Mitbegründer: Dr. Hans Flick, Dr. Wilfried Dann. Ständige Mitarbeiter: Prof. Dr. Klaus-Dieter Borchardt, Europäische Kommission, Brüssel; Dr. Roland Felkai, StB, Rödl & Partner, Budapest; Hans F. W. Flick, CPA, KPMG, Detroit; Dr. Pierre-Olivier Gehrig, Pestalozzi Lachenal Patry, Zürich; Dr. Wolfgang Haas, BASF, Ludwigshafen; Albrecht Hagert, KPMG Wideri, Helsinki; Dr. Hartmut Hahn, Ministerialrat a. D., Hagen; Franz Hruschka, LRD, München; Charles Kern, Expert comptable, FIBA, Straßburg; Andreas Kolb, RA, Bern; Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Lang, WU Wien; Dr. Eduard Lobis, Dott. Commercialista, Revisore Contabile, Mailand; Michael Lorenz, Rechtsanwalt in Thailand, Hongkong und Vietnam, Lorenz & Associates, Bangkok; Prof. Dr. Helmut Loukota, Ministerialrat, Wien; Manfred Naumann, Ministerialrat, Berlin; Dr. Rosemarie Portner, LL.M., RA, StB, PwC, Düsseldorf; Prof. DDr. Hans Georg Ruppe, Graz/Wien; Prof. Dr. Christian Schmidt, StB, Deloitte, Georg-Simon-Ohm-Hochschule Nürnberg; Etienne Spierts, Loyens & Loeff, Frankfurt a. M.; Prof. Dr. Peter Urbatsch, LL.M., MBA, Mülheim a. d. Ruhr; Lucie Vorlíčková, LL.M., Vorlíčková & Leitner, Prag; Michael Wichmann, Ministerialrat, Berlin; Ulrich Wolff, LL.M., Ministerialrat a. D., Erpel (Rhein); Caroline Wunderlich, StB, PwC, Hamburg

INTERNATIONALES STEUERRECHT

AUFSÄTZE

Der missratene § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG i. d. F. des BeitrRLUmsG

Von Prof. Dr. Jürgen Lüdicke, Hamburg*

Die durch das BeitrRLUmsG¹ neugefasste Vorschrift des § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG ist am 1. 1. 2012 in Kraft getreten. Im Schrifttum wird über ihren Inhalt gerätselt. Bei näherem Hinsehen erweist sie sich als missglückt, zu weitgehend und dringend änderungsbedürftig. Eine Verwaltungsanweisung zu ihrer Anwendung liegt bislang nicht vor, scheint aber bereits angekündigt zu sein².

1. Einleitung

Die im Grunde seit ihrer Einführung (zunächst als § 50d Abs. 1a EStG) im Jahr 1994 umstrittene und seither mehrfach geänderte und verschärfte sog. Anti-Treaty-Shopping- bzw. Anti-Directive-Shopping-Regelung ist aufgrund des von der EU-Kommission gegen Deutschland betriebenen Vertragsverletzungsverfahrens³ in Abstimmung mit der Kommission⁴ erneut geändert worden. Stein des Anstoßes war die einem Gegenbeweis nicht zugängliche sog. 10 %-Regelung in § 50d Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EStG. Erzielte die Entlastung suchende ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10 % ihrer gesamten

Bruttoerträge im betreffenden Wirtschaftsjahr aus eigener Wirtschaftstätigkeit, wurde die Entlastung versagt, und zwar selbst dann, wenn die abzugspflichtigen deutschen Einkünfte zu der eigenen Wirtschaftstätigkeit gehörten oder aus anderen Gründen tatsächlich kein Missbrauch vorlag.

Der Inhalt der neuen Vorschrift erschließt sich nicht leicht und überrascht. Die bisher im Schrifttum vorgeschlagenen Auslegungen sind uneinheitlich⁵. Sie räumen teilweise ein, die vom Telos der Vorschrift vorgegebene Anwendung allein in Fällen von Missbrauch nur dadurch erreichen zu können, dass sie sich über den Wortlaut in gewisser Weise hinwegsetzen⁶.

Die nachfolgenden Überlegungen werden erweisen, dass der Wortlaut der Vorschrift – schon zur Vermeidung von Rechtsnachteilen betroffener ausländischer Gesellschaften – durchaus zu beachten ist. Die infolge missglückter Formulierung bestehende überschießende Tendenz der Vorschrift ist durch ihre vom europäischen Recht und vom Abkommensrecht erforderte partielle Nichtanwendung zu beseitigen.

2. Der verunglückte Gesetzestext

2.1 Die Struktur der Vorschrift

Die Neufassung des § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG ist im Wesentlichen durch eine Umstellung der bislang in Nr. 2 der Vorschrift enthaltenen Worte entstanden. Dabei wurde jedenfalls die Struktur der Vorschrift geändert. Fraglich ist, ob

* Prof. Dr. Jürgen Lüdicke ist Rechtsanwalt, Steuerberater, Partner bei PwC, Hamburg, und Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Steuerrecht am International Tax Institute der Universität Hamburg. Der Verf. dankt Herrn Steuerberater Thomas Brink und Herrn Steuerberater Dr. Dirk Nitzschke, PwC, Hamburg, für wertvolle Anregungen.

1 Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 7. 12. 2011, BGBl I 2011, 2592/2608.

2 Vgl. Engers/Dyckmans, Ubg 2011, 929/931/933.

3 Vgl. Mitteilung der Kommission v. 18. 3. 2010, IP/10/298; Az. der Kommission 2007/4435.

4 Vgl. auch Engers/Dyckmans, Ubg 2011, 929.

5 Vgl. Dorfmueller/Fischer, IStR 2011, 857; Nakhai/Wagner, Worldwide Tax Daily, 7. 12. 2011, Tax Analysts Electronic Citation 2011 WTD 235-4; Maerz/Guter, IWB 2011, 923; Engers/Dyckmans, Ubg 2011, 929; Kraft/Gebhardt, DB 2012, 80.

6 Vgl. Maerz/Guter, IWB 2011, 923/927 f.

AUFsätze

sich auch die Bedeutung der verwendeten Ausdrücke geändert hat⁷.

Bislang lautete Satz 1 (die in der Neufassung umgestellten bzw. weggefallenen Worte sind kursiv gedruckt):

„Eine ausländische Gesellschaft hat keinen Anspruch auf völlige oder teilweise Entlastung nach Absatz 1 oder Absatz 2, soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen, 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 des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt oder*
3. die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.“

In der Neufassung lautet Satz 1 (die in der bisherigen Fassung nicht vorhandenen oder an anderer Stelle verwendeten Worte sind kursiv gedruckt):

„Eine ausländische Gesellschaft hat keinen Anspruch auf völlige oder teilweise Entlastung nach Absatz 1 oder Absatz 2, soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielen, und *die von der ausländischen Gesellschaft im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielten Bruttoerträge nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen, sowie*

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

Die Struktur der Vorschrift hat sich insofern geändert, als die Rechtsfolge (vollständige oder teilweise Versagung der Entlastung) bislang durch zwei Bedingungen ausgelöst wurde, welche in dem mit dem Wort „soweit“ eingeleiteten Nebensatz beschrieben waren, nämlich durch das Fehlen der persönlichen Entlastungsberechtigung (mittelbare Entlastungsberechtigung des Gesellschafters⁸) und durch das Fehlen der sachlichen Entlastungsberechtigung der Gesellschaft.

Dabei war die persönliche Entlastungsberechtigung in den geschachtelten Nebensätzen vor dem Wort „und“ geregelt. Hieran hat sich durch die Neufassung nichts geändert.

In den drei jeweils durch das Wort „oder“ verbundenen Nummern nach dem Wort „und“ waren – in Form von Negationen formuliert – die kumulativ⁹ von der ausländischen Gesellschaft für eine Entlastung zu erfüllenden sachlichen Voraussetzungen geregelt (sachliche Entlastungsberechtigung). Dies hat sich geändert.

Nummehr sind nur noch die bislang in den Nrn. 1 und 3 geregelten sachlichen Entlastungsvoraussetzungen in den wie bisher durch das Wort „oder“ verbundenen Nrn. 1 und 2 ent-

halten; dabei hat Nr. 1 eine textliche Ergänzung erfahren. Die Worte, die bislang in der in Nr. 2 enthaltenen Voraussetzung verwendet wurden, finden sich nun – mit Ausnahme der weggefallenen eigentlichen 10 %-Grenze – in dem unmittelbar hinter dem Wort „und“ beginnenden Satzteil, welcher seinerseits mit den nachfolgenden Nrn. 1 und 2 durch das neu eingefügte Wort „sowie“ verbunden ist. Dabei kann der Ausdruck „sowie“ nur als Synonym für das Wort „und“ stehen¹⁰ – möglicherweise wollten die Verfasser des Gesetzestextes mit dieser sprachlichen Variation verdeutlichen, dass die nunmehr drei Teile des „soweit“-Satzes in zwei Gruppen eingeteilt sind: die persönliche Entlastungsberechtigung (erster Teil) und die sachliche Entlastungsberechtigung (zweiter und dritter Teil).

Nach den Regeln der deutschen Grammatik werden beide Teile des hinter dem Wort „und“ fortgeführten Nebensatzes erster Ordnung – ebenso wie dessen erster Teil zur persönlichen Entlastungsberechtigung – mit der Konjunktion „sowie“ eingeleitet¹¹. Die Neufassung gibt anders als die seit 2007 geltende Fassung der Vorschrift¹² keinen Anlass, an dieser Stelle ein „wenn“ in den Text zu lesen. Die sachliche Entlastungsberechtigung wird – wie bisher in Form von Negationen formuliert – von zwei alternativ¹³ zu erfüllenden Bedingungen abhängig gemacht. Positiv ausgedrückt ist (trotz fehlender persönlicher Entlastungsberechtigung) Entlastung zu gewähren,

- soweit die von der ausländischen Gesellschaft im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielten Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen oder¹⁴
- soweit in Bezug auf nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammende Erträge für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe bestehen *und*¹⁵ die ausländische Gesellschaft mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.

2.2 Die Ausdrücke „Bruttoerträge“, „Erträge“ und „Einkünfte“

Die entscheidende Frage für die Auslegung der Vorschrift geht dahin, ob diese Bedingungen sich auf die konkreten ab-

⁷ Dies bejahend *Dorfmueller/Fischer*, IStR 2011, 857/860 f.; *Nakhai/Wagner*, *Worldwide Tax Daily*, 7. 12. 2011, *Tax Analysts Electronic Citation* 2011 WTD 235-4; *Maerz/Guter*, IWB 2011, 923/928.

⁸ Vgl. BMF v. 3. 4. 2007, BStBl I 2007, 446, Tz. 4; geändert durch BMF v. 21. 6. 2010, BStBl I 2010, 596, IStR 2010, 539, m. Anm. *Lüdicke*.

⁹ Bei positiver Formulierung sind mit „oder“ verbundene negativ formulierte Bedingungen durch „und“ verbunden.

¹⁰ Vgl. auch die Gleichsetzung beider Ausdrücke in § 72 der amtlichen Regeln für die deutsche Rechtschreibung und Zeichensetzung (<http://rechtschreibrat.ids-mannheim.de>), wonach bei Verbindung gleichrangiger Teilsätze durch „sowie (= und)“ kein Komma gesetzt wird. Das gleichwohl vor dem Wort „sowie“ stehende Komma dürfte entweder den durch die Rechtschreibreform herbeigeführten Unsicherheiten über richtige Kommasetzung zu verdanken sein oder es soll die Gliederung des Satzes deutlicher machen (vgl. a. a. O., § 73).

¹¹ Vgl. zur Entstehung der Formulierung bereits der ursprünglichen Gesetzesfassung (§ 50d Abs. 1a EStG) im Finanzausschuss des Bundestages BT-Drs. 12/6078, 28 f., 125; dazu *Lüdicke*, in: *Piltz/Schaumburg*, Unternehmensfinanzierung im Internationalen Steuerrecht, Köln 1995, 102/106.

¹² Vgl. dazu *Schönfeld*, in: *F/W/B*, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG Rn. 76 f., 133; ferner *Loschelder*, in: *Schmidt*, EStG, § 50d Rn. 46 f.; *Frotscher*, EStG, § 50d Rn. 98, 105, 121 (jeweils „wenn“).

¹³ Bei positiver Formulierung sind mit „und“ bzw. „sowie“ verbundene negativ formulierte Bedingungen durch „oder“ verbunden.

¹⁴ Siehe Fn. 13.

¹⁵ Siehe Fn. 9.

AUFsätze

zugssteuerpflichtigen Erträge (i. S. der „Einkünfte“ im ersten Satzteil) oder ohne solchen konkreten Bezug auf die von der Gesellschaft insgesamt erzielten Bruttoerträge beziehen.

In dem bisher zu der Neufassung erschienen Schrifttum ist mit unterschiedlichen Begründungen vorgeschlagen worden, die Ausdrücke „Bruttoerträge“ und „Erträge“ nicht allgemein als Bruttoerträge der Gesellschaft, sondern als die konkreten abzugssteuerpflichtigen Einkünfte zu verstehen¹⁶. Die Beziehung der so verstandenen Erträge bzw. Einkünfte zu dem „betreffenden Wirtschaftsjahr“ wird dabei entweder gar nicht erörtert¹⁷ oder bleibt unklar¹⁸. Die Auslegung entspricht damit jedenfalls weder der Maxime, gleiche Ausdrücke gleich und unterschiedliche Ausdrücke in demselben Satz unterschiedlich auszulegen, noch derjenigen, dass eine Vorschrift so ausgelegt werden sollte, dass jedes ihrer Tatbestandsmerkmale eine Bedeutung hat. Die Gleichsetzung von „Bruttoerträgen“ bzw. „Erträgen“ mit den konkreten abzugssteuerpflichtigen Einkünften erscheint deshalb nicht ohne weiteres überzeugend. Dies wird im Folgenden weiter untersucht.

Nach der bisherigen Fassung der Vorschrift kam es unbestrittenermaßen für die Prüfung der in der Nr. 2 geregelten 10%-Grenze nicht auf die konkreten abzugssteuerpflichtigen Einkünfte, sondern auf das Verhältnis der in dem betreffenden Wirtschaftsjahr insgesamt aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielten Bruttoerträge zu den gesamten Bruttoerträgen der ausländischen Gesellschaft an.

Hinsichtlich der in Nr. 1 genannten Voraussetzung war dem Gesetz nach seinem Wortlaut allerdings nicht eindeutig zu entnehmen, ob für die Einschaltung der Gesellschaft allgemein oder speziell mit Bezug auf die konkreten abzugssteuerpflichtigen Einkünfte wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe vorliegen mussten. Die Frage war jedoch aus praktischer Sicht weitgehend unerheblich, weil bei Vorhandensein einer eigenwirtschaftlichen Tätigkeit von mehr als 10 % solche Gründe – ebenso wie ein angemessen eingerichteter Geschäftsbetrieb – regelmäßig ohne weiteres bejaht wurden¹⁹.

Nach der Neufassung der Vorschrift gibt es keine der bisherigen Nr. 2 entsprechende Bedingung mehr, welche nur entweder erfüllt oder eben nicht erfüllt sein kann. Vielmehr ist das Merkmal der „im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielten Bruttoerträge“, die „nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen“, nun unmittelbar mit der Konjunktion „soweit“ verknüpft. Der im Wesentlichen vergleichbare Wortlaut der Ausdrücke „im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielten Bruttoerträge“ und „gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres“ legt nahe, dass insoweit auch in der Neufassung nicht die konkreten abzugssteuerpflichtigen Einkünfte, son-

dern sämtliche von der ausländischen Gesellschaft erzielten Bruttoerträge gemeint sind²⁰. Folgerichtig ist dann auch der Ausdruck „in Bezug auf diese Erträge“ in Nr. 1 allgemein auf diejenigen Bruttoerträge, die nicht zu dem eigenwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich gehören, und nicht auf die konkreten abzugssteuerpflichtigen Erträge zu beziehen.

Die vorbezeichnete Sichtweise hat allerdings zur Folge, dass die Entlastung für konkrete abzugssteuerpflichtige Erträge nur zu gewähren ist, „soweit“ im Wirtschaftsjahr erzielte Bruttoerträge aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen oder „soweit“ in Bezug auf andere Bruttoerträge beachtliche Gründe für die Einschaltung der Gesellschaft und ein angemessener Geschäftsbetrieb vorhanden sind. Mit anderen Worten ist Entlastung nach Maßgabe einer abstrakten Verhältnisrechnung zu gewähren; es handelt sich um eine prozentual berechnete Entlastung, die davon abhängt, in welchem Verhältnis eigenwirtschaftliche und sonstige unschädliche Bruttoerträge der Gesellschaft im betreffenden Wirtschaftsjahr zu ihren gesamten Bruttoerträgen stehen. Eine derartige Rechtsfolge ist zunächst überraschend. Auch leuchtet legislatorisch nicht ohne weiteres ein, warum der von der Vorschrift bekämpfte Missbrauch, nämlich die Einschaltung einer ausländischen Gesellschaft, quotal von dem naturgemäß im Laufe der Wirtschaftsjahre schwankenden Verhältnis der „guten“ zu sämtlichen Bruttoerträgen abhängen soll. Allerdings ähnelt die Rechtsfolge in gewisser Weise der bisherigen Rechtslage, denn die Entlastung konkreter Erträge hing letztlich nicht von deren Zugehörigkeit zu dem eigenwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich, sondern davon ab, ob das Verhältnis der eigenwirtschaftlichen zu sämtlichen Bruttoerträgen des betreffenden Wirtschaftsjahrs die 10%-Grenze überstieg.

Die Gesetzesbegründung²¹ ist nur begrenzt hilfreich. Nach Darstellung des Anlasses der Änderung (Vertragsverletzungsverfahren) heißt es:

„Die bisherige starre 10 %-Grenze wird aufgehoben.

Die bisherige Umschaltklausel wird durch eine neue Aufteilungsklausel ersetzt. Danach werden nur insoweit keine Abkommensvorteile mehr gewährt, als die Bruttoerträge nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammen und die übrigen Ausschlussgründe vorliegen.“²²

Die Formulierung könnte in der Tat darauf hindeuten, dass nicht mehr das Überschreiten der 10%-Grenze eigenwirtschaftlicher Bruttoerträge zu einem „Umschalten“ von voller Versagung zu voller Gewährung der Entlastung führen soll, sondern dass die Entlastung nach Maßgabe des Verhältnisses aller „guten“ Bruttoerträge zu sämtlichen Bruttoerträgen „gleitend“, pro rata ansteigt („Aufteilung“).

16 So ausdrücklich *Dorfmueller/Fischer*, IStR 2011, 857/860 f.; *Maerz/Guter*, IWB 2011, 923/928; *Nakhai/Wagner*, *Worldwide Tax Daily*, 7. 12. 2011, *Tax Analysts Electronic Citation* 2011 WTD 235-4; im Erg. ebenso *Engers/Dyckmans*, Ubg 2011, 929/930/932; *Kraft/Gebhardt*, DB 2012, 80.

17 So bei *Dorfmueller/Fischer*, IStR 2011, 857/860 f.; *Nakhai/Wagner*, *Worldwide Tax Daily*, 7. 12. 2011, *Tax Analysts Electronic Citation* 2011 WTD 235-4; *Engers/Dyckmans*, Ubg 2011, 929/930/932; *Kraft/Gebhardt*, DB 2012, 80.

18 Vgl. *Maerz/Guter*, IWB 2011, 923/928.

19 So auch *Engers/Dyckmans*, Ubg 2011, 929/932 f.

20 Der Wegfall des Ausdrucks „gesamten“ vor „Bruttoerträge“ ändert daran nichts. Denn in der bisherigen Fassung sind die „gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres“ allein der Bezugspunkt für den 10 %-Anteil, während nach der Neufassung durch die einleitende Konjunktion „soweit“ die nicht aus eigener Wirtschaftstätigkeit stammenden im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielten Bruttoerträge im Verhältnis zu sämtlichen Bruttoerträgen angesprochen sind. Der nur einmal vorkommende Ausdruck „Bruttoerträge“ bezeichnet mithin sowohl die eigenwirtschaftlichen als auch die gesamten Bruttoerträge im betreffenden Wirtschaftsjahr.

21 Vgl. BT-Drs. 17/7524, S. 17.

22 Siehe Fn. 21.

AUFsätze

Das in der Gesetzesbegründung anschließend gegebene Beispiel weckt allerdings Zweifel.

„Wenn also z. B. die Verwertung von in Deutschland mit hohen, steuerlich abzugsfähigen Kosten entwickelten gewerblichen Schutzrechten von der deutschen Mutter auf eine (meist niedrig besteuerte) ausländische Tochter in einem DBA-Staat übertragen wird, wird die auf den Verwertungserlösen lastende deutsche Abzugssteuer nach den Vorschriften des betroffenen Doppelbesteuerungsabkommens bei Vorliegen einer der beiden anderen eine echte wirtschaftliche Tätigkeit ausschließenden Gründe teilweise oder überhaupt nicht erstattet oder freigestellt werden. Unerheblich ist es, ob und in welchem Umfang die ausländische Tochter im Übrigen Bruttoerträge aus unschädlicher Tätigkeit erzielt.“²³

Der – für die Anwendung des § 50d Abs. 3 EStG rechtlich völlig unerhebliche und allenfalls als „Stimmungsmache“ einzuordnende – Hinweis auf die meist niedrige Besteuerung der ausländischen Tochter einer inländischen Mutter²⁴ mag dahin zu verstehen sein, dass die Tochter keinerlei eigenwirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Wenn zudem – so ist das Beispiel wohl zu verstehen – auch keine beachtlichen Gründe für deren Einschaltung oder kein angemessener Geschäftsbetrieb vorliegen, wird die Abzugssteuer „teilweise oder überhaupt nicht erstattet oder freigestellt werden“. Da der Sachverhalt des Beispiels insoweit keinen Anhaltspunkt für irgendeinen Anlass oder Maßstab für eine anteilige Gewährung oder Versagung der Entlastung gibt, bleibt unklar, warum die Entlastung „teilweise oder überhaupt nicht“ erfolgen soll. Vollends unverständlich mit Blick auf die eingangs postulierte Aufteilungsklausel ist jedoch, dass es nach dem letzten Satz der Gesetzesbegründung „unerheblich“ sein soll, „ob und in welchem Umfang die ausländische Tochter im Übrigen Bruttoerträge aus unschädlicher Tätigkeit erzielt.“ Man wird füglich bezweifeln dürfen, dass „der Gesetzgeber“ oder ein einzelner Abgeordneter dies alles verstanden und in seinen gesetzgeberischen Willen aufgenommen hat. Das ist insofern freilich ohnehin nicht von Belang, als ein etwaiger gesetzgeberischer Wille im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden hat²⁵.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht in der Tat eher dafür, den unterschiedlichen Ausdrücken „Einkünfte“ im ersten Satzteil und „Bruttoerträge“ bzw. „Erträge“ im zweiten und dritten Satzteil auch eine unterschiedliche Bedeutung beizumessen. Dadurch wird zugleich vermieden, dass das Tatbestandsmerkmal „im betreffenden Wirtschaftsjahr“ nicht nur funktionslos, sondern sogar unsinnig²⁶ wird.

²³ Siehe Fn. 21.

²⁴ Zu Recht kritisch zu dem „Outbound“-Beispiel auch *Maerz/Guter*, IWB 2011, 923/927.

²⁵ Vgl. dazu jüngst – erneut – BFH v. 10. 8. 2011, I R 45/10, DStR 2011, 2283, Tz. 18: „...“, so dass es seitdem an jeglichem Anhalt im Tatbestand des ... dafür fehlt, dass ... Ohne einen solchen Anhalt im Gesetzestextbestand kann jedoch etwaigen Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten keine maßgebliche Bedeutung beigemessen werden (BFH v. 22. 12. 2010, I R 110/09, DStRE 2011, 806) und muss es mithin bei der wortlautgetreuen Gesetzesanwendung verbleiben.“

²⁶ Ohne den Bezug zu den gesamten Bruttoerträgen eines bestimmten Zeitraums (des Wirtschaftsjahrs) steht die inländische Besteuerung der konkreten abzugssteuerpflichtigen Einkünfte in keinerlei rechtlich relevantem Zusammenhang zu einem etwaigen Wirtschaftsjahr der ausländischen Gesellschaft.

Diese durch den Wortlaut nahegelegte Auslegung entspricht freilich nicht dem Zweck der Gesetzesänderung, im Einzelfall den Nachweis fehlenden Missbrauchs zu ermöglichen. Denn bei dieser Auslegung fragt das Gesetz nicht danach, ob die konkreten abzugssteuerpflichtigen Erträge dem eigenwirtschaftlichen Bereich zuzuordnen sind oder ob gerade in Bezug auf diese konkreten Einkünfte Gründe für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft vorliegen. Es ist mit anderen Worten – erstaunlicherweise – nicht zu prüfen, ob gerade hinsichtlich der konkret zu entlastenden abzugssteuerpflichtigen Einkünfte ein Missbrauch vorliegt. Denn die Tatbestandsmerkmale der eigenen Wirtschaftstätigkeit und der beachtlichen Gründe sind in der Vorschrift nur einmal enthalten. Sie können daher denknötwendig nur entweder für die Ermittlung des Verhältnisses zwischen den „guten“ und sämtlichen Bruttoerträgen im Wirtschaftsjahr oder für die Beurteilung der konkreten abzugssteuerpflichtigen Einkünfte maßgebend sein.

2.3 Vermeidung von unbeabsichtigtem treaty override und Europarechtsverstößen

Dem Vernehmen nach soll die neue Fassung der Vorschrift mit der vorstehend entwickelten Auslegung im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens der EU-Kommission dargelegt worden sein. Es ist nicht erkennbar, was die Kommission bewogen haben mag, sich damit zufrieden zu geben. Zwar ist die den Anlass des Vertragsverletzungsverfahrens bildende 10 %-Grenze entfallen, doch würde eine wörtliche Anwendung der Vorschrift im bezeichneten Sinne zweifellos Europarecht verletzen. Denn wenn konkrete abzugssteuerpflichtige Einkünfte im Rahmen der eigenen Wirtschaftstätigkeit der ausländischen Gesellschaft anfallen oder gute Gründe für ihre Einschaltung bestehen und auch sonst kein Grund für die Annahme eines Missbrauchs vorliegt, muss zur Vermeidung eines Verstoßes gegen europäisches Primär- und/oder Sekundärrecht die volle jeweils vorgesehene Entlastung gewährt werden; dies gilt unabhängig davon, ob die Gesellschaft *daneben* auch passive Erträge erzielt, welche nach obiger Lesart die Entlastung schmälern. Aus der amtlichen Begründung zur Einführung der ursprünglichen Fassung der Vorschrift ergibt sich eindeutig, dass lediglich „die Missbrauchsklausel der jeweiligen EG-Regelung“ konkretisiert werden sollte²⁷.

Vergleichbares gilt auch außerhalb des Einwirkungsreichs des Europarechts. § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG enthält jedenfalls nach Ansicht des Gesetzgebers²⁸ kein treaty override, sondern soll einen abkommensrechtlichen Missbrauchsvorbehalt²⁹ ausfüllen und konkretisieren. Hieraus folgt, dass die Entlastung in vollem Umfang und nicht nur pro rata zu gewähren ist, wenn im Einzelfall kein Missbrauch vorliegt.

²⁷ BT-Drs. 12/5764, S. 26 (zu § 50d Abs. 1a EStG i. d. F. des StMBG).

²⁸ BT-Drs. 12/5764, S. 26 (zu § 50d Abs. 1a EStG i. d. F. des StMBG). Anders wohl BFH v. 20. 3. 2002, I R 38/00, BStBl II 2002, 819/822 f., IStR 2000, 344, obgleich ein Verstoß gegen Europarecht wegen dessen Missbrauchsvorbehalt in casu nicht angenommen wird. Die Frage des Vorliegens eines treaty override wiederum ausdrücklich offenlassend BFH v. 28. 11. 2001, I B 169/00, BFH/NV 2002, 774, m. w. N. des Schrifttums.

²⁹ Vgl. dazu Tz. 7 ff. OECD-MK zu Art. 1 OECD-MA.

AUFsätze

Die Frage geht dahin, ob dieser gesetzgeberische Wille, Abkommens- und Europarecht mit der Bestimmung nur zu konkretisieren, aber nicht zu brechen, dazu zwingt, die Ausdrücke „Bruttoerträge“ und „Erträge“ doch i. S. der konkreten Einkünfte auszulegen und dadurch das gesetzliche Tatbestandsmerkmal „des betreffenden Wirtschaftsjahres“ zur Sinnlosigkeit zu verdammen.

Zur Beantwortung dieser Frage muss man klar sehen, dass eine den verwendeten – unterschiedlichen – Ausdrücken Rechnung tragende – unterschiedliche – Auslegung nicht nur der mit der EU-Kommission besprochenen Intention der Gesetzesverfasser zu entsprechen scheint, sondern in vielen Fällen für die Entlastung suchende ausländische Gesellschaft günstiger ist. Denn sofern die Gesellschaft abzugssteuerpflichtige Einkünfte erzielt, die nicht zum eigenwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich gehören und bezüglich derer auch keine beachtlichen Gründe für die Einschaltung der Gesellschaft vorhanden sind, führt die wörtliche Auslegung immer dann zu einer pro rata Entlastung, wenn sie *überhaupt* eigenwirtschaftliche oder aus anderen Gründen unschädliche Bruttoerträge im betreffenden Wirtschaftsjahr erzielt. Ungeachtet der Frage, ob man dies für legislatorisch übermäßig sinnvoll erachtet, erscheint es unzulässig, ausländischen Gesellschaften den Vorteil anteiliger Entlastung in solchen Fällen durch eine mit dem Wortlaut kaum vereinbare Auslegung zu entziehen, um in Bezug auf andere Fälle (konkrete eigenwirtschaftliche oder sonst unschädliche Einkünfte) das vom Gesetz aus dem Auge verlorene Ziel doch noch zu erreichen, nämlich die Nichtanwendung der Missbrauchsbekämpfungsvorschrift, wenn kein Missbrauch vorliegt.

Letzteres Ziel ist vielmehr durch schlichte Nichtanwendung der Vorschrift bzw. ihrer Rechtsfolgen zu erreichen, wenn es im Einzelfall hinsichtlich der abzugssteuerpflichtigen Einkünfte am Missbrauch fehlt. In europarechtlich geprägten Fällen ergibt sich diese Rechtsfolge – die Nichtanwendung – bereits aus dem Vorrang des Europarechts³⁰. In den übrigen Fällen würde die Anwendung des § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG der im jeweiligen DBA angeordneten Rechtsfolge – Entlastung von deutscher Abzugssteuer – widersprechen. Da aber die neue Fassung der Vorschrift ebenso wie die ursprüngliche Fassung bewusst keine ausdrückliche Anordnung der Nichtanwendung des DBA enthält, vielmehr nur den vom Gesetzgeber angenommenen allgemeinen abkommensrechtlichen Missbrauchsvorbehalt konkretisieren soll³¹, geht ihr das DBA nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 AO und der bei der Anwendung und Auslegung von Gesetzen zu beachtenden grundsätzlichen Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes³² vor. Denn selbst wenn ein solcher allgemeiner DBA-rechtlicher Missbrauchsvorbehalt besteht, ist er in casu eben nicht einschlägig.

Die hier angestellten Überlegungen sprechen im Übrigen dafür, dass auch die Bestimmung des § 50d Abs. 3 EStG in der bis Ende 2011 geltenden Fassung trotz ihres entgegenstehen-

den Wortlauts nicht angewendet werden darf, wenn im Einzelfall zwar die starre 10 %-Grenze „guter“ Erträge verfehlt wurde, gleichwohl aber nach den Wertungen des jeweils maßgebenden Abkommensrechts oder Europarechts kein Missbrauch vorlag.

Es bleibt abzuwarten, wie die Finanzverwaltung obige Grundfragen der Anwendung des neugefassten § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG in dem angekündigten BMF-Schreiben lösen wird.

3. Zum gesetzlichen Regelungsbedarf

Selbst wenn die Finanzverwaltung die oben skizzierte „doppelte“ Entlastungsmöglichkeit – uneingeschränkt bei konkret fehlendem Missbrauch und pro rata für andere abzugssteuerpflichtige Einkünfte – einräumt, ist eine Nachbesserung des Gesetzes unabdingbar. Zum einen erfordert bereits das Europarecht, dass sich die europarechtskonforme Rechtslage aus dem Gesetz und nicht aus dessen administrativer Nichtanwendung ergibt³³. Zum anderen besteht angesichts der offenkundigen Schwierigkeiten beim Verständnis der Vorschrift die erhebliche Gefahr, dass Steuerpflichtige im Streitfall – der beim Verwaltungsvollzug im konkreten Einzelfall nie ganz ausgeschlossen werden kann – etwaige vom BMF eingeräumte „Rechtswohltaten“ vor Gericht einfordern müssen; jedenfalls ist ein derart verunglückter Gesetzeswortlaut in einem Rechtsstaat nicht dauerhaft hinnehmbar.

Die notwendige – erneute – Gesetzesänderung sollte für eine grundsätzliche Besinnung genutzt werden, und zwar in zweierlei Hinsicht.

Erstens wurde die Vorschrift ursprünglich geschaffen, um die sog. *Monaco*-Rechtsprechung des BFH³⁴ auszuhebeln. Nachdem der BFH dieselbe ausdrücklich aufgegeben hat³⁵, ist sine ira et studio zu überlegen, ob eine Vorschrift wie § 50d Abs. 3 Satz 1 EStG überhaupt noch benötigt wird³⁶.

Sollte der Gesetzgeber – zweitens – im Grundsatz an § 50d Abs. 3 EStG neben der allgemeinen Missbrauchsregelung des § 42 AO festhalten wollen, wäre die Vorschrift zweckmäßigerweise so zu fassen, dass ihr Grundsatz deutlicher wird. Dieser Grundsatz kann nur lauten, dass bei – aus welchem Grund auch immer – fehlendem Missbrauch die Entlastung nicht versagt wird.

So kann es keinem ernstlichen Zweifel unterliegen, dass über die in dem BMF-Schreiben aus dem Jahr 2007³⁷ genannten wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe hinaus beispielsweise auch „historische“ Gründe einen Missbrauch ausschließen können. Legt etwa eine eigenwirtschaftlich tätige Gesellschaft ihre thesaurierten Gewinne verzinslich oder in Kapitalgesellschaftsanteilen an, liegt hinsichtlich der daraus erzielten – für sich genommen passiven – Zins- oder Dividenden erträge kein Missbrauch vor. Ebenso besteht kein

30 Vgl. statt aller *Schönfeld*, in: F/W/B, Außensteuerrecht, § 50d Abs. 3 EStG Rn. 22.

31 Vgl. Fn. 28.

32 Vgl. dazu *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl., Rn. 3.25, m. w. N.

33 St. Rspr. des EuGH, vgl. Urteile v. 5. 10. 2010, C-512/08, *Kommission/Frankreich*, BeckRS 2005, 70190, Tz. 67; v. 10. 3. 2005, C-33/03, *Kommission/Großbritannien*, Tz. 25; v. 26. 10. 1995, C-151/94, *Kommission/Luxemburg* („*Biehl II*“), IStR 1995, 151 m. Anm. *Rainer*, Tz. 18.

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

35 BFH v. 29. 10. 1997, I R 35/96, BStBl II 1998, 235.

36 Vgl. bspw. *Gosch*, in: Kirchhof, EStG, § 50d Rn. 24: „eigentlich ... „überflüssig““.

37 BMF v. 3. 4. 2007, BStBl I 2007, 446, Tz. 5.

AUFSÄTZE

Grund für die Versagung der Entlastung, wenn eine ausländische börsennotierte Holdinggesellschaft, die abzugssteuerpflichtige Einkünfte erzielt, von einer nicht entlastungsberechtigten Person übernommen und die Gesellschaft anschließend von der Börse genommen wird („Delisting“). Weitere Beispiele fehlenden Missbrauchs lassen sich unschwer finden und müssen im Gesetz reflektiert sein.

Als problematisch werden sich in der derzeitigen Fassung des Gesetzes auch mehrstufige Beteiligungsketten erweisen, wenn die Entlastungsberechtigung unmittelbarer oder mittelbarer Gesellschafter der ausländischen Gesellschaft zu prüfen ist. Denn einerseits ist für diese Prüfung zu unterstellen, dass die abzugssteuerpflichtigen Einkünfte von diesen Gesellschaftern unmittelbar bezogen worden wären; sie können dort also beispielsweise fiktiv zu dem eigenwirtschaftlichen Tätigkeitsbereich gehören³⁸, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass die Entlastung suchende Gesellschaft selbst gar nicht über eine eigenwirtschaftliche Tätigkeit verfügt. Andererseits wird die vom Gesetz derzeit vorgesehene Ermittlung des Anteils der eigenwirtschaftlichen und sonstigen unschädlichen Bruttoerträge an den im betreffenden Wirtschaftsjahr insgesamt erzielten Bruttoerträgen aus praktischer Sicht schnell an Grenzen stoßen. Wie soll die Entlastung suchende

Gesellschaft, wie soll die Finanzverwaltung dies bei langfristigen Zahlungsflüssen (Lizenzgebühren, Dividenden) eigentlich über die Jahre auf mehreren Gesellschafterebenen ermitteln und nachhalten? Im Falle von Freistellungsbescheinigungen muss (notwendigerweise) im Vorhinein geschätzt werden – soll eine spätere Verifikation solcher Ertrags-Verhältniszahlen erfolgen und ggf. mit welcher Rechtsfolge? Eine Haftung des inländischen Vergütungsschuldners kommt jedenfalls nicht in Betracht.

4. Schlussbemerkung

§ 50d Abs. 3 Satz 1 EStG i. d. F. des BeitrRLUMsG ist missraten und allenfalls im Wege der „partiellen Nichtanwendung“ anwendbar. Die Vorschrift muss baldigst geändert werden. Der Gesetzgeber sollte aber auch die Alternative ihrer ersatzlosen Aufhebung zugunsten der Anwendung der allgemeinen Missbrauchsregelung des § 42 AO ernsthaft in Erwägung ziehen. In der Zwischenzeit ist das BMF gefordert, mittels eines BMF-Schreibens die für ausländische Investoren wichtige und mit Signalwirkung versehene Vorschrift überhaupt und einigermaßen rechtssicher operabel zu machen. Individuell nicht missbräuchliche Investitionsstrukturen ins Inland dürfen keinesfalls Gefahr laufen, in langwierige Verwaltungsverfahren oder gar Rechtsstreitigkeiten über die Entlastung von deutschen Abzugssteuern verwickelt zu werden.

³⁸ Dies wohl – zu Unrecht – bezweifelnd *Maerz/Guter*, IWB 2011, 923/930 f.