

## § 50j

### Versagung der Entlastung von Kapitalertragsteuern in bestimmten Fällen

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

(1) <sup>1</sup>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.

<sup>2</sup>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) <sup>1</sup>Die Mindesthaltedauer umfasst 45 Tage und muss innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach der Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden. <sup>2</sup>Bei Anschaffungen und Veräußerungen ist zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Anteile oder Genussscheine zuerst veräußert wurden.

(3) <sup>1</sup>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). <sup>2</sup>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) <sup>1</sup>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 Bruttobetrag 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 Ansässig-

keit den Steuern vom Einkommen oder Gewinn unterliegt, ohne davon befreit zu sein, von der unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft zufließen.

<sup>2</sup>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, PricewaterhouseCoopers GmbH, Frankfurt am Main

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

**Inhaltsübersicht**

**A. Allgemeine Erläuterungen zu § 50j 1**

	Anm.		Anm.
<b>I. Grundinformation zu § 50j</b>	1	2. Bedeutung des § 50j . . . . .	4
<b>II. Rechtsentwicklung des § 50j</b> . . . . .	2	3. Verfassungsmäßigkeit des § 50j . . . . .	5
<b>III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 50j</b> .	3	<b>IV. Geltungsbereich des § 50j</b>	6
1. Hintergrund der Einführung des § 50j . . . . .	3	<b>V. Verhältnis des § 50j zu anderen Vorschriften</b> . . . . .	7

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:  
Keine Kapitalertragsteuer-Entlastung bei  
sog. cum/cum-treaty shopping-Gestaltung 10**

	Anm.		Anm.
<b>I. Verschärfung der Voraussetzungen einer vollständigen Kapitalertragsteuer-Entlastung (Abs. 1 Satz 1)</b>	10	<b>II. Entsprechende Geltung von Satz 1 bei Verwahrung im Ausland (Abs. 1 Satz 2)</b>	11
		<b>III. Rechtsfolge</b> . . . . .	12
		<b>IV. Antragsverfahren</b> . . . . .	13

<b>C. Erläuterungen zu Abs. 2: Definition der Mindesthaltedauer . . . .</b>	15
---	----

<b>D. Erläuterungen zu Abs. 3: Definition des Mindestwertänderungsrisikos</b>	20
---	----

<b>E. Erläuterungen zu Abs. 4: Ausnahmetatbestände . . . . .</b>	25
--	----

	Anm.		Anm.
<b>I. Doppelbesteuerungssatz von 15 %, Mindestbeteiligung und Mindesthaltedauer . . . . .</b>	25	<b>III. Ausnahme 2: Mindestbeteiligung von 10 % und Steuerpflicht im Ausland (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2) . . . . .</b>	27
<b>II. Ausnahme 1: Doppelbesteuerungssatz von 15 % (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1) .</b>	26	<b>IV. Ausnahme 3: Mindesthaltedauer von einem Jahr (Abs. 4 Satz 2) . . . . .</b>	28

<b>F. Erläuterungen zu Abs. 5: Missbrauchsvorbehalt . . . . .</b>	30
---	----



**A. Allgemeine Erläuterungen zu § 50j**

**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; FLORSTEDT, Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag, Methodologische Überlegungen aus Anlass der aktuellen Diskussion zu Cum/ex- und Cum/cum-Geschäften, StuW 2018, 228; HAARMANN, Die Missbrauchsverwirrung, IStR 2018, 561; KLEIN/HÖRNER/ADAM, Ausgewählte internationale Aspekte des InvStG 2018, ISR 2018, 216; SALZMANN/HEUFELDER, Die Versagung der Entlastung von Kapitalertragsteuern gemäß § 50j EStG – ein Beispiel unverhältnismäßiger Gesetzgebung, IStR 2018, 62.

**Verwaltungsanweisungen:** BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, BStBl. I 2017, 726, Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG; BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030, FR 2017, 891, Steuerliche Behandlung von „Cum/Cum-Transaktionen“; BMF v. 20.2.2018 – IV C 1 - S 2299/16/10002 – DOK 2018/0121297, BStBl. I 2018, 308, Anwendungsfragen zur Beschränkung der Anrechenbarkeit der Kapitalertragsteuer nach § 36a EStG, Ergänzung des BMF-Schreibens vom 3.4.2017 (BStBl. I 2017, 726); BZSt. v. 3.4.2017, Merkblatt zur Versagung der Entlastung von Kapitalertragsteuern in bestimmten Fällen gem. § 50j EStG, veröffentlicht auf der BZSt.-Homepage.

**I. Grundinformation zu § 50j**

1

§ 50j sieht vor, dass bestimmte im Ausland stl. ansässige Aktionäre deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. (Eigenkapital-)Genussscheininhaber die vollständige oder teilweise Erstattung von auf die Ausschüttung einbehaltener KapErtrSt nach § 50d Abs. 1 zukünftig nur unter bestimmten engen Voraussetzungen erreichen können. Auf diese Weise soll sog. cum/cum-treaty shopping-Gestaltungen rund um den Dividendenstichtag entgegengewirkt werden. Die vollständige oder teilweise Entlastung von einbehaltener KapErtrSt setzt zukünftig voraus, dass die betreffenden Gläubiger der Kapitalerträge (i) während einer Mindesthaldedauer ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktie bzw. des (Eigenkapital-)Genussscheins sind, (ii) während dieser Mindesthaldedauer ununterbrochen das Mindestwertänderungsrisiko tragen und (iii) nicht verpflichtet sind, die Kapitalerträge ganz oder überwiegend, unmittelbar oder mittelbar anderen Personen zu vergüten (Abs. 1; s. Anm. 10).

**Mindesthaldedauer:** Die Mindesthaldedauer ist in Abs. 2 definiert: Sie umfasst 45 Tage und muss innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tagen nach Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden (s. Anm. 15).

**Mindestwertänderungsrisiko:** Abs. 3 definiert das Mindestwertänderungsrisiko: Es ist gegeben, wenn der Stpfl. 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 % tragen muss (s. Anm. 20).

**Einschränkungen:** Die vorgenannten Beschränkungen gelten nach Abs. 4 nicht uneingeschränkt: Nach Abs. 4 Satz 1 ist die Norm nur anzuwenden, wenn die Ausschüttungen auf die Aktien oder (Eigenkapital-)Genussscheine nach den Bestimmungen eines einschlägigen DBA einer inländ. Steuer von weniger als 15 % unterliegen (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1; s. Anm. 26) und der Gläubiger eine Streubesitzbeteiligung von weniger als 10 % hält (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2; s. Anm. 27). Eine Ausnahme besteht ferner, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge bei Zufluss seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer der Aktien oder (Eigenkapital-)Genussscheine ist (Abs. 4 Satz 2; s. Anm. 28).

**Missbrauchsvorbehalt:** Abs. 5 enthält einen allgemeinen Missbrauchsvorbehalt, der erreichen soll, dass Bestimmungen eines DBA, § 42 AO und andere stl. Vorschriften unberührt bleiben, soweit sie jeweils die Entlastung von inländ. KapErtrSt in einem weitergehenden Umfang einschränken (s. Anm. 30).

2

## II. Rechtsentwicklung des § 50j

**BEPS-UmsG v. 20.12.2016** (BGBl. I 2016, 3000; BStBl. I 2017, 5): Die Norm wurde durch das BEPS-UmsG v. 20.12.2016 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. 1 ff.).

## III. Bedeutung und Verfassungsmäßigkeit des § 50j

### 3 1. Hintergrund der Einführung des § 50j

Ausweislich der Begr. des Entwurfs von § 50j soll dem sog. cum/cum-treaty shopping und damit einer „ungerechtfertigten Inanspruchnahme von Abkommensvorteilen“ entgegengewirkt werden (BTDrucks. 18/10506, 78). 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, 78) mitschwingende, einen klaren Blick auf das zugrunde liegende Problem aber eher verstellende Vorwurf lautet, der Aktionär verschaffe sich als Empfänger einer aus Deutschland fließenden Dividende einen „niedrigeren DBA-Quellensteuersatz“ als er ohne diese Gestaltung beanspruchen könnte. Tatsächlich erzielt der Aktionär, der die Aktie vor der Dividendenausschüttung veräußert und sie danach zurückerwirbt, gar keine Dividendeneinkünfte, sondern vereinnahmt den wirtschaftlichen Wert der Dividende weitgehend in Gestalt eines nicht der KapErtrSt unterliegenden Veräußerungsgewinns. Konkret geht es 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 dagegen unter be-

stimmten 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 (Sachdarlehen) 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 StLst; die StErsparnis konnte über die Preise für Verkauf und Rückerwerb der Aktie geteilt werden. Zu cum/cum-Gestaltungen mit einem inländ. Erwerber s. § 36a Anm. 3 und 4.

## 2. Bedeutung des § 50j

4

§ 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 StPflicht 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. Aufgrund des weitreichenden Ausnahmekatalogs in Abs. 4 sollte der praktische Anwendungsbereich der Norm gleichwohl gering sein (s. SALZMANN/HEUFELDER, IStR 2018, 62 [63 ff.]; s. auch Anm. 25).

## 3. Verfassungsmäßigkeit des § 50j

5

Die Verfassungsmäßigkeit der Norm wird vereinzelt unmittelbar, im Wesentlichen im Zusammenspiel mit § 36a (auf dessen Tatbestandsvoraussetzungen weitgehend verwiesen wird) diskutiert:

**Bestimmtheit:** ALTVATER/BUCHHOLZ (RdF 2016, 132 [138]) rügen zu Recht die Unbestimmtheit einzelner in § 36a verwendeter Rechtsbegriffe. In der Praxis liefert das detaillierte Anwendungsschreiben des BMF zu § 36a (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, BStBl. I 2017, 726) eine an den Interessen der FinVerw. orientierte, beim StAbzug aber gleichwohl zu beachtende (§ 44 Abs. 1 Satz 3) Auslegungshilfe, die uE im Hinblick auf die Begriffe der Mindesthaltedauer und des Mindestwertänderungsrisikos auch für § 50j gilt.

**Verhältnismäßigkeitsprinzip:** SALZMANN/HEUFELDER (IStR 2018, 62) halten die Vorschrift für ungeeignet, ihr Ziel zu erreichen, und daher – auch angesichts der Vielzahl weiterer gesetzlicher Regelungen zur Verhinderung ungerechtfertigter Inanspruchnahmen von KapErtrStErmäßigungen – für unverhältnismäßig.

**Echte Rückwirkung:** Nach Art. 19 Abs. 2 BEPS-UmsG v. 20.12.2016 trat § 50j am 1.1.2017 in Kraft. Allerdings ist für § 50j anders als für § 36a (für diesen in § 52 Abs. 35a) nicht ausdrücklich geregelt, dass die Vorschrift nur auf Kapitalerträge anzuwenden ist, die ab einem bestimmten Datum, etwa dem 1.1.2017 zufließen. Daher war fraglich, ob § 50j darüber hinaus auch für Fälle gilt, in denen KapErtrStErstattungen für vor dem 1.1.2017 gezahlte Dividenden (innerhalb der Vierjahresfrist 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 (s. KLEIN, JbFStR 2017/18, 462 [469]). Nähme man an, § 50j erschwere 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. 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. Diese Frage hat sich uE durch das Merkblatt des BZSt. v. 3.4.2017 – dem allerdings, wie DAHM (in KORN, § 50j Rz. 1 [7/2017]) zutr. anmerkt, nicht die Qualität eines BMF-Schreibens zukommt – erledigt, in dem es ausdrücklich heißt, dass die Norm nur für ab dem 1.1.2017 zugeflossenen Kapitalerträge gilt.

**Treaty override:** Bei der Norm handelt es sich bereits aufgrund ihre Wortlauts („ungeachtet dieses Abkommens“), aber auch aufgrund ihres Zwecks, eine KapErtrStEntlastung nach einem DBA in bestimmten Fällen nicht zu gewähren, um einen *treaty override* (so auch ausdrücklich BTDrucks. 8/10506, 87). Auf die parallelen Überlegungen zu § 50d Abs. 3 (s. § 50d Anm. 6) wird verwiesen.

#### IV. Geltungsbereich des § 50j

**Sachlicher Geltungsbereich:** Sachlich gilt die Norm zunächst (ausschließlich) für Kapitalerträge iSv. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a, dh. Erträge aus im Inland (dh. bei der Clearstream Banking AG) sammel- oder sonderverwahrten Aktien oder Genussscheinen inländ. Emittenten sowie, in der Praxis seltener, für gegen Aushändigung von Ertragnisscheinen ausgezahlte Erträge, s. § 43 Anm. 16 sowie Anm. 10. Durch Abs. 1 Satz 2 werden Aktien oder Genussscheine inländ. Emittenten, die bei einem ausländ. Zentralverwahrer verwahrt werden, in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen (s. Anm. 10).

► *American Depository Receipts (ADR)*: Nach uE zutreffender Auffassung der Fin-Verw. zu § 36a sind auch Erträge aus Hinterlegungsscheinen (zB ADR) auf inländ. Aktien von § 50j erfasst (vgl. BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, BStBl. I 2017, 726, Rz. 86; vgl. auch BMF v. 24.5.2013 – IV C 1 - S 2204/12/10003, BStBl. I 2013, 718; BMF v. 18.12.2018 – IV C 1 - S 2204/12/10003, BStBl. I 2018, 1400).

► *Investmenterträge*: Erträge aus Investmentfonds und Spezial-Investmentfonds (sowohl iSd. InvStG 2004 als auch iSd. InvStG 2018) unterfallen beim Anleger nicht § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a und damit uE auch nicht § 50j (vgl. zu § 36a BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, BStBl. I 2017, 726, Rz. 87).

**Persönlicher Geltungsbereich:** Die Norm setzt eine im Grundsatz gegebene Entlastungsmöglichkeit von inländ. KapErtrSt nach § 50d Abs. 1 voraus und erfasst damit (nur) Steuerausländer, die mangels inländ. BS mit den Dividenden auf inländ. Aktien/Genussscheine (nur) einem inländ. KapErtrStEinbehalt ohne Veranlagung unterliegen (s. dazu im Einzelnen § 50d Anm. 5).

► *Faktische Einschränkung aufgrund von Abs. 4*: Da § 50j (ua.) nur anwendbar ist, wenn die Ausschüttungen auf die Aktien (oder Eigenkapital-)Genussscheine nach den Bestimmungen eines einschlägigen DBA einer inländ. Steuer von weniger als 15 % unterliegen, obwohl der Gläubiger eine Streubesitzbeteiligung von weniger als 10 % hält (s. Anm. 25f.), sind die meisten ausländ. Stpfl. von § 50j nicht erfasst, da die einschlägigen deutschen DBA bei Streubesitzbeteiligungen idR einen inländ. KapErtrStEinbehalt von 15 % erlauben (vgl. auch SALZMANN/HEUFELDER, IStR 2018, 62 [63 ff.]). Nach dem Merkblatt des BZSt. v. 3.4.2017 kann (Stand: 1.1.2017) nach den einschlägigen DBA (nur) mit folgenden Staaten ein ermäßigter StSatz von unter 15 % bei Streubesitzbeteiligungen in Anspruch genommen werden: Bolivien, China, Georgien, Indien, Israel, Mongolei, Niederlande (nur Niederländische Pensionsfonds mit einem Quellensteuersatz von 10 % nach Art. 10 Abs. 2 Halbs. 2 Buchst. b DBA-Niederlande), Schweiz (nur Dividenden/Gewinnausschüttungen, wenn sie von einer Gesellschaft gezahlt werden, die ein Kraftwerk zur Ausnutzung der Wasserkraft des Rheinstroms zwischen dem Bodensee und Basel betreibt, mit einem Quellensteuersatz von 5 % nach Art. 10 Abs. 2 Halbs. 2 Buchst. a DBA-Schweiz), Syrien, Taiwan, Ukraine, Vereinigte Arabische Emirate, USA (nur US-amerikanische Altersvorsorgeeinrichtungen bzw. Pensionsfonds mit einem Quellensteuersatz von 0 % nach Art. 10 Abs. 3 Buchst. b DBA-USA sowie US-amerikanische stbefreite Organisationen mit einem Quellensteuersatz von 0 % nach Art. 27 Abs. 2 DBA-USA), Vereinigtes Königreich (nur britische Altersvorsorgeeinrichtungen bzw. *Pension Schemes* mit einem Quellensteuersatz von 10 % nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 Buchst. b DBA-Großbritannien).

► *Investmentfonds*: Die Norm ist grds. auch auf ausländ. Investmentfonds anwendbar, und zwar sowohl unter dem bis zum Ablauf des 31.12.2017 (InvStG aF) als auch unter dem ab dem 1.1.2018 (InvStG nF) geltenden Regime. Auch hier ist/war der praktische Anwendungsbereich aufgrund der faktischen Einschränkung durch Abs. 4 gering (s. oben „Faktische Einschränkung aufgrund Abs. 4“). Unter dem InvStG nF kommt hinzu, dass ein ausländ. Investmentfonds durch bloße Vorlage einer Statusbescheinigung eine Reduktion der inländ. KapErtrSt auf 15 % erreichen kann (§ 7 Abs. 1, 3 InvStG nF), ohne dass er sich auf ein DBA berufen müsste (vgl. KLEIN/HÖRNER/ADAM, ISR 2018, 216 [218]).

**Zeitlicher Geltungsbereich:** 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 anzuwenden ist, die ab einem bestimmten Datum, etwa dem 1.1.2017 zufließen. Damit stellte sich die Frage einer verfassungsrechtl. problematischen unechten Rückwirkung der Norm (s. Anm. 5), denn der Wortlaut hätte es zugelassen, dass § 50j darüber hinaus auch für Fälle gelten könnte, in denen KapErtrStErstattungen für vor dem 1.1.2017 gezahlte Dividenden (innerhalb der Vierjahresfrist 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. Das BZSt. hat in seinem Merkblatt v. 3.4.2017 jedoch zugunsten des Stpfl. klargestellt, dass die Norm nur für ab dem 1.1.2017 zugeflossenen Kapitalerträge gilt.

## 7 V. Verhältnis des § 50j zu anderen Vorschriften

**Verhältnis zu Doppelbesteuerungsabkommen:** Bei § 50j handelt es sich um einen *treaty override* (so ausdrücklich BTDrucks. 8/10506, 87).

**Verhältnis zu § 36a:** § 36a und § 50j verfolgen mit der Verhinderung von Cum/Cum-Gestaltungen zwar das gleiche Ziel und haben zT die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen. Ihre Anwendungsbereiche überschneiden sich allerdings nicht: Während § 50j Steuerausländer erfasst, die mangels inländ. BS mit den Dividenden auf inländ. Aktien/Genussscheine (nur) einem inländ. KapErtrStEinbehalt ohne Veranlagung unterliegen, beschränkt § 36a die Anrechenbarkeit inländ. KapErtrSt und setzt damit eine inländ. Veranlagung des Stpfl. zur ESt oder KSt voraus (betrifft also primär inländ. Stpfl., aber auch Steuerausländer, die aufgrund einer inländ. BS zur inländ. ESt/KSt veranlagt werden). Zu Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des § 36a s. § 36a Anm. 10 ff.

**Verhältnis zu § 50d:** § 50j setzt im Grundsatz einen Erstattungsanspruch nach § 50d Abs. 1 voraus und schränkt diesen ggf. ein. § 50j gilt auch nur für Erstattungsansprüche nach § 50d Abs. 1, nicht für die KapErtrStErmäßigung durch Freistellung nach § 50d Abs. 2 (s. Anm. 11).

**Verhältnis zu anderen Vorschriften, die die Kapitalertragsteuer-Entlastung einschränken:** Nach § 50j Abs. 5 bleiben Bestimmungen eines DBA, § 42 AO sowie andere stl. Vorschriften unberührt, soweit sie jeweils die Entlastung von inländ. KapErtrSt in einem weitergehenden Umfang einschränken; s. Anm. 30.

8–9 Einstweilen frei.

**B. Erläuterungen zu Abs. 1:  
Keine Kapitalertragsteuer-Entlastung bei  
sog. cum/cum-treaty shopping-Gestaltung**

**I. Verschärfung der Voraussetzungen einer vollständigen Kapitalertragsteuer-Entlastung (Abs. 1 Satz 1)** 10

**Gläubiger von Kapitalerträgen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a:** Abs. 1 versagt bestimmten nur beschränkt estpfl./kstpfl. Gläubigern bestimmter Kapitalerträge unter gewissen Voraussetzungen die ihnen aufgrund eines DBA (eigentlich) zustehende Erstattung von deutscher KapErtrSt. Erfasst werden im Wesentlichen nicht im Inland ansässige Aktionäre deutscher börsennotierter Gesellschaften bzw. Genussscheininhaber, deren Aktien bzw. Genussscheine im Inland sammelverwahrt werden (zu Einzelheiten s. § 43 Anm. 16).

**Beschränkte Steuerpflicht des Gläubigers der Kapitalerträge:** Ein ungeschriebenes, sich aber aus dem Verweis auf § 50d Abs. 1 ergebendes Tatbestandsmerkmal des § 50j ist, dass es sich bei den betroffenen Gläubigern gewisser Kapitalerträge um in Deutschland nur beschränkt estpfl./kstpfl. Steuerländer handelt, die mangels inländ. BS mit den Dividenden auf inländ. Aktien/Genussscheine (nur) einem abgeltenden (§ 50 Abs. 2 Satz 1 bzw. 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG) inländ. KapErtrStEinbehalt ohne Veranlagung unterliegen.

**Gläubiger, die nach einem Doppelbesteuerungsabkommen 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. unter 25 % zzgl. SolZ, dh. 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 Rz. 67). Dabei ist nach § 50d Abs. 1 Satz 1 die Steuer grds. gleichwohl zunächst in voller Höhe einzubehalten und abzuführen (s. § 50d Anm. 13). Der ausländ. Gläubiger kann dann das Erstattungsverfahren nach § 50d Abs. 1 Satz 2 beim BZSt. betreiben (s. § 50d Anm. 15).

**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 miteinbezogen; s. auch Anm. 11 und § 36a Anm. 10.

**Wirtschaftlicher Eigentümer:** Um in den Genuss der vollen KapErtrStEntlastung 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 (sog. Anrechnungsberechtigter, BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, BStBl. I 2017, 726, Rz. 1). Ohne wirtschaftliches Eigentum scheidet eine KapErtrStEntlastung a priori aus, so

dass es auf die (erweiterten) Voraussetzungen des § 50j nicht ankommt. Siehe dazu und insbes. zum Sonderfall der Wertpapierleihe § 36a Anm. 10.

**Mindesthaltedauer:** Das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien/Genussscheinen muss ununterbrochen während einer bestimmten Mindesthaltedauer (definiert in Abs. 2, s. Anm. 15) bestanden haben.

**Mindestwertänderungsrisiko:** Der Stpfl. muss während der Mindesthaltedauer ununterbrochen das Mindestwertänderungsrisiko (definiert in Abs. 3; s. Anm. 20) in Bezug auf die Aktien/Genussscheine getragen haben.

**Ununterbrochene(s) Mindesthaltedauer/Mindestwertänderungsrisiko:** Bei wörtlicher Auslegung meint „ununterbrochen“ 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. In diese Richtung scheint die Auslegung der Fin-Verw. zum insoweit wortgleichen § 36a Abs. 1 zu gehen, der verlangt, dass für die Berechnung der Haltedauer nur diejenigen Tage einzubeziehen sind, an denen während des gesamten Kalendertages das wirtschaftliche Eigentum bestand (BMF v. 3.4.2017 – IV C 1 - S 2299/16/10002, BStBl. I 2017, 726, Rz. 7; s. § 36a Anm. 10). Dies erscheint zu streng.

**(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 zurückzuzahlen. Siehe dazu im Einzelnen § 36a Anm. 10.

## 11 II. Entsprechende Geltung von Satz 1 bei Verwahrung im Ausland (Abs. 1 Satz 2)

**Verwahrung im Ausland:** Nach Satz 2 gilt Satz 1 – nach der Begr. des Gesetzentwurfs nur „vorsorglich“ (BTDrucks. 18/10506, 79) – entsprechend für Aktien und Genussscheine inländ. Emittenten, die bei einer Wertpapiersammelbank im Ausland (also nicht bei der Clearstream Banking AG im Inland) verwahrt werden. Was der Gesetzgeber mit „vorsorglich“ meint, ist unklar; uE könnte Folgendes der Hintergrund sein: Ausländische Zentralverwahrer müssen keine deutsche KapErtrSt einbehalten und abführen (s. § 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 „in den Fällen des 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a“). Angesichts des Regelungsgegenstandes von § 50j – der Versagung einer Erstattung deutscher KapErtrSt an Steuerausländer – muss es aber um Fälle gehen, in denen deutsche KapErtrSt anfällt. Das dürften praktisch nur Fälle sein, in denen Steuerausländer Aktien oder Genussscheine inländ. Emittenten trotz ausländ. Sammelverwahrung bei einem inländ. Wertpapierhandelsunternehmen oder einer inländ. Wertpapierhandelsbank verwahren oder verwalten lassen und von dort Erträge gutgeschrieben bekommen (§ 44 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 Buchst. a). Diese Fälle hätte Abs. 1 Satz 1 allerdings auch ohne Satz 2 erfasst. Eine Verpflichtung des ausländ. Zentralverwahrers, zB in Fällen ohne deutsche Zahlstelle, deutsche KapErtrSt einzubehalten und abzuführen, begründet Satz 2 nicht. Er ist damit überflüssig; s. auch § 36a Anm. 10.

**III. Rechtsfolge**

12

Abs. 1 versagt jegliche (völlige oder teilweise) Entlastung von deutscher KapErtrSt durch Erstattung nach § 50d Abs. 1 (nicht aber eine solche durch KapErtrStFreistellung nach § 50d Abs. 2, BTDrucks. 18/10506, 87, s. dazu auch § 50d Anm. 35 ff.). Es bleibt grds. beim KapErtrStEinbehalt von 26,375 % (inkl. SolZ). Allerdings kommt aufgrund der Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs von Abs. 1 durch Abs. 4 (s. Anm. 25) weiterhin trotz Vorliegens der Voraussetzungen des Abs. 1 eine Reduzierung der KapErtrSt (qua Erstattung) unter einem anwendbaren DBA auf 15 % (Abs. 4), bei ausländ. Körperschaften nach § 44a Abs. 9 auf 15,825 %, bei ausländ. Investmentfonds nach § 7 Abs. 1 InvStG nF auf 15 % oder unter der MTRL gem. § 43b auf 0 % in Betracht.

**IV. Antragsverfahren**

13

Das BZSt. hat in seinem Merkblatt v. 3.4.2017 ein spezielles Antragsverfahren für beschränkt Stpfl. entwickelt, die unter die Voraussetzungen des § 50j fallen könnten. Dies sind nach uE zutreffender Ansicht des BZSt. (nur) beschränkt Stpfl., bei denen die nach dem 1.1.2017 zugeflossenen Kapitalerträge nach einem DBA einem geringeren StSatz als 15 % unterliegen. Der betroffene Antragsteller hat auf einem speziellen (auf der Homepage des BZSt. abrufbaren) Antragsformular zu erklären, dass er die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen des § 50j Abs. 1 kumulativ erfüllt, und durch Unterschrift zu versichern, dass die Angaben wahrheitsgemäß sind. Die entsprechenden Erstattungsanträge sind ausschließlich in schriftlicher Form, aber nicht im Datenträgerverfahren beim BZSt. einzureichen. Das BZSt. behält sich ausdrücklich vor, die Angaben im Rahmen der Überprüfung der Nutzungsberechtigung der Antragsteller zu verifizieren und entsprechende Nachweise anzufordern.

Einstweilen frei.

14

**C. Erläuterungen zu Abs. 2:  
Definition der Mindesthaltedauer**

15

Abs. 2 definiert die Mindesthaltedauer, während derer der Stpfl. wirtschaftliches Eigentum an den Aktien/Genussscheinen ununterbrochen halten muss, als 45 Tage, die innerhalb eines Zeitraums von 45 Tagen vor und 45 Tage nach Fälligkeit der Kapitalerträge erreicht werden muss. Nach Abs. 2 Satz 2 ist bei Anschaffungen und Veräußerungen zu unterstellen, dass die zuerst angeschafften Aktien oder Genussschein zuerst veräußert wurden. Die Norm legt somit für Anschaffungen und Veräußerungen als Verwendungsreihenfolge die sog. FiFo-Methode (*first in – first out*) fest. Zu Einzelheiten wird auf die Kommentierung des wortgleichen § 36a Abs. 2 verwiesen (§ 36a Anm. 15).

Einstweilen frei.

16–19

20

**D. Erläuterungen zu Abs. 3:  
Definition des Mindestwertänderungsrisikos**

Abs. 3 definiert das Mindestwertänderungsrisiko, das der Stpfl. während der Mindesthaltedauer (Abs. 2) ununterbrochen tragen muss. Es ist gegeben, wenn der Stpfl. unter Berücksichtigung von gegenläufigen Ansprüchen und Ansprüchen nahe stehender Personen das Risiko aus einem sinkenden Wert der Aktien/Genussscheine im Umfang von mindestens 70 % trägt (Abs. 3 Satz 1). Kein hinreichendes Mindestwertänderungsrisiko liegt nach Abs. 3 Satz 2 insbes. vor, wenn der Stpfl. oder eine ihm nahe stehende Person Kurssicherungsgeschäfte abgeschlossen hat, die das Wertänderungsrisiko der Aktien/Genussscheine unmittelbar oder mittelbar um mehr als 30 % ändern. Zu Einzelheiten wird auf die Kommentierung des wortgleichen § 36a Abs. 2 verwiesen (§ 36a Anm. 20).

21–24 Einstweilen frei.

**E. Erläuterungen zu Abs. 4:  
Ausnahmetatbestände**

**25 I. Doppelbesteuerungssatz von 15 %, Mindestbeteiligung und Mindesthaltedauer**

Abs. 4 enthält (zT schwer verständlich 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).

Insbesondere die Ausnahmeregelungen in Abs. 4 haben Anlass gegeben zu erwägen, ob der verbleibende Anwendungsbereich des § 50j zu geringfügig und die Norm damit weder erforderlich noch geeignet und daher unverhältnismäßig ist (s. SALZMANN/HEUFELDER, IStR 2018, 62; SALZMANN/HEUFELDER, IStR 2017, 125). Die Kritik ist beachtlich, berücksichtigt uE aber nicht hinreichend, dass es gerade diese Ausnahmen sind, die § 50j in seiner ansonsten überschießenden Tendenz entschärfen (s. Anm. 4). Berücksichtigt man zB, dass die Erfüllung einzelner Kriterien (wie zB die Übernahme eines Mindestwertänderungsrisikos, s. Anm. 20) praktisch schwierig sein kann, ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber dies nicht verlangt, wenn aufgrund eines DBA nur eine Ermäßigung auf 15 % begehrt wird, die das Gesetz vielen StAusländern ohnehin – also sogar ohne Ermäßigungsanspruch aufgrund eines DBA – gewährt (vgl. § 44a Abs. 9). Hinzu kommt, dass trotz der Ausnahmen des Abs. 4 der Anwendungsbereich des § 50j

### III. Mindestbeteiligung von 10 % (Satz 1 Nr. 2) Anm. 25–27 § 50j

so lange nicht leerläuft, wie es DBA gibt, die für Streubesitzdividenden regelmäßig eine Ermäßigung auf weniger als 15 % gestatten.

## II. Ausnahme 1: Doppelbesteuerungssatz von 15 % (Abs. 4 Satz 1 Nr. 1)

26

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 StStz von unter 15 % zu kommen.

**Inländische Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a sowie des § 50j Abs. 1 Satz 2:** Siehe § 50j Anm. 10.

**Doppelbesteuerungssatz 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 KapErtrStStz von zB 10 % gestattet, s. dazu auch Anm. 6.

## III. Ausnahme 2: Mindestbeteiligung von 10 % und Steuerpflicht im Ausland (Abs. 4 Satz 1 Nr. 2) 27

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 Begr. des Entwurfs von § 50j, dass die Vorschrift nur auf Steuergestaltungen mit Streubesitzdividenden, nicht aber auf Schachtelbeteiligungen angewandt werden soll (BTDrucks. 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 (BTDrucks. 18/10506, 79) 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. Das wäre uE nicht gerechtfertigt, da die KapErtrSt als Erhebungsform der ESt oder KSt grds. nicht von PersGes., sondern von deren Gesellschaftern geschuldet wird. Auch die FinVerw. geht grds. davon aus, dass nicht die PersGes., sondern deren Gesellschafter berechtigt sind, eine KapErtrStErstattung zu beantragen (BMF v. 26.9.2014 – IV B 5 - S 1300/09/10003, 2014/0599097, BStBl. I 2014, 1258, Rz. 2.1.2, mit Hinweisen und Beispielen zu Ausnahmen; s. auch § 50d Anm. 5).

**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 antragstellende Steuerausländer 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.

#### 28 **IV. Ausnahme 3: Mindesthaltungsdauer von einem Jahr** (Abs. 4 Satz 2)

Nicht von Abs. 1 erfasste „Alt-Anteile“ liegen vor, wenn der Stpfl. zum Zeitpunkt des Zuflusses der Kapitalerträge iSd. § 43 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a und des § 50j Abs. 1 Satz 2 seit mindestens einem Jahr ununterbrochen wirtschaftlicher Eigentümer dieser Aktien/Genussscheine ist. Die in Abs. 2 Satz 2 angeordnete FiFo-Methode soll entsprechend gelten. Zu Einzelheiten s. § 36a Anm. 32 (zum wortgleichen § 36a Abs. 5 Nr. 2).

29 Einstweilen frei.

30

#### **F. Erläuterungen zu Abs. 5: Missbrauchsvorbehalt**

**Kein Ausschluss weitergehender Entlastungseinschränkungen:** Nach Abs. 5 bleiben Bestimmungen eines DBA, § 42 AO und andere stl. Vorschriften unberührt, soweit sie jeweils die Entlastung in einem weitergehenden Umfang einschränken. Durch diese vom Gesetzgeber als „Klarstellung“ bezeichnete Regelung soll dem Argument vorgebeugt werden, die Norm sei eine typisierende Missbrauchsvorschrift, so dass bei Erfüllung ihrer Voraussetzungen ein Rück-

griff auf weitergehende Missbrauchsregelungen aus DBA, die allgemeine Missbrauchsvorschrift (§ 42 AO) oder auf andere Vorschriften, die die KapErtrSt-Erstattung beschränken, ausgeschlossen sei (so BTDrucks. 18/10506, 80). Es ist uE zu differenzieren:

**Bestimmungen eines Doppelbesteuerungsabkommens:** Darunter können uE *Limitation on Benefit*- (LoB) oder *Principal Purpose* Test-Klauseln fallen wie zB Art. 28 DBA-USA oder Art. 7 Abs. 1/Art. 7 Abs. 8 MLI (vgl. GOSCH in KIRCHHOF, 18. Aufl. 2019, § 50j Rz. 5). Sofern diese die KapErtrStEntlastung in einem weiteren Umfang einschränken als § 50j, schließt § 50j sie nicht aus.

**§ 42 AO:** Unseres Erachtens beeinflusst § 50j die Anwendung von § 42 AO. Entweder sind nämlich die von § 50j erfassten Gestaltungen nicht missbräuchlich, sondern nur unerwünscht und missliebzig (vgl. HAARMANN, IStR 2018, 561 [572] zu § 36a), oder es handelt sich bei § 50j um eine spezialgesetzliche Missbrauchsverhinderungsvorschrift und dann muss sich im Bereich der speziellen Missbrauchsvorschrift ein Stpfl. darauf verlassen können, dass ein (allgemeiner) Missbrauch nach § 42 AO nicht vorliegen kann, wenn er sich an die gesetzlichen Vorgaben der Norm (hier der Abs. 1 bis 4) hält (ETTLICH in BLÜMICH, § 36a Rz. 63 [11/2016] und § 50j Rz. 91 [6/2018]; allg. DRÜEN in TIPKE/KRUSE, Vorbemerkungen zur Neufassung des § 42 AO durch das JStG 2008 seit 1.1.2008, Rz. 13 [7/2016]), denn nach BFH (BFH v. 31.5.2005 – I R 74, 88/04, BStBl. II 2006, 118 zu § 50d Abs. 3; s. dazu auch § 50d Anm. 53) gibt die spezielle Vorschrift zur Vermeidung von Gestaltungsmissbräuchen den tatbestandlichen Rahmen auch für den ggf. daneben anzuwendenden § 42 AO 1977 abschließend vor und muss die tatbestandlich enger gefasste Spezialvorschrift auf die allgemeinere Vorschrift durchschlagen, wenn Wertungswidersprüche ausgeschlossen werden sollen. Mögliche Anwendungsfälle sind uE jedoch schwer vorstellbar (vgl. GOSCH in KIRCHHOF, 18. Aufl. 2019, § 36a Rz. 15, der insoweit zum vergleichbaren § 36a von einem „schmalen Bereich“ spricht).

**Andere steuerliche Vorschriften, die die Kapitalertragsteuer-Entlastung in weitergehendem Umfang einschränken:** Hier könnte zB § 50d Abs. 3 erfasst sein, dessen Voraussetzungen uE auch (und neben § 50j) vorliegen müssen, um eine KapErtrStEntlastung zu erreichen.

§ 50j