

Einführung: Erste Einordnung und Lehren aus der US-Steuerreform

Inhaltsübersicht

- | | |
|---|--|
| I. Der "Tax Cuts and Jobs Act"
1. Eine Fundamentalreform
2. Die zentralen Bausteine der Reform
3. Zur Vorgeschichte der Reform | 4. Eine Reform aus der Defensive?
5. Erste Reaktionen auf die Reform
II. Mögliche Effekte der US-Reform für die
Steuerpolitik anderer Staaten |
|---|--|

I. Der "Tax Cuts and Jobs Act"

1. Eine Fundamentalreform

Am 22. Dezember 2017 ist die als Tax Cuts and Jobs Act (TCJA) bekanntgewordene US-Steuerreform in Kraft getreten¹. Dieser Befreiungsschlag im internationalen Steuerwettbewerb verdient über die bloße Senkung des Körperschaftsteuersatzes von 35 % auf 21 % hinaus große Aufmerksamkeit und dies aus verschiedenen Gründen:

(1.) Der TCJA überwindet den jahrzehntelangen Stillstand der US Steuergesetzgebung. Es handelt sich um die größte Maßnahme seit der Reaganschen Steuerreform von 1986². Trotz des in den letzten Jahren massiv verschärften Drucks des internationalen Steuerwettbewerbs fanden Reformvorschläge zuvor nie die erforderliche Zustimmung im Kongress und Senat. Alle Reformversuche, zuletzt der Tax Reform Act 2014³, der sogenannte Camp-Plan, scheiterten. Dieses Mal passierte die Reform Kongress und Senat innerhalb weniger Wochen in einer regelrechten Nacht-und-Nebel-Aktion.

(2.) Der TCJA beschränkt sich nicht auf die Beseitigung von Einzelproblemen des geltenden Rechts, sondern enthält Richtungswechsel und fundamentale Neuerungen. Besonders bemerkenswert ist der Wechsel vom System weltweiter Besteuerung mit Anrechnung ausländischer Steuern zu dem international sehr viel gebräuchlicheren System territorialer Besteuerung mit Freistellung von Auslandsgewinnen. Damit folgt der US-Gesetzgeber einer seit langem erhobenen Forderung⁴, auch wenn der Wechsel

* Direktorin des Instituts für Steuerrecht, Universität zu Köln.

1 Formal handelt es sich um das Public Law 115-97.

2 US: Tax Reform Act of 1986 (TRA), Pub. L. 99-514.

3 https://waysandmeans.house.gov/UploadedFiles/Ways_and_Means_Section_by_Section_Summary_FINAL_022614.pdf.

4 So bereits der Camp-Plan, siehe hierzu *P.D. Morrison*, Chairman Camp's Territorial Proposal and the Potential Expansion of Subpart F, 41 *Tax Mgmt.Int'l J.* 90 (2012); *G.R. Zodrow & C.E.*

im Ergebnis weniger fundamental ist, als es auf den ersten Blick scheint, da das Territorialitätsprinzip wie in den meisten Staaten nicht in Reinform verwirklicht wird⁵. Dies galt allerdings gleichermaßen für das frühere System weltweiter Besteuerung, das vor allem durch die Möglichkeit langjähriger Thesaurierung im niedrig besteuerten Ausland eine weitgehende Abschirmung ausländischer Gewinne gegenüber der höheren US-Besteuerung erlaubte. Vor diesem Hintergrund mag man den TCJA aufgrund des für Auslandsgewinne geltenden Spezialregimes der GILTI als eine Art „dritten Weg“ einordnen: „A worldwide tax regime with no deferral, but a lower rate for foreign income“⁶. In jedem Fall bedingt der Systemwechsel eine Änderung des Blickwinkels auf Regel und Ausnahmen.

Jenseits des Wechsels zu einem stärker territorial ausgerichteten System enthält der TCJA mit den Sonderregimen GILTI⁷, FDII⁸ und BEAT⁹ ein Set höchst innovativer Instrumente des Internationalen Steuerrechts.

(3.) Mit der signifikanten Senkung der Bundeskörperschaftsteuer von 34 % auf 21 % haben die USA nicht nur ihre internationale Wettbewerbsposition dramatisch verändert, sie sind vielmehr zugleich eingetreten in die Welt eines Steuersatzgefälles zwischen Körperschaftsteuer und persönlicher Einkommensteuer, deren Spitzensteuersatz zwar ebenfalls gesenkt wurde, aber nur auf 37 %¹⁰. Diese Spreizung zwischen beiden Steuertarifen wirft die Frage nach der Gleichbehandlung von Körperschaften und transparenten Unternehmen als zentrale Forderung nach Rechtsformneutralität der Unternehmensbesteuerung auf. International ist die Spreizung von Körperschaftsteuersatz und Einkommensteuersatz seit Jahrzehnten weit verbreitet. Sie entspricht dem Konzept der dualen Einkommensteuer¹¹, in der Arbeits- und Kapitaleinkommen separiert werden¹² und Letzteres niedriger besteuert wird. Allerdings haben

McLure Jr, Time For Us Tax Reform? The Tax Reform Panel's Recommendations, 60 Bull. Intl. Taxn 4 (2006), S. 134–148; *D. Shaviro*, The Obama Administration's tax reform proposals concerning controlled foreign corporations, 54 British Tax Review 4 (2009), S. 331–339; United States Senate, The U.S. tax code: love it, leave it, or reform it: hearing before the Committee on Finance (22. Juli 2014), S.HRG. 113–584.

5 So zu Recht betont von *D. Shaviro*, The New Non-Territorial U.S. International Tax System, 160 Tax Notes 1 (2. Juli 2018), S. 57–58.

6 *R. S. Avi-Yonah*, The International Provisions of the TCJA: Six Results after Six Months (31. Aug. 2018), abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3242008>, S. 3, lehnt die Bewertung des TCJA als Wechsel zum Territorialitätsprinzip mit Mindestbesteuerung ausdrücklich ab.

7 Global Intangible Low-Taxed Income; s. unten 2.

8 Foreign Derived Intangible Income; s. unten 2.

9 Base Erosion and Anti-Abuse Tax; s. unten 2.

10 Zuvor 39,6 %.

11 Siehe z.B. *P. B. Sørensen*, Dual income tax: why and how?, 61 FinanzArchiv 4 (2005), S. 559–586.

12 Dies könnte auch die Erklärung für den Ausschluss für Einkünfte aus bestimmten Fertigkeiten/Fachkenntnissen vom pass-through privilege sein („specified services business“, z.B. Ärzte oder Anwälte); erhebliche Kritik von *D. Shaviro*, Evaluating the New US Pass-Through Rules, 63 British Tax Review 1 (2018), S. 49 (61), wonach es auch nicht als Unterscheidung zwischen Arbeits- und Kapitaleinkommen interpretiert werden kann.

nur wenige Staaten¹³ ihr Steuersystem konsequent am Konzept der dualen Einkommensteuer ausgerichtet. In den meisten Staaten finden sich nur einzelne Elemente dualer Besteuerung. Dies trifft auch auf die USA nach dem TCJA zu.

(4.) Epochal sind schließlich die erwarteten Budgeteffekte des TCJA. Ungeachtet einzelner Gegenfinanzierungsmaßnahmen werden die Mindereinnahmen infolge der Steuerreform für die nächsten zehn Jahre auf 1,5 Bio. USD geschätzt. Dies birgt, insbesondere im Falle eines Regierungswechsels, das Risiko, dass einzelne Entlastungen zurückgedreht werden und beeinträchtigt das Vertrauen in die Stabilität der Reform¹⁴.

2. Die zentralen Bausteine der Reform

Die politische Vermarktung des TCJA war recht schlicht. Die Reform ist eingebettet in die "Make America Great Again" oder "America First" Politik von Donald Trump. Ziel des TCJA ist Wirtschaftswachstum durch zusätzliche Investitionen und Arbeitsplätze in den USA¹⁵, wobei es sich übrigens auch um eine zentrale Bedingung der Finanzierung der signifikanten Steuersenkungen handelt. Dagegen hatte die Reform weder das Ziel einer signifikanten Vereinfachung des hochkomplexen US-Unternehmenssteuerrechts¹⁶, noch standen verteilungspolitische Ziele im Vordergrund.

Bemerkenswert ist, dass die Reform insbesondere im Bereich der internationalen Unternehmensbesteuerung mit einem in sich geschlossenen Konzept Antworten auf den internationalen Steuerwettbewerb formuliert. Während die Gesetzgeber anderer Staaten einen eher kleinteiligen Ansatz durch permanente Verschärfung von Anti-Missbrauchsvorschriften verfolgen, kann man den TCJA als „großen Wurf“ bezeichnen, auch wenn die Umsetzung zum Teil nicht geglückt ist¹⁷. Bemerkenswert ist jedoch der holistische Zugang: Zum einen sollen die USA als Steuerstandort attraktiver werden, zum anderen wird Gewinnverlagerungen mit Abwehrmaßnahmen entgegengewirkt.

Gemeinhin wird die Reform als "carrot and stick", Zuckerbrot und Peitsche-Strategie, charakterisiert¹⁸. Allerdings ist diese Metapher irreführend in Anbetracht der ge-

13 Vor allem in skandinavischen Ländern, siehe S. Cnossen, *Taxing capital income in the Nordic countries: a model for the Europe?* in: *Taxing capital income in the European Union: issues and options for a reform* (S. Cnossen ed. 2000), S. 180.

14 R.S. *Avi-Yonah*, Fn. 5, S. 3 erwartet eine Erhöhung des Körperschaftsteuersatzes.

15 N. *Chalk et al.*, *The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal*, IMF Working Paper, WP/18/185, S. 4.

16 Auch die Vereinfachung spielt eine gewisse Rolle bei der Reform der Einkommensteuer. Der erhöhte Grundfreibetrag und family tax credits sollte als Ausgleich für die Abschaffung persönlicher Steuerbefreiungen dienen und es weniger attraktiv machen, bestimmte Abzüge geltend zu machen.

17 Siehe insbesondere D. *Kamin et al.*, "The Games They Will Play: Tax Games, Roadblocks, and Glitches Under the 2017 Tax Legislation," 103 *Minn. L. Rev.* (erscheint 2018); D. *Shaviro*, *The New Non-Territorial U.S. International Tax System*, Fn. 4; D. *Shaviro*, *The New Non-Territorial U.S. International Tax System*, Part 2, 160 *Tax Notes* 2 (9. Juli 2018).

18 See M.A. *Sullivan*, *Economic Analysis: Where Will the Factories Go? A Preliminary Assessment*, 158 *Tax Notes* 5 (29. Jan. 2018), S. 570 (572); A. *Athanasίου*, *Tax Reform Has Immediate Effects for Supply Chains, Experts Say*, 89 *Tax Notes Int'l* 10, S. 989 (989).

waltigen Mindereinnahmen, die mit der Reform einhergehen. Das Joint Committee on Taxation¹⁹ beziffert die Reformkosten mit 1,456 Bio. USD über den Zeitraum der nächsten zehn Jahre²⁰. Folglich führt die Reform zu einer massiven Nettoentlastung. Allein das Entlastungsvolumen im Bereich der Körperschaftsteuer und des internationalen Steuerrechts beläuft sich im Zehnjahreszeitraum auf 330 Mrd. USD. Diese Großzügigkeit unterscheidet die US-Steuerreform deutlich von Unternehmensteuerreformen in anderen Jurisdiktionen, wo Steuersatzsenkungen in der Regel engmaschig durch Verbreiterungen der Bemessungsgrundlage gegenfinanziert werden. Andererseits trifft es zu, dass der TCJA eine Mixtur aus Investitionsanreizen und Abwehrmaßnahmen gegen Gewinnverlagerung enthält.

Die zentralen Elemente der Reform im Bereich der Unternehmensbesteuerung stellen sich wie folgt dar:

- Senkung der Bundeskörperschaftsteuer von 35 % auf 21 %, was unter Berücksichtigung der auf Ebene der einzelnen Bundesstaaten hinzutretenden Körperschaftsteuern zu einer durchschnittlichen Belastung von 25,84 %²¹ führt.

Dieser kombinierte Steuersatz ist nicht dramatisch niedrig. Im OECD-Durchschnitt wird der Körperschaftsteuersatz 2020 voraussichtlich 23,4 %²² betragen. Dramatisch ist jedoch die Veränderung der relativen Position. Die USA rücken vom letzten Platz, den sie 2017 im OECD Ranking eingenommen haben²³, auf eine Mittelfeldposition (Platz 23 von 36²⁴) vor. Diese neue Positionierung der USA als größter Spieler macht es für andere Hochsteuerländer zukünftig extrem schwierig, die eigenen hohen Steuersätze weiterhin zu verteidigen. Deutschland konnte in der Vergangenheit auf die USA verweisen, um zu unterstreichen, dass wirtschaftlich starke Länder es sich leisten können, sich nicht am "race to the bottom" zu beteiligen. Diese Verteidigungslinie entfällt nun.

Die Senkung des Körperschaftsteuersatzes trägt bei zur gleichmäßigeren Behandlung sämtlicher Körperschaften. Die in der Vergangenheit vielfach praktizierte Taktik, der hohen US Steuerbelastung durch Niedrigbesteuerung im Ausland und off-shore Thesaurierung auszuweichen und auf diese Weise eine wettbewerbsfähige Gesamtbelastung zu erreichen, stand im Wesentlichen nur größeren und international agierenden Unternehmen in Abhängigkeit vom jeweiligen Geschäftsmodell

19 The Joint Committee on Taxation, *Macroeconomic Analysis of the Conference Agreement for H.R. 1, The "Tax Cuts and Jobs Act"*, JCX-69-17 (22. Dez. 2017), S. 9.

20 Davon entfallen 1,127 Mrd. USD auf die Senkung des Steuersatzes und die neu eingeführten pass through rules.

21 Siehe OECD Nominelle Körperschaftsteuersätze, abrufbar unter https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=TABLE_III.

22 U. Schreiber et al., *Nach der US Steuerreform 2018: Unternehmensbesteuerung in Deutschland im Steuerwettbewerb* (2. Mai 2018), Arbeitspapier Universität Mannheim, https://ub-madoc.bib.uni-mannheim.de/44719/1/Schreiber_vHagen_P%C3%B6nnighaus_02_05_2018.pdf, S. 16–17.

23 Siehe hierzu Tax Foundation, abrufbar unter <https://taxfoundation.org/2017-international-tax-competitiveness-index/>, S. 8.

24 Nach dem Beitritt von Litauen in 2018.

offen. Demgegenüber kommt der niedrigere Körperschaftsteuersatz grundsätzlich allen körperschaftsteuerpflichtigen Unternehmen zugute. Allerdings bestehen auch nach der Reform Möglichkeiten einer weiteren Reduktion der Steuerbelastung, die sich aus der FDII-Vergünstigung sowie aus dem Umstand ergeben, dass die Belastung im Rahmen des GILTI-Regimes nicht auf das reguläre US Steuerniveau, sondern nur auf eine reduzierte Belastung in Höhe von 13,125 % angehoben wird. Diese sind wiederum auf international operierende Unternehmen beschränkt.

- 100%ige Sonderabschreibung²⁵ (sog. "full expensing") für bewegliche Wirtschaftsgüter, die nach dem 27. September 2017 angeschafft bzw. hergestellt wurden; zum Teil auch anwendbar auf bestimmte gebrauchte Wirtschaftsgüter²⁶.

Dieser Sofortabzug kommt in seinen Wirkungen einer Cash Flow-Besteuerung gleich²⁷. Ungeachtet des niedrigen Zinsniveaus entfaltet der Abzug attraktive Liquiditätseffekte.

- Ersatz der bisherigen Gesellschafterfremdfinanzierungsregel ("earning stripping rule", Section 163(j) IRC) durch eine allgemeine Zinsabzugsbeschränkung vergleichbar der deutschen Zinsschranke²⁸.

Ab 2018 darf der Nettozinsaufwand nur noch in Höhe von 30 % des Gewinns vor Zinsen, Steuern und Abschreibung (EBITDA) zum Abzug gebracht werden; ab 2022 gilt eine sehr viel strengere Begrenzung auf 30 % des EBIT (earnings before interest expenses and taxes). Die größte Neuerung stellt der Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der Gesellschafterfinanzierung bzw. der Finanzierung durch nahe-stehende Personen dar. Zukünftig ist das Zinsabzugsverbot auch auf Zinszahlungen an fremde Dritte anwendbar. Damit folgen die USA dem weltweiten Trend allgemeiner Zinsabzugsbeschränkungen anstelle der früheren Gesellschafterfremdfinanzierungsregeln²⁹.

- Abgeschafft wurde die Alternative Minimum Tax³⁰ als Konsequenz ihrer Komplexität einerseits, der begrenzten Effekte andererseits.

25 Siehe hierzu in diesem Buch *Lukas Münch*, Sofortabschreibung als Schritt in Richtung einer Cash Flow Besteuerung?, S. 19 (32 ff.).

26 Ersetzt das vorherige System mit einer Sonderabschreibung i.H.v. 50 % für bestimmte Wirtschaftsgüter.

27 *N. Chalk et al.*, The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal, Fn. 15, S. 8.

28 Siehe hierzu in diesem Buch *Moritz Pöschke*, Die Zinsschranke im US-Steuerrecht, S. 65 (75 ff.).

29 OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, und 2016 Update (OECD 2015, OECD 2016); Richtlinie (EU) 2016/1164 vom 12. Juli 2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, art. 4, OJ L193 (2016).

30 Siehe hierzu z.B. *L. Burman et al.*, The Individual AMT: Problems and Potential Solutions, 55 National Tax Journal 3 (2002), S. 555-596; *D. S. Goldberg*, To Praise the AMT or to Bury it, 24 Virginia Tax Review 3 (2005), S. 835-861.

Die veränderte Strategie der USA im Steuerwettbewerb schlägt sich in einer Reihe von neuen Regelungen nieder:

- Am bemerkenswertesten ist, wie bereits erwähnt, der Übergang vom Welteinkommensprinzip zum Territorialitätsprinzip³¹ durch Steuerfreistellung ausländischer Dividenden, soweit der in der ausländischen Tochtergesellschaft erwirtschaftete Gewinn zu mindestens 13,125 % belastet ist. In diesem Fall greift die GILTI-Steuerung nicht ein; der ausländische Gewinn unterliegt keiner weiteren Besteuerung in den USA. Für Betriebsstättengewinne gilt allerdings weiterhin die Anrechnungsmethode.
- Wie in den meisten territorialen Steuersystemen wird die Steuerbefreiung für Gewinne ausländischer Tochtergesellschaften nicht unbegrenzt gewährt. Das bestehende System der Hinzurechnungsbesteuerung (Subpart F) wird fortgeführt und ergänzt durch ein neues Regime für GILTI. Als GILTI wird ausländisches Einkommen besteuert, soweit es 10 % der Rendite, der im Ausland eingesetzten materiellen Wirtschaftsgüter übersteigt. Diese Überrendite wird als Gewinn aus dem Einsatz immaterieller Wirtschaftsgüter fingiert, ohne dass es darauf ankommt, ob das Unternehmen tatsächlich im Ausland über immaterielle Wirtschaftsgüter verfügt. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob es sich um passive Einkünfte handelt. GILTI unterliegt der US Besteuerung unabhängig von Ausschüttungen. Die GILTI-Besteuerung wird auf weltweiter Basis angewandt, sodass es nicht relevant ist, ob die Steuerbelastung im Ansässigkeitsstaat der Tochtergesellschaft eine bestimmte Niedrigsteuerschwelle unterschreitet. Allerdings wird die Belastung nicht auf die 21 % des regulären Körperschaftsteuersatzes hinaufgeschleust, sondern die effektive Steuerbelastung beträgt maximal 13,125 %. Technisch wird dies dadurch herbeigeführt, dass GILTI die US Bemessungsgrundlage nur zu 50 % erhöht, sodann wird die im Ausland gezahlte Steuer angerechnet, allerdings begrenzt auf 80 %. Damit wird deutlich, dass infolge von GILTI trotz des Systemwechsels zum Territorialitätsprinzip dem hochkomplexen System der Foreign Tax Credits weiterhin große Bedeutung zukommen wird; GILTI macht das Anrechnungsverfahren sogar noch komplexer.
- In entgegengesetzter Richtung soll das Steuerprivileg für FDII³² Steuerpflichtige davon abhalten, immaterielle Wirtschaftsgüter ins Ausland zu verlagern bzw. Anreize setzen, in der Vergangenheit ins Ausland verlagerte immaterielle Wirtschaftsgüter in die USA zurückzuführen. Technisch erfolgt dies durch einen Abzug von der US-Bemessungsgrundlage in Höhe von 37,5 % des im Ausland erwirtschafteten Einkommens, soweit dieses eine 10%ige-Rendite bezogen auf in den USA angesiedelte materielle Wirtschaftsgüter ("Qualified Business Assets") übersteigt. Wiederum kommt es zu einer effektiven Belastung in Höhe von 13,125 %. Dass GILTI und FDII zu derselben effektiven Steuerbelastung führen, ist kein Zufall. FDII ist die Kehrseite von GILTI. Von der Zwecksetzung her lässt sich FDII als

31 Siehe hierzu in diesem Buch *Sven Härtwig*, Partiieller Wechsel zum Territorialitätsprinzip, S. 105 (119 ff.).

32 Zu FDII siehe in diesem Buch *Markus Surmann*, Ermäßigter Steuersatz für "Foreign Derived Intangible Income" (FDII), S. 165 (165 ff.).

umgekehrte Wegzugsteuer verstehen³³. Statt die Verlagerung materieller Wirtschaftsgüter durch sofortige Aufdeckung der stillen Reserven zu „bestrafen“³⁴, setzt FDII positive Anreize³⁵, immaterielle Wirtschaftsgüter statt im Ausland in den USA zu entwickeln und zu belassen.

- Dass der TCJA eine umfassende Strategie des Schutzes der US-Bemessungsgrundlage verfolgt, wird spätestens anhand der ebenfalls neu eingeführten Base Erosion and Anti-Abuse Tax (BEAT) deutlich. Die BEAT dient dem Schutz der US-Bemessungsgrundlage, indem verhindert wird, dass Steuersubstrat durch Zahlungen an ausländische Muttergesellschaften aus den USA heraus verlagert wird. Sie tritt neben die Beschränkung des Zinsabzugs nach Section 163(j) IRC. Die Anwendung der BEAT setzt einen jährlichen Gruppenumsatz von mehr als 500 Mio. USD voraus. Sie greift zudem erst dann ein, wenn die Zahlungen an verbundene Unternehmen eine Freigrenze von 3 % des Gesamtaufwandes überschreiten. Aufwendungen für den Wareneinsatz sind ausgenommen, ebenso Dienstleistungen ohne Gewinnaufschlagskomponente. Rechtsfolge ist nicht die Nichtabzugsfähigkeit der Aufwendungen, sondern eine 10 %-Besteuerung³⁶ der ohne die base erosion-Zahlungen ermittelten Bemessungsgrundlage³⁷. Die BEAT greift nur dann ein, wenn sie die regulär ermittelte Körperschaftsteuer übersteigt.
- Ferner löst der TCJA das Problem der off-shore thesaurierten Gewinne, indem diese unabhängig von tatsächlicher Ausschüttung einer einmaligen und abschließenden pauschalen Besteuerung unterworfen werden, der sog. „transition tax“ oder „toll tax“³⁸. Diese beträgt 15,5 % auf liquide Wirtschaftsgüter, ansonsten 8 %. Es handelt sich um ein wichtiges Element der Gegenfinanzierung. Zudem ist die Herstellung einer Vorbelastung der bisher in großem Umfang unversteuerten Auslandsgewinne Voraussetzung für den Übergang zur Freistellung von Auslandsdividenden, weil es hier systembedingt bei Ausschüttung nicht mehr zu einer Nachbelastung kommt.

Wie bereits erwähnt, verändert der TCJA das Verhältnis der Tarife von Einkommen und Körperschaftsteuer, weil zukünftig der Körperschaftsteuersatz deutlich unter dem Spitzensatz der Einkommensteuer liegt. Während der Bundes-Körperschaftsteuersatz signifikant von 35 % auf 21 % gesenkt wurde, bleibt der Bundes-Einkommensteuersatz nahezu unverändert; er sinkt von 39,6 % lediglich auf 37 %. Damit

33 Vergleiche *N. Chalk et al.*, *The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal*, Fn. 15, S. 24: FDII as “mirror image and support of GILTI”.

34 Zu vorherigen Maßnahmen gegen die Verlagerung von immateriellen Wirtschaftsgütern ins Ausland siehe *B. Wells*, *Revisiting Section 367(d): How Treasury Took the Bite Out of Section 367(d) and What Should Be Done About It*, 16 *Florida Tax Review* 10 (2014), S. 519–584.

35 Die Verlagerung in die USA könnte ausbleiben, da Schwierigkeiten bei der späteren Zurückverlagerung bestehen und WTO Verfahren drohen, siehe *R.S. Avi-Yonah*, *The International Provisions of the TCJA: Six Results after Six Months*, Fn. 5, S. 4.

36 Beginnend in 2018 mit 5 % und 12,5 % ab 2026, Section 59 (b) IRC.

37 *D. Shaviro*, *The New Non-Territorial U.S. International Tax System*, Part 2, Fn. 17, S. 171 bezeichnet BEAT als „klassische Mindestbesteuerung“.

38 Siehe hierzu in diesem Buch *Georg Lorenz*, *Transition Tax auf in der Vergangenheit im Ausland thesaurierte Gewinne*, S. 207.

kommt es erstmals zu einer spürbaren Spreizung beider Steuersätze, was zu zwei Folgefragen führt:

1. Sollte der niedrige Körperschaftsteuersatz auch für transparent besteuerte Personenunternehmen geöffnet werden, die auch in den USA die Mehrzahl aller Unternehmen ausmachen³⁹?
2. Bedarf es einer Anpassung der Dividendenbesteuerung an die niedrigere Vorbelastung?

Die neuen "pass-through-Regeln"⁴⁰, die unabhängig von der Gewinnverwendung (Einbehaltung/Entnahme) zu einer reduzierten Effektivbelastung in Höhe von 29,6 % führen, sollen eine Benachteiligung von Personenunternehmen verhindern, freilich ohne die Besteuerung der Rechtsformen aneinander anzugleichen. Sie gehören zu den umstrittensten Neuerungen des TCJA⁴¹. Zum einen gilt der neue Abzug in Höhe von 20 % des pass-through-Einkommens nicht für sämtliche transparente Unternehmen und führt damit zu Verzerrungen innerhalb der Gruppe der Personenunternehmen. Zum anderen entspricht die verwendungsunabhängige Effektivbelastung von 29,6 % weder der Belastung thesaurierter noch ausgeschütteter Gewinne von Körperschaften. Hinzu kommt, dass sich die Notwendigkeit eines Sonderregimes für Personenunternehmen nicht auf den ersten Blick erschließt, soweit die check-the-box-Regeln es Personenunternehmen ohne Rechtsformwechsel ermöglichen, an der niedrigen Körperschaftsteuer zu partizipieren⁴².

Die Frage der Anpassung der Nachbelastung auf Anteilseignerebene wurde im TCJA nicht angesprochen. Während andere Staaten ihre Systeme ermäßigter Dividendenbesteuerung anpassen, sobald der Körperschaftsteuersatz sinkt, um der niedrigeren Vorbelastung auf Körperschaftsebene Rechnung zu tragen⁴³, schlägt der Vorteil der niedrigeren Vorbelastung nach der US-Steuerreform voll auf die Dividendenbelastung durch. Möglicherweise hat der US-Gesetzgeber keinen Anpassungsbedarf bei der Anwendung des capital gains-Steuersatzes auf qualifizierte Dividenden gesehen, weil die Gesamtbelastung von Dividenden in Höhe von 32,85 % bzw. 36,8 % (21 % auf Ebene der Körperschaft und 0 %/15 %/20 % auf Anteilseignerebene⁴⁴) weiterhin in

39 95 % aller Unternehmen unterliegen der transparenten Besteuerung, auf sie entfallen 55 % aller Unternehmensgewinne, siehe N. Chalk et al., *The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal*, Fn. 15, S. 18.

40 Section 199A IRC.

41 Siehe die besonders scharfe Kritik von D. Shaviro, *Evaluating the New US Pass-Through Rules*, Fn. 12, S. 49–67.

42 Einordnung bestimmter Unternehmen, Regulations section 301.7701. Zu den Nachteilen bei der Wahl zur Besteuerung als Unternehmen siehe D. Shaviro, *Evaluating the New US Pass-Through Rules*, Fn. 12, S. 56–57.

43 Deutschland begrenzte 2008 die Steuerbefreiung für Dividenden auf 40 % (zuvor 50 %) im Zusammenhang mit der Senkung des Körperschaftsteuersatzes von 25 % auf 15 %, BGBl. I 2008, 1912.

44 Section 1(h)(11) IRC. Im Jahr 2018 grundsätzlich 15 % für Einkommen zwischen 38.600 USD und 425.800 USD, sowie 20 % für Einkommen ab 425.801 USD. Es wird keine zusätzliche Kapitalertragsteuer bei Einkommen von weniger als 38.600 USD erhoben.

der Nähe des Einkommensteuerspitzensatzes von 37 % liegt. Gleichwohl kommt es zu veränderten Verteilungswirkungen. Infolge der fehlenden Anpassung der Nachbelastung auf Anteilseignerebene wird nicht nur die Wettbewerbsposition der Unternehmen verbessert, sondern es werden auch die Anteilseigner begünstigt.

3. Zur Vorgeschichte der Reform

Auch wenn der TCJA im Eiltempo innerhalb von weniger als acht Wochen nach Einbringung in den Kongress am 2. November 2017 bis zur Unterschrift durch Präsident Donald Trump am 22. Dezember 2017 verabschiedet wurde, so hat die Reform doch eine lange Vorgeschichte.

Über Unternehmensteuerreformen wird in den USA bereits seit den frühen neunziger Jahren diskutiert.⁴⁵ Dabei ist in den vergangenen Jahren immer stärker das Bedürfnis in den Vordergrund gerückt, die zunehmend mobilen Besteuerungsgrundlagen gegenüber dem internationalen Wettbewerbsdruck abzuschirmen. Im Vorfeld des TCJA hatten insbesondere das Modell einer Destination-Based Cash Flow Tax (DBCFT) und der sog. Ryan Plan⁴⁶ einige Aufmerksamkeit auf sich gezogen, auch wenn sie im Ergebnis fallen gelassen wurden⁴⁷. Auch wenn der TCJA nicht unmittelbar an diese Überlegungen anknüpft, so lassen sich sowohl in der Base Erosion and Anti-Abuse Tax (BEAT) als auch im Privileg für Foreign Derived Intangible Income (FDII) Effekte erkennen, die an die DBCFT erinnern: Waren und Dienstleistungen werden besteuert, wenn sie im Inland erworben und konsumiert werden, während der Export ins Ausland steuerbegünstigt wird.

Auch andere Elemente des TCJA wie die Mindestbesteuerung für nicht ausgeschüttete Auslandsgewinne⁴⁸, jetzt als GILTI-Besteuerung eingeführt, oder die Nachversteuerung der in der Vergangenheit im Ausland thesaurierten Gewinne⁴⁹ wurden bereits

45 Z.B. American Law Institute, Federal Income Tax Project, Integration of the Individual and Corporate Income Tax, Reporter's Study Draft by A.C. Warren (1993); American Institute of Certified Public Accountants, Integration of the Corporate and Shareholder Tax System (1993); U.S. Treasury Department, A Recommendation for Integration of the Individual and Corporate Tax Systems, Taxing Business Income Once (1992).

46 The Ryan Plan, "A BETTER WAY" (24. Juni 2016), https://abetterway.speaker.gov/_assets/pdf/ABetterWay-Tax-PolicyPaper.pdf; siehe hierzu A. Auerbach et al., Destination-Based Cash Flow Taxation, Oxford University Centre of Business Taxation (Jan. 2017), WP 17/01; W. Cui, Destination-Based Taxation in the House Republican Blueprint, 151 Tax Notes 6 (5. Sept. 2016), S. 1419–1427; ders., Destination-Based Cash-Flow Taxation: A Critical Appraisal, 67 University of Toronto Law Journal 3 (2007), S. 301–347.

47 Siehe D. Shaviro, Goodbye to All That? A Requiem for the Destination-Based Cash Flow Tax, 72 Bull. Intl. Taxn 4/5 (2018), S. 248.

48 Siehe H. Grubert & R. Altshuler, Fixing The System: An Analysis Of Alternative Proposals For The Reform Of International Tax, 66 National Tax Journal 3 (2013), S. 671–712, zu alternativen Vorschlägen zur Mindestbesteuerung ausländischer Gewinne.

49 Für eine Übersicht über den früheren Diskussionsstand siehe C. Huang, Three Types of "Repatriation Tax" on Overseas Profits: Understanding the Differences, Center on Budget and Policy Priorities (2016), abrufbar unter <https://www.cbpp.org/sites/default/files/atoms/files/4-10-15tax.pdf>.

unter der Obama-Regierung intensiv geprüft⁵⁰. Selbst die Idee der BEAT war als allgemeine Ausweitung der bisher auf Fremdkapitalaufwendungen beschränkten earning stripping-Regel bereits zuvor diskutiert worden⁵¹.

Der Wechsel vom Welteinkommensprinzip zum Territorialitätsprinzip hat eine sogar noch längere Vorgeschichte; bereits seit mindestens zwei Dekaden war die Kritik am bestehenden System der Welteinkommensbesteuerung immer lauter geworden⁵².

Demnach ist der TCJA keineswegs alleiniges Werk der Trump-Regierung, sondern hat in Wirklichkeit vielfältige Wurzeln. Eine interessante Frage ist, wie Reformüberlegungen der Vergangenheit tatsächlich in den TCJA eingeflossen sind und wie die einzelnen Konzepte zusammenpassen.

4. Eine Reform aus der Defensive?

Nach dem langen steuerpolitischen Stillstand vor Verabschiedung des TCJA stellt sich die Frage, was den Wendepunkt eingeleitet hat. Oft heißt es, dass Steuerreformen nur aus Krisen heraus umgesetzt werden. Man könnte vermuten, dass die USA im internationalen Steuerwettbewerb so stark unter Druck geraten sind, dass sie nicht länger am status quo festhalten konnten. Die Frage, wann der Wettbewerbsdruck imperativ wird, ist auch für andere Hochsteuerstaaten wie Deutschland von Interesse.

Auf den ersten Blick waren die USA infolge des Abwärtstrends der Körperschaftsteuersätze innerhalb der OECD erheblichem Druck ausgesetzt⁵³. Zwischen 2000 und 2017 fiel der Körperschaftsteuersatz im OECD-Durchschnitt von 30,24 % auf 22,42 %.⁵⁴ Die Welle der sog. inversions⁵⁵, bei denen es zur Herausverlagerung von Unternehmen aus den USA kommt, stützt diese Sicht⁵⁶.

Andererseits waren multinationale Unternehmen aufgrund wohletablierter und tolerierter BEPS-Gestaltungen in der Vergangenheit in der Lage, die Effektivbelastung ihrer weltweit erwirtschafteten Gewinne deutlich abzusenken. Hierzu beigetragen

50 The Presidents Framework for Business Tax Reform (2. Feb. 2012), abrufbar unter <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/The-Presidents-Framework-for-Business-Tax-Reform-02-22-2012.pdf>.

51 Zur Kritik dieser Regelung vor Einführung des TCJA siehe *E. D. Kleinbard*, *Competitiveness Has Nothing to Do With It*, 144 *Tax Notes* 9 (1. Sept. 2014), S. 1055 (1068).

52 *R. Altshuler & H. Grubert*, *Where Will They Go if We Go Territorial? Dividend Exemption and the Foreign Location Decisions of U.S. Multinational Corporations*, 54 *National Tax Journal* 4 (2001), S. 787–809; *H. Grubert*, 2001, *Enacting Dividend Exemption and Tax Revenue*, 54 *National Tax Journal* 4 (2001), S. 811–827.

53 OECD, *Nominelle Körperschaftsteuersätze*, abrufbar unter https://stats.oecd.org/index.aspx?DataSetCode=TABLE_I11.

54 OECD, *Tax Policy Reforms 2018: OECD and Selected Partner Economies* (2018), S. 63, ungewichteter Durchschnitt (ohne lokale Steuern).

55 *M.A. Sullivan*, *Lessons From the Last War on Inversions*, 143 *Tax Notes* 8 (26. Mai 2014), S. 861; *M. Herzfeld*, *What's Really Driving Inversions? Walgreens Revisited*, 144 *Tax Notes* 4 (28. Juli 2014), S. 393.

56 Bezweifelt von *E. D. Kleinbard*, *Competitiveness Has Nothing to Do With It*, Fn. 51, S. 1055.

haben Besonderheiten der US-Verrechnungspreisregeln, insbesondere die Anerkennung sog. *cost-sharing-agreements*⁵⁷, aber auch eine Hinzurechnungsbesteuerung, die es ermöglicht hat, die Nachbelastung in den USA auf nahezu unbegrenzte Zeit hinauszuschieben⁵⁸. Intensive Verlagerungsgestaltungen im Ausland (sog. *foreign-to-foreign*) ermöglichten es, die Belastung des Auslandsgewinnes auf nahezu null zu reduzieren. Dies hat im Ergebnis nicht nur zu einer Annäherung an eine reine Quellenbesteuerung geführt⁵⁹, sondern war sogar noch günstiger als diese, weil in den meisten territorialen Steuersystemen die Möglichkeit der Ausnutzung niedriger Steuern im Quellenstaat, insbesondere durch strikte Hinzurechnungsbesteuerung, stark beschränkt ist. So scheint es, dass sich Fiskus und US-Konzerne in einem System eines hohen nominellen Körperschaftsteuersatzes bei gleichzeitig geduldeter Gewinnverlagerung einigermaßen gut eingerichtet hatten.

Allerdings mussten hierfür die Gewinne im Ausland thesauriert werden. Dieser sogenannte Aussperreffekt ging mit dem Risiko ineffizienter Kapitalnutzung einher, auch wenn die Möglichkeit bestand, durch entsprechende Darlehensvereinbarungen die im Ausland thesaurierten Gewinne für Investitionen in den USA und Ausschüttungen nutzbar zu machen, ohne dass es hierfür einer formalen Repatriierung bedurfte. Nachteilig war, dass derartige Gestaltungen mit Aufwand und Kosten einhergingen. Zudem kam es infolge der anhaltenden Diskussion über eine Nachversteuerung dieser Gewinne zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

Im Übrigen wurde der Druck auf den hohen Körperschaftsteuersatz für US-Gewinne durch die diversen BEPS-Gestaltungen nur abgemildert aber nicht beseitigt. Zum einen stand diese Option nur international operierenden Unternehmen offen, während Unternehmen mit rein inländischem Geschäft der hohen Belastung in den USA ausgesetzt waren. Das Ausmaß, in dem die Belastung international operierender Unternehmen durch geschickte Gestaltung gemindert werden konnte, hing zudem stark vom jeweiligen Geschäftsmodell ab. Die Befürchtung einer Erodierung der einheimischen Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage wuchs⁶⁰.

Ein weiterer Grund für den politischen Strategiewechsel mag in Folgendem liegen: Lange Zeit handelte es sich bei den BEPS-Gestaltungen um ein zwar in Fachkreisen wohl bekanntes, aber auch gehütetes Geheimnis, das nicht Gegenstand einer öffentlichen Debatte war. Das änderte sich mit einer Flut von Presseberichten über die Steuerpraktiken multinationaler US Konzerne. Sie wurden öffentlich angeprangert, auf ihre Milliarden Gewinne nahezu keine Steuern zu bezahlen. Diese Öffentlichkeitskampagnen haben maßgeblich zum Einschreiten von G 20 und OECD mit der BEPS-Initiative beigetragen. Dabei war vorhersehbar, dass die Schließung von „Schlupflöchern“

57 Siehe zu dieser „Lücke“ *B. Wells, Revisiting Section 367(d): How Treasury Took the Bite Out of Section 367(d) and What Should Be Done About It*, Fn. 34, S. 555–561.

58 Siehe hierzu *E.D. Kleinbard, Stateless Income*, 11 *Fla. Tax Rev.* 6 (2011), S. 699–774.

59 *E.D. Kleinbard, Competitiveness Has Nothing to Do With It*, Fn. 51, S. 1055 (1056); *N. Chalk et al., The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal*, Fn. 15, S. 23: „de facto territorial system“.

60 *E.D. Kleinbard, Competitiveness Has Nothing to Do With It*, Fn. 51, S. 1055 (1056).

und Gestaltungsmöglichkeiten den Druck auf den allgemeinen Körperschaftsteuersatz erhöhen würde. Unter diesem Gesichtspunkt ließe sich der TCJA als ein erstes prominentes Beispiel eines faireren Steuerwettbewerbs deuten.⁶¹ Eine derartige Bewertung setzt allerdings eine genauere Analyse der Einzelelemente des TCJA und deren Einordnung in das Prüfschema der OECD für schädlichen Steuerwettbewerb voraus.

5. Erste Reaktionen auf die Reform

Die ersten Reaktionen auf den TCJA im wissenschaftlichen Schrifttum in den USA waren erstaunlich negativ.

Es wurden vor allem zwei zentrale Kritikpunkte genannt:

(1.) Stein des Anstoßes war die Schlampigkeit der TCJA-Gesetzgebung⁶². Zwar geht jede größere Steuerreform mit Gesetzgebungsfehlern und Defiziten in der Abstimmung neuer und alter Regeln einher. Dies führt zu Rechtsunsicherheit, und es bedarf zumeist mehrerer Jahre, bis alle offenen Fragen geklärt sind. Im Fall des TCJA kommt allerdings die besondere Geschwindigkeit, innerhalb derer das Gesetz angenommen wurde, hinzu. Auch die einseitig auf große multinationale Unternehmen fokussierte Sichtweise des Reformgesetzes mag zu Abstimmungsproblemen beigetragen haben. Insbesondere wurde der erhebliche Anpassungsbedarf, der sich ergibt, sobald der Körperschaftsteuersatz signifikant unter den Einkommensteuersatz gesenkt wird, scheinbar zunächst nicht gesehen, jedenfalls aber nicht zum Anlass eines systematischen Systemumbaus genommen. Dies kommt u.a. durch die zu Recht als extrem unfair und inkonsistent kritisierten⁶³ Steuerbegünstigung für pass-throughs zum Ausdruck.

(2.) Darüber hinaus wurden die Verteilungswirkungen der Reform heftig kritisiert. Zwar führt der TCJA für alle Einkommensklassen zu einer Reduktion der Steuerbelastung⁶⁴, jedoch kommt es für Steuerpflichtige mit hohem Einkommen zu einer deutlicheren Entlastung und damit zu einer stärkeren Ungleichverteilung der Netto-

61 Siehe insbesondere *R.S. Avi-Yonah & G. Mazzoni*, BEPS, ATAP and the New Tax Dialogue: A Transatlantic Competition?, U of Michigan Public Law Research Paper No. 612 (28. Juni 2018), abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3204242>, wonach der TCJA kein neues Kapital im internationalen Steuerwettbewerb sei, sondern ein sehr wichtiger Schritt zur wirklichen Bekämpfung von BEPS und eine klare Bekennung zu den OECD Vereinbarungen.

62 Am bekanntesten von *R. S. Avi-Yonah et al.*, The Games They Will Play: Tax Games, Roadblocks, and Glitches under the House and Senate Tax Bills (13. Dez. 2017), abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3084187>; und die Fortsetzung von *D. Kamin et al.*, The Games They Will Play: Tax Games, Roadblocks, and Glitches Under the 2017 Tax Legislation, Fn. 17.

63 Insbesondere *D. Shaviro*, Evaluating the New U.S. Pass-Through Rules, Fn. 12; sowie in diesem Buch *Timur Nayin*, Der neue Sonderabzug für Pass-Through-Einkünfte, S. 41 (61 ff.).

64 *Tax Foundation*, The Distributional Impact of the Tax Cuts and Jobs Act over the Next Decade (28. Juni 2018), abrufbar unter <https://taxfoundation.org/the-distributional-impact-of-the-tax-cuts-and-jobs-act-over-the-next-decade/>, kommen zu einer deutlich positiveren Einschätzung des TCJA und betonen höhere Nettoeinkommen für alle Einkommensklassen in den Jahren 2018–2027, jedoch unter der Bedingung, dass die Reform zu größerem Wirtschaftswachstum führt.

einkommen.⁶⁵ Die massive Erhöhung des Haushaltsdefizits infolge des TCJA⁶⁶ lässt zudem Einschnitte im Sozialsystem befürchten, von denen wiederum die ärmeren Bevölkerungsschichten getroffen würden.

Andere Bereiche des TCJA wurden wohlwollender aufgenommen. Interessanterweise ist die neue US-Zinsschranke, eine Regelung, die seit ihrer Einführung in Deutschland Gegenstand heftiger Kritik ist⁶⁷, als Versuch der Angleichung der steuerlichen Behandlung von Fremd- und Eigenkapital gewertet und überwiegend zustimmend kommentiert worden.⁶⁸ Dies mag freilich auch ein Zeichen der Gewöhnung an derartige Betriebsausgabenabzugsverbote sein, die mehr und mehr zum internationalen Standard werden.

Differenzierter fällt die Bewertung der TCJA-Regelungen auf dem Gebiet des Internationalen Steuerrechts aus⁶⁹, wobei auch hier die Kritik überwiegt. Dies liegt vor allem an der Umsetzung im Detail, die Zweifel begründet, ob die angestrebten Ziele erreicht werden. Die Strategie als solche wird dagegen – jedenfalls im Vergleich mit der bisherigen Rechtslage – als Fortschritt gewertet⁷⁰.

Eine korrekte wissenschaftliche Würdigung ist allerdings erst dann möglich, wenn die Effekte der Neuregelungen klarer zu Tage treten⁷¹. Diese sind umso schwerer zu anti-

65 Zu diesen Verteilungswirkungen siehe z.B. *Tax Policy Center*, Distributional Analysis of the Conference Agreement for the Tax Cuts and Jobs Act (2017); Penn Wharton Budget Model, The Senate Tax Cut and Jobs Act, as Passed by Senate (12/2/17): Static Distributional Analysis (13. Dez. 2017); *N. Chalk et al.*, The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal, Fn. 15, S. 13–17; *W. G. Gale et al.*, Effects of the Tax Cuts and Jobs Act: A Preliminary Analysis (13. Juni 2018), abrufbar unter https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2018/06/ES_20180608_tcja_summary_paper_final.pdf; zu den Verteilungswirkungen aufgrund der geringeren Belastung von Unternehmensgewinnen siehe *J.G. Gravelle & D.J. Marples*, Issues in International Corporate Taxation: The 2017 Revision (P.L. 115-97), Congressional Research Service 2018 R45186; *J. Slemrod*, Is this Tax Reform or Just Confusion? 32 *Journal of Economic Perspectives* 4, 73 (2018); *A. Auerbach*, Measuring the Effects of Corporate Tax Cuts, 32 *Journal of Economic Perspectives* 4, 97 (2018).

66 Zu den Gründen, warum der TCJA trotz der Auswirkungen auf die Staatsverschuldung verabschiedet wurde siehe *G.K. Yin*, How the Byrd Rule Might Have Killed the 2017 Tax Bill ... And Why it Didn't, Virginia Law and Economics Research Paper No. 2018-12 (9. Juli 2018), abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3199963>.

67 Siehe insbesondere die Diskussion zur deutschen „Zinsschranke“, zu der gegenwärtig ein Normenkontrollverfahren beim Bundesverfassungsgericht anhängig ist, BFH v. 14.10.2015 – I R 20/15, BStBl. II 2017, 1240 (BVerfG Az. 2 BvL 1/16).

68 Siehe z.B. *N. Chalk et al.*, The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal, Fn. 15, S. 8–10, welche lediglich Details kritisieren.

69 *D. Shaviro*, The New Non-Territorial U.S. International Tax System, Fn. 4; *ders.*, The New Non-Territorial U.S. International Tax System, Part 2, Fn. 17.

70 Besonders positiv *R.S. Avi-Yonah*, The International Provisions of the TCJA: A Preliminary Summary and Assessment, U of Michigan Public Law Research Paper No. 605 (23. Dez. 2017), abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3193278>; *ders.*, The International Provisions of the TCJA: Six Results after Six Months, Fn. 5.

71 Zu ersten Einschätzungen siehe *D. Boumans & C. Krolage*, US Tax and Trade Policy – Perceived Impact and Preferred Policy Responses Worldwide, 17 *ifo World Economic Survey* II (Mai 2018), S. 1 (10).

zipieren, je mehr Elemente eines Systems verändert werden, zumal nicht davon ausgegangen werden kann, dass die großen US-Konzerne ihre traditionell eher aggressive Steuergestaltungspraxis aufgeben werden; vielmehr werden sie diese umgehend an die neue Situation anpassen. GILTI reduziert die in der Vergangenheit intensiv genutzte Möglichkeit, die Belastung des außerhalb der USA erwirtschafteten Gewinns auf einen Wert nahe null zu senken. Dies ist ungeachtet der erheblichen Senkung der Steuerbelastung des US-Gewinns nicht ohne Risiko, denn es ist denkbar, dass US-Konzerne diese Entlastung in Anspruch nehmen werden, ohne die Nachteile für den Auslandsgewinn zu akzeptieren. Eine mögliche Strategie zur Optimierung der Reformvorteile könnten neuerliche „inversions“ sein⁷². In jedem Fall wird es zu einer Totalrevision der bisherigen Steuerminderungsstrategien und ihrer Anpassung an das Zusammenspiel von GILTI, FDII und BEAT kommen.⁷³ Dabei resultiert eine Schwierigkeit aus den zum Teil gegenläufigen Effekten der einzelnen Elemente. Vor allem die sehr unterschiedlichen Effekte, je nachdem wo die Wirtschaftsgüter eines Unternehmens angesiedelt sind, erfordern eine komplett neue Denkweise. Einer der Kritikpunkte ist, dass GILTI zu einer Herausverlagerung von materiellen Wirtschaftsgütern aus den USA führen könnte, was im Widerspruch zu dem zentralen Ziel der Reform steht, neue Arbeitsplätze in den USA zu schaffen.⁷⁴ Ob es wirklich zu einer nennenswerten Verlagerung von Wirtschaftsgütern kommen wird, ist jedoch unklar. Es muss davon ausgegangen werden, dass reale Investitionen weniger sensibel auf steuerliche Anreize reagieren als rein finanzielle Transaktionen, mittels derer sich Buchgewinne verlagern lassen. Außersteuerliche Überlegungen, insbesondere der anhaltende Streit über die Einführung neuer Zölle, spielen ebenfalls eine erhebliche Rolle und erhöhen die Komplexität des steuerlichen Planungsszenarios.

II. Mögliche Effekte der US-Reform für die Steuerpolitik anderer Staaten

Der TCJA wird mannigfaltige Auswirkungen im Ausland haben⁷⁵, zum einen durch die Beeinflussung von Ansiedelungsentscheidungen⁷⁶, zum anderen wird sich an anderen Staaten die Frage stellen, wie sie auf die Ausweitung des US-Steueranspruchs reagieren und ob sie neu auftretende Doppelbesteuerung unilateral vermeiden sol-

72 *N. Chalk et al.*, The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal, Fn. 15, S. 24, bezweifeln, ob die Anreize in den USA und die erhöhte Besteuerung im Fall einer inversion ausreichen, um Sitzungsvorlegungen zu verhindern; zu inversion nach Einführung des TCJA siehe *R. S. Avi-Yonah*, The International Provisions of the TCJA: Six Results after Six Months, Fn. 5, S. 2 Fn. 4.

73 Für neue Strategien siehe *N. Chalk et al.*, The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal, Fn. 15, S. 26.

74 Siehe *N. Chalk et al.*, The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal, Fn. 15, S. 28–29; *David Kamin et al.*, The Games They Will Play: Tax Games, Roadblocks, and Glitches Under the 2017 Tax Legislation, Fn. 17, S. 39 ff.

75 Differenziert nach Regionen *D. Boumans & C. Krolage*, US Tax and Trade Policy – Perceived Impact and Preferred Policy Responses Worldwide, Fn. 70, S. 10.

76 Siehe hierzu *N. Chalk et al.*, The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal, Fn. 15, S. 33–34.

len, auch wenn hierzu nach den bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen keine Pflicht besteht. Darüber hinaus werden die neuen Instrumente des TCJA möglicherweise zur Nachahmung durch andere Staaten anregen. Die USA haben in der Vergangenheit schon oft eine steuerpolitische Vorreiterrolle eingenommen und die Entwicklung des Internationalen Steuerrechts weltweit beeinflusst⁷⁷. Umso wichtiger ist eine intensive Analyse der neuen Regelungen. Weltweit erfährt die US-Steuerreform große Aufmerksamkeit, so auch im deutschen Schrifttum⁷⁸.

Allerdings ist es auch hier zu früh, die Auswirkungen des TCJA auf die Vorgehensweise anderer Staaten abzuschätzen⁷⁹. Dies hängt wiederum damit zusammen, dass es schwieriger ist die Verlagerung von Realinvestitionen gegenüber reiner Buchgewinnverlagerung zu prognostizieren. Die Schließung von Besteuerungslücken ("loopholes") und Einschränkung von BEPS-Möglichkeiten in Verbindung mit dem Angebot günstiger Rahmenbedingungen für Investitionen mag zu einem Investitionszufluss in die USA führen und die Staaten, aus denen diese Investitionen abfließen, zu Gegenreaktionen veranlassen. Allerdings bleiben diese Effekte schwer prognostizierbar, denn für Realinvestitionen dürften außersteuerliche Standortfaktoren wie Marktzugang, Infrastruktur, Verfügbarkeit von Arbeitskräften und Arbeitskosten entscheidend sein.

Angesichts der Schwierigkeit, die tatsächlichen Effekte zu prognostizieren bzw. empirisch nachzuweisen, ist die Bewertung derzeit eine vorwiegend normative. Es geht vor allem um die Frage des Zusammenspiels zwischen den neuen US-Regeln und dem Bestand des Internationalen Steuerrechts. Dabei ist zu beachten, dass sich die Welt massiv verändert hat gegenüber den 1960ern, als die USA ihre Hinzurechnungsbesteuerung (Subpart F) eingeführt haben, die dann weltweit Vorbild für Hinzurechnungssteuersysteme anderer Staaten wurde, und selbst seit 2010, als die US-FATCA Gesetzgebung⁸⁰ die weltweite Transparenz-Offensive losgetreten hat⁸¹. Der TCJA trifft nun auf die OECD BEPS-Initiative, die sich zum Ziel gesetzt hat, das Internationale Steuerrecht weltweit zu koordinieren. Während die OECD in der Vergangenheit ihre Aufgabe vor allem auf der völkerrechtlichen Ebene durch Bereitstellung des OECD-Musterabkommens sah, zielen die BEPS-Empfehlungen in erheblichem Umfang auf Änderungen der jeweiligen nationalen Steuersysteme ab. Diesen Empfehlungen zu folgen, hieße, nationale Steuersouveränität und Gestaltungsspielräume aufzugeben. Ob souveräne Staaten hierzu aus freien Stücken bereit sein werden, ist ungewiss. So ist es eher überraschend, dass innerhalb der EU die OECD-Vorgaben in bindendes Richtlinienrecht transformiert wurden. Der TCJA wirft demgegenüber ein Schlaglicht auf die Grenzen internationaler Koordinierung, denn die USA folgen den Vor-

77 N. Chalk et al., *The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal*, Fn. 15, S. 4.

78 Eine Übersicht der erschienenen Literatur befindet sich im Anhang.

79 N. Chalk et al., *The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal*, Fn. 15, S. 34. Zu ersten Auswirkungen des TCJA siehe R. S. Avi-Yonah, *The International Provisions of the TCJA: Six Results after Six Months*, Fn. 5.

80 US: Foreign Account Tax Compliance Act, Pub. L. No. 111-147 (2010).

81 Zu diesen Auswirkungen siehe I. Grinberg, *Does FATCA Teach Broader Lessons About International Tax Multilateralism?*, S. 157-174, in: *Global Tax Governance: What Is Wrong With It And How To Fix It*, (P. Dietsch & T. Rixen Hrsg. 2006).

gaben der OECD allenfalls in Teilaspekten, wie etwa der Zinsschranke, gehen aber ansonsten eigene Wege⁸². GILTI, FDII und BEAT sind echte Innovationen. Es mag ähnliche Tendenzen anderswo geben. Viele Staaten begünstigen Gewinne, die auf immateriellen Wirtschaftsgütern beruhen, andere bekämpfen Gewinnverlagerungen durch Betriebsausgabenabzugsverbote. Dennoch sind Konzept und Ausgestaltung der neuen US-Regeln ohne Vorbild. Das begründet Zweifel ihrer Kompatibilität mit den bestehenden Doppelbesteuerungsabkommen ebenso wie mit den OECD BEPS-Empfehlungen.

Soweit die USA von den BEPS-Empfehlungen abweichen, stellt sich die Frage, wie die OECD hierauf reagieren soll. Zunächst bietet sich eine offizielle Evaluierung der neuen US-Regeln an, zum Beispiel durch das Forum on Harmful Tax Practices (FHTP). Auf Ersuchen der EU untersucht das FHTP derzeit das FDII-Regime auf seine Kompatibilität mit dem modified nexus approach. Auch ein Verstoß gegen WTO-Recht steht in Rede⁸³, wobei nur letzterer unmittelbare rechtliche Konsequenzen haben könnte, während der OECD Sanktionsinstrumente gegen OECD-Mitgliedstaaten, die gegen die BEPS-Übereinkunft verstoßen, fehlen. Denkbar ist allenfalls eine förmliche Rüge durch das FHTP, dahingehend, dass das FDII-Regime nicht in Einklang steht mit den action 5-Empfehlungen, ohne dass dies einen unmittelbaren rechtlichen Effekt hätte. Deshalb stellt sich vielmehr die Frage, ob die OECD versuchen wird, politischen Druck auf die USA auszuüben, oder ob sie in entgegengesetzter Richtung, den neuen US-Ansatz in die multilaterale Koordinierung integrieren, möglicherweise als Mindeststandard sogar aktiv empfehlen wird.

In jedem Fall bedarf es jenseits der übergeordneten Ebene der OECD Antworten der US-Abkommenspartner, wie auf die durch den TCJA neu auftretende Doppelbesteuerung zu reagieren ist. Insbesondere die BEAT bricht mit bestehendem DBA-Recht, indem sie auch fremdvergleichskonforme Aufwendungen einer alternativen Mindestbesteuerung in den USA unterwirft⁸⁴. Auch die Begrenzung der Anrechnung für im Ausland gezahlte Steuern auf 80 % im Rahmen von GILTI ist schwerlich mit der bisher abkommensrechtlich vereinbarten vollen Anrechnung zu vereinbaren. Dabei ist in diesen Fällen noch nicht einmal klar, wie sich die Doppelbelastung von grenzüberschreitend erwirtschaftetem Einkommen im jeweils anderen Staat vermeiden lässt, weil die USA zum Teil nicht offen von den DBA-Vereinbarungen abweichen, sondern „nur“ einseitig die US-Bemessungsgrundlage modifizieren. Zu einer Beendigung oder Suspendierung der mit den USA bestehenden Doppelbesteuerungsab-

82 M.E. ist es zweifelhaft, ob der TCJA als wichtige Unterstützung für das OECD BEPS Projekt verstanden werden kann; so aber *R.S. Avi-Yonah & G. Mazzoni*, BEPS, ATAP and the New Tax Dialogue: A Transatlantic Competition?, Fn. 59, S. 24.

83 *R.S. Avi-Yonah*, Does the United States Still Care About Complying with its WTO Obligations?, 9 *Columbia J. Tax Law Tax Matters* 2 (2018); *R.S. Avi-Yonah & M. Vallespinos*, The Elephant Always Forgets: US Tax Reform and the WTO, U of Michigan Law & Econ Research Paper No. 18-006 (28. Jan. 2018), abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3113059>.

84 Hierzu (Verletzung des Diskriminierungsverbots) *B. Wells*, Get With the BEAT, 158 *Tax Notes* 8 (19. Feb. 2018); bezweifelt von *R.S. Avi-Yonah*, The International Provisions of the TCJA: Six Results after Six Months, Fn. 5, S. 6.

kommen, letztlich der einzigen verfügbaren Sanktion im Fall einer Vertragsverletzung, wird es nicht kommen⁸⁵. Auch eine Nachverhandlung ist eher unrealistisch. Vielmehr ist zu befürchten, dass es vermehrt zu internationaler Doppelbelastung kommen wird.

Des Weiteren wird der TCJA den internationalen Steuerwettbewerb beeinflussen. *Christoph Spengel et al.*⁸⁶ und *Ulrich Schreiber et al.*⁸⁷ prognostizieren, dass die Körperschaftsteuersätze, insbesondere innerhalb Europas, weiter sinken werden.⁸⁸ Die US-Steuerreform setzt die Wettbewerber unter Druck. Dies ist besonders naheliegend für diejenigen EU-Staaten, deren Tarifbelastung wie im Falle Deutschlands oberhalb der neuen US-Gesamtbelastung (im Durchschnitt 25.84 %) liegt. Gleichzeitig zieht GILTI nach unten hin eine Grenze ein. Grundsätzlich macht es für andere Staaten keinen Sinn mehr, mit ihren Körperschaftsteuersätzen unter 13,125 % zu gehen. Diese Aussage relativiert sich allerdings, da GILTI auf weltweiter Basis angewandt wird. Dadurch bleibt es auch in Zukunft aus Unternehmenssicht lohnend, außerhalb der USA erwirtschaftete Gewinne Standorten mit möglichst niedrigen Steuersätzen zuzuordnen (foreign-to-foreign-shifting), so dass aus Sicht der Staaten weiterhin ein Anreiz besteht, durch sehr niedrige Steuersätze zu konkurrieren.

Weiterhin ist sehr wahrscheinlich, dass andere Staaten genau analysieren werden, ob die neuen Regeln sich zur Übernahme in ihre jeweiligen Steuersysteme eignen. Die Kraft weltweiten Regelimports lässt sich nirgendwo besser ablesen als anhand der deutschen Zinsschranke, die seit 2008 innerhalb von rund 10 Jahren einen regelrechten Siegeszug um die Welt angetreten ist, zunächst durch Übernahme seitens einzelner Staaten⁸⁹, später als Vorgabe eines Standards in OECD BEPS-Aktionspunkt 4 und schließlich als bindende Verpflichtung für EU-Mitgliedstaaten in Art. 4 der Anti Tax Avoidance Directive. Ähnliches könnte mit BEAT und GILTI geschehen.

Diese mannigfaltigen potentiellen Einflüsse der US-Steuerreform auf die Entwicklung des Internationalen Steuerrechts weltweit und im Besonderen in Deutschland haben den Anlass für dieses Buch gegeben.

85 Es ist bereits nicht klar, ob BEAT und weitere im TCJA enthaltene Treaty overrides die Voraussetzung von Art. 60(1) WVK zur Beendigung oder Suspendierung der Verträge erfüllen.

86 C. Spengel et al., Analysis of US Corporate Tax Reform Proposals and their Effects for Europe and Germany (11. Dez. 2018), abrufbar unter http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/gutachten/US_Tax_Reform_2017.pdf.

87 U. Schreiber et al., Nach der US Steuerreform 2018: Unternehmensbesteuerung in Deutschland im Steuerwettbewerb, Fn. 22.

88 Siehe auch N. Chalk et al., The Tax Cuts and Jobs Act: An Appraisal, Fn. 15, S. 6 und 36–40.

89 Beispielsweise hat die französische Regierung am 24. Sept. 2018 einen Entwurf zum Jahressteuergesetz 2019 eingebracht (projet de loi de finances pour 2019), welches Art. 4 (Begrenzung der Abzugsfähigkeit von Zinszahlungen) der ATAD I Richtlinie (EU) 2016/1164 in nationales Recht umsetzt.