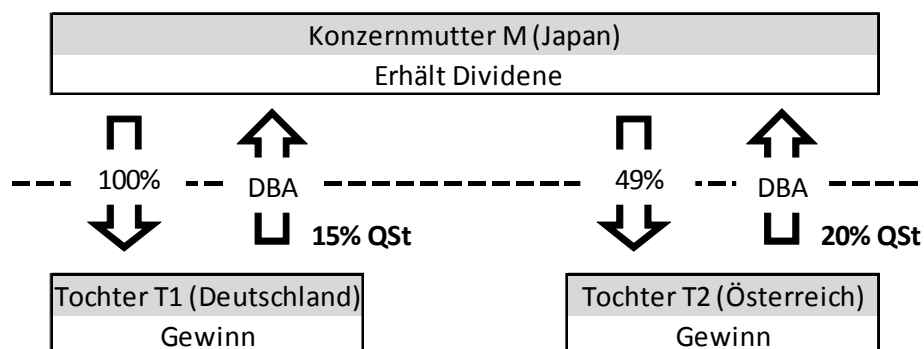


Abbildung 3: Dividendenbesteuerung im DBA-Fall

<sup>17</sup> Vgl. Kessler, Besteuerung von Holdinggesellschaften (2008), 770.

<sup>18</sup> BRK: Belastingregeling voor het Koninkrijk, zuletzt geändert am 1.1.2002.

<sup>19</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 3 BRK. Für deutsche Erläuterungen zum BRK-Steuerabkommen vgl. Doggart / Schönwitz, Steuerparadise und wie man sie nutzt (2007), 164.

Beide Tochtergesellschaften schütten ihre Gewinne (entsprechend der jeweiligen Beteiligungsverhältnisse) an die japanische Konzernmutter aus. Sowohl Österreich als auch Deutschland haben jeweils ein DBA mit Japan abgeschlossen. Beide DBA sehen Vergünstigungen bei der Quellenbesteuerung der ausgeschütteten Dividenden vor. Das Abkommen zwischen Japan und Deutschland sieht zwar kein Schachtelprivileg vor, begrenzt jedoch die Dividendenbesteuerung im Quellenstaat auf maximal 15%<sup>20</sup>. Das Abkommen zwischen Japan und Österreich sieht einen reduzierten Quellensteuersatz von 10% ab einer Beteiligungsquote von mehr als 50% vor<sup>21</sup>. Liegt die Quote, wie im Fallbeispiel, darunter, so ist ein maximaler Steuersatz von 20% vorgesehen<sup>22</sup>.

Auch in diesem Fall lässt sich, wie in Abbildung 2.4 dargestellt, durch Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft in einem Drittstaat die Quellenbesteuerung der ausgeschütteten Gewinne reduzieren bzw. sogar komplett vermeiden.

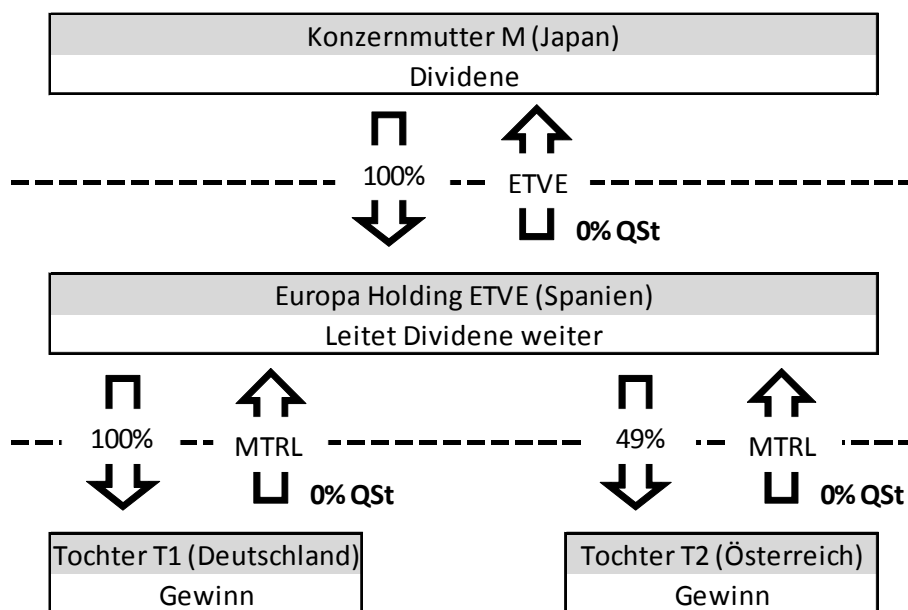


Abbildung 4: Dividendenbesteuerung bei Zwischenschaltung einer ETVE-Holding

Hierfür schütten zunächst die Tochtergesellschaften T1 und T2 ihre Dividenden unter Ausnutzung der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie quellensteuerfrei an eine spanische ETVE-Holdinggesellschaft<sup>23</sup> aus. Die Besonderheit von ETVE-Gesellschaften ist, dass bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen die von ausländischen Gesellschaften empfangenen Dividenden sowohl von einer Besteuerung in Spanien freigestellt sind, als auch quellensteuerfrei an ausländische Gesellschafter weiter ausgeschüttet werden können<sup>24</sup>. Die wichtigsten Voraussetzungen hierfür sind die Beteiligung an ausländischen Gesellschaften mit einer Mindestbeteiligungsquote von 5% oder alternativ Anschaffungskosten für eine Beteiligung von mehr als 6

<sup>20</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2, DBA Deutschland-Japan.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 1 DBA Österreich-Japan.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 1 DBA Österreich-Japan.

<sup>23</sup> Die ETVE (Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros) ist eine spanische Kapitalgesellschaft, deren Zweck im Halten von Kapitalbeteiligungen ausländischer Gesellschaften besteht (Vgl. Günkler, WPg-Sonderheft 2003, 40, 45).

<sup>24</sup> Halla-Villa Jimenez, RIW 2003, 589, 595.

---

Mio. € sowie eine Mindesthaltungsdauer der Beteiligungen von einem Jahr<sup>25</sup>. Sofern diese Anforderungen erfüllt sind, kann die ETVE die Dividenden nun steuerfrei an die japanische Konzernmutter weiterleiten. Im beschriebenen Fall wird durch die Kombination von Directive-Shopping und der Ausnutzung der ETVE-Regelungen eine komplett quellensteuerbefreite Dividendenroute etabliert.

Aus diesen beiden Beispielfällen sollte zum einen das Grundprinzip von Treaty- und Directive-Shopping-Gestaltungen deutlich werden, zum anderen jedoch auch warum der deutsche Gesetzgeber der missbräuchlichen Nutzung solcher Gestaltungen Einhalt gebieten möchte. § 50d Abs. 3 EStG stellt daher die Reduktion oder Befreiung von deutscher Quellensteuer bei der Zwischenschaltung ausländischer (Holding-) Gesellschaften unter einen Missbrauchsvorbehalt. Das folgende Kapitel stellt die Vorschrift im Gesamtzusammenhang des § 50d EStG dar und gibt eine Übersicht über die Tatbestandmerkmale, an denen § 50d Abs. 3 EStG einen Gestaltungsmissbrauch feststellt.

---

<sup>25</sup> Vgl. Kessler, Besteuerung von Holdinggesellschaften (2008), 771.

### I. Limitation-of-Benefits durch Treaty-Override

Ziel des § 50d EStG ist es den Steuerabzug vom Kapitalertrag sowie bei Vergütungen nach §50a EStG auch dann sicherzustellen, wenn, wie in den obigen Beispielfällen, das deutsche Besteuerungsrecht durch Abkommens-recht eingeschränkt oder ausgeschlossen ist<sup>26</sup>. Hierfür bedient sich der Gesetzgeber mehrerer sog. Treaty-Overrides. Treaty-Override beschreibt die Möglichkeit, ein internationales Steuerabkommen durch nachfolgende nationale Gesetzesakte inhaltlich zu verändern und somit eine abkommens-rechtlich vorgesehene Steuerbefreiung bzw. -Ermäßigung durch innerstaatliches Recht wieder zu beseitigen oder einzuschränken<sup>27</sup>.

Für die hier betrachteten Treaty- und Directive-Shopping-Gestaltungen sind die Absätze 1, 2 und 3 des § 50d EStG von Bedeutung.

Absatz 1 grenzt den sachlichen Anwendungsbereich des § 50d EStG ein und sieht als Regelfall für die betroffenen Einkünfte vor, dass diese unabhängig von möglichen abkommensrechtlichen Steuererleichterungen zunächst nach deutschem Recht besteuert werden. Mögliche Steuervorteile, die sich aus EG-Richtlinien oder DBA ergeben, können erst danach auf Antrag geltend gemacht werden. Da dieses Verfahren lediglich dem Zweck dient, einen vermeintlichen bestehenden Steueranspruch zu sichern gilt es als unbedenklich hinsichtlich eines Konfliktes mit Steuerregelungen in EG-Richtlinien oder DBA <sup>28</sup>.

Ebenfalls unbedenklich in Bezug auf eine mögliche Überschreibung internationalen Rechts ist das in Absatz 2 geregelte Freistellungsverfahren. Bei Vorliegen einer entsprechenden Freistellungsbescheinigung ermöglicht es dieses Verfahren, dass der in Absatz 1 vorgesehene Steuerabzug unterbleiben kann.

Absatz 3 stellt eine Steuererstattung nach Absatz 1, als auch die Freistellung nach Absatz 2, unter den Vorbehalt, dass es sich bei der ausländischen Gesellschaft, welche die Einkünfte empfängt, nicht bloß um eine funktionslose Gesellschaft handelt, die lediglich zum Zwecke des Treaty- bzw. Directive-Shopping in einem Unternehmensverbund zwischengeschaltet wurde<sup>29</sup>. § 50d Abs. 3 EStG versagt den betroffenen Gesellschaften im Sinne einer „Limitation-of-Benefits“-Klausel die steuerlichen Abkommensvergünstigungen und stellt somit ein eindeutiges Treaty-Override dar<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 1.

<sup>27</sup> Kluge, Das Internationale Steuerrecht (2000), 651.

<sup>28</sup> Vgl. Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 11-14.

<sup>29</sup> Vgl. Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 40.

<sup>30</sup> Vgl. Gosch, Festschrift für Wolfram Reiß 2008, 597, 601.

---

## II. Sachlicher Anwendungsbereich der Regelung

Der sachliche Anwendungsbereich von § 50d Abs. 3 EStG ergibt sich aus § 50d Abs. 1 EStG. Absatz 1 Satz 1, 1.Halbsatz begrenzt den Anwendungsbereich von § 50 d EStG auf Einkünfte, die dem Steuerabzug vom Kapitalertrag oder dem Steuerabzug auf Grund des § 50a EStG unterliegen, jedoch nach den §§ 43b oder 50g EStG oder nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht oder nur nach einem niedrigeren Steuersatz besteuert werden. Hieraus lassen sich die von der Missbrauchsvorschrift in Absatz 3 erfassten Einkünfte wie folgt ableiten.

Zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereich von § 50d EStG gilt es zunächst die Einkünfte abzugrenzen, die dem Steuerabzug vom Kapitalertrag oder auf Grund von § 50a EStG unterliegen. Für Einkünfte, die dem Steuerabzug vom Kapitalertrag unterliegen, liefert § 43 Abs. 1 EStG eine abschließende Aufzählung. Da sich § 50d EStG im Grundsatz ausschließlich an beschränkt Steuerpflichtige wendet ist zudem § 49 Abs. 1 Nr. 5 EStG zu beachten, der die beschränkte Steuerpflicht von Einkünften aus Kapitalvermögen abschließend regelt. Im Wesentlichen umfassen diese Einkünfte Gewinnanteile und sonstige Bezüge von juristischen Personen, Einnahmen aus stillen Beteiligungen und partiarischen Darlehen, Zinsen aus Wandelanleihen, aus Gewinnobligationen sowie aus Genussrechten<sup>31</sup>. § 50a EStG umfasst in der ab VZ 2009 gültigen Fassung beschränkt steuerpflichtige Einkünfte:

- aus inländischen künstlerischen, artistischen, unterhaltenden oder ähnlichen Darbietungen (Abs. 1 Nr.1),
- aus der Verwertung solcher inländischen Darbietungen (Abs.1 Nr. 2),
- aus der Überlassung von Rechten und Know How (Abs.1 Nr. 3) sowie
- Aufsichtsratsvergütungen (Abs.1 Nr.4).

Für die hier betrachteten Treaty- bzw. Directive-Shopping-Fälle sind davon jedoch nur Einkünfte im Sinne des § 50a Abs. 1 Nr. 3 EStG relevant.

Für die obigen Einkünfte muss ferner, entweder durch ein DBA oder durch die §§ 43b, 50g EStG, eine Steuerentlastung bzw. -freistellung vorgesehen sein.

Das OECD-MA sieht eine Begrenzung inländischer Quellensteuern (und somit eine Steuerentlastung) vor, für Dividenden (Art. 10 OECD-MA), Zinsen (Art. 11 OECD-MA) und Lizenzgebühren (Art. 12 OECD-MA) die an eine im anderen Vertragsstaat ansässigen Person gezahlt werden.

§ 43b EStG setzt die EG-Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>32</sup> in nationales Recht um und sieht eine Entlastung von der deutschen Kapitalertragssteuer für Dividenden und sonstige Gewinnausschüttungen, die einer in einem anderen EG-Staat ansässigen Muttergesellschaft (oder Betriebsstätte) zufließen, vor<sup>33</sup>.

§ 50g EStG ist die nationale Umsetzung der EG-Zins- und Lizenz-Richtlinie<sup>34</sup> und regelt die Befreiung von deutscher Kapitalertragssteuer oder Abzugssteuer nach § 50a EStG bei Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren an verbundenen Unternehmen (oder Betriebsstätten) in der EG<sup>35</sup>. Bezüglich der EG-

---

<sup>31</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellnghoff, EStG, § 50d, Rdnr. B 8.

<sup>32</sup> Richtlinie 90/435/EWG.

<sup>33</sup> Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 43b EStG, Rdnr. 1.

<sup>34</sup> Richtlinie 2003/49/EWG.

<sup>35</sup> Vgl. Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50g EStG, Rdnr. 1.

---

Richtlinien ist anzumerken, dass § 50d Abs. 3 EStG dem Wortlaut nach nur ausländische Gesellschaften, jedoch keine Betriebsstätten erfasst<sup>36</sup>.

Zusammengefasst fallen unter den sachlichen Anwendungsbereich des § 50d Abs. 3 EStG Einkünfte aus Dividenden- und Zinszahlungen sowie Lizenzgebühren, die von einer, in der EG oder in einem DBA-Partnerstaat von Deutschland ansässigen, beschränkt steuerpflichtigen Gesellschaft empfangen werden. Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen fallen dagegen ausdrücklich nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich der Missbrauchsvorschrift<sup>37</sup>.

### III. Das zweistufige Erstattungsverfahren

Anstatt einer direkten Gewährung der steuerlichen Abkommens- bzw. Richtlinienvorteile auf die in § 50d Abs. 1 Satz 1, 1. Halbsatz EStG beschriebenen Einkünfte, sieht § 50d Abs. 1 EStG ein zweistufiges Erstattungsverfahren vor<sup>38</sup>.

Im ersten Verfahrensschritt hat dabei der Schuldner<sup>39</sup>, ungeachtet möglicher Steuererleichterungen auf Grund eines DBA oder der §§ 43b, 50g EStG, Quellensteuer in gesetzlicher Höhe einzubehalten und abzuführen (vgl. § 50d Abs.1 Satz 1, 2. Halbsatz EStG). Dies wird als Grundsatz des fortbestehenden Quellensteuerabzugs bezeichnet<sup>40</sup>.

Zur Durchsetzung seines Anspruchs auf eine niedrigere Besteuerung auf Grund von DBA oder der §§ 43b, 50g EStG, kann der Gläubiger<sup>41</sup> im zweiten Verfahrensschritt eine Erstattung der zu viel einbehaltenen Steuern verlangen. Die Erstattung erfolgt auf Grundlage eines Freistellungsbescheids, über dessen Erteilung das BZSt auf Antrag des Gläubigers entscheidet<sup>42</sup>.

Wie bereits erwähnt besteht der Zweck dieser Trennung darin, einen möglicherweise bestehenden Steueranspruch zu sichern und das Steuerabzugsverfahren von der Prüfung internationaler Sachverhalte freizuhalten, die letztlich dem BZSt obliegt<sup>43</sup>. Kommt das BZSt zu dem Schluss, dass eine internationale Gestaltung aus steuerrechtlicher Sicht missbräuchlich ist, so erlischt logischerweise auch der Erstattungsanspruch des Vergütungsgläubigers<sup>44</sup>.

Eine Ausnahme vom Grundsatz des fortbestehenden Quellensteuerabzugs stellt das in § 50d Abs. 2 EStG geregelte Freistellungsverfahren dar.

---

<sup>36</sup> Für eine Abgrenzung des Begriffs der „ausländischen Gesellschaft“ vgl. Kapitel 1.

<sup>37</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel A.II.

<sup>38</sup> Vgl. Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 11.

<sup>39</sup> Mit Schuldner ist im Folgenden gemeint: Schuldner von Kapitalerträgen oder Vergütungen im Sinne von § 50a EStG.

<sup>40</sup> Vgl. Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 6.

<sup>41</sup> Mit Gläubiger ist im Folgenden gemeint: Gläubiger von Kapitalerträgen oder Vergütungen im Sinne von § 50a EStG.

<sup>42</sup> Auf weitere Erläuterungen zu den in § 50d Abs. 1 Satz 2-10 EStG geregelten Verfahrensdetails des Erstattungsverfahrens soll aus Platzgründen hier verzichtet werden.

<sup>43</sup> Vgl. Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 11.

<sup>44</sup> Vgl. Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 12.

---

## IV. Das Freistellungsverfahren

Das in § 50d Abs. 2 EStG geregelte Freistellungsverfahren ermöglicht es dem Schuldner, in bestimmten Fällen auf den in § 50d Abs. 1 EStG vorgesehenen Steuerabzug zu verzichten<sup>45</sup>, sofern in den §§ 43b, 50g EStG oder in einem DBA eine Steuerfreistellung für die betroffenen Einkünfte vorgesehen ist. Falls die entsprechende Regelung keine vollständige Freistellung, sondern lediglich einen erniedrigten Steuersatz vorsieht, so muss lediglich dieser verminderte Betrag abgeführt werden.

Vorraussetzung für diese direkte Gewährung von Steuervorteilen aus DBA oder EG-Richtlinien ist das Vorliegen einer Freistellungsbescheinigung, welche der Gläubiger beim BZSt beantragen kann. Die Gültigkeit der Freistellungsbescheinigung beträgt dabei maximal drei Jahre und beginnt frühestens mit dem Tag der Antragstellung. Das BZSt erteilt die Freistellungsbescheinigung zudem lediglich unter dem Vorbehalt eines Widerrufs und ggf. nur unter besonderen Auflagen und Bedingungen. Dies betrifft insbesondere Gestaltungen, in denen der Gläubiger, wie in den Beispielfällen, seinerseits Schuldner ist und die erhaltenen Beträge an Dritte weiterleitet<sup>46</sup>. Die Gültigkeit der Freistellungsbescheinigung ist in allen Fällen an den Missbrauchstatbeständen des § 50d Abs. 3 EStG zu messen.

## V. Die Anti-Treaty-/ Directive-Shopping-Regelung

§ 50d Abs.3 EStG stellt sowohl eine Steuererstattung nach § 50d Abs. 1 EStG, als auch die Steuerfreistellung nach § 50d Abs. 2 EStG, unter den Vorbehalt, dass es sich bei der ausländischen Gesellschaft, welche die Einkünfte empfängt, nicht bloß um eine funktionslose Zwischengesellschaft handelt, die lediglich zur Erlangung steuerlicher Abkommensvorteile in einem Unternehmensverbund zwischengeschaltet wurde.

§ 50d Abs. 3 Satz 1 versagt einer ausländisch Gesellschaften den Anspruch auf völlige oder teilweise Entlastung nach Absatz 1 oder Absatz 2 soweit Personen an ihnen beteiligt sind, „denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wen sie die Einkünfte unmittelbar erzielten und

1. für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen oder
2. die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10% ihrer gesamten Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt oder
3. die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Betrieb teilnimmt.“

Die Vorschrift unterscheidet demnach zwischen einer persönlichen und drei sachlichen Voraussetzungen (bzw. Tatbestandsmerkmalen) für die Versagung des Entlastungsanspruchs von deutscher Abzugssteuer<sup>47</sup>.

Die persönliche Voraussetzung ist, dass an der ausländischen Gesellschaft Personen beteiligt sind, denen bei direktem Bezug der in Abs.1 genannten Einkünfte keine steuerlichen Vorteile auf Grund eines DBA oder den §§ 43b, 50g EStG zustünden.

---

<sup>45</sup> Alle in § 50d Abs. 1 EStG genannten Einkünfte mit Ausnahme von Aufsichtsratsvergütungen (vgl. Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 23).

<sup>46</sup> Vgl. Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 26.

<sup>47</sup> Vgl. Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 10.



---

Die drei sachlichen Voraussetzungen sind das Fehlen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe für die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft, ein zu geringes Maß an eigener Wirtschaftstätigkeit bei der ausländischen Gesellschaft (Unterschreiten der „10%-Grenze“), sowie keine Teilnahme der ausländischen Gesellschaft am allgemeinen wirtschaftlichen Betrieb mit einem dem Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb.

Für die Feststellung eines Gestaltungsmissbrauchs reicht es aus, dass die persönliche Voraussetzung und mindestens eine der sachlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Rechtsfolge ist dann eine Versagung der Entlastung (bzw. Freistellung) der ausländischen Gesellschaft. Für die Beurteilung der sachlichen Voraussetzungen sind dabei gem. § 50d Abs. 3 Satz 2 EStG ausschließlich die Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft relevant, „wirtschaftliche oder sonst beachtliche Merkmale der Unternehmen, die der ausländischen Gesellschaft nahe stehen (§ 1 Abs. 2 des Außensteuergesetzes), bleiben außer Betracht“.

§ 50d Abs.3 Satz 3 EStG legt zudem fest, dass es für die Annahme einer eigenen Wirtschaftstätigkeit nicht ausreicht, dass „die ausländische Gesellschaft ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt oder ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt“.

Von der Anwendung der Sätze 1 bis 3 ausgenommen sind gem. § 50d Abs. 3 Satz 4 EStG bestimmte börsennotierte Gesellschaften und ausländische Gesellschaften die unter die Vorschriften des Investmentgesetzes fallen.

## VI. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich bisher festhalten, dass in beiden Beispielfällen des Kapitels 2 durch die dargestellten Treaty- bzw. Directive-Shopping-Gestaltungen keine automatische Entlastung von der deutschen Quellensteuer erfolgt und eine Entlastung bei Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG gänzlich versagt wird.

Die Gestaltungen zielen jeweils darauf ab, durch Ausnutzung der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie die Dividenden einer deutschen Gesellschaft zunächst quellensteuerbefreit an eine Zwischengesellschaft im europäischen Ausland auszuschütten. Die Zwischengesellschaften leiten die Dividenden dann an die eigentlichen Muttergesellschaften weiter. Im Regelfall des § 50d Abs. 1 EStG erfolgt jedoch, ungeachtet der Richtlinie, in Deutschland zunächst ein Steuerabzug in gesetzlicher Höhe (26,375%) auf die ausgeschütteten Gewinne. Eine Erstattung dieser Steuern steht ebenso wie eine mögliche Freistellung nach § 50d Abs. 2 EStG unter dem in § 50d Abs. 3 EStG geregelten Missbrauchsvorbehalt. In beiden Fällen erfüllen die Gestaltungen zumindest die persönliche Missbrauchsvoraussetzung: die zwischengeschalteten Holdinggesellschaften befinden sich jeweils in Besitz von Gesellschaften, denen bei direkter Dividendenausschüttung keine Entlastung auf Grund der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie zustünde<sup>48</sup>. Ob die Zwischengesellschaften in den Genuss der Richtlinienvorteile kommen, hängt also letztlich davon ab, dass sie gegen keine der drei sachlichen Missbrauchsvoraussetzungen verstoßen.

---

<sup>48</sup> Wobei in Fall 2 zumindest Steuervorteile aus dem DBA Deutschland-Japan bestehen. Inwieweit diese Vorteile bei Feststellung eines Gestaltungsmissbrauchs in Sinnes von § 50d Abs. 3 EStG erhalten bleiben wird in Kapitel 3 behandelt.

---

In Kapitel 5 werden die Tatbestandmerkmale des § 50d Abs.3 EStG detailliert analysiert. Zuvor widmet sich Kapitel 4 jedoch der bisherigen Normentwicklung und zeigt das Verhältnis von § 50d Abs. 3 EStG zu anderen Normen des nationalen, europäischen und internationalen Rechts auf.

---

## D. Entwicklungsgeschichte und systematischer Zusammenhang von §50d Abs.3 EStG

---

### I. Die Entwicklung der Norm

#### 1. Die ursprüngliche Fassung der Missbrauchsklausel

Vor der Einführung des § 50d Abs. 3 EStG (ursprünglich als § 50d Abs. 1a EStG), war eine Beurteilung der steuerrechtlichen Legitimität von Treaty-Shopping-Gestaltungen, bei den hier betrachteten Inbound-Fällen, lediglich auf Basis der allgemeinen abgabenrechtlichen Missbrauchsklausel in § 42 AO denkbar. In seiner sog. „Monaco“-Entscheidung hatte der BFH allerdings bereits 1981 eine Anwendung dieser Vorschrift auf entsprechende Gestaltungen, in denen ausländische Gesellschaften durch in Drittstaaten ansässige Personen zwischengeschaltet werden, ausgeschlossen<sup>49</sup> (im zugrundeliegenden Fall hielt eine in Monaco ansässige Person eine deutsche AG über eine in der Schweiz ansässige Zwischengesellschaft).

In Folge dieser Entscheidung entstand jedoch eine Besteuerungslücke: nicht abkommensberechtigzte ausländische Personen konnten durch Zwischenschaltung abkommensberechtigter Gesellschaften DBA-Vorteile auszunutzen und so eine Besteuerung von eigentlich ihnen zuzurechnenden Kapitalerträgen vermeiden<sup>50</sup>. Diese Situation führte schließlich zur der Einführung einer speziellen Missbrauchsvorschrift für beschränkt Steuerpflichtige in § 50d Abs.1a EStG 1990/1994 durch das StMBG vom 21.12.1993<sup>51</sup>.

Die ab dem VZ 1994 gültige Regelung orientierte sich dabei stark an der Rechtsprechung des BFH für Outbound-Fälle, also Gestaltungen, in denen ausländische Gesellschaften durch Steuerinländer gehalten (bzw. zwischengeschaltet) werden<sup>52</sup>. Im Wortlaut versagte § 50d Abs. 1a EStG 1990/1994 einer ausländischen Gesellschaft den Anspruch auf Steuerbefreiung oder -ermäßigung nach § 44 d EStG (EG-Mutter-Tochter-Richtlinie) oder nach einem DBA, „soweit Personen an ihr beteiligt sind denen die Steuerentlastung nicht zustünde, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten, und für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen und sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet.“. Die Vorschrift unterschied also bereits zwischen einem persönlichen Tatbestandsmerkmal (Beteiligung von Personen denen eine Entlastung bei direkter Erzielung der Einkünfte nicht zustünde) und zwei sachlichen Missbrauchsvoraussetzungen (Fehlen wirtschaftlicher/ sonst beachtlicher Gründe und keine eigene Wirtschaftstätigkeit). Im Unterschied zur aktuellen Regelung in § 50d Abs. 3 EStG, mussten für einen Gestaltungsmissbrauch jedoch die persönliche Voraussetzung als auch beide sachlichen Voraussetzungen kumulativ vorliegen (entsprechend des Wortlautes des § 50 d Abs. 1a EStG 1990/1994 der alle drei Tatbestandsmerkmale mit „und“ verknüpft).

Die Regelung blieb auch bestehen, nachdem der BFH seine in der Monaco-Entscheidung vertretene Auffassung, dass § 42 AO keine Anwendung auf Inbound-Gestaltungen finden soll, 1997 wieder aufgab<sup>53</sup>. In der Folge wurde das Verhältnis der beiden Missbrauchsklauseln zueinander widersprüchlich bewertet<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> BFH v. 29.10.1981, I R 89/80, BStBl II 1982, 150, 153.

<sup>50</sup> Vgl. Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 190.

<sup>51</sup> StMBG v. 21.12.1993, BGBl. I 1993, 2310.

<sup>52</sup> Vgl. Piltz, IStR 2007, 793, 794.

<sup>53</sup> BFH v. 29.10.1997, I R 35/96, BStBl II 1998, 235, 235.

<sup>54</sup> Für weiterführende Erläuterungen zum Verhältnis zu § 42 AO vgl. Kapitel 1.

---

Bis zur Einführung der aktuellen Regelung in 2007 erfolgten zwei formale Änderungen an der Vorschrift, welche jedoch keinen Einfluss auf den prinzipiellen Norminhalt hatten. Durch das StSenkG v. 23.10.2000<sup>55</sup> wurde, in Folge einer Änderung der Paragraphenreihenfolge im EStG, der Paragraphenverweis in § 50d Abs. 1a EStG 1990/1994 von „§ 44d“ auf „§ 43b“ geändert. Mit dem StÄndG vom 20.12.2001<sup>56</sup> wurden die direkten Verweise auf § 43b EStG und DBA dann aus der Vorschrift entfernt und durch den Passus „völlige oder teilweise Entlastung nach Absatz 1 oder 2“ (des § 50d EStG) ersetzt. Um die Geltung der Vorschrift auf beide Absätze zu verdeutlichen wurde die Vorschrift zudem in § 50d Abs. 3 EStG verschoben<sup>57</sup>. Seit 1.1.2004 gilt die Norm auch für Steuererleichterungen auf Grund der EG-Zins- und Lizenz-Richtlinie.

Durch das JStG 2007<sup>58</sup> wurde § 50 d Abs. 3 EStG erneut geändert und erhielt seine aktuell gültige Fassung<sup>59</sup>. Während der Gesetzgeber bezüglich dieser Änderung in der Gesetzesbegründung von einer „Klarstellung, was Sinn und Zweck der Vorschrift ist“ spricht<sup>60</sup>, wurde diese in der Literatur allgemein als eine erhebliche Verschärfung wahrgenommen<sup>61</sup>. Auslöser für diese Verschärfung war wiederum eine unliebsame Rechtsprechung des BFH, diesmal in der sog. „Hilversum II“-Entscheidung<sup>62</sup>.

## **2. Die Verschärfung der Missbrauchsklausel als Konsequenz aus der „Hilversum II“-Entscheidung**

Der Sachverhalt der „Hilversum II“-Entscheidung betraf einen international tätigen Fernseh- und Unterhaltungskonzern, der sein aktives europäisches Kerngeschäft in den Niederlanden konzentriert hatte. In den konkreten Fällen war eine auf den niederländischen Antillen ansässige Holdinggesellschaft Alleingesellschafterin verschiedener niederländischer BVs, welche wiederum Beteiligungen an in Deutschland sowie im europäischen Ausland ansässigen Gesellschaften hielten. Die zwischengeschalteten BVs wurden von einem einzigen „Mehrfachgeschäftsführer“ geleitet, verfügten ansonsten jedoch weder über eigenes Personal, noch über eigene Geschäftsräume oder Telekommunikationsanschlüsse. Die BVs verlangten eine Entlastung von deutscher Kapitalertragssteuer auf Grund der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie, welche der Holdinggesellschaft auf den Niederländischen Antillen bei direkter Anbindung der deutschen Tochtergesellschaften nicht zugestanden hätte.

Während der BFH drei Jahre zuvor im sog. „Hilversum I“-Urteil, bei einer weitgehend identischen Gestaltung<sup>63</sup>, die Zwischenschaltung einer substanzlosen Gesellschaft in den Niederlanden noch als missbräuchlich im Sinne der §§ 50d Abs.1a EStG 1990/1994 und 42 AO ansah<sup>64</sup>, wich er im „Hilversum II“-Urteil nun von dieser Sichtweise ab. Der BFH hielt zwar an dem Grundsatz fest, dass einer lediglich aus steuerlichen Gründen zwischengeschalteten, ausstattungslosen Gesellschaft die geforderte Steuererstattung

---

<sup>55</sup> StSenkG v. 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1460.

<sup>56</sup> StÄndG vom 20.12.2001, BGBl. I 2001, 3794.

<sup>57</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/7341, 13.

<sup>58</sup> JStG 2007 v. 13.12.2006, BGBl. I 2006, 3794.

<sup>59</sup> Zur aktuellen Fassung von § 50d Abs. 3 EStG vgl. Kapitel A.V.

<sup>60</sup> BT-Drucks. 16/2712, 60.

<sup>61</sup> So u.a. Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 1 b; Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 203; Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 4.

<sup>62</sup> BFH v. 31.5.2005, I R 74, 88/04, BStBl II 2006, 118.

<sup>63</sup> Der Sachverhalt umfasste jedoch nur eine einzige Zwischengesellschaft, die lediglich eine einzige 100%-ige Beteiligung an einer deutschen GmbH hielt.

<sup>64</sup> BFH v. 20.3.2002, I R 38/00, BStBl II 2002, 819, 822.

auf Grund des § 50d Abs. 1a EStG 1990/1994 prinzipiell zu versagen sei<sup>65</sup>. Allerdings sah der BFH im vorliegenden Sachverhalt keinen Gestaltungsmissbrauch, da die zwischengeschalteten Gesellschaften zwar substanzlos waren, jedoch in demselben Staat ansässig waren, in dem der Konzern auch sein aktives Geschäft ausübte. Aus diesem Grund sei nicht ersichtlich, dass die Einschaltung dieser Gesellschaften aus rein steuerlichen Überlegungen erfolgte, da den aktiven niederländischen Konzerngesellschaften ja in jedem Fall die Abkommensvorteile zugestanden hätten<sup>66</sup>. Vielmehr sei die Ausgliederung der beteiligungshaltenden Gesellschaften in der langfristig angelegten Konzernstrategie begründet und davon auszugehen, „dass die ausgegliederten Kapitalgesellschaften ihre jeweiligen Unternehmenszwecke - das Halten der Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften - auf eigene Rechnung und funktional eigenwirtschaftlich erfüllten. Für die Einschaltung der niederländischen Zwischengesellschaften bestanden also wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe im Sinne von § 50d Abs. 1a EStG 1990/1994“<sup>67</sup>. Ein Fehlen solcher Gründe wäre jedoch zwingende Voraussetzung für eine Versagung der Steuerentlastung auf Grund des § 43b EStG gewesen.

Das BMF reagierte auf diese geläuterte Rechtsprechung des BFH umgehend mit einem Nichtanwendungsschreiben, welches besagte, dass die Grundsätze der „Hilversum II“-Entscheidung nicht über den Einzelfall hinaus anzuwenden seien<sup>68</sup>. Diese Sichtweise begründete das BMF insbesondere mit den folgenden Argumenten. Zum einen sah das BMF in der konzernbezogenen Betrachtung im BFH-Urteil eine Übertragung der Merkmale aktiver Konzerngesellschaften auf die zwischengeschalteten passiven Gesellschaften<sup>69</sup>. Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der geforderten Steuerentlastung stelle § 50d Abs. 3 EStG (§ 50d Abs. 1a EStG 1990/1994) jedoch ausschließlich auf die Verhältnisse der zwischengeschalteten ausländischen Gesellschaft ab, die im Urteil gesehene Merkmalsübertragung sei daher unzulässig<sup>70</sup>. Zum anderen ergäbe sich aus Wortlaut und Gesetzesbegründung der Norm in jedem Fall die Erfordernis einer substantiellen Geschäftsausstattung bei der ausländischen Gesellschaft, um deren Funktionslosigkeit auszuschließen<sup>71</sup>. Und schließlich vertrat das BMF die Sichtweise, dass die sachlichen Tatbestandsmerkmale „Fehlen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe“ und „keine eigene Wirtschaftstätigkeit“ - entgegen des eigentlich eindeutigen Wortlautes der Norm (Verknüpfung der Tatbestandsmerkmale mit „und“) - nicht kumulativ, sondern lediglich alternativ vorliegen müssen, um eine Steuerentlastung auszuschließen<sup>72</sup>.

Die vom BMF im Nichtanwendungserlass zum „Hilversum II“-Urteil geäußerten Auffassungen wurden in der Literatur zum Teil heftig kritisiert<sup>73</sup>. Dies hinderte den Gesetzgeber jedoch nicht daran diese Auffassungen in der, ab dem VZ 2007 gültigen, Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG festzuschreiben<sup>74</sup>.

Bereits bei Vorlage des Gesetzentwurfs der Neufassung wurden Bedenken, insbesondere bezüglich der Vereinbarkeit der Norm mit dem EG-Recht, geäußert<sup>75</sup>. Das Verhältnis der Norm zum europäischen Recht, zu DBA sowie zu § 42 AO und weiteren nationalen Normen ist Thema des nächsten Abschnitts.

---

<sup>65</sup> BFH v. 31.5.2005, I R 74, 88/04, BStBl II, 2006, 118, 119.

<sup>66</sup> BFH v. 31.5.2005, I R 74, 88/04, BStBl II 2006, 118, 120.

<sup>67</sup> BFH v. 31.5.2005, I R 74, 88/04, BStBl II 2006, 118, 120.

<sup>68</sup> BMF-Schreiben v. 30.1.2006, IV B 1 - S 2411 - 4/06, BStBl I 2006, 166, 166.

<sup>69</sup> BMF-Schreiben v. 30.1.2006, IV B 1 - S 2411 - 4/06, BStBl I 2006, 166, 166.

<sup>70</sup> BMF-Schreiben v. 30.1.2006, IV B 1 - S 2411 - 4/06, BStBl I 2006, 166, 166.

<sup>71</sup> BMF-Schreiben v. 30.1.2006, IV B 1 - S 2411 - 4/06, BStBl I 2006, 166, 166.

<sup>72</sup> BMF-Schreiben v. 30.1.2006, IV B 1 - S 2411 - 4/06, BStBl I 2006, 166, 166.

<sup>73</sup> Vgl. Grotherr, IStR 2006, 361; Hergert / Ettinger, IStR 2006, 307.

<sup>74</sup> Für eine Übersicht über die Neufassung von § 50d Abs. 3 EStG vgl. Kapitel 3.5.

<sup>75</sup> So u.a. Kessler / Eicke, IStR 2006, 577, 580 f.; Wiese / Süß, GmbHR 2006, 972, 975.

## II. Das Verhältnis zu anderen Normen

### 1. Das Verhältnis zu § 42 AO

Wie bereits erläutert, stellte der BFH in seiner Entscheidung vom 29.10.1997 (in Abgrenzung zum früheren „Monaco“-Urteil) fest, dass § 42 AO 1977 auch auf beschränkt Steuerpflichtige anzuwenden sei<sup>76</sup>. Aus dieser Entscheidung resultierte jedoch ein Konkurrenzverhältnis zwischen § 50d Abs. 3 EStG (§ 50d Abs. 1a a.F.) und § 42 AO.

Es ist daher zu prüfen, ob § 42 AO neben § 50d Abs. 3 EStG überhaupt angewendet werden kann<sup>77</sup>, oder ob nicht vielmehr § 50d Abs. 3 EStG als „lex specialis“ in seinem Anwendungsbereich die allgemeine abgabenrechtliche Regelung des § 42 AO verdrängt<sup>78</sup>.

In der „Hilversum-I“-Entscheidung hielt der BFH einer Klärung dieser Frage für nicht notwendig, da er im konkreten Streitfall die Voraussetzungen beider Vorschriften erfüllt sah<sup>79</sup>. In der späteren „Hilversum II“-Entscheidung stellt der BFH jedoch fest, dass § 50d Abs. 3 EStG (§ 50d Abs. 1a a.F.) als speziellere Vorschrift zur Vermeidung von Gestaltungsmissbräuchen den tatbestandlichen Rahmen, auch für den gegebenenfalls daneben anzuwendenden § 42 AO, abschließend vorgibt: um Wertungswidersprüche auszuschließen, „muss die tatbestandlich enger gefasste Spezialvorschrift auf die allgemeinere Vorschrift durchschlagen“<sup>80</sup>. Dies ist wohl so zu verstehen, dass sofern eine Steuerentlastung nach § 50d Abs. 3 EStG nicht zu versagen ist, die Steuerentlastung auch nach § 42 AO nicht mehr versagt werden kann<sup>81</sup>. In der „SOPARFI“-Entscheidung vom 29.1.2008 bestätigte der BFH die Auffassung, dass § 42 AO durch die speziellere Missbrauchsvorschrift des § 50d Abs. 3 EStG (§ 50d Abs. 1a a.F.) abschließend verdrängt wird<sup>82</sup>. Anzumerken ist allerdings, dass sich beide Entscheidungen auf die ursprüngliche Fassung des § 42 AO, vor seinen Änderungen durch das StÄndG 2001<sup>83</sup> und das JStG 2008<sup>84</sup> beziehen.

Die aktuell gültige Fassung des § 42 AO erkennt in Abs.1 Satz 2 zwar den Vorrang von spezielleren Missbrauchsregelungen an, allerdings nur bezüglich der Rechtsfolgen und sofern der Tatbestand der spezielleren Norm erfüllt ist. Sofern dieser Tatbestand nicht erfüllt ist, soll eine Anwendung des § 42 AO wieder möglich sein. Die speziellere Regelung des § 50d Abs. 3 EStG entfaltet nach dieser, auch von der Finanzverwaltung vertretenen Sichtweise, also keine Abschirmwirkung gegenüber § 42 AO<sup>85</sup>.

In der Literatur wird diese Auffassung hingegen zu Recht überwiegend abgelehnt<sup>86</sup>. Letztlich konkretisiert der Gesetzgeber ja gerade durch eine spezielle Missbrauchsbekämpfungsvorschrift, welche Gestaltungen er innerhalb eines spezifischen Bereichs akzeptiert und welche nicht, und schafft somit Gestaltungssicherheit für

---

<sup>76</sup> Vgl. BFH v. 29.10.1997, I R 35/96, BStBl II 1998, 235, 235.

<sup>77</sup> Dies prinzipiell bejahend: Schaumburg, Internationales Steuerrecht (1998), Rdnr. 16.156 f.; Stoschek / Sommerfeld, RIW 1998, 948, 951.

<sup>78</sup> So die herrschende Meinung: Fügler / Rieger, IStR 1998, 353, 357; Ritzer / Stangl, FR 2006, 757, 762 f.; Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 45; Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 41; Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 57.

<sup>79</sup> BFH v. 20.3.2002, I R 38/00, BStBl II 2002, 819, 821.

<sup>80</sup> BFH v. 31.5.2005, I R 74, 88/04, BStBl II 2006, 118, 120.

<sup>81</sup> Grotherr, IStR 2006, 361, 366.

<sup>82</sup> BFH v. 29.1.2008, I R 26/06, BStBl II 2008 II, 978, 978.

<sup>83</sup> StÄndG 2001 v. 20.12.2001, BStBl I 2002, 4.

<sup>84</sup> JStG 2008 v. 20.12.2007, BStBl I 2007, 3150.

<sup>85</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 12.

<sup>86</sup> Vgl. Nachweise in Fußnote 78.

---

den Steuerpflichtigen<sup>87</sup>. Insbesondere eine so scharfe und präzise Regelung wie § 50d Abs. 3 EStG lässt daher keinen Raum für eine zusätzliche Anwendung des allgemein gefassten § 42 AO<sup>88</sup>.

Die Situation würde sich jedoch ändern, sofern der EuGH feststellen sollte, dass eine Versagung der Steuerentlastung nach der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie durch § 50d Abs. 3 EStG gegen das europäische Gemeinschaftsrecht verstößt<sup>89</sup>. Konsequenz eines solchen Urteils wäre nämlich die Nichtanwendbarkeit des § 50d Abs. 3 EStG auf entsprechende Fallgestaltungen<sup>90</sup>. Für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit dieser Gestaltungen würde dann § 42 AO wieder aufleben<sup>91</sup>.

## **2. Das Verhältnis zu weiteren nationalen Normen**

Weitere nationale Normen, deren Verhältnis zu § 50d Abs. 3 EStG von Bedeutung ist, sind § 50g Abs. 4 EStG und § 44a Abs. 9 EStG.

### **a) Das Verhältnis zu § 50g Abs. 4 EStG**

§ 50g EStG enthält als nationale Umsetzung der EG-Zins- und Lizenz-Richtlinie in Absatz 4 eine eigene Missbrauchsklausel. § 50g Abs. 4 Satz 1 EStG versagt eine Entlastung, „wenn der hauptsächliche Beweggrund oder einer der hauptsächlichen Beweggründe für Geschäftsvorfälle der Missbrauch oder die Steuervermeidung ist“. Gem. § 50 g Abs. 4 Satz 2 EStG bleibt § 50d Abs. 3 EStG daneben jedoch uneingeschränkt anwendbar<sup>92</sup>.

### **b) Das Verhältnis zu § 44a Abs. 9 EStG**

Der durch das UStRefG 2008<sup>93</sup> eingeführte § 44a Abs. 9 EStG soll eine Gleichbehandlung beim Quellensteuerabzug auf Kapitalerträge von unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaften und ausländischen, beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften, Personenvereinigungen oder Vermögensmassen gewährleisten<sup>94</sup>. Konkret sieht § 44a Abs. 9 Satz 1 EStG für beschränkt steuerpflichtige Körperschaften im Sinne des § 2 Nr.1 KStG einen nachträglichen Erstattungsanspruch in Höhe von zwei Fünfteln der einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragssteuer auf Kapitalerträge im Sinne des § 43 Abs.1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EStG vor. Faktisch sinkt somit die Kapitalertragssteuer auf den Satz für unbeschränkt steuerpflichtige Körperschaften (vgl. § 44a Abs. 8 EStG). Weitergehende Erstattungsansprüche, die sich aus § 43b EStG oder DBA ergeben, bleiben daneben bestehen<sup>95</sup>. Durch das JStG 2009<sup>96</sup> wurde eine entsprechende Anwendung des § 50d Abs. 3

---

<sup>87</sup> Vgl. Drüen in Tipke/Kruse, AO, FGO, §42 AO, Rdnr. 20.

<sup>88</sup> Micker, FR 2009, 409, 410.

<sup>89</sup> Zu einem möglichen Verstoß von § 50d Abs. 3 EStG gegen EG-Recht vgl. Kapitel 4.2.3.

<sup>90</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 45.

<sup>91</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 45; Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. E9.

<sup>92</sup> So auch Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 10, Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 58.

<sup>93</sup> UntStRefG 2008 v. 14.8.2007, BStBl I 2007, 630.

<sup>94</sup> Harenberg in Herrmann / Heuer / Raupach, EStG, KStG Jahresband 2008, § 44a, Rdnr. J 07-24.

<sup>95</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. A 19.

<sup>96</sup> JStG 2009 v. 19.12.2008, BStBl I 2009, 74.

---

ESTG auf § 44a Abs. 9 EStG im Satz 2 der Regelung eingefügt. Liegt somit eine missbräuchliche Gestaltung im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG vor, entfällt neben möglicher Erstattungsansprüche auf Grund von DBA oder der §§ 43b, 50g EStG auch eine Teilentlastung nach § 44a Abs. 9 EStG.

### 3. Das Verhältnis zum europäischen Gemeinschaftsrecht

Der Hintergrund für eine Prüfung der Europarechtskonformität des § 50d Abs. 3 EStG ist, dass nationale Missbrauchsvorschriften zur Vermeidung von Directive-Shopping immer vor dem Hintergrund der EG-rechtlichen Grundfreiheiten sowie der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie zu sehen sind<sup>97</sup>.

#### a) Der Missbrauchsvorbehalt der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie

Die in § 43b EStG in nationales Recht umgesetzte EG-Mutter-Tochter-Richtlinie sieht für Inbound-Gestaltungen (ausländische Mutter-, inländische Tochtergesellschaft) innerhalb der EG eine Quellensteuerbefreiung für Dividendenzahlungen vor (vgl. Art 5 Abs. 1 MTRL). Eine Versagung der Steuerentlastung bzw. Steuerfreistellung auf Grund von § 50d Abs. 3 EStG stünde dieser Quellensteuerbefreiung entgegen. Die Richtlinie erlaubt nach Art. 1 Abs. 2 MTRL jedoch ausdrücklich die „Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bedingungen zur Verhinderung von Steuerhinterziehung und Missbräuchen“.

Fraglich ist jedoch, ob Art. 1 Abs. 1 MTRL den nationalen Gesetzgebern tatsächlich vollkommen freie Hand in der Definition dessen, was als steuerlichen Gestaltungsmissbrauchs zu qualifizieren ist, gibt.

Für diese Sichtweise spricht, dass es sich bei § 50d Abs. 3 EStG, seiner Natur und Rechtsfolge nach, um eine Regelung der (bloßen) Einkünftezurechnung und -erzielung handelt, die im Grundsatz allein durch nationales Recht zu beantworten ist<sup>98</sup>. Solange keine Harmonisierung im Bereich der direkten Steuern stattgefunden hat, sei es dem nationalen Gesetzgeber daher freigestellt, sowohl die Frage der Einkünftezurechnung als auch die der Umgehung dieser Zurechnung einseitig festzulegen<sup>99</sup>.

Letzten Endes könnte diese Sichtweise jedoch zu unterschiedlichen Ausgestaltungen der Missbrauchsvorschriften in den einzelnen Ländern führen<sup>100</sup>. Daher wird als gegenteilige Meinung die Auffassung vertreten, dass die Mitgliedsstaaten trotz Art. 1 Abs. 2 MTRL nicht frei seien, den Missbrauchstatbestand selbst zu formulieren, sondern vielmehr ein gemeinschaftsrechtlich autonomes Missbrauchsverständnis anzuwenden sei<sup>101</sup>.

Der zweiten Auffassung ist meines Erachtens insoweit Folge zu leisten, dass die einzelnen Mitgliedsländer zwar durchaus unterschiedliche eigene Missbrauchsvorschriften erlassen dürfen. Hierbei muss es allerdings eine gemeinschaftsrechtliche Richtschnur geben, die vorgibt wie weit diese Vorschriften maximal gehen dürfen. Es gilt daher die nationalen Vorschriften verhältnismäßig auszugestalten. Bei der Bestimmung der

---

<sup>97</sup> Eilers in FS Wassermeyer 2005, 323, 329..

<sup>98</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 42.

<sup>99</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 42.

<sup>100</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. A 34a.

<sup>101</sup> Schön, IStR 1996 Beihefter zu Heft 2, 1, 6; Bron DB 2007, 1273, 1273 f.



---

Frage, was als verhältnismäßig anzusehen ist, kann dabei auf die vom EuGH zu den Grundfreiheiten entwickelten steuerrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen werden<sup>102</sup>. Bestätigt wird diese Sichtweise durch die „Bosal“-Entscheidung des EuGH, nach der die in einer Richtlinie vorgesehene Ermächtigung zum Erlass von innerstaatlichen Missbrauchsvorschriften EG-vertragskonform (und folglich unter Beachtung der Grundfreiheiten) erfolgen muss<sup>103</sup>.

## **b) Die Grundsätze des EuGH auf Basis der Grundfreiheiten**

Zunächst gilt es festzuhalten, dass der EuGH es grundsätzlich für gerechtfertigt hält, dass Mitgliedsstaaten nationale Missbrauchsnormen erlassen, die unter strengen Vorschriften darauf gerichtet sind, missbräuchliche Steuerumgehungspraktiken zu unterbinden<sup>104</sup>. Im Leur-Bloem“-Fall (der ersten Entscheidung zu einer nationalen Missbrauchsnorm) stellte der EuGH jedoch fest, dass eine nationale Missbrauchsnorm dann gemeinschaftsrechtlich unzulässig sei, wenn sie einen Missbrauch typisierend, d.h. anhand allgemeiner pauschaler Kriterien und Grundwertungen vermutet<sup>105</sup>. Auch in der späteren „Marks & Spencer“-Entscheidung hielt der EuGH an der Unzulässigkeit typisierender Missbrauchsregelungen fest und forderte vielmehr eine einzelfallbezogene Betrachtung<sup>106</sup>.

Einen Missbrauch sieht der EuGH nach ständiger Rechtsprechung erst dann, wenn es sich um eine rein künstliche Konstruktion handelt, die ausschließlich auf eine Steuerumgehung abzielt<sup>107</sup>. In seinem Urteil in dem Outbound-Fall „Cadbury-Schweppes“ konkretisiert der EuGH vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EGV), dass die Gründung einer ausländischen Tochtergesellschaft nicht als missbräuchlich einzustufen ist, sofern eine dauerhafte wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Gründungsstaat der Gesellschaft ausgeübt wird<sup>108</sup>. Die Feststellung einer wirtschaftlichen Tätigkeit muss dabei auf „objektiven, von dritter Seite nachprüfbaren Anhaltspunkten beruhen, die sich u. a. auf das Ausmaß des greifbaren Vorhandenseins der beherrschten ausländischen Gesellschaft in Form von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen beziehen“<sup>109</sup>. Durch die Konkretisierung von Tatbeständen, die einen Missbrauch ausschließen, weicht der EuGH mit der „Cadbury-Schweppes“-Entscheidung erstmals von der strikten Ablehnung typisierender Missbrauchsklauseln ab. Dabei fordert er jedoch, dass den Gesellschaften, die von einer typisierenden Missbrauchsklausel erfasst werden, eine Gegenbeweismöglichkeit in Form eines sog. Motivtests eingeräumt werden muss<sup>110</sup>. Dieser Test soll im Einzelfall den Nachweis ermöglichen, dass das Motiv der Gründung einer Gesellschaft nicht bzw. nicht nur die Steuerminimierung gewesen ist<sup>111</sup>.

---

<sup>102</sup> Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 22.

<sup>103</sup> EuGH v. 18.9.2003, Rs. C-168/01, Bosal, EuGHE I 2003, 9409, Rdnr. 26.

<sup>104</sup> Kaiser, IStR 2009, 121, 127.

<sup>105</sup> EuGH v. 17.7.1997, Rs. C-28/75, Leur-Bloem, EuGHE I 1997, 4161, Rdnr. 44.

<sup>106</sup> EuGH v. 13.12.2005, C-446/03, Marks & Spencer, EuGHE I 2005, 10837, Rdnr. 55, 57.

<sup>107</sup> EuGH v. 16.7.1998, Rs. C-264/96, ICI, EuGHE I 1998, 4695, Rdnr. 26; EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, EuGHE I 2006, 7995, Rdnr. 51.

<sup>108</sup> EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, , a.a.O., Rdnr. 54.

<sup>109</sup> EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, , a.a.O., Rdnr. 67.

<sup>110</sup> EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, , a.a.O., Rdnr. 70, 72.

<sup>111</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. 35a.

---

Obwohl der „Cadbury-Schweppes“-Sachverhalt einen Outbound-Fall betraf, wird in der Literatur eine Übertragung der Grundsätze der Entscheidung auf Inbound-Fälle als möglich angesehen<sup>112</sup>. „Cadbury-Schweppes“ eignet sich daher als die oben geforderte Richtschnur<sup>113</sup> für die Beurteilung der Europarechtskonformität des § 50d Abs. 3 EStG.

### c) Verstoß von § 50d Abs. 3 EStG gegen Gemeinschaftsrecht

Während § 50d Abs. 3 EStG a.F., insbesondere vor dem Hintergrund der Lockerung seines Anwendungsbereiches durch die „Hilversum II“-Entscheidung<sup>114</sup>, nach herrschender Meinung wohl keinen Verstoß gegen europäisches Recht darstellte<sup>115</sup>, stellt sich die Lage im Falle der hier untersuchten Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG ganz anders dar. In Betracht zu ziehen ist dabei vor allem ein Verstoß der neuen Missbrauchsklausel gegen die EG-Mutter-Tochter-Richtlinie. Daneben ist auch ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten, namentlich die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV), die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 49 EGV) sowie die Dienstleistungsfreiheit (Art 56 EGV) denkbar<sup>116</sup>, was hier jedoch nicht weiter vertieft werden soll.

Prüft man § 50d Abs. 3 EStG an den von EuGH entwickelten Grundsätzen<sup>117</sup>, so ist zunächst festzuhalten, dass jeder der drei alternativen Tatbestände

- Fehlen von wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründen für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft oder
- Erzielung von Bruttoerträgen von nicht mehr als 10 v.H. aus eigener Wirtschaftstätigkeit oder
- Fehlen eines angemessen eingerichteten Geschäftsbetriebes

für sich genommen einen Missbrauch indizieren kann<sup>118</sup>.

Kritisch zu beurteilen sind jedoch vor allem die alternative Verknüpfung der Tatbestände sowie die abstrakte „10%-Grenze“ des zweiten Tatbestandsmerkmals. Auf Grund der willkürlichen festgelegten „10%-Grenze“ ist § 50d Abs. 3 EStG als eine abstrakt typisierende Missbrauchsnorm zu qualifizieren. Der EuGH erlaubt eine Typisierung jedoch nur, sofern davon lediglich rein künstliche Konstruktionen erfasst werden, die ausschließlich auf eine Umgehung des Steuerrechts abzielen<sup>119</sup>. Die „10%-Grenze“ in § 50d Abs. 3 Nr. 2 EStG ist jedoch ganz offensichtlich ungeeignet eine klare Grenze zwischen einer schützenswerten geschäftsleitenden Holdinggesellschaft und einer bloßen Briefkastengesellschaft zu ziehen<sup>120</sup>.

---

<sup>112</sup> So bei Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. 35a; Klein in Herrmann / Heuer / Raupach, EStG, KStG, Jahresband 2007, Rdnr. J 06-5; Bron DB 2007, 1273, 1274; Kaiser, IStR 2009, 121, 128.

Kritisch zu der meist kommentarlosen Übertragung der Urteilsgrundsätze auf Inbound-Fälle äußern sich dagegen: Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr.42; Gosch in FS Reis 2008, 597, 618; Ritzer, Stangl, FR 2006, 757, 765.

<sup>113</sup> Vgl. Kapitel a).

<sup>114</sup> BFH v. 31.5.2005, I R 74, 88/04, BStBl II 2006, 118; Für Erläuterungen zu der Entscheidung vgl. Kapitel 2.

<sup>115</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. A 36; Klein in Herrmann / Heuer / Raupach, EStG, KStG, Jahresband 2007, Rdnr. J 06-5; Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 56a, Bron DB 2007, 1273, 1275.

<sup>116</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. A 37.

<sup>117</sup> Vgl. Kapitel b).

<sup>118</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. A 37a.

<sup>119</sup> Vgl. Kapitel b), Nachweise in Fußnote 107.

<sup>120</sup> Kessler / Eicke, DStR 2007, 781, 782.

---

Typisierende Missbrauchsvorschriften sind aus Sicht des EuGH zudem nur dann zulässig, wenn die Möglichkeit des Gegenbeweises in Form eines Motivtests besteht<sup>121</sup>. Eine solche Gegenbeweismöglichkeit hat der Gesetzgeber aber in § 50d Abs. 3 EStG nicht vorgesehen. Auf Grund der Alternativverknüpfung, müssen vielmehr alle drei sachlichen Tatbestandsmerkmale widerlegt werden, um eine Anwendung der Missbrauchsvorschrift zu vermeiden. Eine Widerlegung des Missbrauchs ist daher auch bei Vorliegen noch so bedeutender Gründe nicht möglich<sup>122</sup>.

Als Ergebnis kann also festgehalten werden, dass § 50d Abs. 3 EStG auf Grund des Zusammenwirkens der neuen „10%-Grenze“ mit der alternativen Verknüpfung der sachlichen Tatbestandsmerkmale, sowie der fehlenden Gegenbeweismöglichkeit gegen europäisches Sekundärrecht in Form der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie und wohl auch gegen europäisches Primärrecht, zumindest in Form der Niederlassungsfreiheit<sup>123</sup> verstößt. § 50d Abs. 3 EStG wird in seiner derzeitigen Form daher ein eher kurzes Leben prophezeit<sup>124</sup>.

Eine Bestätigung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit durch den EuGH (im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens oder eines für die nahe Zukunft erwarteten Vertragsverletzungsverfahrens<sup>125</sup>) hätte eine Nichtanwendbarkeit, aber nicht die Nichtigkeit des § 50d Abs. 3 EStG zur Folge<sup>126</sup>. Für EG-Sachverhalte würde in diesem Fall § 42 AO wieder aufleben<sup>127</sup>. Treaty-Shoppings auf reiner DBA-Basis, also ohne Ausnutzung der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie, würden jedoch auch weiterhin dem Anwendungsbereich von § 50d Abs. 3 EStG unterliegen.

#### 4. Das Verhältnis zu Doppelbesteuerungsabkommen

§ 50d Abs. 3 EStG überschreibt unilateral Abkommensrecht, indem Zwischengesellschaften, welche die Tatbestände der Missbrauchsklausel erfüllen, mögliche Steuerentlastungen aus DBA versagt werden.

Nach der herrschenden Meinung ist ein solches Treaty-Override jedoch, zumindest innerstaatlich, rechtlich wirksam<sup>128</sup>. Demnach gilt es zu unterscheiden zwischen dem DBA als völkerrechtlichem Vertrag und dem unilateralen Zustimmungsgesetz, durch welches das Abkommen in innerstaatlich geltendes Recht transformiert wird (sog. „dualistische Theorie“)<sup>129</sup>. Das Zustimmungsgesetz kann der deutsche Gesetzgeber jederzeit durch ein nachfolgendes Gesetz ändern und so das DBA überschreiben. Sofern dabei der vom Gesetzgeber gewollte Vorrang vor dem Abkommen in dem ändernden Gesetz deutlich zum Ausdruck kommt, ist dieses Vorgehen nach laufender Rechtsprechung des BFH nicht zu beanstanden<sup>130</sup>.

---

<sup>121</sup> Vgl. Kapitel b), Nachweise in Fußnote 110.

<sup>122</sup> Bron DB 2007, 1273, 1275.

<sup>123</sup> Ob auch ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit oder die Dienstleistungsfreiheit vorliegt, lässt sich aus den Grundsätzen der „Cadbury-Schweppes“ Entscheidung nicht ableiten, da diese sich ausschließlich auf die Niederlassungsfreiheit bezieht (vgl. hierzu die Erläuterungen zu der Entscheidung in Kapitel 4.2.3.2.). Es wird zudem darauf hingewiesen, dass ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit wohl nur dann besteht, wenn auch der Gesellschafter der Zwischengesellschaft in der EG ansässig ist (vgl. Plewka / Renger, GmbHR 2007, 1027, 1028 f.).

<sup>124</sup> Gosch, IStR 2008, 413, 415, Wiese / Süß, GmbHR 2006, 972, 976.

<sup>125</sup> So zumindest Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E4; Kippenberg, IStR-Länderbericht, Beilage zu IStR Heft 19 2008, 53.

<sup>126</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 45; Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, §50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 22.

<sup>127</sup> Zum Verhältnis von § 50d Abs. 3 EStG und § 42 AO vgl. Kapitel 1.

<sup>128</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. A 28; Klein in Herrmann / Heuer / Raupach, EStG, KStG, Jahresband 2007, J 06-4; Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 285; Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, §50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 31; Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, §50d EStG, Rdnr. 56; Hase, Internationales und Europäisches Steuerrecht (2009), Rdnr. 571.

<sup>129</sup> Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 285.

<sup>130</sup> BFH v. 20.3.2002, I R 38/00, BStBl II 2002, 819, 822; BFH v. 21.5.1997, I R 79/69, BFH/NV 1997, 760.

---

Eine mögliche Völkerrechtswidrigkeit des Treaty-Override in § 50d Abs. 3 EStG ist dabei eine andere Frage, die hier jedoch nicht behandelt werden soll. Vor dem Hintergrund der aktuell herrschenden Rechtsauffassung spielt diese Frage für die von der Missbrauchsklausel betroffenen Steuerpflichtigen auch keine Rolle<sup>131</sup>. Bedient sich ein Staat zur Sicherung seines Steueraufkommens eines Treaty-Override, so hat er vielleicht aus völkerrechtlicher Sicht ein Problem, für die betroffenen Steuerpflichtigen ändert sich jedoch nichts, denn sie unterliegen auch weiterhin dem innerstaatlichen Steuerrecht<sup>132</sup>.

Für die Praxis wichtiger ist dagegen die Frage des Verhältnisses von § 50d Abs. 3 EStG zu DBA-eigenen Missbrauchsregelungen.

Die Finanzverwaltung vertritt hierzu die Auffassung, dass DBA-rechtliche Missbrauchsvorschriften gegenüber § 50d Abs. 3 EStG nur dann vorgehen, wenn das DBA eine „abschließende Regelung“ enthält<sup>133</sup>. Diese Sichtweise entspricht zwar einerseits dem Grundsatz „lex specialis derogat legi generali“, andererseits ist aber aus der Aussage nicht erkennbar, wann eine spezielle DBA-Regelung „abschließend“ sein soll.

Meines Erachtens ist hier die Auffassung richtig, dass es nicht darauf ankommen kann, ob eine DBA-Regelung mindestens so weitreichend ist wie § 50d Abs. 3 EStG. Vielmehr sollte es ausreichen, dass die Abkommenspartner (zumindest implizit) zum Ausdruck gebracht haben, dass sie mit einer DBA-Regelung die Fälle des DBA-Missbrauchs abschließend bekämpfen wollen<sup>134</sup>. Ein Beispiel für eine solche Regelung ist die „Limitation-of-Benefits“-Klausel in Art. 28 des DBA zwischen Deutschland und den USA.

Abschließend sei hier jedoch darauf hingewiesen, dass Gosch sich in jüngerer Vergangenheit für einen Paradigmenwechsel in der Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit von Treaty-Overrides ausgesprochen hat<sup>135</sup>. Hintergrund hierfür ist, dass sich das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung in anderen Zusammenhängen mehrfach für eine prinzipielle Bindung des nationalen Gesetzgebers an das Völkerrecht und eine Bejahung der internationalen Zusammenarbeit ausgesprochen hat, sofern im konkreten Fall die Grundrechte gewahrt blieben<sup>136</sup>. In Anbetracht des zunehmenden Gebrauchs von Treaty-Overrides seitens des Gesetzgebers, sowie nicht zuletzt angesichts der Art. 25, Art 59 GG sollte deshalb die bisherige Rechtsauffassung zu Treaty-Overrides von der Rechtsprechung fortentwickelt werden<sup>137</sup>.

### III. Zwischenergebnis

Der historische Grund für die Einführung der Anti-Treaty-/ Directive-Shopping-Regelung in § 50d Abs. 3 EStG war die mittlerweile wieder aufgegebene Rechtsprechung des BFH in der „Monaco“-Entscheidung, nach der die allgemeine, abgabenrechtliche Missbrauchsvorschrift in § 42 AO nicht auf beschränkt Steuerpflichtige anzuwenden sei<sup>138</sup>. Auch die hier betrachtete Neufassung von § 50d Abs. 3 durch das JStG 2007 kann wiederum auf eine unliebsame Rechtsprechung des BFH zurückgeführt werden, diesmal in der "Hilversum II"- Entscheidung<sup>139</sup>. Entgegen der Auffassung des Gesetzgebers stellt die Neufassung nicht bloß eine

---

<sup>131</sup> Vgl. Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. 31.

<sup>132</sup> Vgl. Gosch, IStR 2008, 413, 418.

<sup>133</sup> Vgl. BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl. I 2007, 446, Tnr. 11.

<sup>134</sup> Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr.32.

<sup>135</sup> Vgl. Gosch, IStR 2008, 413, 421, Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 42.

<sup>136</sup> BVerfG v. 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, „Gürgülü“, Absatz-Nr. 33, 62 ; BVerfG v. 26.10.2004, 2 BvR 955/00, 2 BvR 1038/01, „Alteigentümer“, Absatz-Nr. 93.

<sup>137</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 42.

<sup>138</sup> BFH v. 29.10.1981, I R 89/80, BStBl II 1982, 150, 153.

<sup>139</sup> BFH v. 31.5.2005, I R 74, 88/04, BStBl II 2006, 118.

---

Klarstellung vom Sinn und Zweck der Missbrauchsvorschrift, sondern vielmehr eine erhebliche Verschärfung dar.

Bezüglich des Verhältnis von § 50d Abs. 3 EStG zu anderen Normen können zusammenfassend die folgenden Ergebnisse festgehalten werden:

- § 50d Abs. 3 EStG verdrängt in seinem Anwendungsbereich als speziellere Vorschrift die allgemeine abgabenrechtliche Missbrauchsklausel des § 42 AO,
- für Gestaltungen, welche die EG-Zins- und Richtlinie (§ 50g EStG) betreffen, ist § 50d Abs. 3 EStG parallel zur Missbrauchsklausel in § 50g Abs. 4 EStG anzuwenden,
- eine Teilerstattung der einbehaltenen Quellensteuer auf Kapitalerträge von beschränkt steuerpflichtigen Körperschaften im Sinne von § 44a Abs. 9 EStG steht unter dem Missbrauchsvorbehalt des § 50 d Abs. 3 EStG,
- § 50d Abs. 3 EStG verstößt in seiner aktuellen Fassung auf Grund der alternativen Verknüpfung der sachlichen Tatbestandsmerkmale in Verbindung mit der typisierenden „10%-Grenze“ sowie der fehlenden Gegenbeweismöglichkeit gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht in Form der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie und wohl auch gegen europäisches Primärrecht, zumindest in Form der Niederlassungsfreiheit,
- das Treaty-Override durch § 50d Abs. 3 EStG ist nach der aktuellen Rechtsauffassung, der sog. dualistischen Theorie, innerstaatlich wirksam. Eigene Missbrauchsklauseln in DBA gehen jedoch vor, sofern die Abkommenspartner zum Ausdruck gebracht haben, dass sie mit der entsprechenden Regelung die Fälle des DBA-Missbrauchs abschließend bekämpfen wollen.

Im nächsten Abschnitt werden die schädlichen Tatbestandsmerkmale, an denen § 50d Abs. 3 EStG einen Gestaltungsmissbrauch festmacht im Einzelnen diskutiert.

---

## **E. Die Missbrauchstatbestandsmerkmale in § 50d Abs. 3 EStG**

---

§ 50d Abs. 3 EStG unterscheidet zwischen einem persönlichen und drei sachlichen Tatbestandsmerkmalen zur Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Treaty- oder Directive-Shopping-Gestaltung<sup>140</sup>. Eine Gesellschaft, die mindestens eines der drei sachlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt, wird dabei im Folgenden als funktionsschwache Gesellschaft bezeichnet.

### **I. Das persönliche Tatbestandsmerkmal**

Das persönliche Missbrauchstatbestandsmerkmal in § 50d Abs. 3 Satz 1, 1. Halbsatz EStG ist die Beteiligung von Personen an der ausländischen Gesellschaft, denen eine Erstattung oder Freistellung nach § 50d Abs. 1 oder 2 EStG nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten. Das Tatbestandsmerkmal zielt also auf die mittelbare Entlastungsberechtigung der an der Zwischengesellschaft beteiligten Personen ab<sup>141</sup>. Vor einer Prüfung der mittelbaren Entlastungsberechtigung beteiligter Personen muss jedoch zunächst der Begriff der ausländischen Gesellschaft abgegrenzt werden.

#### **1. Der Begriff der ausländischen Gesellschaft**

In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass der Begriff der ausländischen Gesellschaft grundsätzlich alle denkbaren Gesellschaftsformen (Personen- und Kapitalgesellschaften) umfasst<sup>142</sup>. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Der Gesellschaftsbegriff ergibt sich vielmehr, entsprechend der zugrunde liegenden Gestaltung, entweder aus dem einschlägigen DBA (im Treaty-Shopping-Fall) oder der einschlägigen EG-Richtlinie (im Directive-Shopping-Fall)<sup>143</sup>.

Im Anwendungsbereich der DBA ist gem. Art. 3 Nr. 1 Bstb. b OECD-MA unter einer Gesellschaft jede juristische Person oder jeder Rechtsträger zu verstehen, der in dem Staat seiner Errichtung wie eine juristische Person behandelt wird. Neben Kapitalgesellschaften umfasst dieser Gesellschaftsbegriff auch die „Rechtsträger“ Anstalten, Stiftungen, Trusts und Personengesellschaften, sofern sie wie eine juristische Person behandelt werden<sup>144</sup>.

Die gesellschaftsrechtliche Einordnung eines Rechtsträgers kann in den Vertragsstaaten eines DBA jedoch unterschiedlich ausfallen. Ist dies der Fall, so ist aus Sicht der Finanzverwaltung die Einordnung nach innerstaatlich deutschem Steuerrecht durch einen sog. Typenvergleich vorzunehmen<sup>145</sup>. Einzige Ausnahme hiervon ist eine ausländische Personengesellschaft, die nach ausländischem Recht als Kapitalgesellschaft behandelt und deshalb im ausländischen Staat steuerpflichtig ist. Eine solche Gesellschaft gilt unabhängig von der Einordnung nach dem deutschen Steuerrecht als Gesellschaft im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG<sup>146</sup>.

---

<sup>140</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Kapitel A.V.

<sup>141</sup> Vgl. Kessler / Eicke, IStR 2007, 526, 527.

<sup>142</sup> Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 59.

<sup>143</sup> Vgl. Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 43; Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 18.

<sup>144</sup> Vgl. Nieland in Lademann, EStG, § 50d, Rdnr. 219.

<sup>145</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 3.

<sup>146</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 3.

---

Im Anwendungsbereich der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie (§ 43b EStG) und der EG-Zins- und Lizenz-Richtlinie (§ 50g EStG) ist darauf abzustellen, ob die Gesellschaft eine der in Anlage 2 zu § 43b EStG bzw. Anlage 3a zu § 50g EStG aufgeführten Rechtsformen aufweist. Die Einordnung der Gesellschaft nach dem innerstaatlichen deutschen Steuerrecht ist in diesem Fall irrelevant<sup>147</sup>.

„Ausländisch“ ist eine Gesellschaft dann, wenn sie weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung im Inland hat, bei einer sog. Doppelansässigkeit muss die Gesellschaft nach dem maßgeblichen DBA im anderen Vertragsstaat ansässig sein<sup>148</sup>. Nach Art. 4 Abs. 3 OECD-MA ist für die Ansässigkeit in einem der Vertragsstaaten der Ort der tatsächlichen Geschäftsleitung maßgebend<sup>149</sup>.

## 2. Abgrenzung nicht entlastungsberechtigter Personen

§ 50d Abs. 3 EStG versagt einer funktionsschwachen ausländischen Gesellschaft die Steuerentlastung auf Grund eines DBA oder einer einschlägigen EG-Richtlinie, soweit an ihr Personen beteiligt sind, die nicht mittelbar entlastungsberechtigt sind<sup>150</sup>.

Nicht mittelbar entlastungsberechtigte Personen im Sinne von § 50d Abs. 3 EStG sind:

- Personen, die in einem Staat ansässig sind, mit dem Deutschland kein DBA abgeschlossen hat,
- Personen, die in einem Staat ansässig sind, mit dem Deutschland ein DBA abgeschlossen hat, welches jedoch eine Entlastung nicht oder nur in einem geringeren Umfang vorsieht, als das DBA mit dem Sitzstaat der Zwischengesellschaft,
- Personen, die keine Steuervorteile aus der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie oder der EG-Zins- und Lizenz-Richtlinie beanspruchen können<sup>151</sup>.

Prinzipiell können an der ausländischen Gesellschaft auch Personen beteiligt sein, die in Deutschland ansässig sind (sog. Mäander-Strukturen)<sup>152</sup>. Bezüglich der mittelbaren Entlastungsberechtigung von in Deutschland ansässigen Personen vertritt die Finanzverwaltung die Auffassung, dass „Gesellschafter mit Wohnsitz, Sitz oder Geschäftsleitung im Inland“ nicht entlastungsberechtigt sind<sup>153</sup>. Dieser Sichtweise ist zuzustimmen, da Inländer bei unmittelbarem Bezug der Einkünfte systemimmanent keine Entlastung nach § 50d Abs. 1 oder 2 EStG beanspruchen können. Beim Bezug von inländischen Einkünften durch einen Inländer kann weder ein DBA noch eine der beiden einschlägigen EG-Richtlinien in den §§ 43b und 50g EStG eingreifen<sup>154</sup>.

---

<sup>147</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 18.

<sup>148</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 3.

<sup>149</sup> Entsprechend der sog. „tie breaker rule“ – vgl. Djanani / Brähler, Internationales Steuerrecht (2006), 114, Lehner in Vogel / Lehner, DBA, Art.4, Rz. 2 ff.

<sup>150</sup> Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 91.

<sup>151</sup> Vgl. Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 43; Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. 19; Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 238.

<sup>152</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 50, Schaumburg, Internationales Steuerrecht 1998, Rdnr. 16.155.

<sup>153</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 4.

<sup>154</sup> Schönfeld, FR 2007, 506, 507.

### 3. Der Umfang der Versagung der Steuerentlastung

Wird eine funktionsschwache ausländische Gesellschaft von einer Person zwischengeschaltet, der bei direktem Bezug der Einkünfte aus der deutschen Gesellschaft zumindest begrenzte Steuervorteile aus einem DBA zustehen würden, ergibt sich die Frage, ob die Zwischengesellschaft nicht wenigstens in den Genuss dieser begrenzten Steuerentlastung kommt. Zur Verdeutlichung und Klärung dieser Frage soll im Folgenden auf den Beispielfall 2 aus Kapitel 2 zurückgegriffen werden<sup>155</sup>.

In dem Fall ist die in Japan ansässige Kapitalgesellschaft M Alleingesellschafterin der deutschen T1 GmbH, die sie jedoch zum Zwecke der Quellensteuervermeidung indirekt über eine spanische ETVE-Zwischenholding hält. Zwischen Deutschland und Japan besteht ein DBA, das bei einer direkten Dividendenausschüttung der T1 GmbH an die japanische M eine Begrenzung der Quellensteuer auf 15% vorsieht<sup>156</sup>. Erfüllt die Zwischengesellschaft in Spanien nun mindestens eine der drei alternativen sachlichen Missbrauchsvoraussetzungen des § 50d Abs. 3 EStG, so wird ihr die Steuerentlastung auf Grund der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie versagt, da ihr einziger Gesellschafter, die japanische Kapitalgesellschaft M eine nicht mittelbar entlastungsberechtigte Person ist<sup>157</sup>.

Es stellt sich in dem Fall jedoch die Frage, ob der ETVE nicht wenigstens die Entlastung zu gewähren ist, welche der japanischen Muttergesellschaft bei direktem Bezug der Dividendeneinkünfte auf Grund des DBA Deutschland-Japan zustünde. Der Wortlaut von § 50d Abs. 3 EStG liefert hierauf keine eindeutige Antwort. Aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, nämlich der Missbrauchsvermeidung, lässt sich jedoch ableiten, dass nur diejenigen Steuervorteile abzuschöpfen sind, die sich aus der missbräuchlichen Zwischenschaltung einer Gesellschaft ergeben<sup>158</sup>. Einer ausländischen Zwischengesellschaft steht also auch im Missbrauchsfall zumindest die Steuerentlastung zu, die sich nach einem deutschen DBA mit dem Ansässigkeitsstaat der beteiligten Person(en) ergeben würde<sup>159</sup>. Diese Auffassung wird im Ergebnis auch von der Finanzverwaltung vertreten<sup>160</sup>.

Bezogen auf den Beispielfall steht der spanischen ETVE-Zwischenholding also in jedem Fall eine Teilentlastung zu. Die Höhe dieser Entlastung ergibt sich aus der Begrenzung der Quellenbesteuerung auf den im DBA Deutschland-Japan vorgesehen Höchststeuersatz von 15%.

### 4. Die anteilige Entlastung bei Beteiligung mehrerer Personen

Sind die Missbrauchsvoraussetzungen des § 50d Abs. 3 EStG erfüllt, so kommt es nach dem Wortlaut der Regelung zu einer Versagung der Steuerentlastung (nur) „soweit“ Personen an der ausländischen Gesellschaft beteiligt sind, denen eine Entlastung bei direktem Bezug der Einkünfte nicht zustünde. Hieraus resultiert die Frage nach der Höhe des Entlastungsanspruchs einer funktionsschwachen Zwischengesellschaft bei Beteiligung mehrerer Personen, die sich hinsichtlich ihres mittelbaren Entlastungsanspruchs unterscheiden.

---

<sup>155</sup> Vgl. Kapitel 2.2.

<sup>156</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2, DBA Deutschland-Japan.

<sup>157</sup> Zur Abgrenzung mittelbar entlastungsberechtigter Personen vgl. Kapitel 2.

<sup>158</sup> Schönfeld, FR 2007, 506, 511; Weiske, IStR 2007, 314, 315, Altrichter-Herzberg, GmbHR 2007, 579, 583.

<sup>159</sup> So die herrschende Meinung: Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 72 d; Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 237; Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 65; Schaumburg, Internationales Steuerrecht (1998), Rdnr. 16.158; Schönfeld, FR 2007, 506, 507.

<sup>160</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 13.



---

Diese Frage ist aus Sicht der Finanzverwaltung dadurch zu lösen, dass für jeden Gesellschafter einzeln die Höhe der (fiktiven) Entlastungsberechtigung bei direktem Bezug der Einkünfte ermittelt wird. Aus der Summe der fiktiven Entlastungsansprüche der beteiligten Personen ergibt sich dann der Steuerentlastungsanspruch der zwischengeschalteten Gesellschaft<sup>161</sup>.

Zur Berechnung des Entlastungsanspruchs der Zwischengesellschaft ist dabei die Festlegung eines Verteilungsschlüssels notwendig, aus dem sich die maßgeblichen Beteiligungsquoten der an der Zwischengesellschaft beteiligten Personen ergeben. Eine Beteiligung kann dabei prinzipiell am Nennkapital, an den Stimmrechten sowie an der Gewinnausschüttung bestehen<sup>162</sup>.

Als maßgeblicher Verteilungsschlüssel wird zum einen die Beteiligungsquote am Nennkapital vorgeschlagen, da sich hierdurch Probleme bei der Berechnung des Steuerentlastungsanspruchs vermeiden lassen<sup>163</sup>. Sofern jedoch die Gewinnverteilung der Zwischengesellschaft von den nominellen Beteiligungsquoten abweicht, wird dieser Verteilungsschlüssel der wirtschaftlichen Realität nicht mehr gerecht und lässt § 50d Abs. 3 EStG eventuell ins Leere laufen.

Zum anderen wird daher die Auffassung vertreten, dass die Gewinnanteile als maßgeblicher Verteilungsschlüssel heranzuziehen seien<sup>164</sup>. Vor dem Hintergrund, dass Gewinnanteil und Beteiligungsquote voneinander abweichen können, ist die zweite Auffassung aus meiner Sicht die richtige.

## **5. Entlastungsberechtigung ausländischer Gesellschaften bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen**

Bei tiefer gestaffelten Beteiligungsstrukturen stellt sich, hinsichtlich der Prüfung der mittelbaren Entlastungsberechtigung<sup>165</sup> sowie bei der Bestimmung des Umfangs der Entlastung<sup>166</sup>, die Frage, wie viele Ebenen in die Betrachtung einzubeziehen sind. Denkbar ist zum einen ein Entlastungsdurchgriff in die tieferen Ebenen der Beteiligungsstruktur hinsichtlich der persönlichen und sachlichen Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 EStG (sog. „Look-Through-Approach“). Zum anderen ist jedoch auch eine Beschränkung der Betrachtung auf zwei Ebenen denkbar (sog. „Two-Tier-Approach“)<sup>167</sup>. Zur Verdeutlichung und Diskussion dieser beiden unterschiedlichen Auffassungen wird im Folgenden die Konzernstruktur in Abbildung 5.1 herangezogen (der Sachverhalt ist aus dem Beispielfall 1 in Kapitel 2 abgeleitet<sup>168</sup>).

Im abgebildeten Sachverhalt bedient sich die auf den niederländischen Antillen ansässige M BV einer Doppelholdingstruktur, um, unter Ausnutzung der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie sowie des BRK-Steuerabkommens, eine Quellensteuerreduzierung auf die von der deutschen Tochtergesellschaft T1 GmbH ausgeschütteten Gewinne zu erreichen<sup>169</sup>.

---

<sup>161</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 13.

<sup>162</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 20.

<sup>163</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 20, Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 242.

<sup>164</sup> Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, §50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 84; Micker, FR 2009, 409, 415.

<sup>165</sup> Vgl. Kapitel 5.1.2.

<sup>166</sup> Vgl. Kapitel 5.1.3.

<sup>167</sup> Kessler / Eicke, IStR 2007, 526, 527.

<sup>168</sup> Vgl. Kapitel 2.1.

<sup>169</sup> Der Sachverhalt im Beispielfall 1 zielt ebenfalls auf eine Quellensteuerreduktion durch Ausnutzung der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie sowie des BRK-Steuerabkommens ab. Im Gegensatz zum hier beschriebenen Sachverhalt wird hierfür jedoch nur eine einzige Holdinggesellschaft in den Niederlanden zwischengeschaltet.

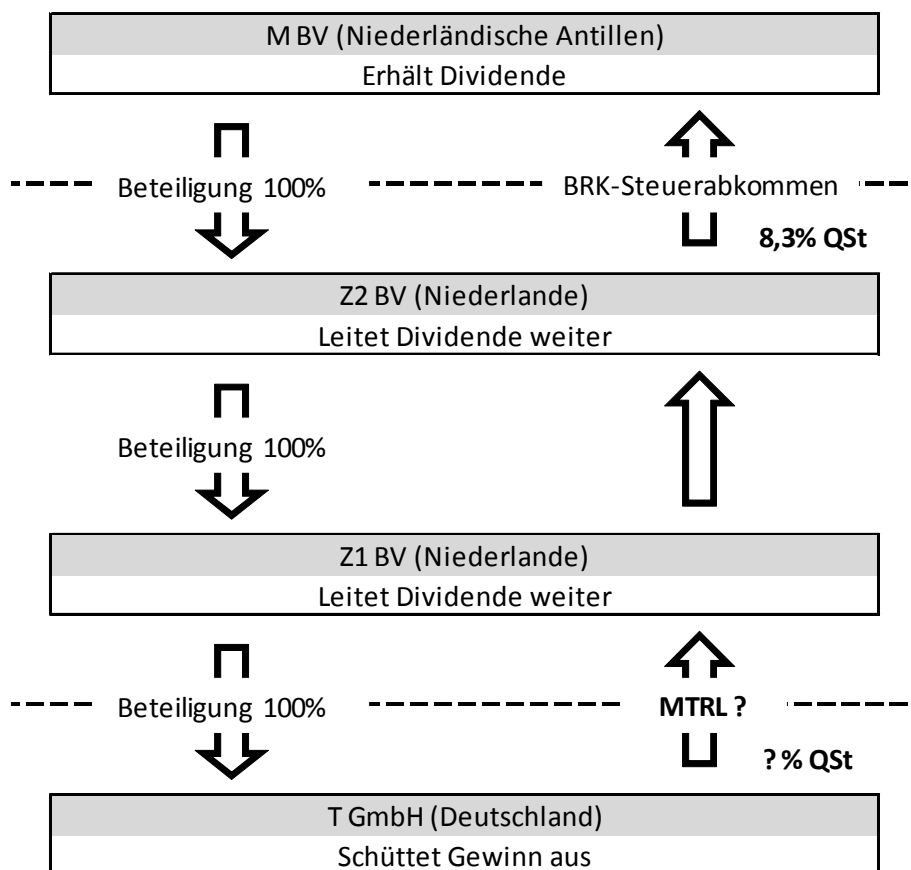


Abbildung 5: Treaty-/ Directive-Shopping mit einer Doppel-Holdingstruktur

Es wird angenommen, dass es sich bei den beiden in den Niederlanden ansässigen Zwischengesellschaften Z1 BV und Z2 BV um funktionsschwache Gesellschaften im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG handelt. Ferner ist festzuhalten, dass es sich bei der M BV um eine nicht mittelbar entlastungsberechtigte Person handelt, da zwischen Deutschland und den Niederländischen Antillen kein DBA besteht.

Würde die M BV daher nur eine einzige niederländische Gesellschaft zwischenschalten, so wäre die Gestaltung missbräuchlich im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG, da sie sowohl die persönliche als auch die sachlichen Missbrauchsvoraussetzungen der Regelung erfüllt. Die Zwischengesellschaft hätte folglich keinen Anspruch auf eine Steuerentlastung durch die EG-Mutter-Tochter-Richtlinie.

Bei der vorliegenden Doppel-Holdingstruktur hängt die Missbräuchlichkeit dagegen davon ab, ob für die Beurteilung der Gestaltung der „Two-Tier-Approach“ oder der „Look-Through-Approach“ zu Grunde gelegt wird.

Als Argumente für den „Two-Tier-Approach“ werden in der Literatur der Wortlaut des Gesetzes<sup>170</sup> angeführt, sowie die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Beteiligung“, welches nur unmittelbare

<sup>170</sup> Schaumburg, Internationales Steuerrecht 1998, Rdnr. 16.155; Flick, IStR 1994, 223, 224.

---

Beteiligungen erfasse<sup>171</sup>. Bei Anwendung des „Two-Tier-Approach“ würde die mangelnde mittelbare Entlastungsberechtigung der M BV keine Rolle spielen, da für eine entsprechende Prüfung des persönlichen Missbrauchstatbestandsmerkmals in § 50d Abs. 3 EStG nur die unmittelbar an der Z1 BV beteiligte Z2 BV herangezogen würde. Da die Z2 BV in einem Mitgliedsstaat der EG ansässig ist und sie eine Gesellschaft im Sinne der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie ist<sup>172</sup>, ist sie eine mittelbar entlastungsberechtigte Person. Dass es sich bei der Z2 BV um eine funktionsschwache Gesellschaft handelt, würde in diesem Fall keine Rolle spielen, da nur die Z1 BV hinsichtlich der sachlichen Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 EStG zu prüfen wäre. Der Z1 BV stünde bei Anwendung des „Two-Tier-Approach“ daher die Steuerentlastung auf Grund der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie zu.

Aus dem Beispiel wird deutlich, dass sich bei Anwendung des „Two-Tier-Approach“ die Missbrauchsregelung in § 50d Abs. 3 EStG recht einfach durch die Zwischenschaltung einer zweiten, mittelbar entlastungsberechtigten Holdinggesellschaft umgehen ließe. Für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von tiefer gestaffelten Beteiligungsstrukturen ist dieser Ansatz daher nicht geeignet und aus meiner Sicht ganz klar abzulehnen.

Der überwiegende Teil der Literatur spricht sich für eine Anwendung des „Look-Through-Approach“<sup>173</sup> aus und begründet dies mit dem Zweck des Gesetzes<sup>174</sup> und der oben beschriebenen Umgehungsgefahr<sup>175</sup>. Bei der Anwendung des „Look-Through-Approach“ auf die obige Doppelholdingstruktur sind bei einer Prüfung der mittelbaren Entlastungsberechtigung der an der „ausländischen Gesellschaft“ Z1 BV unmittelbar beteiligten Gesellschaft Z2 BV sowohl die persönlichen als auch die sachlichen Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 EStG heranzuziehen. Die Finanzverwaltung hält hierzu treffend fest, dass ein Gesellschafter dann nicht mittelbar entlastungsberechtigt ist, wenn er selbst „die Rechtsform einer Gesellschaft hat, diese funktionsschwach im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG ist und deren Gesellschafter ihrerseits in einem nicht-DBA-Staat ansässig sind bzw. als außerhalb der EU ansässige Person nicht die Voraussetzungen der einschlägigen EU-Richtlinien erfüllt“<sup>176</sup>. Das BMF beschreibt damit genau den hier untersuchten Sachverhalt. Folglich mangelt es der Z2 BV an der mittelbaren Entlastungsberechtigung, weshalb die Z1 BV keinen Anspruch auf eine Steuerentlastung auf Grund der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie hat. Bei noch tiefer gestaffelten Beteiligungsstrukturen ist der vom BMF beschriebene Prüfungsmechanismus gegebenenfalls über mehrere Stufen fortzusetzen<sup>177</sup>.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass für eine Beurteilung der Missbräuchlichkeit von mehrstufigen Beteiligungsstrukturen ausschließlich der „Look-Through-Approach“ zielführend ist.

---

<sup>171</sup> Flick, IStR 1994, 223, 224.

<sup>172</sup> Vgl. Anlage 2 zu § 43b EStG Nr. 1 Bstb. s.

<sup>173</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinshoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 74 sowie die Nachweise in den Fußnoten 174, 175.

<sup>174</sup> Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 60.

<sup>175</sup> Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, §50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 94; Schönfeld, FR 2007, 506, 508; Krabbe, IStR 1998, 76, 77.

<sup>176</sup> BMF-Schreiben v. 10. 7. 2007, IV B 1 – S 2411/07/0002, IStR 2007, 555.

<sup>177</sup> Lüdicke, IStR 2007, 556, 556.

## 6. Zwischenergebnis

Wie bereits im Zwischenergebnis zu Kapitel 3<sup>178</sup> festgehalten wurde, erfüllen die Sachverhalte der beiden Beispielfälle in Kapitel 2 jeweils das persönliche Missbrauchstatbestandsmerkmal des § 50d Abs. 3 EStG.

Zunächst gilt es festzuhalten, dass die zwischengeschalteten Gesellschaften jeweils eine der in Anlage 2 zu § 43b EStG genannten Rechtsformen (BV in Beispielfall 1<sup>179</sup>, ETVE in Beispielfall 2<sup>180</sup>) haben und daher von § 50d Abs. 3 EStG erfasst werden.

Die an den ausländischen Zwischengesellschaften beteiligten Gesellschaften sind zudem in beiden Fällen nicht mittelbar entlastungsberechtigt<sup>181</sup>. Im ersten Fall ist die Konzerndachholding M BV in einem nicht-DBA-Staat ansässig. Im zweiten Fall besteht zwischen Deutschland und dem Ansässigkeitsstaat der japanischen Konzernmutter M zwar ein DBA. Dieses sieht jedoch für die ausgeschütteten Dividenden der deutschen T1 GmbH lediglich eine Quellensteuerbegrenzung in einer Höhe von 15% und keine vollständige Quellensteuerbefreiung wie die EG-Mutter-Tochter-Richtlinie (auf deren Ausnutzung die Gestaltung abzielt) vor.

Sofern die zwischengeschalteten Gesellschaften funktionsschwach im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG sind, verfällt im Beispielfall 1 daher jeglicher Anspruch der in den Niederlanden zwischengeschalteten Z BV auf eine Steuerentlastung. Im zweiten Beispielfall käme die zwischengeschaltete spanische ETVE jedoch zumindest in den Genuss einer Reduktion deutscher Quellensteuern auf den im DBA Deutschland-Japan vorgesehenen Höchststeuersatz von 15%.

## II. Die sachlichen Tatbestandsmerkmale

Erfüllt eine ausländische Zwischengesellschaft das in Kapitel 5.1 beschriebene persönliche Tatbestandsmerkmal, so reicht es zur Feststellung eines Gestaltungsmissbrauchs in Sinne des § 50d Abs. 3 EStG aus, wenn die Gesellschaft mindestens eines der drei sachlichen Tatbestandsmerkmale der Missbrauchsvorschrift erfüllt:

- für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft fehlen wirtschaftliche oder sonst beachtlicher Gründe,
- die Gesellschaft erwirtschaftet nicht mehr als 10% ihrer gesamten Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit,
- die Gesellschaft nimmt nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teil<sup>182</sup>.

Die sachlichen Tatbestandsmerkmale werden im Folgenden einzeln analysiert. Für europarechtliche Bedenken, die sich aus der Alternativverknüpfung der drei Tatbestandsmerkmale ergeben, sei auf die

---

<sup>178</sup> Vgl. Kapitel 3.6.

<sup>179</sup> Vgl. Anlage 2 zu § 43b EStG Nr. 1 Bstb. s.

<sup>180</sup> Vgl. Anlage 2 zu § 43b EStG Nr. 1 Bstb. i (die ETVE ist eine körperschaftsteuerpflichtige spanische Kapitalgesellschaft und fällt daher unter den Auffangtatbestand des Bstb. i).

<sup>181</sup> Vgl. Kapitel 5.1.2.

<sup>182</sup> Vgl. § 50d Abs. 3 Satz 1, Nr. 1-3 EStG

---

Ausführungen zum Verhältnis von § 50d Abs. 3 EStG zum europäischen Gemeinschaftsrecht in Kapitel 3 verwiesen.

## **1. Fehlen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe**

Das Tatbestandsmerkmal des Fehlens wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft war bereits in der bis zum VZ 2006 gültigen, alten Fassung des § 50d Abs. 3 EStG vorgesehen. Neu ist lediglich seine alternative Verknüpfung mit den anderen sachlichen Missbrauchsvoraussetzungen.

Unter den Gründen für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft sind dabei nicht die ursprünglichen (historischen) Errichtungsgründe der ausländischen Gesellschaft zu verstehen, denn die Gesellschaft kann ja schon lange Zeit ohne einen wirtschaftlichen Bezug zu Deutschland bestanden haben, bevor sie in den Einkünftebezug aus Deutschland eingeschaltet wurde. Maßgeblich sind daher nur die Gründe, die aktuell für die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft vorliegen<sup>183</sup>.

Zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals müssen dabei sowohl wirtschaftliche als auch sonstige beachtliche Gründe für die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft fehlen<sup>184</sup>.

### **a) Nur Gründe der an der Zwischengesellschaft beteiligten Personen maßgeblich**

Strittig ist, wessen Gründe für die Zwischenschaltung maßgeblich sein sollen: die Gründe der ausländischen Gesellschaft selbst oder die Gründe der Anteilseigner der Gesellschaft. Diese Frage stellt sich auf Grund der Formulierung in § 50d Abs. 3 Satz 2 EStG, wonach ausschließlich die Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft maßgeblich sind.

In ihrem Anwendungsschreiben zu § 50d Abs. 3 EStG stellt die Finanzverwaltung hierzu klar, dass § 50d Abs. 3 Satz 2 EStG auf alle drei sachlichen Tatbestandsmerkmale anzuwenden sei<sup>185</sup>, also auch auf das Fehlen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe. Dieser Auffassung kann meines Erachtens jedoch nicht zugestimmt werden. Denn schon aus rein praktischen Überlegungen kann sich eine ausländische Gesellschaft nicht selbst zwischen zwei andere Gesellschaften (bzw. Personen) einschalten und mithin auch keine eigenen Gründe hierfür haben. Anhand der Struktur des Unternehmensverbundes im ersten Beispielfall des Kapitels 2<sup>186</sup> kann dies sehr anschaulich erläutert werden<sup>187</sup>.

Im ersten Beispielfall hält die auf den niederländischen Antillen ansässige MBV indirekt über die niederländische Zwischengesellschaft Z BV eine 100%-ige Beteiligung an der deutschen T GmbH. Prinzipiell gibt es nun verschiedene Möglichkeiten, wie die „Einschaltung“ der Zwischengesellschaft zustande gekommen sein kann.

---

<sup>183</sup> Vgl. Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 122; Piltz, IStR 2007, 793, 796.

<sup>184</sup> Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 64e.

<sup>185</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 9.

<sup>186</sup> Vgl. Kapitel 2.1.

<sup>187</sup> Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass hier ausschließlich die Frage geklärt werden soll, ob eine Zwischengesellschaft eigene Gründe für ihre Einschaltung haben kann. Die mögliche Missbräuchlichkeit der Gestaltung im Beispielfall 1 ist eine andere Frage.

---

Denkbar ist zum einen, dass die M BV in der Ausgangssituation die T GmbH als Direktbeteiligung hielt, später jedoch die Zwischengesellschaft Z BV gegründet und ihre Anteile an der T GmbH auf diese übertragen hat<sup>188</sup>. In diesem Fall kann alleine die M BV Gründe für die Zwischenschaltung der Z BV haben. Denn andernfalls würde die Zwischengesellschaft Z BV ja gar nicht existieren.

Zum anderen ist noch denkbar, dass in der Ausgangssituation die M BV bereits Eigentümerin der Z BV war und die Beteiligung an der T GmbH erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgte. In diesem Fall ist es zwar prinzipiell denkbar, dass die Z BV eigene Gründe für die Beteiligung an der T GmbH hat. Diese Gründe sind aber meines Erachtens nicht gleichzusetzen mit den Gründen für ihre Ein- bzw. Zwischenschaltung im Sinne von § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG. Denn letztlich ist die Tochtergesellschaft Z BV auch hier nur das Werkzeug, welches die Entscheidung ihrer Gesellschafter (bzw. des Alleingeschafters M BV) umsetzt<sup>189</sup>. Daher liegt es auch in diesem Fall alleine an den Gründen der M BV, ob sie eine Beteiligung direkt oder indirekt über eine Tochtergesellschaft hält.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass eine ausländische Gesellschaft, entgegen der Sichtweise des Gesetzgebers und der Finanzverwaltung, keine eigenen Gründe für ihre Einschaltung haben kann. Es sind daher alleine die Gründe der an der ausländischen Gesellschaft beteiligten Personen maßgeblich<sup>190</sup>.

## b) Abgrenzung wirtschaftlicher Gründe

Die Formulierung „wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe“ ist der BFH-Rechtsprechung zu § 42 AO zur missbräuchlichen Zwischenschaltung von ausländischen Basisgesellschaften durch Steuerinländer (sog. Outbound-Fall) entnommen<sup>191</sup>. Daher kann für eine erste Eingrenzung der wirtschaftlichen Gründe im Sinne des § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG auf diese Rechtsprechung zurückgegriffen werden<sup>192</sup>.

Wirtschaftliche Gründe für die Zwischenschaltung der ausländischen Gesellschaft liegen demnach vor, wenn die ausländische Gesellschaft:

- die Spitze eines weltweit aufzubauenden Konzerns darstellt<sup>193</sup>,
- Beteiligungen von einigem Gewicht erwirbt, um gegenüber den Tochtergesellschaften geschäftsleitende Funktionen wahrzunehmen<sup>194</sup>,
- als konzerneigene Finanzierungsgesellschaft mindestens zwei in- oder ausländische Tochtergesellschaften finanziert<sup>195</sup>.

Wirtschaftliche Gründe für das Einschalten der ausländischen Gesellschaft liegen dagegen nicht vor wenn:

- die alleinige als konzerneigene Absicht der Zwischenschaltung die Steuerersparnis ist<sup>196</sup>,
- der Zweck der Zwischenschaltung die Sicherung inländischen Vermögens in Krisenzeiten ist<sup>197</sup>,

---

<sup>188</sup> So im Beispielfall, vgl. Kapitel 2.1.

<sup>189</sup> Vgl. Piltz, IStR 2007, 793, 796.

<sup>190</sup> So auch die h.M. in der Literatur: Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 44; Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 54; Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 244; Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 125; Kaiser, IStR 2009, 121, 126; Piltz, IStR 2007, 793, 796.

<sup>191</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 24.

<sup>192</sup> Zu den „sonst beachtlichen Gründen“ existiert dagegen noch keine konkrete Rechtsprechung des BFH.

<sup>193</sup> BFH v. 29.1.1975, I R 135/70, BStBl II 1975, 553, 555; BFH v. 29.7.1976, VIII R 41/74, BStBl II 1977, 261, 263.

<sup>194</sup> BFH v. 29.7.1976, VIII R 142/73, BStBl II 1977, 261, 263.

<sup>195</sup> BFH v. 23.10.1991, I R 40/89, BStBl II 1992, 1026, 1029.

<sup>196</sup> BFH v. 29.7.1976, VIII 142/73, BStBl II 1977, 261, 263.

<sup>197</sup> BFH v. 5.3.1986, I R 201/82, BStBl II 1986, 496, 498.

- der Zweck der Zwischenschaltung nur die Vermögenshaltung ist<sup>198</sup>,
- die Zwischenschaltung im Hinblick auf eine zukünftige Erbregelung erfolgt<sup>199</sup>,
- gegenüber den Tochtergesellschaften keine geschäftsleitende Funktion wahrgenommen wird<sup>200</sup>,
- die Geschäftsleitungsfunktion nur gegenüber einer Tochtergesellschaft ohne sonstige unternehmerische Betätigung erfolgt<sup>201</sup>.

In Übereinstimmung mit dem BFH geht die Finanzverwaltung davon aus, dass ein wirtschaftlicher Grund insbesondere dann fehlt, wenn die „ausländische Gesellschaft überwiegend der Sicherung von Inlandsvermögen in Krisenzeiten dient, für eine künftige Erbregelung oder den Aufbau der Alterssicherung der Gesellschafter eingesetzt werden soll“<sup>202</sup>. In der Literatur wird der Ausschluss dieser Gründe jedoch teilweise kritisch gesehen<sup>203</sup>. So wird beispielsweise argumentiert, dass vor dem Hintergrund der NS-Herrschaft in Deutschland sowie der späteren Bedrohung durch den kalten Krieg, die Vermögenssicherung in ausländischen Gesellschaften durchaus ein legitimer wirtschaftlicher Grund sei<sup>204</sup>. Ohne explizit auf weitere angeführte Argumente einzugehen sei jedoch angemerkt, dass die geäußerte Kritik an der Sichtweise der Finanzverwaltung meines Erachtens nicht überzeugend ist.

Die Finanzverwaltung vertritt zudem den Standpunkt, dass konzerninterne Struktur- und Strategiekonzepte keine wirtschaftlichen Gründe für die Zwischenschaltung einer Gesellschaft darstellen können, da nach § 50d Abs.3 Satz 2 EStG ausschließlich die Verhältnisse der ausländischen Gesellschaft selbst maßgebend seien. Dieser Auffassung ist meines Erachtens jedoch zu widersprechen. Denn wie bereits dargelegt, können nur die an der ausländischen Gesellschaft beteiligten Personen Gründe für die Einschaltung derselben haben<sup>205</sup>. Das Struktur- bzw. Strategiekonzept eines Konzerns kann daher durchaus einen zulässigen Grund für die Zwischenschaltung einer Gesellschaft darstellen<sup>206</sup>. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die entsprechende Konzernstruktur auch tatsächlich umgesetzt wird und nicht bloß auf dem Papier existiert<sup>207</sup>.

<sup>198</sup> BFH v. 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl II 1981, 339, 341.

<sup>199</sup> BFH v. 5.3.1986, I R 201/82, BStBl II 1986, 496, 498.

<sup>200</sup> BFH v. 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl II 1981, 339, 341.

<sup>201</sup> BFH v. 24.2.1976, VIII R 155/77, BStBl II 1977, 265, 266; BFH v. 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl II 1981, 339, 341.

BFH v. 2.6.1992, VIII R 8/89 BFH/NV 1993, 416.

<sup>202</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 5.

<sup>203</sup> Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, §50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 123, Piltz, IStR 2007, 793, 798.

<sup>204</sup> Piltz, IStR 2007, 793, 798.

<sup>205</sup> Vgl. hierzu die obigen Ausführungen in Kapitel 5.2.1.

<sup>206</sup> Altrichter-Herzberg, GmbHR 2007, 579, 580.

<sup>207</sup> Kessler-Eicke, IStR 2006, 577, 580.

### c) Abgrenzung sonst beachtlicher Gründe

Im Gegensatz zu den wirtschaftlichen Gründen hat sich der BFH bisher noch nicht mit den „sonst beachtlichen Gründen“ auseinandergesetzt<sup>208</sup>. Aus Sicht des Gesetzgebers sowie der auch der Finanzverwaltung können als sonst beachtliche Gründe rechtliche, politische oder religiöse Gründe in Betracht kommen<sup>209</sup>. Was unter diesen Gründen zu verstehen ist, wird allerdings nicht näher erläutert.

Als politischer Grund für die Zwischenschaltung einer ausländischen Gesellschaft wäre aber beispielsweise denkbar, dass nach der „offiziellen Politik“ zwischen Deutschland und einem anderen Staat (zumindest von einer Seite) keine unmittelbaren Wirtschaftsbeziehungen gewünscht werden, mittelbare Beziehungen im Ergebnis aber geduldet werden<sup>210</sup>.

In ähnlicher Weise könnten sich religiöse Gründe aus den Spannungen zwischen verschiedenen Religionen bzw. der Rücksichtnahme hierauf ergeben. Sei es nun, dass die Religion eines Investors in Deutschland „unpopulär“ ist, oder im umgekehrten Fall, dass der Heimatstaat des Investors direkte Investitionen im christlich geprägten Deutschland wenig schätzt – in beiden Fällen bestünde ein begründetes Interesse, deutsche Beteiligungen über religiös „unverdächtige“ Drittstaaten zu halten<sup>211</sup>.

Vereinzelt werden in Literatur verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Tatbestandsmerkmal der „sonst beachtlichen Gründe“ wegen seiner „völligen Konturlosigkeit“ geäußert. Diese Konturlosigkeit stelle einen Verstoß gegen den Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit dar, weil es einem Steuerpflichtigen nicht möglich sei sicher vorzuberechnen, ob ihm eine Steuerentlastung nach DBA oder den §§ 43b, 50g EStG zustehe oder nicht<sup>212</sup>.

Von praktischer Relevanz dürften die „sonst beachtlichen Gründe“, als auch die gegen sie erhobenen Bedenken meines Erachtens jedoch nicht sein. Denn sofern eine Zwischengesellschaft die anderen beiden sachlichen Missbrauchstatbestandsmerkmale widerlegen kann, sie also mit einem entsprechend eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt<sup>213</sup> und zudem ein Mindestmaß an eigener Wirtschaftstätigkeit erbringt<sup>214</sup>, dürfte es ihr nicht schwerfallen, überzeugende wirtschaftliche Gründe für ihre Zwischenschaltung vorzubringen.

### d) Zwischenergebnis

Bezogen auf die Treaty- und Directive-Shopping Sachverhalte in Kapitel 2 ergeben sich die folgenden Zwischenergebnisse.

Die Gestaltung im ersten Beispielfall, in dem eine auf den niederländischen Antillen ansässige M BV über eine niederländische Zwischengesellschaft lediglich eine einzige Tochtergesellschaft in Form der deutschen T GmbH hält, ist missbräuchlich, da zumindest die erste sachliche Missbrauchsvoraussetzung des § 50d Abs. 3 EStG erfüllt ist. Unabhängig davon, ob die zwischengeschaltete Z BV gegenüber der Tochtergesellschaft

---

<sup>208</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Söhn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 27.

<sup>209</sup> BT-Drucks 16/2712, 60, <sup>209</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 5

<sup>210</sup> Piltz, IStR 2007, 793, 799.

<sup>211</sup> Piltz, IStR 2007, 793, 799.

<sup>212</sup> Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 250.

<sup>213</sup> § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 3.

<sup>214</sup> § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, vgl. hierzu die Ausführungen in Kapitel 2.



---

Geschäftsleitungsfunktion übernimmt oder nicht, kann das Halten von nur einer einzigen Beteiligung keinen wirtschaftlichen Grund für die Zwischenschaltung einer Gesellschaft darstellen<sup>215</sup>. Auch sind aus meiner Sicht keine legitimen sonst beachtlichen Gründe denkbar, welche eine auf den (zum niederländischen Hoheitsgebiet gehörenden) niederländischen Antillen ansässige Gesellschaft für die Zwischenschaltung einer Gesellschaft in den Niederlanden aufführen könnte. Die Gestaltung zielt ganz offensichtlich ausschließlich auf eine Steuerersparnis ab und ist somit missbräuchlich in Sinne des § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG<sup>216</sup>.

Im zweiten Beispielfall ließen jedoch durchaus wirtschaftliche Gründe für die Zwischenschaltung einer spanischen ETVE-Holding zwischen die japanische Muttergesellschaft M und die in Deutschland und Österreich ansässigen Tochtergesellschaften T1 GmbH und T2 GmbH aufführen.

Denkbar wäre zum einen, dass die M die Zwischenschaltung der „Euro-Holding“ mit einer internen Konzernstrategie begründet, wonach sie ihre Beteiligungen in verschiedenen Regionen der Welt im Sinne einer Divisionalisierung stets über zwischengeschaltete Holdinggesellschaften hält. Die tatsächliche Konzernstruktur müsste dann allerdings diese Strategie widerspiegeln, das heißt die japanische M müsste neben der spanischen ETVE noch in weiteren Weltregionen Beteiligungen über Zwischengesellschaften halten. Da die Finanzverwaltung solche Struktur- und Strategiekonzepte zu Unrecht jedoch nicht anerkennt<sup>217</sup>, könnte die Zwischengesellschaft einen Anspruch auf Steuerentlastung auf Basis ihres Strategiekonzepts wohl nur im Klageweg durchsetzen.

Zum anderen bestünde ein wirtschaftlicher Grund für die Zwischenschaltung der spanischen ETVE-Holdinggesellschaft jedoch in jedem Fall auch dann, wenn sie gegenüber den beiden Tochtergesellschaften als konzerneigene Finanzierungsgesellschaft fungiert<sup>218</sup>.

Fraglich ist jedoch, ob eine reine Finanzierungsfunktion auch eine eigene Wirtschaftstätigkeit im Sinne des zweiten sachlichen Tatbestandsmerkmals von § 50d Abs. 3 EStG darstellt.

## **2. Erwirtschaftung von nicht mehr als 10% der Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit**

Bereits die alte Fassung von § 50d Abs. 3 EStG sah vor, dass eine ausländische Gesellschaft, für deren Einschaltung keine wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe vorlagen, eine eigene Wirtschaftstätigkeit erbringen musste, um in den Genuss einer Entlastung von der Kapitalertragssteuer zu kommen<sup>219</sup>. Neu an dem Tatbestandsmerkmal in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG ist dagegen, dass die ausländische Zwischengesellschaft nun mindestens 10% ihrer Bruttoerträge aus einer eigenen Wirtschaftstätigkeit erzielen muss, um den Missbrauchsvorbehalt zu widerlegen. Der Gesetzgeber möchte hierdurch sicherstellen, dass Gesellschaften ohne ins Gewicht fallende eigene Wirtschaftstätigkeit von der Entlastung nach § 50d Abs. 1 oder 2 EStG ausgeschlossen werden<sup>220</sup>.

---

<sup>215</sup> Vgl. BFH v. 24.2.1976, VIII R 155/77, BStBl II 1977, 265, 266; BFH v. 9.12.1980, VIII R 11/77, BStBl II 1981, 339, 341.

<sup>216</sup> BFH v. 29.7.1976, VIII 142/73, BStBl II 1977, 261, 263.

<sup>217</sup> Vgl. Kapitel 5.2.1.1; BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 9.

<sup>218</sup> BFH v. 23.10.1991, I R 40/89, BStBl II 1992, 1026, 1029.

<sup>219</sup> Altrichter-Herzberg, AG 2007, 443, 444.

<sup>220</sup> BT-Drucks. 16/2712, 60.

## a) Der Begriff der Bruttoerträge

Nach der Gesetzesbegründung ist die 10%-Grenze des Tatbestandsmerkmals in Anlehnung an § 9 AStG (Freigrenze bei gemischten Einkünften) eingefügt worden<sup>221</sup>. Für eine genaue Auslegung des Begriffs wird von der Finanzverwaltung daher auf § 9 AStG sowie die zugehörigen Erläuterungen im BMF-Anwendungsschreiben zum AStG verwiesen<sup>222</sup>. Demnach umfassen die Bruttoerträge „Solleinnahmen ohne durchlaufende Posten und ohne eine eventuell gesondert auszuweisende Umsatzsteuer“<sup>223</sup>.

Zu den Bruttoerträgen des Bereichs der eigenen Wirtschaftstätigkeit zählen aus Sicht der Finanzverwaltung auch die Dividenden und anderen Erträge von geleiteten Gesellschaften. Auf einen sachlichen Zusammenhang zwischen einer eigenen Wirtschaftstätigkeit und sonstigen Tätigkeiten soll es dabei nicht ankommen<sup>224</sup>. Weitere Erläuterungen zum Begriff der eigenen Wirtschaftstätigkeit erfolgen im nächsten Abschnitt.

## b) Der Begriff der eigenen Wirtschaftstätigkeit

Welche Tätigkeiten einer Zwischengesellschaft eine eigene Wirtschaftstätigkeit darstellen, wird in § 50d Abs. 3 Satz 3 EStG negativ abgegrenzt. Demnach fehlt es an einer eigenen Wirtschaftstätigkeit, soweit die ausländische Gesellschaft

- ihre Bruttoerträge aus der Verwaltung von Wirtschaftsgütern erzielt oder
- ihre wesentlichen Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt.

Nach der Gesetzesbegründung sollen hierdurch Einkünfte ausgeschlossen werden, die letztlich nicht „am Markt“ erzielt werden. Unter der Verwaltung von Wirtschaftsgütern versteht der Gesetzgeber dabei (auch) das Halten von Anteilen an einer oder mehreren Gesellschaften. Eine eigene Wirtschaftstätigkeit liegt aus Sicht des Gesetzgebers dagegen erst dann vor, wenn geschäftsleitende Funktionen im Zusammenhang mit den jeweiligen Beteiligungen ausgeübt werden. Unter einer geschäftsleitenden Funktion wird dabei die Übernahme einer „tatsächlichen Managementtätigkeit für mehr als eine Untergesellschaft“ verstanden<sup>225</sup>.

Weiter eingegrenzt wird der Begriff der „eigenen Wirtschaftstätigkeit“ im BMF-Anwendungsschreiben zur Neufassung des § 50d Abs. 3 EStG<sup>226</sup>. Die von der Finanzverwaltung vertretenen Auffassungen sowie die (gegebenenfalls abweichenden) Literaturmeinungen hierzu werden im Folgenden dargestellt.

Aus Sicht der Finanzverwaltung stellt die Erbringung von Dienstleistungen gegenüber einer oder mehreren Konzerngesellschaften eine eigene Wirtschaftstätigkeit dar, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Leistungen gegen gesondertes Entgelt erbracht und wie gegenüber fremden Dritten abgerechnet werden<sup>227</sup>.

Konzerninterne Dienstleistungen können beispielsweise Buchführungstätigkeiten, Beratungstätigkeiten oder ähnliche Leitungen sein<sup>228</sup>. Letztlich sollte es für die Qualifikation als eigene Wirtschaftstätigkeit entscheidend

---

<sup>221</sup> BT-Drucks. 16/2712, 60.

<sup>222</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 7.

<sup>223</sup> BMF-Schreiben v. 14.5.2005, IV B 4 - S 1340 - 11/04, BStBl I 2004, Sonder-Nr. 1, Tnr. 9.0.1.

<sup>224</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 7.

<sup>225</sup> BT-Drucks. 16/2712, 60.

<sup>226</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446.

<sup>227</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 6.1.

<sup>228</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 58.

---

sein, ob auch ein unabhängiges Unternehmen bereit wäre, für die erbrachten Aktivitäten zu bezahlen oder sie selbst auszuüben<sup>229</sup>.

Übernimmt die Zwischengesellschaft geschäftsleitende Funktionen, so stellen diese aus Sicht der Finanzverwaltung keine eigene Wirtschaftstätigkeit dar, wenn sie nur gegenüber einer in einem EU-Staat ansässigen Tochtergesellschaft ausgeübt werden<sup>230</sup>.

Der Wortlaut des BMF-Schreibens scheint hier geschäftsleitende Funktionen nur dann anzuerkennen, wenn diese Funktionen für in der EU ansässige Tochtergesellschaften übernommen werden. Eine solche Beschränkung ist jedoch nicht gerechtfertigt<sup>231</sup>.

Weiterhin wird kritisch angemerkt, dass es nicht darauf ankommen könne, für wie viele Tochtergesellschaften geschäftsleitende Funktionen übernommen werden. Letztlich würde eine Zwischengesellschaft, welche aktive Managementtätigkeiten nur gegenüber einer einzigen Tochtergesellschaft erbringt, genauso am Markt tätig werden, wie eine Gesellschaft, die Führungsentscheidungen für eine Vielzahl von Tochtergesellschaften trifft<sup>232</sup>. Dieser Kritik kann jedoch die sog. „Flume-Theorie“ entgegengehalten werden. Danach führt die Leitung von nur einer Tochtergesellschaft nicht zu einer eigenen gewerblichen Tätigkeit der Mutter, „weil die Muttergesellschaft in diesem Fall kein eigenes Unternehmen betreibt, sondern nur das Unternehmen der Tochter betrieben wird“<sup>233</sup>. Der Finanzverwaltung ist insofern Recht zu geben, wenn sie in der Übernahme von Führungsaufgaben gegenüber nur einer Tochtergesellschaft keine eigene Wirtschaftstätigkeit sieht.

Unter geschäftsleitenden Funktionen versteht die Finanzverwaltung die Ausübung von Führungsentscheidungen. Im Gegensatz zu Entscheidungen, die kurzfristig und ausführungsbezogen sind, zeichnen sich Führungsentscheidungen aus Sicht des BMF durch „ihre langfristige Natur, Grundsätzlichkeit und Bedeutung aus, die sie für den Bestand der Beteiligungsgesellschaft (geleitete Gesellschaft) haben“<sup>234</sup>.

Für die Übernahme von Führungsaufgaben sollte es dabei genügen, wenn die Holdinggesellschaft mehrere der folgenden Tätigkeiten für ihre Tochterunternehmen erbringt:

- Konzernleitung,
- Koordination und allgemeines Management,
- Unterstützung im Personalbereich,
- Finanz- und Rechnungswesen,
- Rechts-, Steuer- und Unternehmensberatung,
- Produktüberwachung,
- Marketing und Vertrieb,
- Nutzungsüberlassung, Darlehensgewährung und sonstige Leistungen.<sup>235</sup>

Für die Wahrnehmung von Führungsaufgaben ist es zudem notwendig, dass die Holdinggesellschaft eine tatsächliche strategische Führung und Einflussnahme auf eine Tochtergesellschaft ausüben kann, weshalb die Nominalbeteiligung an der Tochtergesellschaft mehr als 25% betragen muss<sup>236</sup>.

---

<sup>229</sup> Kessler / Eicke, DStR 2007, 781, 785.

<sup>230</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 6.2.

<sup>231</sup> Klein in Herrmann / Heuer / Raupach, EStG, KStG, Jahresband 2007, Schönfeld, FR 2007, 506, 509.

<sup>232</sup> Micker, FR 2009, 409, 413.

<sup>233</sup> Flume, DB 1959, 1296, 1298.

<sup>234</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 6.3.

<sup>235</sup> Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 188.

<sup>236</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 43.

---

Eine eigene Wirtschaftstätigkeit liegt aus Sicht der Finanzverwaltung dagegen nicht vor, wenn die Zwischengesellschaft wesentliche Geschäftstätigkeiten auf Dritte überträgt<sup>237</sup>.

Diese Regelung zielt auf die Möglichkeit ab, (sämtliche) Geschäftstätigkeiten auszulagern, beispielsweise auf Anwaltskanzleien<sup>238</sup>. Welche Geschäftstätigkeiten „wesentlich“ sind und nicht ausgelagert werden dürfen, hängt dabei von der jeweiligen Funktion der Gesellschaft ab und ist im Einzelfall zu prüfen. Beispielsweise dürfte eine geschäftsleitende Holding nicht das Management auf eine andere Gesellschaft übertragen<sup>239</sup>.

Nach der Verwaltungsauffassung liegt zudem keine eigene Wirtschaftstätigkeit vor bei Tätigkeiten, die nicht im Sitzstaat der Gesellschaft, sondern in einem anderen ausländischen Staat ausgeübt werden<sup>240</sup>.

Gegen diese Auffassung wird jedoch argumentiert, dass auch die aktive Tätigkeit in einem Drittstaat eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft darstellen würde<sup>241</sup>. Dies gelte erst recht dann, wenn die ausländische Gesellschaft in ihrem Sitzstaat eine geschäftsleitende Funktion wahrnimmt. Denn wenn aus Sicht der Finanzverwaltung zu den Bruttoerträgen aus einer eigenen Wirtschaftstätigkeit die Dividenden von geleiteten Gesellschaften zählen, kann auch nichts anderes für eine Auslandsgesellschaft gelten, die nicht über Tochtergesellschaften im Drittstaat tätig ist, sondern mit eigenen Betriebsstätten<sup>242</sup>. Diese Kritik an der Sichtweise der Finanzverwaltung ist meines Erachtens gerechtfertigt. Andernfalls würden die Erträge aus Drittstaaten die Bruttoerträge der ausländischen Gesellschaft insgesamt erhöhen, jedoch nicht als Erträge aus einer eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft gelten<sup>243</sup>. Eine solche Gesellschaft würde dann für ihre Tätigkeiten in einem Drittstaat im Hinblick auf die 10%-Grenze doppelt bestraft.

### c) Die 10%-Grenze

Die Neufassung von § 50d Abs. 3 EStG geht bei einer ausländischen Gesellschaft von einer missbräuchlichen Zwischenschaltung aus, sofern diese nicht mehr als 10% ihrer Bruttoerträge aus einer eigenen Wirtschaftstätigkeit erzielt. Während die 10%-Grenze einerseits im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich begrüßt wird<sup>244</sup>, wird sie andererseits im überwiegenden Teil der Literatur kritisch beurteilt<sup>245</sup>. Zum einen ist ein so abstraktes Missbrauchsmerkmal, insbesondere in Verbindung mit der fehlenden Gegenbeweismöglichkeit in Ermangelung eines sog. Motivtests, nicht mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar<sup>246</sup>.

Zum anderen werden praktische Probleme angeführt, die sich aus der Willkürlichkeit einer starren Grenze ergeben. Diese können bei Zwischengesellschaften, die sowohl aktive Erträge aus einer eigenen Wirtschaftstätigkeit als auch passive Erträge erwirtschaften, auftreten.

Einerseits besteht hier die Möglichkeit einer „wechselnden Missbräuchlichkeit“ in unterschiedlichen Wirtschaftsjahren, sofern sich das Verhältnis von aktiven zu passiven Erträgen ändert<sup>247</sup>. Diese Problematik

---

<sup>237</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 6.4.

<sup>238</sup> Klein in Herrmann / Heuer / Raupach, EStG, KStG, Jahresband 2007, Rdnr. J 06-13.

<sup>239</sup> Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 59.

<sup>240</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 6.4.

<sup>241</sup> Altrichter-Herzberg, GmbHR 2007, 579, 581.

<sup>242</sup> Altrichter-Herzberg, AG 2007, 443, 445.

<sup>243</sup> Altrichter-Herzberg, AG 2007, 443, 445.

<sup>244</sup> Nieland in Lademann, EStG, § 50 d, Rdnr. 257.

<sup>245</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 44; Hahn-Joecks in Kirchhof / Sohn / Mellinghoff, EStG, § 50d, Rdnr. E 55a; Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 64f; Altrichter-Herzberg, GmbHR 2007, 579, 581 f.; Gosch in FS Reiß 2008, 597, 616; Micker, FR 2009, 409, 412.

<sup>246</sup> Für ausführliche Erläuterungen zu den europarechtlichen Bedenken zu § 50d Abs. 3 EStG vgl. Kapitel 3, für die 10%-Grenze im speziellen vgl. Unterkapitel c) sowie die dortigen Nachweise.

---

wird jedoch durch das BMF-Schreiben zu § 50d Abs. 3 EStG entschärft, in dem sich die Finanzverwaltung dafür ausspricht, dass ein Unterschreiten der 10%-Grenze unschädlich ist, wenn die Grenze in den vorangegangenen drei Wirtschaftsjahren überschritten wurde oder bei einer neu gegründeten Gesellschaft in den drei der Gründung folgenden Jahre überschritten wird<sup>248</sup>.

Andererseits wird kritisiert, dass der Gesetzgeber bei der Übernahme der 10%-Grenze aus § 9 AStG nicht die dort vorgesehene Grenze eines absoluten Betrages mit übernommen hat. In Ermangelung dieser absoluten Grenze ist es denkbar, dass einer Gesellschaft, die nachweislich Millionenbeträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt, die Entlastung versagt wird, wenn sie sehr hohe passive Dividendeneinnahmen hat<sup>249</sup>.

Insbesondere der letzte Kritikpunkt an der 10%-Grenze ist meines Erachtens gerechtfertigt. Sofern das Missbrauchstatbestandsmerkmal in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG (trotz des Verstoßes gegen europäisches Gemeinschaftsrecht<sup>250</sup>) bestehen bleibt, sollte es zumindest um eine absolute Grenze für die zu erwirtschaftenden Erträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit erweitert werden.

#### **d) Zwischenergebnis**

Im Hinblick auf den Beispielfall 1 in Kapitel 2 lässt sich festhalten, dass die in den Niederlanden zwischengeschaltete Z BV durch die Erbringung von Dienstleistungen für ihre einzige Tochtergesellschaft (die deutsche T GmbH) durchaus Einkünfte aus einer eigenen Wirtschaftstätigkeit im Sinne von § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG erzielen könnte. Doch selbst wenn diese Erträge mehr als 10% der gesamten Bruttoerträge der Z BV ausmachen würden, wäre die Zwischenschaltung missbräuchlich, da die Z BV ja schon das erste Missbrauchstatbestandsmerkmal (Fehlen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe für die Einschaltung der Gesellschaft) erfüllt<sup>251</sup>.

Im Beispielfall 2 könnte die zwischengeschaltete ETVE-Holding in Spanien Erträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit einerseits durch die Erbringung von Dienstleistungen (z.B. Beratungstätigkeiten, Übernahme des Rechnungswesens) für die beiden Tochtergesellschaften, die T1 GmbH in Deutschland und die T2 GmbH in Österreich erzielen. Es ist allerdings fraglich, ob die hieraus erwirtschafteten Erträge gegenüber den (passiven) Erträgen aus den Gewinnausschüttungen der Töchter ausreichend ins Gewicht fallen würden, um die 10%-Grenze für Erträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit zu überwinden. Andererseits könnte die ETVE-Holding aber auch Führungsaufgaben für ihre beiden Tochtergesellschaften übernehmen<sup>252</sup>. Bei beiden Tochtergesellschaften liegen die Beteiligungsquoten über der Sperrminorität von 25%, was für eine tatsächliche strategische Einflussnahme ausreichen sollte<sup>253</sup>. Sofern die Zwischengesellschaft in Spanien entsprechende geschäftsleitende Funktionen für ihre Töchter übernehmen würde, würden auch die Dividenden der Tochtergesellschaften zu den Erträgen aus eigener Wirtschaftstätigkeit zählen. Die ETVE-

---

<sup>247</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 44; Micker, FR 2009, 409, 412.

<sup>248</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 7.

<sup>249</sup> Altrichter-Herzberg, GmbHR 2007, 579, 581.

<sup>250</sup> Vgl. Kapitel c).

<sup>251</sup> Vgl. Kapitel d)

<sup>252</sup> Eine Auflistung denkbarer Führungsaufgaben erfolgt in Kapitel b)

<sup>253</sup> So zumindest die Sichtweise von Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 43.

---

Holding würde in diesem Fall die 10%-Grenze aller Wahrscheinlichkeit nach locker überwinden und das Missbrauchstatbestandsmerkmal in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht erfüllen.

### **3. Keine Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb**

Das dritte sachliche Missbrauchstatbestandsmerkmal der Regelung in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EStG ist die fehlende Teilnahme der zwischengeschalteten Gesellschaft am wirtschaftlichen Verkehr mit einem für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb. Dieses in § 50d Abs. 3 EStG a.F. noch nicht vorgesehene Tatbestandsmerkmal zielt unmissverständlich gegen die BFH-Rechtsprechung im „Hilversum II“-Fall ab<sup>254</sup>. In dem Urteil hatte der BFH einer weitgehend substanzlosen niederländischen Zwischengeschalteten eine Entlastung von deutscher Kapitalertragssteuer auf Grund der EG-Mutter-Tochter-Richtlinie zugebilligt<sup>255</sup>.

#### **a) Das Substanzerfordernis des eingerichteten Geschäftsbetriebes**

Die Finanzverwaltung verweist für die Auslegung der Formulierung des „für den Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetriebes“ auf die Rechtsprechung des BFH im „Hilversum I“-Fall und auf die „Cadbury-Schweppes“-Entscheidung des EuGH<sup>256</sup>.

Aus der „Hilversum I“-Entscheidung des BFH ergibt sich, dass eine Zwischengesellschaft über keinen angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb verfügt, wenn es ihr an eigenem Personal, eigenen Geschäftsräumen und einer eigenen Geschäftsausstattung mangelt<sup>257</sup>.

Im „Cadbury-Schweppes“-Urteil verlangt der EuGH für die Anerkennung einer Zwischengesellschaft deren tatsächliche Ansiedlung in ihrem Gründungsstaat<sup>258</sup>. Die Feststellung der Ansiedlung muss dabei anhand objektiver, von dritter Seite nachprüfbarer Anhaltspunkte möglich sein, „die sich u.a. auf das Ausmaß des greifbaren Vorhandenseins der beherrschten ausländischen Gesellschaft in Form von Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen beziehen“<sup>259</sup>. Der Verweis auf die „Cadbury-Schweppes“-Entscheidung durch die Finanzverwaltung ist meines Erachtens unglücklich gewählt. Der EuGH stellt nämlich im selben Urteil das genannte Substanzgebot unter den Vorbehalt eines Motivtests, durch den die ausländische Gesellschaft eine infolge fehlender Substanz ausgelöste Missbrauchsvermutung widerlegen könnte<sup>260</sup>. Eine solche Gegenbeweismöglichkeit ist in § 50d Abs. 3 EStG jedoch nicht vorgesehen<sup>261</sup>. Zudem wird darauf hingewiesen, dass für vergleichbare inländische Holdinggesellschaften bisher kein vergleichbares Substanzerfordernis existiert<sup>262</sup>.

---

<sup>254</sup> Gosch in FS Reiß 2008, 597, 617.

<sup>255</sup> Für ausführliche Erläuterung zur „Hilversum II“-Entscheidung des BFH vgl. Kapitel 2 sowie die dortigen Nachweise.

<sup>256</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 8.

<sup>257</sup> BFH v. 20.3.2002, I R 38/00, BStBl II 2002, 819, 822.

<sup>258</sup> EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, EuGHE I 2006, 7995, Rdnr. 66.

<sup>259</sup> EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, EuGHE I 2006, 7995, Rdnr. 67.

<sup>260</sup> EuGH v. 12.9.2006, Rs. C-196/04, Cadbury Schweppes, , a.a.O., Rdnr. 70, 72.

<sup>261</sup> Für die sich hieraus ergebenden europarechtlichen Bedenken zu § 50d Abs. 3 EStG vgl. Kapitel b) und Kapitel c).

<sup>262</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 44.

---

Der notwendige Umfang eines substanziellen Geschäftsbetriebes richtet aus Sicht der Finanzverwaltung nach dem „Geschäftszweck der antragstellenden ausländischen Gesellschaft“<sup>263</sup>.

Aus meiner Sicht wird das Tatbestandsmerkmal des angemessen eingerichteten Geschäftsbetriebes durch die Finanzverwaltung zu rigide ausgelegt. Wenn sich einerseits der notwendige Umfang des Geschäftsbetriebes aus dem Geschäftszweck der Zwischengesellschaft ergeben soll, so sollte andererseits auch das Merkmal des eingerichteten Geschäftsbetriebes nicht anhand starrer Vorgaben zum Vorhandensein von Personal, Geschäftsräumen und Geschäftsausstattung festgemacht werden. Entscheidend sollte vielmehr sein, ob im Einzelfall die Substanz, mit der eine ausländische Gesellschaft nach außen tritt, mit den von ihr übernommenen Funktionen harmonisiert<sup>264</sup>.

## **b) Die Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr**

Nach der Gesetzesbegründung ist das Merkmal der „Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr“ schon dann erfüllt, wenn eine Gesellschaft Dienstleistungen nur gegenüber einem einzigen Auftragsgeber erbringt. Als Auftraggeber kommen dabei auch konzernerneigene Gesellschaften in Betracht<sup>265</sup>.

Hierzu ist anzumerken, dass es für eine ausländische Gesellschaft ohne deren Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr wohl nicht möglich sein dürfte, die 10%-Hürde in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG zu nehmen<sup>266</sup>. Denn aus Sicht der Finanzverwaltung stellt eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr bereits ein zwingendes Erfordernis für eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit der ausländischen Gesellschaft dar<sup>267</sup>. Sofern eine ausländische Gesellschaft also das Missbrauchstatbestandsmerkmal in § 50d Abs. 3 Satz Nr. 2 EStG widerlegen kann, liegt auch eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr vor.

## **c) Zwischenergebnis**

Das Erfordernis eines angemessen eingerichteten Geschäftsbetriebes zur Widerlegung eines Missbrauchsverdachts ließe sich in den beiden Beispielfällen aus Kapitel 2 recht einfach erfüllen. Die zwischengeschalteten ausländischen Gesellschaften müssten hierfür lediglich nachweislich über eigene Geschäftsräume mit einer substanziellen Geschäftsausstattung in ihrem Ansässigkeitsstaat, sowie über eigenes Personal verfügen.

Sofern die ausländischen Zwischengesellschaften zudem das in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG geforderte Mindestmaß an eigener Wirtschaftstätigkeit erbringen, erfolgt notwendigerweise auch eine Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr.

Abschließend lässt sich für die beiden Beispielfälle aus Kapitel 2 festhalten, dass in beiden Fällen die gewählten Holdingstrukturen das persönliche Missbrauchstatbestandsmerkmal in § 50 d Abs. 1 Satz 1, 1. Halbsatz EStG erfüllen.

---

<sup>263</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 8.

<sup>264</sup> Eilers in FS Wassermeyer 2005, 323, 328.

<sup>265</sup> BT-Drucks. 16/2712, 60.

<sup>266</sup> Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 152.

<sup>267</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 6.2.

---

Für die Gestaltung im Beispielfall 1 können zudem keine wirtschaftlichen oder sonst beachtliche Gründe angeführt werden (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EStG). Die Gestaltung ist daher missbräuchlich im Sinne des § 50d Abs.3 EStG.

Sofern im Beispielfall 2 die zwischengeschaltete ETVE-Holding in Spanien mehr als 10% ihrer Bruttoerträge aus einer eigenen Wirtschaftstätigkeit erzielt (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG) und über einen angemessenen eingerichteten Geschäftsbetrieb verfügt (§ 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 EStG), ist die dargestellte Gestaltung nicht missbräuchlich im Sinne des § 50d Abs. 3 EStG.

Das folgende Kapitel untersucht die Ausnahmetatbestände in § 50d Abs. 3 Satz 4 EStG und erläutert die Nichtanwendbarkeit der Missbrauchsregelung auf Gewinne aus Beteiligungsveräußerungen.



---

## F. Ausnahmetatbestände und Umgehungsstrategien

---

### I. Von der Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG ausgeschlossene Gesellschaften

Explizit nicht erfasst von § 50d Abs. 3 EStG werden:

- Ausländische Gesellschaften mit deren Hauptaktiengattung ein regelmäßiger Handel an einer anerkannten Börse stattfindet (§ 50d Abs. 3 Satz 4 Alt. 1 EStG),
- Ausländische Gesellschaften für die die Vorschriften des Investmentsteuergesetz gelten (§ 50d Abs. 3 Satz 4 Alt. 2 EStG).

Die erste Alternative (Börsenklausel) hat ihr Vorbild in § 7 Abs. 6 Satz 3, 2. Halbsatz AStG<sup>268</sup>. Zum Verständnis dieser Klausel kann daher auf das Anwendungsschreiben des BMF zum Außensteuergesetz vom 14.5.2004 zurückgegriffen werden<sup>269</sup>. Nach Tnr. 7.6.2 des Schreibens sind unter der Hauptgattung der Aktien solche Aktien zu verstehen, die das Aktienkapital repräsentieren und in der Regel auch Stimmrechte verleihen. An gleicher Stelle wird eine anerkannte Börse definiert als eine Börse, welcher die Genehmigung der zuständigen staatlichen Aufsichtsbehörde verliehen wurde. Bezüglich des „regelmäßigen Handels“ wird recht vage verlangt, dass ein nicht unbedeutender Teil der Aktien an der anerkannten Börse ohne weiteres gehandelt werden können muss.

Die Ausnahme für Gesellschaften, welche unter das Investmentsteuergesetz fallen, zielt auf ausländische „Fonds“ ab, also ausländische Investmentvermögen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 InvStG in Verbindung mit § 2 Abs. 8 InvG<sup>270</sup>. Diese Ausnahmeregelung ist jedoch lediglich klarstellender Natur, da die betroffenen Fondsgesellschaften in der Regel mehr als nur reine Vermögensverwaltung ausüben<sup>271</sup>.

Sind die Voraussetzungen der beiden obigen Ausnahmen erfüllt, so sind sämtliche tatbestandlichen Beschränkungen des § 50d Abs. 3 EStG exkludiert. Insbesondere für eine Anwendung der allgemeinen abgabenrechtlichen Missbrauchsvorschrift in § 42 AO verbleibt dann daneben kein Raum mehr<sup>272</sup>.

---

<sup>268</sup> BT-Drucks. 16/2712, 60.

<sup>269</sup> BMF-Schreiben v. 14.5.2004, IV B 4 - S 1340 - 11/04, BStBl I 2004, Sondernummer 1, 3.

<sup>270</sup> Klein in Herrmann / Heuer / Raupach, EStG, KStG, Jahresband 2007, Rdnr. J 06-14.

<sup>271</sup> BT-Drucks. 16/3368, 46; Wied in Blümich, EStG, KStG, GewStG, § 50d EStG, Rdnr. 64j.

<sup>272</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 44.

## II. Umgehung von § 50d Abs. 3 EStG durch Gewinnthesaurierung anstatt Gewinnausschüttung

In der Literatur zur Neuregelung des § 50d Abs. 3 EStG wird vereinzelt darauf hingewiesen, dass eine ausländische Zwischengesellschaft sich einer Anwendung der Missbrauchsklausel dadurch entziehen kann, dass Gewinne deutscher Tochtergesellschaften nicht direkt ausgeschüttet werden, sondern in diesen Gesellschaften bis zu ihrem Verkauf thesauriert werden<sup>273</sup>. Ob diese Auffassung jedoch auch nach den Änderungen bei der Besteuerung von Kapitalerträgen durch das Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 Bestand hat, wird im Folgenden geprüft.

Ursprünglicher Hintergrund der obigen Auffassung war, dass bei der Einführung der Neuregelung des § 50d Abs. 3 EStG zum VZ 2007 Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen von § 43 EStG nicht erfasst wurden und somit kein Abzug von Kapitalertragssteuer auf diese Gewinne erfolgte. Da jedoch ein Steuerabzug vom Kapitalertrag die Voraussetzung für eine Erstattung oder Freistellung nach § 50d Abs. 3 EStG ist, fielen Veräußerungsgewinne auch nicht in den Anwendungsbereich von § 50d Abs. 3 EStG<sup>274</sup>. Die Nichtanwendbarkeit der Missbrauchsvorschrift auf Veräußerungsgewinne wurde zudem von der Finanzverwaltung in ihrem Anwendungsschreiben zu § 50d Abs. 3 EStG bestätigt<sup>275</sup>.

Durch das UntStRefG 2008<sup>276</sup> erfolgte jedoch die Einführung einer Kapitalertragssteuerpflicht auf bestimmte Veräußerungsgewinne zum 1. Januar 2008 (durch die in § 43 Abs. 1 Satz 1 EStG angefügten Nummern 9 bis 12). Gemäß der Gesetzesbegründung soll jedoch bei der Veräußerung von GmbH-Anteilen auch weiterhin kein Einbehalt von Kapitalertragssteuer erfolgen<sup>277</sup>.

Der ebenfalls durch das UntStRefG 2008 in § 44a Abs.5 EStG neu eingefügten Satz 4 sah daher ein Entfallen des Steuerabzugs auf Kapitalerträge im Sinne des § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 8 bis 12 EStG vor, sofern es sich bei der Gläubigerin der Kapitalerträge um eine unbeschränkt oder beschränkt steuerpflichtige Körperschaft handelte. Allerdings entfiel diese eindeutige Regelung zum Verbot von Quellensteuerabzügen bei Veräußerungsgewinnen zum VZ 2009 wieder.

Der in § 43 Abs.1 Satz Nr. 9 EStG geregelte Kapitalertragssteuerabzug bei Veräußerung von Körperschaftsanteilen ist jedoch auch weiterhin vor dem Hintergrund des § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG zu sehen. Danach ist ein entsprechender Abzug von Kapitalertragssteuer nur durch die Kapitalerträge auszahlende Stelle vorzunehmen. Diese ist in § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 EStG als inländisches Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitut definiert. Da allerdings wegen der fehlenden Verkehrsgängigkeit von GmbH-Anteilen (notarielle Form) regelmäßig keine „auszahlende Stelle“ vorhanden ist, entfällt auch der Kapitalertragssteuerabzug<sup>278</sup>.

Sofern es also mit der Konzernstrategie vereinbar ist, kann sich eine ausländische Zwischengesellschaft (auch weiterhin) dem Anwendungsbereich von § 50d Abs. 3 EStG dadurch entziehen, dass die erwirtschafteten Gewinne einer deutschen Tochter-GmbH zunächst thesauriert und zu einem späteren Zeitpunkt als Veräußerungsgewinn realisiert werden.

---

<sup>273</sup> Gosch in Kirchhof, EStG, § 50d, Rdnr. 7, Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 63.

<sup>274</sup> Vgl. Schönfeld in Flick / Wassermeyer / Baumhoff, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG, Rdnr. 63.

<sup>275</sup> BMF-Schreiben v. 3.4.2007, IV B 1 - S2411/07/0002, BStBl I 2007, 446, Tnr. 2.

<sup>276</sup> UntStRefG 2008 v. 14.8.2007, BStBl I 2007, 630.

<sup>277</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/4841, 58, 61.

<sup>278</sup> Vgl. Schönfeld, IStR 2007, 850, 851.

---

## G. Fazit

---

Die Neufassung von § 50d Abs. 3 EStG durch das JStG 2007 ist als eine Konsequenz des Gesetzgebers aus der „Hilversum II“-Entscheidung des BFH zu verstehen und stellt eine erhebliche Verschärfung zur vorhergehenden Missbrauchsregelung dar.

Zum systematischen Zusammenhang der neuen Missbrauchsvorschrift ist festzuhalten, dass

- § 50d Abs. 3 EStG in seinem Anwendungsbereich als speziellere Vorschrift die allgemeine abgabenrechtliche Missbrauchsregelung in § 42 AO abschließend verdrängt,
- die Regelung auf Grund der alternativen Verknüpfung der sachlichen Tatbestandsmerkmale in Verbindung mit der typisierenden „10%-Grenze“ sowie der fehlenden Gegenbeweismöglichkeit gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt,
- § 50d Abs. 3 EStG ein Treaty-Override darstellt, das jedoch auf Grund der dualistischen Theorie innerstaatlich wirksam ist. Sofern ein DBA eine eigene abschließende Missbrauchsvorschrift enthält, verbleibt für eine parallele Anwendung von § 50d Abs. 3 EStG aber kein Raum mehr.

Aus der Diskussion der schädlichen Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 EStG ergibt sich, dass die Neuregelung einerseits durchaus geeignet ist bei missbräuchlichen Gestaltungen, in denen die Zwischenschaltung einer ausländischen Gesellschaft ausschließlich auf eine Steuerumgehung abzielt, dieser die gewünschte Steuerentlastung zu versagen. Andererseits können durch die Missbrauchsvorschrift jedoch auch an und für sich legitime Gestaltungen als missbräuchlich qualifiziert werden, wenn die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10% ihrer gesamten Bruttoerträge eines Wirtschaftsjahres aus einer eigenen Wirtschaftstätigkeit erzielt.

§ 50d Abs. 3 EStG sollte meines Erachtens daher zum einen durch eine absolute Unschädlichkeitsgrenze für die notwendigen Erträge aus der eigenen Wirtschaftstätigkeit einer zwischengeschalteten ausländischen Gesellschaft erweitert werden. Zum anderen muss ausländischen Gesellschaften, die unter die Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 EStG fallen, eine Gegenbeweismöglichkeit eingeräumt werden, mit der eine Gesellschaft im Einzelfall nachweisen kann, dass ihre Zwischenschaltung nicht (ausschließlich) steuerlich motiviert ist. Eine entsprechende „Entschärfung“ von § 50d Abs. 3 EStG wäre dem Gesetzgeber schon alleine aus europarechtlichen Gründen angeraten.

---

## Literaturverzeichnis

---

**Altrichter-Herzberg, Thorsten**, Die Neuregelung des § 50d Abs. 3 EStG im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 (Kapitalertragsteuer bei Zwischenschaltung einer Auslands-Holding), AG 2007, S. 443-446.

**Altrichter-Herzberg, Thorsten**, Gefährdung der Entlastung von der Kapitalertragsteuer bei Zwischenschaltung einer Auslands-Holding, GmbHR 2007, S. 579-583.

**Blümich**, Kommentar zum Einkommensteuerrecht, Körperschaftssteuerrecht und Gewerbesteuerrecht, Ergänzungslieferung 101, Oktober 2008.

**Bron, Jan Frederick**, Die Europarechtswidrigkeit des b§ 50d Abs. 3 EStG unter Berücksichtigung von Missbrauchsvorbehalten im Gemeinschaftsrecht, DB 2007, S. 1273-1276.

**Djanani, Christiane / Brähler, Gernot**, Internationales Steuerrecht, 3. Auflage 2006.

**Doggart, Caroline / Schönwitz, Daniel**, Steuerparadise und wie man sie nutzt, 5. Auflage 2007.

**Eilers, Stephan**, Substanzerfordernis an ausländische Finanzierungsgesellschaften, in: Festschrift für Franz Wassermeyer 2005, S. 323-332.

**Financial Stability Forum**, Report of the Working Group on Offshore Centers, 2000 [Online im Internet, URL:

[http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_0004b.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_0004b.pdf),

Stand: 3.3.2010].

**Flick, Hans**, Deutsche Aktivitäten von Ausländern über ausländische Zwischengesellschaften und die Mißbrauchsgesetzgebung des § 50d Abs. 1a EStG, IStR 1994, S. 223-225.

**Flick, Hans / Wassermeyer, Franz / Baumhoff, Hubertus**, Kommentar zum Außensteuerrecht, Ergänzungslieferung 61, November 2008.

**Flume, Werner**, Die Organschaft zu einer Holdinggesellschaft, DB 1959, S. 1296-1299.

**Füger, Rolf / Rieger, Norbert**, Ende vom Mythos der Monaco-Entscheidung IStR 1998, S. 353-361.

**Gosch, Dietmar**, Die Zwischengesellschaft nach "Hilversum I und II", "Cadbury Schweppes" und den Jahressteuergesetzen 2007 und 2008, Festschrift für Wolfram Reiß 2008, S. 597-620.

**Gosch, Dietmar**, Über das Treaty Overriding, IStR 2008, S. 413-421.

---

**Grotherr, Siegfried**, Keine deutsche Kapitalertragssteuerentlastung bei Zwischenschaltung einer ausstattungslosen Zwischenholdinggesellschaft im Ausland – Nichtanwendungserlass zur Hilversum II – Entscheidung des BFH, IStR 2006, S. 361-367.

**Günkel, Manfred**, Standortwahl für eine europäische Holdinggesellschaft, in: WPg-Sonderheft 2003, S. 40-56.

**Halla-Villa Jimenez, Natalie J**, Wahl der geeigneten Holdingstruktur – eine rechtsvergleichende Analyse der Holdingstandorte Spanien, Deutschland, Österreich und Luxemburg, RIW 2003, S. 589-598.

**Haase, Florian**, Internationales und Europäisches Steuerrecht, 2. Auflage, 2009.

**Hergeth, Armin / Ettinger, Jochen**, Nichtanwendungserlass zum Urteil des BFH vom 31.5.2005 zu § 50d Abs. 3 EStG, IStR 2006, S. 307-309.

**Herrmann, Carl / Heuer, Gerhard / Raupach, Arndt**, Kommentar zum Einkommenssteuer- und Körperschaftssteuergesetz, Jahresband 2007.

**Herrmann, Carl / Heuer, Gerhard / Raupach, Arndt**, Kommentar zum Einkommenssteuer- und Körperschaftssteuergesetz, Jahresband 2008.

**Jacobs, Otto (Hrsg.)**, Internationale Unternehmensbesteuerung, 6. Aufl. 2007.

**Kaiser, Florian**, Zur Anerkennung funktionsschwacher Gesellschaften im deutschen Steuerrecht – Directive Shopping in Luxemburg, IStR 2009, S. 121-129.

**Kessler, Wolfgang / Eicke, Rolf**, Treaty-Shopping - Quo Vadis? Kritische Anmerkungen zu § 50d Abs.3 EStG-E, IStR 2006, S. 577-582.

**Kessler, Wolfgang / Eicke, Rolf**, Doppel-Holdingstruktur als Schutz vor der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs.3 EStG, IStR 2007, S. 526-530.

**Kessler, Wolfgang / Eicke, Rolf**, Neue Gestaltungshürden in der Anti-Treaty-Shopping-Regelung des § 50d Abs.3 EStG, DStR 2007, S. 781-787.

**Kessler, Wolfgang**, Besteuerung von Holdinggesellschaften, in Kessler, Wolfgang (Hrsg.): Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, S.722-771.

**Kesti, Juhani (Hrsg.)**, European Tax Handbook 2008, Amsterdam 2008.

**Kippenberg, Johannes**, IStR Länderbericht, Beilage zu IStR Heft 19 2008.

---

**Kirchhof, Paul**, Kompaktkommentar zum Einkommenssteuergesetz, 8. Auflage, 2008.

**Kirchhof, Paul / Söhn, Hartmut / Mellinghoff, Rudolf**, Kommentar zum Einkommenssteuergesetz, Aktualisierung Februar 2009.

**Kluge, Volker**, Das internationale Steuerrecht, 4. Auflage 2000.

**Krabbe, Helmut**, Mittelbare Abkommensberechtigung nach § 50d Abs. 1a EStG, IStR 1998, S.76-77.

**Lademann, Fritz**, Kommentar zum Einkommenssteuergesetz, Nachtrag 156, Juli 2007.

**Lüdicke, Jürgen**, Entlastungsberechtigung ausländischer Gesellschaften (§ 50d Abs. 3 EStG) bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen, IStR 2007, S. 556.

**Micker, Lars**, Anwendungsprobleme des Anti-Treaty-Shopping nach § 50d Abs.3 EStG, FR 2009, S. 409-415.

**Piltz, Detlev J**, Wirtschaftliche und sonst beachtliche Gründe in § 50d Abs. 3 EStG, IStR 2007, S. 793-799.

**Plewka, Harald / Renger, Stefan**, Verstößt § 50d Abs.3 EStG tatsächlich gegen die Grundfreiheiten?, GmbHR 2007, S. 1027 - 1031.

**Ritzer, Claus / Stangl, Ingo**, Zwischenschaltung ausländischer Kapitalgesellschaften - Aktuelle Entwicklungen im Hinblick auf § 50d Abs.3 EStG und § 42 AO, FR 2006, S. 757-766.

**Schaumburg, Harald**, Internationales Steuerrecht, 2. Auflage 1998.

**Schön, Wolfgang**, Gestaltungsmissbrauch im europäischen Steuerrecht, IStR 1996, Beihefter zu Heft 2, S. 1-16.

**Schönfeld, Jens**, Ausgewählte internationale Aspekte der neuen Regelungen über die Kapitalertragsteuer, IStR 2007, S.850-853.

**Tipke, Klaus / Kruse, Heinrich Wilhelm**, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, Ergänzungslieferung 116, Juli 2008.

**Vogel, Hans / Lehner, Franz**, Doppelbesteuerungsabkommen, 5. Auflage 2008.

**Wiese, Götz T. / Süß, Stefan**, Verschärfung bei Kapitalertragsteuer-Entlastung für zwischengeschaltete ausländische Kapitalgesellschaften, GmbHR 2006, S. 972-976.

---

**Zehnder Hans**, Steuerplanung im internationalen Konzern, in: Festschrift für Winfried Mellwig 2007, S. 545-563.

---

## Bereits erschienene Titel

- No. 1 Reinhard Becker, Tobias König und Kristijan Marelja:**  
Die Bilanzierung und Eigenmittelunterlegung von Kreditrisiken bei Kredit-Arbitrage-Programmen unter Einschaltung von Zweckgesellschaften – Lehren aus der Finanzmarktkrise 2007 ff. für die Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung des HGB, der IFRS/IAS und des KWG  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1218>
- No. 2 Gregor Merkel:**  
Funktionsverlagerung nach der Unternehmenssteuerreform 2008 – Unter besonderer Berücksichtigung von Forschung und Entwicklung  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1220>
- No. 3 Marc Braun:**  
Vergleichende Analyse der Unterkapitalisierungsregelungen in Frankreich, USA und Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Zinsschranke  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1346>
- No. 4 Jan Niederdorf:**  
Die Bedeutung des Steuergeheimnisses für die Tax Compliance – Eine vergleichende Betrachtung zwischen Schweden und Deutschland  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1432>
- No. 5 Tobias Kreckel, Robert Janke:**  
Immobilien- und Unternehmensbewertung im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht nach der Erbschaftsteuerreform 2009  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1867>
- No. 6 Sebastian Pohl:**  
Die steuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/1947>
- No. 7 Kai Frühbrodt:**  
Betriebsstättengewinnermittlung  
Analyse der deutschen und internationalen gesetzlichen Vorschriften für grenzüberschreitende Bauaktivitäten - Eine Untersuchung für die Praxis  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2111>
- No. 8 Bu Hun Choi:**  
Ertragsteuerrechtliche Behandlung von Umwandlungen im Organkreis  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2112>
- No. 9 Peter Hofmann:**  
Die Anti- Treaty-/ Directive-Shopping-Regelung in §50d Abs. 3 EStG  
Online verfügbar unter <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2240>