

## § 43b

### Bemessung der Kapitalertragsteuer bei bestimmten Gesellschaften

idF des EStG v. 8.10.2009 (BGBl. I 2009, 3366; BStBl. I 2009, 1346),  
zuletzt geändert durch AmtshilfeRLÜmsG v. 26.6.2013  
(BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802)

(1) <sup>1</sup>Auf Antrag wird die Kapitalertragsteuer für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1, die einer Muttergesellschaft, die weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung im Inland hat, oder einer in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gelegenen Betriebsstätte dieser Muttergesellschaft, aus Ausschüttungen einer Tochtergesellschaft zufließen, nicht erhoben. <sup>2</sup>Satz 1 gilt auch für Ausschüttungen einer Tochtergesellschaft, die einer in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gelegenen Betriebsstätte einer unbeschränkt steuerpflichtigen Muttergesellschaft zufließen. <sup>3</sup>Ein Zufluss an die Betriebsstätte liegt nur vor, wenn die Beteiligung an der Tochtergesellschaft tatsächlich zu dem Betriebsvermögen der Betriebsstätte gehört. <sup>4</sup>Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Kapitalerträge im Sinne des § 20 Absatz 1 Nummer 1, die anlässlich der Liquidation oder Umwandlung einer Tochtergesellschaft zufließen.

(2) <sup>1</sup>Muttergesellschaft im Sinne des Absatzes 1 ist jede Gesellschaft, die die in der Anlage 2 zu diesem Gesetz bezeichneten Voraussetzungen erfüllt und nach Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (ABl. L 345 vom 29. 12. 2011, S. 8) zum Zeitpunkt der Entstehung der Kapitalertragsteuer nach § 44 Absatz 1 Satz 2 nachweislich mindestens zu 10 Prozent unmittelbar am Kapital der Tochtergesellschaft (Mindestbeteiligung) beteiligt ist. <sup>2</sup>Ist die Mindestbeteiligung zu diesem Zeitpunkt nicht erfüllt, ist der Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses maßgeblich. <sup>3</sup>Tochtergesellschaft im Sinne des Absatzes 1 sowie des Satzes 1 ist jede unbeschränkt steuerpflichtige Gesellschaft, die die in der Anlage 2 zu diesem Gesetz und in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2011/96/EU bezeichneten Voraussetzungen erfüllt. <sup>4</sup>Weitere Voraussetzung ist, dass die Beteiligung nachweislich ununterbrochen zwölf Monate besteht. <sup>5</sup>Wird dieser Beteiligungszeitraum nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Kapitalertragsteuer gemäß § 44 Absatz 1 Satz 2 vollendet, ist die einbehaltene und abgeführte Kapitalertragsteuer nach § 50d Absatz 1 zu erstatten; das Freistellungsverfahren nach § 50d Absatz 2 ist ausgeschlossen.

(2a) Betriebsstätte im Sinne der Absätze 1 und 2 ist eine feste Geschäftseinrichtung in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, durch die die Tätigkeit der Muttergesellschaft ganz oder teilweise ausgeübt wird, wenn das Besteuerungsrecht für die Gewinne dieser Geschäftseinrichtung nach dem jeweils geltenden Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung dem Staat, in dem sie gelegen ist, zuge-

wiesen wird und diese Gewinne in diesem Staat der Besteuerung unterliegen.

(3) (aufgehoben)

Autor: Dipl.-Finanzwirt Jens **Intemann**, Richter am FG, Hannover  
 Mitherausgeber: Prof. Dr. Andreas **Musil**, Potsdam

**Inhaltsübersicht**

**A. Allgemeine Erläuterungen zu § 43b**

	Anm.		Anm.
<b>I. Grundinformation zu § 43b</b> .....	1	<b>IV. Geltungsbereich des § 43b</b>	4
<b>II. Rechtsentwicklung des § 43b</b> .....	2	<b>V. Verhältnis des § 43b zu anderen Vorschriften</b> .....	5
<b>III. Bedeutung des § 43b</b> .....	3		

**B. Erläuterungen zu Abs. 1: Freistellung vom Kapitalertragsteuerabzug**

	Anm.		Anm.
<b>I. Voraussetzungen der Freistellung vom Kapitalertragsteuerabzug</b> .....	6	<b>II. Rechtsfolge</b> .....	7

**C. Erläuterungen zu Abs. 2: Definition der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft**

	Anm.		Anm.
<b>I. Muttergesellschaft</b> .....	8	<b>III. Beteiligungszeitraum von zwölf Monaten</b> .....	10
<b>II. Tochtergesellschaft</b> .....	9		

**D. Erläuterungen zu Abs. 2a: Definition einer Betriebsstätte** .....

11

**E. Erläuterungen zu Abs. 3: Kapitalertragsteuerentlastung bei Beteiligung von mindestens 10 %** .....

12

**A. Allgemeine Erläuterungen zu § 43b**

**Schrifttum:** KNOBBE-KEUK, Die beiden Unternehmenssteuerrichtlinien, EuZW 1992, 336; THÖMMES, Mutter-Tochter-Richtlinie, JbFfSt. 1997/1998, 76; EILERS/SCHIESSL, Zur Quellensteuervergünstigung nach der Mutter-Tochterrichtlinie, DStR 1997, 721; BULLINGER, Änderung der Mutter-Tochter-Richtlinie ab 2005: Erweiterung des Anwendungsbereiches und verbleibende Probleme, DStR 2004, 406; JESSE, Richtlinien-Umsetzungsgesetz – EURLUMsG: Anpassung des § 43b EStG (Kapitalertragsteuerbefreiung) an die geänderte Mutter-Tochter-Richtlinie, DStR 2005, 151; GROTHERR, International relevante Änderungen durch das Richtlinien-Umsetzungsgesetz, IWB Fach 3 Gr. 2, 1157; BAUMGÄRTEL/LANGE, Mögliche EU-Rechtswidrigkeit der Kapitalertragsteuer auf Streubesitzdividenden, Ubg 2008, 525; SCHWENKE, Kapitalertragsteuer bei Streubesitzdividenden gemeinschaftsrechtswidrig?, IStR 2008, 473; HEY, Vorrecht des Quellenstaates und binnenmarktkonforme Besteuerung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union, in SPINDLER/TIPKE/RÖNDEK (Hrsg.), Steuerzentrierte Rechtsberatung, Festschrift für Harald Schaumburg, Köln 2009, 2568; RUST, Anforderungen an eine EG-rechtskonforme Dividendenbesteuerung, DStR 2009, 2568; SCHÖN, Zinsen und Dividenden im Europäischen Steuerrecht, JbFfSt. 2010/2011, 59; KEMPF/GELSDORF, Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie in deutsches Steuerrecht – eine alte Kamelle?, IStR 2011, 173; WIESE/STRAHL, Quellensteuer auf Dividenden: BFH schwenkt auf Linie des EuGH ein, DStR 2012, 1426; HERLINGHAUS, Rechtsfragen zur Steuerpflicht von Streubesitzdividenden gem. § 8b Abs. 4 KStG n.F., FR 2013, 529; HECHTNER/SCHNITGER, Neuerungen zur Besteuerung von Streubesitzdividenden und Reaktion auf das EuGH-Urteil vom 20.10.2011, Ubg 2013, 269; INTEMANN, Die Neuregelung zur Steuerpflicht von Streubesitzdividenden, BB 2013, 1239; LEMAITRE, Die Besteuerung von Streubesitzdividenden und Erstattung von Kapitalertragsteuer, IWB 2013, 269; SCHÖNFELD, Die Steuerpflicht von Streubesitzdividenden gemäß § 8 Abs. 4 KStG n.F., DStR 2013, 937.

### I. Grundinformation zu § 43b

1

Gewinnausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, die von einer inländ. Tochtergesellschaft an eine in einem EU-Mitgliedstaat ansässige Muttergesellschaft gezahlt werden, können auf Antrag vom KapErtrStAbzug freigestellt werden. Die Regelung setzt die Mutter-Tochter-Richtlinie der EU in innerstaatliches Recht um. Die Muttergesellschaft muss in einem Mitgliedstaat der EU ansässig sein und nachweislich zu mindestens 10 % unmittelbar am Kapital der Tochtergesellschaft beteiligt sein. Die Mindestbesitzzeit beträgt zwölf Monate. Gewinnausschüttungen an eine Betriebsstätte der Muttergesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU belegen ist, werden ebenfalls begünstigt.

### II. Rechtsentwicklung des § 43b

2

**StÄndG 1992 v. 25.2.1992** (BGBl. I 1992, 297; BStBl. I 1992, 146): Die Vorschrift wird zur innerstaatlichen Umsetzung der europäischen Mutter-Tochter-Richtlinie (Richtlinie 90/435/EWG v. 23.7.1990, ABl. EG 1990 Nr. L 225, 6) als § 44d in das EStG eingefügt. Dividendenzahlungen, die von Tochtergesellschaften an im Ausland ansässige Muttergesellschaften gezahlt werden, sollen vom KapErtrStAbzug freigestellt werden.

**JStG 1996 v. 11.10.1995** (BGBl. I 1995, 1250; BStBl. I 1995, 438): Der Kreis der begünstigten Gesellschaften wird aufgrund des Beitritts neuer Mitgliedstaaten zur EU durch Ergänzung der Anlage 7 zum EStG erweitert.

**Gesetz zur Datenermittlung für den Verteilungsschlüssel des Gemeindeanteils am Umsatzsteuer-Aufkommen und zur Änderung steuerlicher Vorschriften v. 23.6.1998** (BGBl. I 1998, 1496): Zur Umsetzung einer Entscheidung des EuGH (v. 17.10.1996 – C-283, 291, 292/94 – Denkavit, IStR 1996, 526) wird Abs. 2 Satz 5 eingefügt.

**StSenkG v. 23.10.2000** (BGBl. I 2000, 1433; BStBl. I 2000, 1428): Die Vorschrift des § 44d wird zu § 43b.

**5. StBeamAusbÄndG v. 23.7.2002** (BGBl. I 2002, 2715; BStBl. I 2002, 714): Der Verweis in § 43b Abs. 2 Satz 3 wird wegen einer Änderung des § 50d redaktionell angepasst.

**EURLUMsG v. 9.12.2004** (BGBl. I 2004, 3310; BStBl. I 2004, 1158): Die Steuerergünstigung wird auf Gewinnausschüttungen, die an eine im EU-Ausland ansässige Betriebsstätte der Muttergesellschaft gezahlt werden, erstreckt (Abs. 1). Mit Einführung eines neuen Abs. 2a wird erstmals eine gesetzliche Definition der Betriebsstätte vorgenommen. Die Liste der begünstigten Gesellschaften wird erweitert (Anlage 2) und die Mindestbeteiligungsquote wird in mehreren Schritten auf 10 % gesenkt (Abs. 2 Satz 1). Abs. 4 wird aufgehoben.

**SEStEG v. 7. 12.2006** (BGBl. I 2006, 2782; BStBl. I 2007, 4): Nach dem neu eingeführten Satz 4 erfolgt keine Befreiung vom KapErtrStAbzug für Gewinnausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, die anlässlich einer Liquidation oder Umwandlung einer Tochtergesellschaft zufließen.

**JStG 2008 v. 20.12.2007** (BGBl. I 2007, 3150; BStBl. I 2008, 218): Der Gesetzestext wird durch den Hinweis auf die Richtlinie 2006/98/EG (ABl. EU 2006 Nr. L 363, 129) aktualisiert. Nachdem Bulgarien und Rumänien der EU beigetreten waren, wurde die Mutter-Tochter-Richtlinie durch die Richtlinie 2006/98/EG (ABl. EU 2006 Nr. L 363, 129) entsprechend angepasst.

**AmtshilfeRLUMsG v. 29.6.2013** (BGBl. I 2013, 1809; BStBl. I 2013, 802): Die Mutter-Tochter-Richtlinie wurde durch die Richtlinie 2011/96/EU v. 30.11.2011 neu gefasst. Daher war es notwendig, Abs. 2 an die Neufassung der Mutter-Tochter-Richtlinie anzupassen (BTDrucks. 17/12375, 38). Es handelt sich aber lediglich um eine redaktionelle Änderung, die keine materiellen Auswirkungen mit sich bringt. Die Liste der begünstigten Gesellschaften (Anlage 2) wurde aktualisiert. Die Neufassung des Abs. 2 und die aktualisierte Anlage 2 sind nach § 52 Abs. 55a erstmals auf Ausschüttungen anzuwenden, die nach dem 31.12.2011 zufließen. Darüber hinaus wurde Abs. 3 ersatzlos aufgehoben, weil er nur auf Ausschüttungen anzuwenden war, die vor dem 1.1.2009 zugeflossen sind. Dadurch kam ihm keine praktische Bedeutung mehr zu, so dass er aufgehoben werden konnte.

### III. Bedeutung des § 43b

In Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie der EU werden Gewinnausschüttungen zwischen Tochter- und Muttergesellschaft vom KapErtrStAbzug freigestellt, um eine Doppelbesteuerung zu verhindern und zur Wettbewerbsneutralität innerhalb der EU beizutragen (GERSCH in KSM, § 43b Rn. A 46). Die Mutter-Tochter-Richtlinie, welche am 23.7.1990 verabschiedet wurde, stellt einen ersten Schritt im Bemühen um eine Harmonisierung der Unternehmensbesteuerung innerhalb der EU dar. Sie regelt die Besteuerung grenzüberschreitender Dividendenzahlungen zwischen verbundenen Unternehmen, um durch die Schaffung eines gemeinsamen Steuersystems jede Benachteiligung der Zu-

sammenarbeit zwischen Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten gegenüber der Zusammenarbeit zwischen Gesellschaften desselben Mitgliedstaats zu beseitigen. Es soll dadurch der Zusammenschluss von Gesellschaften auf Gemeinschaftsebene erleichtert werden (EuGH v. 1.10.2009 – C-47/08 – Cominic, DB 2009, 2295). Die Mutter-Tochter-Richtlinie soll damit sicherstellen, dass Gewinnausschüttungen einer in einem Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft an ihre in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Muttergesellschaft stl. neutral sind (EuGH v. 3.4.2008 – C-27/07 – Banque Fédérative du Crédit Mutuel, Slg 2008, I-2067). Zur Vermeidung einer Doppelbesteuerung/Doppelbelastung hat der Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft nach der Mutter-Tochter-Richtlinie von der Erhebung einer Quellensteuer abzusehen und der Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft muss die Dividende entweder von der Besteuerung freistellen oder die bei der Tochtergesellschaft erhobene KSt anrechnen. Die somit zu gewährende Freistellung vom KapErtrStAbzug ist nach § 43b von einer Mindestbeteiligungsquote und einer Mindestbesitzzeit abhängig, um Missbrauchsfälle zu verhindern. Dies steht im Einklang mit der Mutter-Tochter-Richtlinie und begegnet daher keinen europarechtl. Bedenken. Auch das Verfahren als solches hält der BFH für europarechtskonform (BFH v. 20.12.2006 – I R 13/06, DStR 2007, 943).

**Verstoß gegen europäische Grundfreiheiten:** Die Besteuerung von Gewinnausschüttungen an im EU-Ausland ansässige kstpfl. Anteilseigner, die zu weniger als 10 % an der ausschüttenden Tochtergesellschaft beteiligt waren (sog. Streubesitzdividende), verstieß nach EuGH v. 20.10.2011 (C-284/09 – Kommission ./ Deutschland) gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 56 Abs. 1 EG. Zwar war der KapErtrStAbzug sowohl bei inländ. als auch bei ausländ. Anteilseignern, die zu weniger als 10 % an der ausschüttenden Tochtergesellschaft beteiligt waren, vorzunehmen. Jedoch wurde eine Gewinnausschüttung bei unbeschränkt kstpfl. Anteilseigner gem. § 8b Abs. 1 stfrei gestellt und der Anteilseigner konnte die einbehaltene KapErtrSt auf die StSchuld anrechnen (§ 31 Abs. 1 KStG iVm. § 36 Abs. 2 Nr. 2). Die Gewinnausschüttung blieb bei inländ. Anteilseignern im Ergebnis stfrei. Bei beschränkt KStpfl. wirkte der KapErtrStAbzug auf Streubesitzdividenden dagegen definitiv, weil dieser gem. § 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG abgeltende Wirkung besaß, so dass auch eine Erstattung der KapErtrSt nicht möglich war. In dieser unterschiedlichen stl. Behandlung inländ. und ausländ. Anteilseigner sah der EuGH auch unter Berücksichtigung der EuGH-Entscheidungen in den Rs. Denkavit (EuGH v. 14.12.2006 – C-170/05, IStR 2007, 62), Amurta (EuGH v. 8.11.2007 – C-379/05, BFH/NV Beil. 2008, 134) und Aberdeen (EuGH v. 18.6.2009 – C-303/07, BFH/NV 2009, 1361) einen Verstoß gegen die europäischen Grundfreiheiten (EuGH v. 20.10.2011 – C-284/09 – Kommission/Deutschland, DStR 2011, 2038; nachfolgend nunmehr BFH v. 11.1.2012 – I R 25/10, BFH/NV 2012, 871; s. noch BFH v. 22.4.2009 – I R 53/07, BFH/NV 2009, 1543).

**Beseitigung der Europarechtswidrigkeit:** Der Gesetzgeber hat die Europarechtswidrigkeit der Besteuerung von Streubesitzdividenden dadurch beseitigt, dass er die volle StPflcht für Streubesitzdividenden auch für den reinen Inlandsachverhalt durch Änderung des § 8b Abs. 4 KStG angeordnet hat (Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20. Oktober 2011 in der Rechtssache C-284/09 v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 561). Die Neuregelung gilt nach § 34 Abs. 7a KStG für Gewinnausschüttungen, die dem Anteilseigner nach dem 28.2.2013 zufließen. Die europarechtl. unzulässige Ungleichbehandlung wird somit durch eine Schlechterstellung der inländ. Anteilseigner verhindert, indem

Streubesitzdividenden stpfl. sind, egal ob sie an inländ. oder ausländ. Anteilseigner gezahlt werden (INTEMANN, BB 2013, 1239; SCHÖNFELD, DSr 2013, 937; HERLINGHAUS, FR 2013, 529). Für Streubesitzdividenden, die vor dem 1.3.2013 zugeflossen sind, hat der Gesetzgeber zur Beseitigung der europarechtswidrigen Besteuerung ein (kompliziertes) Erstattungsverfahren gem. § 32 Abs. 5 KStG eingeführt (zu Einzelheiten s. LEMAITRE, IWB 2013, 269; HECHTNER/SCHNITGER, Ubg 2013, 269; INTEMANN, BB 2013, 1239).

Zu Einzelheiten s. weiter LEMAITRE, IWB 2013, 269; SCHÖNFELD, DSr 2013, 937; INTEMANN, BB 2013, 1239; HECHTNER/SCHNITGER, Ubg 2013, 269; HERLINGHAUS, FR 2013, 529; SCHÖN, JbFSr 2009/2010, 60; SCHÖN, IStR 2009, 555; HEY, FS Schaumburg, 2009, 767 (785 f.); RUST, DSr 2009, 2568; ENGLISCH, Dividendenbesteuerung, 2005, 525 ff.; BEHRENS/SCHMITT, BB 2009, 2353; SCHWENKE, IStR 2008, 473; BAUMGÄRTEL/LANGE, Ubg 2008, 525.

Zur Europarechtskonformität des Antragsfordernisses s. BULLINGER, IStR 2004, 406 (410).

**Problem der Inländerdiskriminierung:** Inländische Muttergesellschaften werden durch § 43b schlechter gestellt, weil nur bei ausländ. Muttergesellschaften vom KapErtrStAbzug abgesehen werden kann. Der reine Inlandssachverhalt wird somit gegenüber einem grenzüberschreitenden Sachverhalt nachteilig besteuert. Dies soll europarechtl. unbedenklich sein, weil die Grundfreiheiten für den reinen Inlandssachverhalt keine Anwendung finden (zB EuGH v. 26.1.1993 – C-112/91 – Werner, ABl. EG 1993 Nr. C 46, 11; BFH v. 18.9.2003 – X R 2/00, BStBl. II 2004, 17; v. 15.7.2005 – I R 21/04, BStBl. II 2005, 716). Die mit der Schlechterstellung verbundene Inländerdiskriminierung könnte jedoch verfassungsrechtl. am Gleichheitssatz des Art. 3 GG zu messen sein (s. FRASE/BALLWIESER, DB 2010, 1366 [1368]; OSTERLOH in SACHS, Art. 3 GG Rn. 71; BULLINGER, IStR 2005, 370 [373 ff.]; s. aber BFH v. 15.7.2005 – I R 21/04, BStBl. II 2005, 716).

4

#### IV. Geltungsbereich des § 43b

**Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich:** Die Vorschrift ist auf Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 von Gesellschaften, die der deutschen KSt unterliegen, anzuwenden, s. im Einzelnen Anm. 9. Die Muttergesellschaft, die Gläubigerin der Kapitalerträge ist, darf weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung im Inland haben. Dagegen muss die Tochtergesellschaft im Inland unbeschränkt stpfl. sein. Als Muttergesellschaften kommen neben ausländ. KapGes. auch ausländ. PersGes. in Betracht, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat wie eine KapGes. einer KSt unterliegen (BTDrucks. 15/3677, 35; s. im Einzelnen Anm. 8). In sachlicher Hinsicht erstreckt sich der Anwendungsbereich auf alle Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1, also im Regelfall auf offene und verdeckte Gewinnausschüttungen.

5

#### V. Verhältnis des § 43b zu anderen Vorschriften

**Verhältnis zu § 43:** Die nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bestehende Pflicht zum KapErtrStAbzug für Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 wird für grenzüberschreitende Gewinnausschüttungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften suspendiert.

**Verhältnis zu § 50d:** Das Verfahren über die Freistellung vom KapErtrStAbzug wird in § 50d Abs. 2 näher geregelt. § 50d Abs. 3 schränkt den Anwendungsbereich des § 43b für ausländ. Gesellschaften ein, für deren Einschaltung kein

wirtschaftlicher Grund besteht oder die keiner (nennenswerten) eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen. Die Vorschrift, die der Missbrauchsbekämpfung dienen soll, ist europarechtl. Bedenken ausgesetzt (s. § 50d Anm. 52).

## B. Erläuterungen zu Abs. 1: Freistellung vom Kapitalertragsteuerabzug

### I. Voraussetzungen der Freistellung vom Kapitalertragsteuerabzug

6

**Freistellung von Kapitalsteuerabzug:** Kapitalertragsteuer wird auf Antrag nicht erhoben, wenn eine inländ. Tochtergesellschaft Gewinnausschüttungen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 an eine im EU-Ausland ansässige Muttergesellschaft oder deren im EU-Ausland ansässigen Betriebsstätte zahlt.

**Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1:** Nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 unterliegen Kapitalerträge iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 dem KapErtrStAbzug. Zu den Kapitalerträgen iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 1 gehören offene und verdeckte Gewinnausschüttungen von KapGes. (zu Einzelheiten s. § 20 Anm. 60 ff.). Bezüge aus Kapitalherabsetzung oder Liquidationsraten iSd. § 20 Abs. 1 Nr. 2 gehören daher nicht zu den Kapitalerträgen gem. Abs. 1 (LINDBERG in BLÜMICH, § 43b Rn. 12a; aA KEMPF/GELSDORF, IStR 2011, 173 [175]).

**Muttergesellschaft:** Die Muttergesellschaft, an die die Gewinnausschüttung fließt, darf weder ihren Sitz noch ihre Geschäftsleitung im Inland haben. Gewinnausschüttungen an eine in Deutschland unbeschränkt stpfl. Muttergesellschaft werden daher von der KapErtrStFreistellung nicht erfasst. Zum Begriff der Muttergesellschaft ausführlich s. Anm. 8.

**Ausschluss von der Freistellung:** Auch wenn die Gesellschaft, an die die Gewinnausschüttung fließt, formal alle Voraussetzungen des § 43b erfüllt, kann sie nach § 50d Abs. 3 vom Freistellungsverfahren ausgeschlossen sein. Nach § 50d Abs. 3 soll die KapErtrStFreistellung insbes. bei Einschaltung funktionsloser ausländ. Gesellschaften ausgeschlossen werden, um missbräuchliche Gestaltungen verhindern zu können. Zu Einzelheiten s. § 50d Anm. 54 ff.

**Betriebsstätte:** Die KapErtrStFreistellung greift auch ein, wenn die Gewinnausschüttung an eine Betriebsstätte der Muttergesellschaft gezahlt wird. Zum Begriff der Betriebsstätte s. Anm. 11. Die Betriebsstätte muss in einem anderen Mitgliedstaat der EU liegen. Liegt die Betriebsstätte in einem anderen Mitgliedstaat der EU, kann die Muttergesellschaft (ausnahmsweise) auch in Deutschland unbeschränkt stpfl. sein (Abs. 1 Satz 2). Die Regelung soll sicherstellen, dass die Gründung einer ausländ. Betriebsstätte durch eine unbeschränkt stpfl. Muttergesellschaft nicht benachteiligt wird. Zur Verhinderung von Umgehungsgestaltungen ist ein Zufluss der Gewinnausschüttung bei einer Betriebsstätte nur anzunehmen, wenn die Beteiligung an der (inländ.) Tochtergesellschaft tatsächlich zum BV der ausländ. Betriebsstätte gehört (BTDrucks. 15/3677, 33). Allein die bilanzielle Zuordnung der Beteiligung zur Betriebsstätte ist nicht ausreichend, vielmehr muss ein funktionaler Zusammenhang iSd. Rspr. des BFH zu Art. 10 OECD-MA (zB BFH v. 23.10.1996 – I R 10/96, BStBl. II 1997, 313) bestehen (glA GROTHERR, IWB Fach 3 Gr. 2, 1157 [1162]; aA JESSE, DStR 2005, 151 [156]).

**Die Tochtergesellschaft**, die die Gewinnausschüttung vornimmt, kann nur eine unbeschränkt stpfl. Gesellschaft sein, deren Rechtsform in der Anlage 2 zum EStG aufgeführt ist. Zum Begriff der Tochtergesellschaft s. auch Anm. 9.

**Antrag:** Die Freistellung vom KapErtrStAbzug erfolgt nur auf Antrag der Muttergesellschaft. Der Antrag ist beim BZSt. nach einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck zu stellen (§ 50d Abs. 1). Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen erteilt das BZSt. eine amtliche Bescheinigung über die Freistellung vom StAbzugsverfahren (§ 50d Abs. 2 Satz 1).

Zur Europarechtskonformität des Antragsverfahrens s. BULLINGER, IStR 2004, 406 (410).

7

## II. Rechtsfolge

Die Tochtergesellschaft kann die Gewinnausschüttung an die Muttergesellschaft oder die Betriebsstätte auszahlen, ohne KapErtrSt nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 einzubehalten. Die Tochtergesellschaft darf aber nach § 50d Abs. 2 Satz 5 nur vom StAbzug Abstand nehmen, wenn ihr eine Bescheinigung des BZSt. über die Freistellung vom Steuerabzugsverfahren vorliegt.

### C. Erläuterungen zu Abs. 2: Definition der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft

8

## I. Muttergesellschaft

**Gesellschaft iSd. Anlage 2:** Welche Gesellschaft als Muttergesellschaft im Sinne der Vorschrift fungieren kann, ist einer gesonderten Anlage (Anlage 2 zum EStG) zu entnehmen, die die verschiedenen Gesellschaftsformen der Mitgliedstaaten der EU aufführt, welche regelmäßig mit einer deutschen KapGes. vergleichbar sind. Allerdings werden auch PersGes. in der Anlage 2 aufgeführt, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat wie eine KapGes. einer KSt unterliegen (BTDrucks. 15/3677, 35; BULLINGER, IStR 2004, 406 [409]; LINDBERG in BLÜMICH, § 43b Rn. 23). Die Aufzählung ist abschließend und kann daher nicht auf Gesellschaftsformen analog angewendet werden, selbst wenn diese mit den aufgeführten Gesellschaften vergleichbar sind (EuGH v. 1.10.2009 – C-47/08 – Commnic, DB 2009, 2295). Eine S.A.S. nach französischem Recht fällt für VZ vor 2005 nicht in den Anwendungsbereich des § 43b, weil diese Gesellschaftsform nicht unter den Katalog der begünstigten KapGes. fiel (BFH v. 11.1.2012 – I R 25/10, BFH/NV 2012, 871; WIESE/STRAHL, DStR 2012, 1426). Für VZ ab 2005 ist eine Ausschüttung begünstigt, weil die Gesellschaftsform der S.A.S. in Anlage 2 aufgeführt ist. Nach Anlage 2 wird des Weiteren gefordert, dass die Gesellschaft in einem Mitgliedstaat der EU ansässig ist und nicht nach einem DBA als außerhalb der Gemeinschaft als ansässig betrachtet wird. Außerdem muss die ausländ. Gesellschaft einer in der Anlage näher bezeichneten Steuer unterliegen. Eine Befreiung von dieser Steuer darf nicht vorliegen.

**Beteiligungquote:** Die Gesellschaft muss nachweislich zu mindestens 10 % unmittelbar an der inländ. Tochtergesellschaft beteiligt sein, wenn die Gewinnausschüttung nach dem 31.12.2008 zufließen. Bei einem Zufluss der Ausschüttung vor dem 1.1.2009 beträgt die Mindestbeteiligungsquote 15 %. Beteiligung

gen an der Tochtergesellschaft, die einer Betriebsstätte zugeordnet sind, werden der Muttergesellschaft zugerechnet (BTDrucks. 15/3677, 33). Schädlich ist die Zwischenschaltung einer KapGes. oder PersGes. (aA zur PersGes. BULLINGER, IStR 2004, 406 [409]).

**Zeitpunkt:** Die Mindestbeteiligungsquote muss im Zeitpunkt des Zuflusses der Gewinnausschüttung (Entstehung der KapErtrSt nach § 44 Abs. 1 Satz 2) erfüllt sein. Hilfsweise reicht es nach Abs. 2 Satz 2 aus, dass die Mindestbeteiligung im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses besteht.

## II. Tochtergesellschaft

9

Tochtergesellschaft kann jede Gesellschaft sein, die zu den in Anlage 2 zum EStG genannten Gesellschaften gehört. Die Gesellschaft muss der deutschen KSt unterliegen. Dazu zählen insbes. die AG, GmbH, KGaA, VVaG, Genossenschaften und BgA. Personengesellschaften können dagegen keine Tochtergesellschaft sein, weil sie nicht der deutschen KSt unterliegen (GERSCH in KSM, § 43b Rn. C 28).

## III. Beteiligungszeitraum von zwölf Monaten

10

**Beteiligungszeitraum:** Die Mindestbeteiligung muss nach Abs. 2 Satz 4 nachweislich ununterbrochen zwölf Monate bestehen. Für die Berechnung der Frist ist auf den Zeitpunkt der Entstehung der KapErtrSt nach § 44 Abs. 1 Satz 2 abzustellen. Ist die Frist zu diesem Zeitpunkt nicht eingehalten, darf nicht von der Erhebung der KapErtrSt abgesehen werden.

**Erstattung der Kapitalertragsteuer nach § 50d Abs. 1:** Die einbehaltene und abgeführte KapErtrSt kann jedoch nach Abs. 2 Satz 5 nach den Regelungen des § 50d Abs. 1 erstattet werden, wenn der Beteiligungszeitraum von zwölf Monaten nach dem Zeitpunkt der Entstehung der KapErtrSt doch noch vollendet wird. Die Regelung beruht auf der Rspr. des EuGH, welcher entschieden hatte, dass es mit der Mutter-Tochter-Richtlinie nicht vereinbar ist, wenn ein Mitgliedstaat die Gewährung der Steuervergünstigung davon abhängig macht, dass die Muttergesellschaft im Zeitpunkt der Gewinnausschüttung die Mindestbesitzzeit erfüllt hat (EuGH v. 17.10.1996 – C-283, 291, 292/94, IStR 1996, 526). Ein Freistellungsverfahren nach § 50d Abs. 2 ist in diesem Zusammenhang gem. Abs. 2 Satz 5 letzter Halbs. ausdrücklich ausgeschlossen.

## D. Erläuterungen zu Abs. 2a: Definition einer Betriebsstätte

11

Abs. 2a bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Betriebsstätte im Sinne der Vorschrift vorliegt. Die Definition ist notwendig, weil auch Gewinnausschüttungen, die an eine in einem anderen Mitgliedstaat der EU belegene Betriebsstätte der Muttergesellschaft gezahlt werden, nach Abs. 1 Sätze 1 und 2 vom KapErtrStAbzug ausgenommen werden (s. Anm. 6).

**Feste Geschäftseinrichtung:** Betriebsstätte ist nach Abs. 2a eine feste Geschäftseinrichtung in einem anderen Mitgliedstaat der EU. Die Tätigkeit der

Muttergesellschaft muss ganz oder teilweise durch die feste Geschäftseinrichtung ausgeübt werden. Die Definition des Abs. 2a ist insoweit mit der Regelung in Art. 5 OECD-MA vergleichbar (s. daher zB HAASE, AStG/DBA, Art. 5 OECD-MA Rn. 47 ff.).

**Besteuerungsrecht dem Sitzstaat der Betriebsstätte zugewiesen:** Weitere Voraussetzung nach Abs. 2a ist, dass das Besteuerungsrecht für den Gewinn dieser Geschäftseinrichtung nach dem jeweils geltenden DBA dem Sitzstaat der Betriebsstätte zugewiesen ist und der Gewinn in diesem Staat auch der Besteuerung unterliegt. Dabei kommt es jedoch nicht darauf an, dass der Gewinn der Betriebsstätte tatsächlich vom ausländ. Staat besteuert wird (glA GERSCH in KSM, § 43b Rn. D 10; aA JESSE, DStR 2005, 151 [155]).

12

**E. Erläuterungen zu Abs. 3: Kapitalertragsteuerentlastung bei Beteiligung von mindestens 10 %**

Abs. 3 wurde durch das AmtshilfeRLUmsG v. 29.6.2013 ersatzlos aufgehoben, weil er keine praktische Bedeutung mehr besaß, denn die Vorschrift war gem. § 52 Abs. 55d letztmalig auf Gewinnausschüttungen anzuwenden, die vor dem 1.1.2009 zugeflossen waren. Für Gewinnausschüttungen, die nach dem 31.12.2008 zufließen, ist eine Mindestbeteiligungsquote von 10 % für die Entlastung vom KapErtrStAbzug aufgrund der Gesetzesänderung durch das EURLUmsG v. 9.12.2004 (BGBl. I 2004, 3310; BStBl. I 2004, 1158) schon nach Abs. 1 ausreichend.