

## Die Neuregelungen auf einen Blick

- ▶ Keine Entlastung von KapErtrSt für im Ausland steuerlich ansässige Aktionäre deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. Genussscheininhaber bei sog. cum/cum-Gestaltungen rund um den Dividendenstichtag.
- ▶ Fundstelle: Gesetz zur Umsetzung der Änderungen der EU-Amtshilferichtlinie und von weiteren Maßnahmen gegen Gewinnverkürzungen und -verlagerungen – BEPS-Umsetzungsgesetz (BEPS-UmsG) v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5).

## § 50j EStG

### Versagung der Entlastung von Kapitalertragsteuern in bestimmten Fällen

eingefügt durch BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5)

**(1) Ein Gläubiger von Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a, die nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht oder nur nach einem Steuersatz unterhalb des Steuersatzes des § 43a Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 besteuert werden, hat ungeachtet dieses Abkommens nur dann Anspruch auf völlige oder teilweise Entlastung nach § 50d Absatz 1, wenn er**

1. während der Mindesthaltedauer nach Absatz 2 hinsichtlich der diesen Kapitalerträgen zugrunde liegenden Anteile oder Genussscheine ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer ist,
2. während der Mindesthaltedauer nach Absatz 2 ununterbrochen das Mindestwertänderungsrisiko nach Absatz 3 trägt und
3. nicht verpflichtet ist, die Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten.

Satz 1 gilt entsprechend für Anteile oder Genussscheine, die zu inländischen Kapitalerträgen im Sinne des § 43 Absatz 3 Satz 1 führen und einer Wertpapiersammelbank im Ausland zur Verwahrung anvertraut sind.

**(2) Die Mindesthaltedauer umfasst 45 Tage und muss innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach der Fälligkeit der**

## ESTG § 50j

Kapitalerträge erreicht werden. Bei Anschaffungen und Veräußerungen ist zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Anteile oder Genussscheine zuerst veräußert wurden.

(3) Der Gläubiger der Kapitalerträge muss unter Berücksichtigung von gegenläufigen Ansprüchen und Ansprüchen nahe stehender Personen das Risiko aus einem sinkenden Wert der Anteile oder Genussscheine im Umfang von mindestens 70 Prozent tragen (Mindestwertänderungsrisiko). Kein hinreichendes Mindestwertänderungsrisiko liegt insbesondere dann vor, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge oder eine ihm nahe stehende Person Kurssicherungsgeschäfte abgeschlossen hat, die das Wertänderungsrisiko der Anteile oder Genussscheine unmittelbar oder mittelbar um mehr als 30 Prozent mindern.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind nur anzuwenden, wenn

1. die Steuer auf die dem Antrag zu Grunde liegenden Kapitalerträge nach einem Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung 15 Prozent des Bruttobetrags der Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des Absatzes 1 Satz 2 unterschreitet und
2. es sich nicht um Kapitalerträge handelt, die einer beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft, die am Nennkapital einer unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 1 des Körperschaftsteuergesetzes zu mindestens einem Zehntel unmittelbar beteiligt ist und im Staat ihrer Ansässigkeit den Steuern vom Einkommen oder Gewinn unterliegt, ohne davon befreit zu sein, von der unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft zufließen.

Die Absätze 1 bis 3 sind nicht anzuwenden, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge im Sinne des § 43 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1a und des Absatzes 1 Satz 4 bei Zufluss seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien oder Genussscheine ist; Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.

(5) Bestimmungen eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, § 42 der Abgabenordnung und andere steuerliche Vorschriften bleiben unberührt, soweit sie jeweils die Entlastung in einem weitergehenden Umfang einschränken.

Autoren: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt  
für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main;

Dr. Mathias **Link**, LL.M., Rechtsanwalt/Steuerberater, Hengeler Mueller,  
Frankfurt am Main

Mitherausgeber: Dr. Martin **Klein**, Rechtsanwalt/Steuerberater/Fachanwalt  
für Steuerrecht, Hengeler Mueller, Frankfurt am Main

**Schrifttum:** Bärsch/Böhmer, Internationale Unternehmensbesteuerung in Deutschland nach dem Anti-BEPS-Umsetzungsgesetz, DB 2017, 567; Höreth/Stelzer, Erstes BEPS-Umsetzungsgesetz – weit mehr, als der Titel suggeriert, DStZ 2017, 62; Hörster, Anti-BEPS-Umsetzungsgesetz I – Weit mehr als „nur“ Maßnahmen gegen Gewinnkürzungen und -verlagerungen, NWB 2017, 22; Magnus, Änderungen im Internationalen Steuerrecht durch das Anti-BEPS-Umsetzungsgesetz I, NWB 2017, 179; Salzmann/Heufelder, Ist die weitere Bekämpfung von „Cum/Cum-Geschäften“ im grenzüberschreitenden Kontext durch den Gesetzgeber gerechtfertigt?, IStR 2017, 125; Schnitger, Weitere Maßnahmen zur BEPS-Gesetzgebung in Deutschland, IStR 2017, 214.

## Kompaktübersicht

- Inhalt der Änderung:** Durch die Norm wird bestimmten im Ausland stl. ansässigen Aktionären deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. (Eigenkapital-)Genussscheininhabern die vollständige oder teilweise Erstattung von auf die Ausschüttung einbehaltener KapErtrSt nach § 50d Abs. 1 zukünftig verweigert, wenn sie während einer Mindesthaltedauer nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie bzw. des (Eigenkapital-)Genussscheins sind, kein Mindestwertänderungsrisiko tragen oder verpflichtet sind, die Kapitalerträge an Dritte weiterzugeben. Auf diese Weise soll sog. cum/cum-Treaty Shopping-Gestaltungen rund um den Dividendenstichtag entgegengewirkt werden. Die Beschränkungen gelten nur, wenn die Ausschüttungen auf die Aktien oder (Eigenkapital-)Genussscheine nach den Bestimmungen eines einschlägigen DBA einer inländ. Steuer von weniger als 15 % unterliegen und der Gläubiger eine Streubesitzbeteiligung von weniger als 10 % hält. Eine Ausnahme besteht, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge bei Zufluss seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien oder (Eigenkapital-)Genussscheine ist. J 16-1
- Rechtsentwicklung:** Die Norm wurde durch das BEPS-UmsG v. 20.12.2016 (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5) neu eingefügt. Sie schafft für im Ausland stl. ansässige Aktionäre eine parallele Regelung zu dem ebenfalls in 2016 (durch das InvStRefG v. 19.7.2016, BGBl. I 2016, 1730; BStBl. I 2016, 731) eingefügten § 36a, der die Anrechenbarkeit von KapErtrSt für bestimmte im Inland zur ESt/KSt veranlagte Aktionäre und Genussscheininhaber beschränkt bzw. ausschließt (s. § 36a Anm. J 16-1 ff.). J 16-2
- Zeitlicher Anwendungsbereich:** Nach Art. 19 Abs. 2 BEPS-UmsG v. 20.12.2016 trat § 50j am 1.1.2017 in Kraft. Damit gilt § 50j zunächst für alle KapErtrSt-Erstattungsanträge nach § 50d Abs. 1, die nach dem 31.12.2016 im Hinblick auf nach dem 31.12.2016 gezahlte Dividenden gestellt werden. Allerdings ist für § 50j anders als für § 36a (für diesen in § 52 Abs. 35a) nicht ausdrücklich geregelt, dass die Vorschrift nur auf Kapitalerträge anzuwen- J 16-3

den ist, die ab einem bestimmten Datum, etwa dem 1.1.2017 zufließen. Daher ist fraglich, ob § 50j darüber hinaus auch für Fälle gilt, in denen KapErtrStErstattungen für vor dem 1.1.2017 gezahlte Dividenden (innerhalb der vier-Jahres-Frist des § 50d Abs. 1 Satz 9) beantragt werden oder sogar vor dem 1.1.2017 beantragt wurden, ohne dass über die Anträge am 1.1.2017 bereits entschieden war. § 50j und Art. 19 Abs. 2 BEPS-UmsG dürfen uE so nicht ausgelegt werden. Nähme man nämlich an, § 50j erschwere – übrigens auch über cum/cum-Gestaltungen (s. Anm. J 16-4) hinaus – die Erstattung von KapErtrSt auf Dividendenausschüttungen vor 2017, läge darin eine verfassungsrechtl. problematische echte Rückwirkung. Die betroffenen Aktionäre oder Genussscheininhaber müssten, um eine Erstattung von KapErtrSt zu erlangen, die Voraussetzungen von § 50j erfüllt haben, die sie bei Bezug der Dividende nicht kennen konnten und die sie auch nachträglich nicht mehr erfüllen können. Dieser rückwirkenden Belastung stehen grds. die im Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten verankerten Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes entgegen (vgl. zu verfassungsrechtl. Anforderungen an rückwirkende Steuergesetze BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1), ohne dass hier eine der in der Rspr. anerkannten Ausnahmen von diesem Verbot vorliegt oder ansonsten ein Grund für die Rechtfertigung der echten Rückwirkung erkennbar ist. Das wäre nämlich nur dann der Fall, wenn sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen auf eine bestimmte Rechtslage sachlich nicht gerechtfertigt und daher nicht schutzwürdig war. Zwar könnte Letzteres der Fall sein, wenn das bisherige Recht in einem Maße systemwidrig und unbillig war, dass ernsthafte Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit bestanden, oder wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern (vgl. BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08, BVerfGE 135, 1 mwN). Das dürfte aber bei § 50j schon deshalb nicht der Fall sein, weil § 50j zum einen Sachverhalte über die seit Längerem bekannten und erst neuerdings beanstandeten cum/cum-Gestaltungen hinaus betrifft, er zugleich aber – auch zusammen mit § 36a – die den Anlass für solche Gestaltungen gebenden Konstruktionsfehler des „verkorksten Kapitalertragsteuer-Systems“ (Anzinger, FR 2016, 101 [110]) nicht beseitigt. Schließlich wäre es auch europarechtl. als Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit zu beanstanden, wenn man mit § 36a eine Vorschrift für Inländer mW ab 2016 einführt, mit § 50j die korrespondierende Vorschrift für Ausländer aber materiell schon für Jahre vor 2016 wirken lassen wollte.

J 16-4 **Grund und Bedeutung der Änderung:**

► **Grund der Änderung:** Ausweislich der Begründung des Entwurfs von § 50j soll dem sog. cum/cum-Treaty Shopping und damit einer „ungerechtfertigten Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen“ entgegengewirkt

werden (BTDrucks. 18/10506, 86). Der Begriff „cum/cum“ umschreibt Fälle, in denen ein Inhaber einer Aktie diese vor dem Dividendenstichtag mit („cum“) Dividendenberechtigung verkauft und mit („cum“) Berechtigung zu Dividendenbezug liefert („cum/cum“). Der in der Bezeichnung einer solchen Transaktion als „künstliche Gestaltung“ (BTDrucks. 18/10506, 86) mitschwingende Vorwurf lautet, der Aktionär verschaffe sich als Empfänger einer aus Deutschland fließenden Dividende einen niedrigeren DBA-Quellensteuersatz als er ohne diese Gestaltung beanspruchen könnte. Konkret geht es uE um Folgendes: Für nicht-DBA-berechtigte Steuerausländer und inländ. Körperschaften sind Dividenden aus inländ. Streubesitzbeteiligungen (Beteiligung am Nennkapital von unter 10 %) regelmäßig im Inland unvermindert stpfl. (bei Steuerausländern: beschränkte StPflcht nach § 49 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a mit entsprechendem KapErtrStEinbehalt iHv. grds. 26,375 % gem. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a; bei inländ. Körperschaften: idR volle StPflcht nach § 8b Abs. 4 KStG). DBA-berechtigte Steuerausländer können demgegenüber unter bestimmten Voraussetzungen eine Reduzierung der in Deutschland einzubehaltenden KapErtrSt auf 15 %, 10 %, 5 % oder gar 0 % erreichen. Nicht-DBA-berechtigte Steuerausländer oder inländ. Körperschaften konnten bisher die Höhe der inländ. Besteuerung von Dividenden durch den Verkauf der Aktien vor dem Dividendenstichtag an eine ausländ. DBA-berechtigte Gegenpartei und den Rückerwerb nach dem Dividendenstichtag (durch Termingeschäft) oder durch Wertpapierleihe vermindern. Zwar fielen damit beim ausländ. Käufer im Inland stpfl. Dividenden an, die aber aufgrund eines anwendbaren DBA einer inländ. KapErtrStBelastung von deutlich unter 26,375 % (ggf. 15 %, 10 %, 5 % oder 0 %) unterlagen. Je nach Wahl der ausländ. Gegenpartei unterlagen die Dividenden auch in deren Ansässigkeitsstaat keiner (oder nur einer geringen) Besteuerung. Im Erg. kam es beim ausländ. Aktienkäufer nur zu einer reduzierten Steuerlast; die StErsparnis konnte über die Preise für den Verkauf und Rückerwerb der Aktie geteilt werden.

► **Bedeutung der Änderung:** § 50j soll sog. cum/cum-Treaty Shopping-Gestaltungen entgegenwirken, setzt aber dazu nicht bei dem die Aktie veräußernden nicht-DBA-berechtigten Steuerausländer/der inländ. Körperschaft an, der/die die Höhe der StPflcht der Dividende mit der Gestaltung vermindern will, sondern bei der ausländ. DBA-berechtigten Gegenpartei (dem Aktienkäufer). Dieser soll der nach einem anwendbaren DBA (eigentlich) bestehende Anspruch auf Entlastung von im Inland einbehaltener KapErtrSt nach § 50d Abs. 1 verwehrt werden, wenn nicht die Voraussetzungen des § 50j erfüllt sind. Ziel ist, dass sich zukünftig für cum/cum-Treaty Shopping-Gestaltungen keine ausländ. DBA-berechtigten Gegenparteien mehr finden lassen, so dass im Erg. der nicht-DBA-berechtigte Steuerausländer/die inländ. Körperschaft die Inlandsdividenden (voll) versteuern

muss. Aufgrund des überbordenden Wortlauts der Norm können aber nicht nur Gegenparteien vom cum/cum-Gestaltungen, sondern auch andere DBA-berechtigte Steuerausländer, die inländ. börsengehandelte Aktien/Genussscheine halten, von der Versagung der ihnen eigentlich nach einem DBA zustehenden vollständigen oder teilweisen Entlastung von inländ. KapErtrSt betroffen sein.

## Die Änderungen im Detail

---

### ■ Absatz 1 (keine Kapitalertragsteuer-Entlastung bei sog. cum/cum-Treaty Shopping-Gestaltung)

---

J 16-5 **Keine Kapitalertragsteuer-Entlastung:** Abs. 1 versagt bestimmten nur beschränkt estpfl./kstpfl. Gläubigern bestimmter Kapitalerträge – im Wesentlichen nicht im Inland ansässigen Aktionären deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. Genussscheininhabern – die ihnen aufgrund eines DBA (eigentlich) zustehende Entlastung von deutscher KapErtrSt, wenn sie während einer Mindesthaltungsdauer nicht wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie bzw. des Genussscheins sind, kein Mindestwertänderungsrisiko tragen oder verpflichtet sind, die Kapitalerträge an Dritte weiterzugeben. Ausnahmen bestehen, wenn das betreffende DBA maximal eine Beschränkung auf 15 % vorsieht, die stpfl. KapGes eine unmittelbare Beteiligung von mindestens 10 % hält oder zu mindestens einem Jahr an der inländ. Gesellschaft beteiligt ist (Abs. 4, s. § 50j Anm. J 16-8). Bei der Norm handelt es sich um einen *treaty override* (so auch ausdrücklich BTDrucks. 8/10506, 87). Auf Tatbestandsseite orientiert sich die Norm weitgehend an dem kurz zuvor durch das InvStRefG eingefügten § 36a (s. dazu im Einzelnen § 36a Anm. J 16-1 ff.).

► **Gläubiger, die nach einem DBA nicht oder nur ermäßigt besteuert werden:** Betroffen sind Gläubiger von Kapitalerträgen iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a, die nach einem DBA nicht oder nur nach einem StSatz unterhalb des StSatzes des § 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (dh. mit einem DBA-Satz von unter 26,375 %) besteuert werden. Die von Deutschland abgeschlossenen DBA vermitteln regelmäßig einen Anspruch auf Ermäßigung der inländ. KapErtrSt auf die hier betroffenen Dividenden/Genussscheinvergütungen auf 15 %, in bestimmten Fällen auf 10 %, 5 % oder gar auf 0 % (s. Tischbirek/Specker in Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 10 OECD-MA Rn. 67). Technisch erfolgt gleichwohl zunächst voller Einbehalt von 26,375 %. Der ausländ. Gläubiger muss dann das Erstattungsverfahren nach § 50d Abs. 1 beim BZSt. betreiben.

► **Inländische Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a:** Die Entlastungsbeschränkung betrifft inländ. Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a, also Erträge aus im Inland (dh. bei der Clearstream Banking AG) sammel- oder sonderverwahrten Aktien oder Genussscheinen inländ. Emittenten sowie, in der Praxis seltener, gegen Aushändigung von Erträgnisscheinen ausgezahlte Erträge, s. § 43 Anm. 16. Durch Abs. 1 Satz 2 werden Aktien oder Genussscheine inländ. Emittenten, die bei einem ausländ. Zentralverwahrer verwahrt werden, in den Anwendungsbereich der Norm mit einbezogen; s. auch § 36a Anm. J 16-5.

► **Wirtschaftlicher Eigentümer:** Um in den Genuss der vollen KapErtrSt-Entlastung zu kommen, muss der ausländ. Stpfl. zunächst wirtschaftlicher Eigentümer iSv. § 39 AO der betreffenden Aktien/Genussscheine im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses sein (vgl. § 20 Abs. 5). Vgl. dazu auch § 36a Anm. J 16-5.

► **Mindesthaldedauer:** Das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien/Genussscheinen muss ununterbrochen während einer bestimmten Mindesthaldedauer (definiert in Abs. 2, s. § 50j Anm. J 16-6) bestanden haben.

► **Mindestwertänderungsrisiko:** Der Stpfl. muss während der Mindesthaldedauer ununterbrochen das Mindestwertänderungsrisiko (definiert in Abs. 3; s. § 50j Anm. J 16-7) in Bezug auf die Aktien/Genussscheine getragen haben.

► **Ununterbrochene(s) Mindesthaldedauer/Mindestwertänderungsrisiko:** Ununterbrochen meint ohne Unterbrechung, dh., es besteht die Gefahr, dass selbst ein kurzfristiges Aufgeben der (wirtschaftlichen) Position an den Aktien/Genussscheinen, und sei es nur für eine juristische Sekunde, schädlich sein könnte.

► **(Keine) Verpflichtung, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten:** Der Stpfl. darf nicht aufgrund von Rechtsgeschäften verpflichtet sein, die Kapitalerträge aus den übertragenen Aktien/Genussscheinen (dh. den wirtschaftlichen Vorteil aus der Vereinnahmung der Ausschüttung) an andere Personen weiter- oder zurückzureichen. Siehe dazu im Einzelnen § 36a Anm. J 16-5.

► **Rechtsfolgen:** Der KapErtrStErstattungsanspruch nach § 50d Abs. 1 (nicht jedoch der Anspruch auf KapErtrStFreistellung nach § 50d Abs. 2, BT/Drucks. 18/10506, 87) wird ausgeschlossen. Es bleibt grds. beim KapErtrStEinbehalt von 26,375 %. Allerdings kommt weiterhin trotz Vorliegens der Voraussetzungen der Norm eine Reduzierung der KapErtrSt unter einem anwendbaren DBA auf 15 % (Abs. 4), nach § 44a Abs. 9 auf 15,825 % oder unter der MTRL gem. § 43b auf 0 % in Betracht.

### ■ Absatz 2 (Definition der Mindesthaltungsdauer)

---

J 16-6 **Mindesthaltungsdauer:** Abs. 2 definiert die Mindesthaltungsdauer, während der der Stpfl. wirtschaftliches Eigentum an den Aktien/Genussscheinen ununterbrochen halten muss. Zu Einzelheiten wird auf die Kommentierung des wortgleichen § 36a Abs. 2 verwiesen (§ 36a Anm. J 16-6).

### ■ Absatz 3 (Definition des Mindestwertänderungsrisikos)

---

J 16-7 **Mindestwertänderungsrisiko:** Abs. 3 definiert das Mindestwertänderungsrisiko, das der Stpfl. während der Mindesthaltungsdauer (Abs. 2) ununterbrochen tragen muss. Zu Einzelheiten wird auf die Kommentierung des wortgleichen § 36a Abs. 2 verwiesen (§ 36a Anm. J 16-7).

### ■ Absatz 4 (Ausnahmen)

---

J 16-8 **Ausnahmetatbestände:** Abs. 4 enthält (zT als negative Tatbestandsvoraussetzungen formulierte) Ausnahmetatbestände, bei denen Abs. 1 bis 3 nicht anzuwenden sind. Dies betrifft Fälle, in denen (i) die Deutschland nach einem anwendbaren DBA auf die Ausschüttungen zustehende KapErtrSt mindestens 15 % beträgt (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1), (ii) eine ausländ. KapGes. zu mindestens 10 % unmittelbar am Nennkapital der betreffenden inländ. KapGes. beteiligt ist und mit den betreffenden Kapitalerträgen in ihrem Ansässigkeitsstaat der Besteuerung unterliegt (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2) und/oder (iii) der Stpfl. bei Zufluss der von Abs. 1 erfassten Kapitalerträge seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien/Genussscheine ist (Abs. 4 Satz 2). Dadurch soll die Norm auf die „risikobehafteten und fiskalisch relevanten Fälle“ konzentriert werden (BT/Drucks. 18/10506, 88).

► **Ausnahme 1: DBA-Satz von 15 %:** Nach Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 sind die Abs. 1 bis 3 nur anzuwenden, wenn die Steuer auf die dem Antrag zugrunde liegenden Kapitalerträge nach einem DBA 15 % des Bruttobetrags der inländ. Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a unterschreitet. Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass sich die cum/cum-Treaty Shopping-Gestaltungen für die Beteiligten erst lohnen, wenn der sich auf § 50d Abs. 1 berufende Steuerausländer die Chance hat, auf einen inländ. reduzierten StSatz von unter 15 % zu kommen.

► *Inländische Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a:* Siehe § 50j Anm. J 16-5.



▷ *DBA-Satz von mindestens 15 % des Bruttobetrags der Kapitalerträge:* Die Formulierung 15 % des „Bruttobetrags“ der Dividenden entspricht dem OECD-MA und der deutschen Verhandlungsgrundlage. Beide (Art. 10 Abs. 2b OECD-MA; Art. 10 Abs. 2 Nr. 2 Verhandlungsgrundlage) sehen eine Berechtigung Deutschlands zur Erhebung von 15 % KapErtrSt auf Dividenden als Regelfall vor (Ausnahmen bestehen bei Schachtelbeteiligungen von mindestens 10 %, die aber sowieso unter die zweite Ausnahme von Abs. 4 der Norm fallen würden). Das zeigt, dass der Gesetzgeber atypische Fälle im Auge hat, wenn ein DBA zB einer Altersvorsorgeeinrichtung (wie in Art. 10 Abs. 2b DBA-Großbritannien) ohne Weiteres, dh. ohne Vorliegen einer Mindestbeteiligung, einen reduzierten KapErtrStsatz von zB 10 % gestattet.

► **Ausnahme 2: Mindestbeteiligung von 10 % und Steuerpflicht im Ausland:** Nach Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 sind die Abs. 1 bis 3 nur anzuwenden, wenn es sich nicht um Kapitalerträge handelt, die einer beschränkt stpfl. KapGes., die am Nennkapital einer unbeschränkt stpfl. KapGes. iSd. § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG zu mindestens 10 % unmittelbar beteiligt ist und im Staat ihrer Ansässigkeit den Steuern vom Gewinn oder Einkommen unterliegt, ohne davon befreit zu sein, von der unbeschränkt stpfl. KapGes. zufließen. Als Grund für diese Ausnahme nennt die Begründung des Entwurfs von § 50j, dass die Vorschrift nur auf Steuergestaltungen mit Streubesitzdividenden, nicht aber auf Schachtelbeteiligungen angewandt werden soll (BT/ Drucks. 18/10506, 87).

▷ *Beschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft:* Die Ausnahme betrifft nur ausländ. KapGes., nicht hingegen ausländ. natürliche Personen oder PersGes. Hintergrund ist wohl, dass sich regelmäßig nur solche für DBA-Schachtelprivilegien qualifizieren.

▷ *Unmittelbare Beteiligung von 10 % am Nennkapital einer unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft:* Nach der Gesetzesbegründung soll die Norm nur auf Steuergestaltungen mit Streubesitzdividenden Anwendung finden und daher auf Schachtelbeteiligungen (hier definiert als Beteiligungen in einer Höhe von mindestens 10 %) nicht anwendbar sein. Problematisch ist das Abstellen auf das Nennkapital, weil ein eigenkapitalähnliches Genussrecht, das ebenfalls unter den Anwendungsbereich der Norm fällt, idR keine Beteiligung am Nennkapital vermittelt und somit bei wörtlicher Auslegung per se nicht unter die Ausnahme fallen könnte. Durch das Erfordernis einer unmittelbaren Beteiligung ist zu besorgen, dass die Zwischenschaltung einer (ggf. vermögensverwaltenden) PersGes. ebenfalls als schädlich angesehen werden könnte.

▷ *Steuerausländer unterliegt mit Kapitalerträgen im Ausland der Steuer vom Gewinn oder Einkommen, ohne davon befreit zu sein:* Dadurch

soll uE sichergestellt werden, dass der Empfänger der Ausschüttungen in seinem Ansässigkeitsstaat mit diesen einer (ggf. geringen) Ertragsteuerbelastung unterliegt. Dahinter steht (wohl) die Überlegung, dass sich cum/cum-Treaty Shopping-Gestaltungen nicht lohnen, wenn der den Antrag stellende Ausländer nicht nur in Deutschland, sondern auch im Ausland auf die Ausschüttungen Steuern zahlen muss. In toto im Ausland stbefreite Vehikel (wie bestimmte ausländ. Investmentfonds oder Altersvorsorgeeinrichtungen) können sich somit nicht auf die Ausnahme des Abs. 4 berufen. Dies zeigt uE im Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber mit der Norm insbes. ausländ. stbefreite KapGes., die zudem Anspruch auf eine Reduzierung deutscher KapErtrSt auf unter 15 % hätten, erfassen will.

► **Ausnahme 3: Mindesthaltungsdauer von einem Jahr:** Nicht von Abs. 1 erfasste „Alt-Anteile“ liegen vor, wenn der Stpfl. zum Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer dieser Aktien/Genussscheine ist. Zu Einzelheiten s. § 36a Anm. J 16-9 (zum wortgleichen § 36a Abs. 5 Nr. 2).

### ■ Absatz 5 (Missbrauchsvorbehalt)

---

J 16-9 **Missbrauchsvorbehalt:** Nach Abs. 5 bleiben Bestimmungen eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung, § 42 AO und andere stl. Vorschriften unberührt, soweit sie jeweils die Entlastung in einem weitergehenden Umfang einschränken. Durch diese „Klarstellung“ soll dem Steuer ausländ. das Argument genommen werden, die Norm sei eine typisierende Missbrauchsvorschrift, so dass bei Erfüllung ihrer Voraussetzungen ein Rückgriff auf weitergehende Missbrauchsregelungen aus DBA, die allgemeine Missbrauchsvorschrift (§ 42 AO) oder auf andere Vorschriften, die die KapErtrStErstattung beschränken, ausgeschlossen sei (so BTDrucks. 18/10506, 88).