3 | 2018

95. Jahrgang 15. August 2018 S. 201-292 PVSt 6492



Steuer und Wirtschaft

Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften

Herausgegeben von Prof. Dr. Johanna Hey, Köln

steuer-und-wirtschaft.de

in Verbindung mit Prof. Dr. Tina Ehrke-Rabel, Graz · Prof. Dr. Joachim Englisch, Münster · Prof. Dr. Clemens Fuest, München · Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Köln · Prof. Dr. Hanno Kube, Heidelberg · Prof. Dr. Ralf Maiterth, Berlin · Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, München · Prof. Dr. Roman Seer, Bochum · Prof. Dr. Christoph Spengel, München



Abhandlungen >	Wolfgang Schön – Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft	201
	<i>Tim Florstedt</i> — Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag	216
	Verena K. Dutt/Christoph Spengel/Heiko Vay — Dividendenstripping durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte – Analyse aktueller Entwicklungen	229
	Ulrich Schreiber / Dominik von Hagen / Fabian Nicolas Pönnighaus — Nach der US-Steuerreform 2018: Deutschland im Steuerwett- bewerb	239
	Wolfgang Kessler / Julian M. Egelhof / Dominik Probst — Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb	255
	Christoph Pleil — Die Vertreterbetriebsstätte im Internationalen Steuerrecht	272
Aus der internationalen > Diskussion	Julian Pröbstl – Andrew Blair-Stanek: Crises And Tax	288
	Christian Groeneveld — Jason S. Oh.: Are Progressive Tax Rates Progressive Policy?	289

ottoschmidt

Jetzt den neuen Hüttemann vorbestellen.



Das Standardwerk erscheint in Neuauflage. Das komplexe Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, dargestellt von einem wahren Kenner der Materie und jetzt wieder auf neuestem Stand. Von den Grundlagen der Gemeinnützigkeit über gemeinnütziges Handeln und die wirtschaftliche Betätigung der gemeinnützigen Körperschaften bis hin zu steuerbegünstigten Zuwendungen sind alle steuerlichen Aspekte ausführlich und verständlich erläutert.

Hüttemann, **Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht**. Von Prof. Dr. Rainer Hüttemann. 4. neu bearbeitete Auflage 2018, ca. 1.100 Seiten Lexikonformat, gbd. ca. 130,– €. ISBN 978-3-504-06260-6

Am besten direkt vorbestellen unter www.otto-schmidt.de/hgs4



ottoschmidt

StuW 3/2018 R₁



Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften

Herausgegeben von

Prof. Dr. Johanna Hey, Köln

in Verbindung mit Prof. Dr. Tina Ehrke-Rabel, Graz · Prof. Dr. Joachim Englisch, Münster · Prof. Dr. Clemens Fuest, München · Prof. Dr. Joachim Hennrichs, Köln · Prof. Dr. Hanno Kube, Heidelberg · Prof. Dr. Ralf Maiterth, Berlin · Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Schön, München · Prof. Dr. Roman Seer, Bochum · Prof. Dr. Christoph Spengel, Mannheim

Begründet 1922 von Heinrich Reinach (Herausgeber bis 1934)

Herausgeber seit 1934: Enno Becker · Carl Boettcher · Ottmar Bühler · Wilhelm Erhard · Werner Friedrich · Rolf Grabower · Karl-Heinrich Hansmeyer · Ludwig Heßdörfer · Friedrich Klein · Dieter Leibrecht · Roland Löhlein · Gerhard Mann · Wolfgang Mersmann · Heinz Oeftering · Johannes Popitz · Alexander Prugger · Gerd Rose · Günter Schmölders

Klaus Tipke (geschäftsführend von 1974-1988)

Joachim Lang (geschäftsführend von 1989-2014) gemeinsam mit

Dieter Birk · Karl Heinrich Friauf · Norbert Herzig · Paul Kirchhof · Heinrich Wilhelm Kruse · Heinz-Jürgen Pezzer · Wolfram Reiß · Dieter Schneider · Joachim Schulze-Osterloh · Hartmut Söhn · Franz W. Wagner · Franz Wassermeyer

Inhalt

steuer-und-wirtschaft.de

Abhandlungen

Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Schön, München - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

Das Steuerrecht und die Steuerrechtswissenschaft führen kein isoliertes Dasein. Sie sind vielfältig verknüpft - mit anderen Rechtsgebieten, mit anderen Wissenschaftszweigen, mit Politik und Wirtschaft, aber auch mit den Steuerrechtsordnungen anderer Staaten in historischer und vergleichender Perspektive. Der Beitrag versucht, die Leistungsfähigkeit der deutschen Steuerrechtswissenschaft in diesem Gefüge zu erkunden und ihre Erkenntnisziele und Erkenntnisquellen, aber auch ihre Erfolge und Bedingtheiten transparent zu machen. Dass das Steuerrecht als politisch umkämpftes Recht sich mächtigen Zeitströmungen und internationalen Einflüssen nicht entziehen kann, hindert nicht die Anerkennung des Werts der stetigen Arbeit der Steuerrechtswissenschaft bei der Durchdringung und Gestaltung dieses für die staatliche und gesellschaftliche Ordnung zentralen Rechtsgebiets. 201

Prof. Dr. Tim Florstedt, Wiesbaden - Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag -Methodologische Überlegungen aus Anlass der aktuellen Diskussion zu Cum/ex- und Cum/cum-Geschäften

Der Beitrag untersucht die Funktionsweise der "substanzorientierten" Rechtsanwendung gem. §§ 39-42 AO beim Aktienhandel um Dividendenstichtage. Es entsprach lange einer verbreiteten Sichtweise, dass das allgemeine Missbrauchsverbot in § 42 AO beim steuermotivierten Wertpapierhandel das richtige Methodeninstrument sei, um zu einer adäquaten Besteuerung der "Substanz" zu gelangen, aber seit einigen Jahren haben zurechnungsorientierte Lösungsansätze in der Judikatur die Oberhand erlangt. Nunmehr werden in Richterschaft und Finanzverwaltung Zweifel an dem Lösungsweg über § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO geäußert. Die Unsicherheit im Methodischen hat sich auch im Rahmen der Investmentsteuerreform von 2016 und zuletzt in den zwei Schreiben des BMF über die Behandlung "alter" Cum/cum-Fälle deutlich gezeigt, in denen der Übergang wirtschaftlichen Eigentums zunächst abgelehnt und dann befürwortet wurde. In dieser Orientierungslosigkeit kommt ein komplexes methodisches Abgrenzungsproblem zum Ausdruck. Der Beitrag soll, den heutigen steuergesetzlichen Vorgaben einer "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" des Zurechnungs- und Missbrauchsproblems entsprechend, auf das Verhältnis der §\$ 39, 42 AO bei der Beurteilung von Aktiengeschäften um Dividendenstichtage eingehen. Er spricht sich für eine Aufwertung von § 42 AO aus.

Inhalt

Verena K. Dutt / Prof. Dr. Christoph Spengel / Heiko Vay, alle Mannheim — Dividendenstripping durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte – Analyse aktueller Entwicklungen

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf bezweckten eine mehrfache Erstattung von nur einmal gezahlter Kapitalertragsteuer. Das war illegal und ist mittlerweile Gegenstand zahlreicher staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren. Seit dem Jahr 2012 sind Mehrfacherstattungen von einmal gezahlter Kapitalertragsteuer abwicklungstechnisch nicht mehr möglich. Cum/Cum-Geschäfte dagegen umgehen die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland. Per se ist diese Form des Dividendenstripping nicht illegal. Es ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Das rückwirkende Aufgreifen bereits getätigter Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf und von Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland aus solchen Aktientransaktionen entstanden ist, ist Schätzungen zufolge immens. Der Beitrag beleuchtet die Situation und zeigt ein Kollektivversagen der gesetzgeberisch verantwortlichen Akteure auf.

Prof. Dr. Ulrich Schreiber / Dr. Dominik von Hagen / Dr. Fabian Nicolas Pönnighaus, alle Mannheim — Nach der US-Steuerreform 2018: Deutschland im Steuerwettbewerb

Die mit Beginn des Jahres 2018 in Kraft getretene US-Steuerreform erhöht die Attraktivität der USA für Investitionen und verschärft weiter den internationalen Steuerwettbewerb. Deswegen ist eine Senkung der Gewinnsteuern deutscher Unternehmen geboten. Zur Wahrung von Finanzierungsneutralität und Rechtsformneutralität ist die Abgeltungsteuer zu einer Dualen Einkommensteuer weiterzuentwickeln. 239

Prof. Dr. Wolfgang Kessler / Julian M. Egelhof / Dominik Probst, alle Freiburg i. Br. — Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb — Eine rechtsvergleichende Analyse im Hinblick auf Holdinggesellschaften und operativ tätige Gesellschaften nach der US-Steuerreform

Vor dem Hintergrund der US-Steuerreform stellen sich Fragen der Standortwahl für internationale Konzerne mit neuer Schärfe. Insbesondere für Holdinggesellschaften und operativ tätige Gesellschaften haben sich durch die US-Steuerreform einige Änderungen ergeben, die potentiell geeignet sind, den bisherigen Standortvorteil Deutschlands in das Gegenteil zu verkehren. Der Beitrag widmet sich daher rechtsvergleichend der Wahl zwischen Deutschland und den USA als Standort einer Holdinggesellschaft und einer operativ tätigen Gesellschaft. Die Untersuchung wird systematische Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen aufzeigen, die geeignet sind, die Entscheidung der Standortwahl zu beeinflussen.

Christoph Pleil, Ulm — **Die Vertreterbetriebsstätte im Internationalen Steuerrecht** — Eine rechtsvergleichende Analyse zur Vermeidung von Qualifikationskonflikten im Verhältnis Deutschland – USA unter Beachtung von Entscheidungsharmonie und Qualifikationsverkettung

Die Qualifikation von Vertreterbetriebsstätten ist national und international mit großen Unsicherheiten behaftet. Zwar strebt die OECD im Rahmen des BEPS-Projekts über das Multilaterale Instrument eine Änderung des Wortlauts des Art. 5 Abs. 5, 6 OECD-MA für geltende DBA an um diese Unsicherheiten zu beseitigen, jedoch werden die Änderung im Verhältnis zu den USA nicht wirksam. Der Beitrag ordnet zunächst die Vertreterbetriebsstätte in das Betriebsstättenprinzip ein, bevor ihre Tatbestandsmerkmale rechtsvergleichend im deutsch-amerikanischen Verhältnis gewürdigt werden. Im Anschluss werden der Grundsatz der Entscheidungsharmonie und die Methode der Qualifikationsverkettung diskutiert und ihre Anwendbarkeit auf das DBA-USA geprüft sowie Lösungsansätze zur Vermeidung von Qualifikationskonflikten entwickelt.

Aus der internationalen Diskussion

Ausgewählt am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen



Perfekt ausgerichtet.

Wissenschaftlich fundiert und zugleich praxisnah – verfasst von einem hochkarätigen Autorenteam. Höchste Aktualität – mit Kommentierungen aller Änderungen des EStG durch zehn Änderungsgesetze – auf Rechtsstand vom 1.1.2018.

Bestellen Sie jetzt unter otto-schmidt.de/kest17

Wussten Sie schon ...

Im Onlinemodul StuW haben Sie Zugriff auf das Online-Archiv Ihrer Zeitschrift. In der Zeitschriften-App lesen Sie aktuelle Beiträge auf Ihrem Smartphone. Bei Fragen zu Ihren Freischaltcodes wenden Sie sich gerne an den Kundenservice: Telefon 0221 / 93738-997 oder E-Mail an kundenservice@otto-schmidt.de



Starke Allianz für Ihre Immobilie.

Alle gängigen Formen der Übertragung und Nutzung von Immobilien – verzahnt dargestellt aus steuerlicher und zivilrechtlicher Perspektive.

Bestellen Sie jetzt unter otto-schmidt.de/ssw3

R4 StuW 3/2018

Impressum

Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften

Internet: steuer-und-wirtschaft.de

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Postfach 51 10 26, 50946 Köln · Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln · Tel. 02 21/9 37 38-9 97 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung), Fax 02 21/9 37 38-9 43 (Vertrieb/Abonnementsverwaltung). Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Geschäftsführende Herausgeberin: Prof. Dr. Johanna Hey, Institut für Steuerrecht der Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln; Tel. 02 21/4 70 22 71.

Manuskripteinsendungen:) Per E-Mail an stuw@otto-schmidt.de. Redaktionsschluss jeweils zum 15.12., 15.3., 15.6., 15.9.

Anzeigenverkauf: sales friendly Verlagsdienstleistungen, Pfaffenweg 15, 53227 Bonn · Tel. 02 28/9 78 98-0, Fax 02 28/9 78 98-20, E-Mail: media@sales-friendly.de · gültig ist die Preisliste Nr. 7 v. 11 2018

Druck: rewi Druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen, druckhaus@rewi.de. www.rewi.de.

Erscheinungsweise: Die Hefte erscheinen jeweils zum 15.2., 15.5., 15.8. und 15.11.

Bezugspreis: Jahres-Abonnement 316 \in (Print-Anteil 302 \in */Online-Anteil 14 \in **), Einzelheft 99,- \in . **Alle Preise** verstehen sich inkl. gesetzlicher MwSt. *7 % oder **19 % sowie zzgl. Versandkosten. Die Rechnungsstellung erfolgt jährlich zu Beginn des Bezugszeitraumes für das aktuelle Kalenderjahr (ggf. anteilig). **Bestellungen** bei jeder Buchhandlung sowie beim Verlag. Kündigungstermin für das Abonnement 6 Wochen vor Jahresschluss.

ISSN: 0341-2954

Urheber- und Verlagsrechte: Mit Annahme eines Manuskripts (Aufsatz, Bearbeitung, Leitsatz, Blog-Text) geht für die Dauer von vier Jahren das räumlich unbeschränkte, alleinige und uneingeschränkte (ausschließliche), danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Soweit ein Beitrag zur Lern- und Erfolgskontrolle - auch im Rahmen des Fortbildungsnachweises für einen Fachanwalt gem. § 15 FAO - vorgesehen ist, erstreckt sich die Nutzungsrechtsübertragung auch auf die vom Autor hierzu formulierten Fragen und Antworten. Das Nutzungsrecht umfasst das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter Form. Zur eigenen Vermarktung, zur gemeinsamen Vermarktung mit einem Kooperationspartner, zur Vermarktung durch ein Unternehmen, an dem der Verlag überwiegend beteiligt ist, und/oder zur Vermarktung durch einen Dritten, den der Verlag hierzu berechtigt, umfasst das Nutzungsrecht ferner insbesondere die Befugnis zur vollständigen oder teilweisen Aufzeichnung in elektronischer Form, zur Programmierung, sonstigen Be- und Verarbeitung für eine elektronische Nutzung einschließlich Zusammenlegung mit anderen Werken zu einem elektronischen Produkt sowie Speicherung in eigenen oder fremden Datenverarbeitungsanlagen, in elektronischen Datenbanken und auf Datenträgern sowie zur Vervielfältigung, Verbreitung einschließlich der öffentlichen Wiedergabe und zur sonstigen Nutzung im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren, insbesondere in elektronischen Offline- und Online-Datenbanken und -Diensten, im Wege von Wiedergabetechniken in körperlicher und/oder nichtkörperlicher Form, im Wege von allen Techniken der Datenübertragung sowie auf Datenträgern, z.B. CD-ROM, DVD, Stick und vergleichbaren Techniken. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Dies gilt auch für Entscheidungen und deren Leitsätze, soweit sie vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Die Zeitschrift

und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung des Zeitschrifteninhalts bedarf einer vorherigen schriftlicher Zustimmung des Verlags. Das Zitieren von Rezensionen ist in vollem Umfang erlaubt.

Hinweise für Autoren und Einsender: Bitte senden Sie alle Manuskripte (als Datei per E-Mail), zum Abdruck bestimmte Gerichtsentscheidungen und Leserbriefe unmittelbar an die Redaktion. Bei der Einsendung von Gerichtsentscheidungen sind wir für den Hinweis dankbar, ob sie rechtskräftig sind. Wird im Fall des Abdrucks eine Pauschalvergütung gezahlt, gilt sie für die Übertragung eines ggf. bestehenden Nutzungsrechts mit der Maßgabe, die Entscheidung auch in anderen Print- und elektronischen Produkten des Verlages veröffentlichen zu können.

I. Eingereichte Manuskripte

Alle eingereichten Beiträge werden zunächst von der geschäftsführenden Herausgeberin auf ihre Eignung für das Profil von Steuer und Wirtschaft geprüft.

- II. Begutachtungsverfahren
- 1. Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge

Steuer und Wirtschaft ist die einzige deutschsprachige Zeitschrift, die im VHB-Jourqual-Teilranking "Betriebswirtschaftliche Steuerlehre" die Note B erreicht. Um dieser Bewertung Rechnung zu tragen, erfolgt für Beiträge, die (auch) eine wirtschaftswissenschaftliche Methodik zum Gegenstand haben, das nachfolgend beschriebene Begutachtungsverfahren

- a) Ist der Beitrag grundsätzlich für das Profil von Steuer und Wirtschaft geeignet, wird er in anonymisierter Form zur weiteren Prüfung an die wirtschaftswissenschaftlichen Mitherausgeber weitergeleitet.
- b) Wird der Beitrag auch aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht als grundsätzlich geeignet eingestuft, werden ein oder zwei externe Gutachter hinzugezogen. Über die Anzahl der externen Gutachter entscheiden die wirtschaftswissenschaftlichen Herausgeber.
- c) Für den eingereichten Beitrag wird mindestens ein Kurzgutachten erstellt und dem Autor zur Verfügung gestellt. Die Gutachter bleiben anonym.
- d) Besteht ein Überarbeitungsbedarf, wird der Begutachtungsprozess für die wiedereingereichte Version wiederholt, bis der Beitrag für eine Veröffentlichung in Steuer und Wirtschaft angenommen wird.
- e) Der Begutachtungsprozess soll in jeder Begutachtungsrunde spätestens nach 8 Wochen abgeschlossen sein.
- f) Die Gutachter eines Jahrgangs werden im jeweiligen Heft 4 veröffentlicht.
- 2. Juristische Beiträge
- a) Über die Annahme von Beiträgen, die eine juristische Methodik zum Gegenstand haben, entscheidet die geschäftsführende Herausgeberin. Im Einzelfall wird ein Mitherausgeber zur weiteren Prüfung hinzugezogen.
- b) Auf Wunsch des Autors wird auch für juristische Beiträge ein anonymisiertes Begutachtungsverfahren mit zwei externen Gutachtern durchgeführt. Der Prozess folgt der wirtschaftswissenschaftlichen Begutachtung. Bei Abdruck wird auf das durchgeführte Begutachtungsverfahren entsprechend hingewiesen.

StuW 3/2018 201



Zeitschrift für die gesamten Steuerwissenschaften

Abhandlungen

Prof. Dr. Dr. h. c. Wolfgang Schön, München*

Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

Inhaltsübersicht

- I. Recht und Wissenschaft
- II. Stabilisatoren des Steuerrechts
- III. Konsens und Dissens in der Steuerrechtswissenschaft
- IV. Deutsche Steuerrechtswissenschaft und internationale Diskussion
- V. Rechtswissenschaft und Rechtspraxis
- VI. Steuerwissenschaft und Verfassungsrecht
- VII. Unternehmenssteuerrecht
- VIII. Steuerrechtsgeschichte und Steuerrechtsvergleichung
- IX. Steuerrechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften
- X. Tax Policy als Aufgabe der Steuerrechtswissenschaft
- XI. Systembildung im Steuerrecht
- XII. Die Zeitlichkeit des Steuerrechts

Das Steuerrecht und die Steuerrechtswissenschaft führen kein isoliertes Dasein. Sie sind vielfältig verknüpft - mit anderen Rechtsgebieten, mit anderen Wissenschaftszweigen, mit Politik und Wirtschaft, aber auch mit den Steuerrechtsordnungen anderer Staaten in historischer und vergleichender Perspektive. Der nachstehende Beitrag versucht, die Leistungsfähigkeit der deutschen Steuerrechtswissenschaft in diesem Gefüge zu erkunden und ihre Erkenntnisziele und Erkenntnisquellen, aber auch ihre Erfolge und Bedingtheiten transparent zu machen. Dass das Steuerrecht als politisch umkämpftes Recht sich mächtigen Zeitströmungen und internationalen Einflüssen nicht entziehen kann, hindert nicht die Anerkennung des Werts der stetigen Arbeit der Steuerrechtswissenschaft bei der Durchdringung und Gestaltung dieses für die staatliche und gesellschaftliche Ordnung zentralen Rechtsgebiets.

Tax law and tax scholarship do not live in isolation. They are deeply interrelated - with other areas of law, other fields of science, with politics and business, but also with the tax systems of other countries in a historical and comparative perspective. The following article tries to explore the strength of German tax law scholarship in this context and to make transparent its scholarly goals and sources, but also its successes and its constraints. The mere fact that tax law is subject to powerful political currents and international inflows does not prevent us from acknowledging the value of the continuous work of tax scholars when it comes to cultivating and shaping this field of law which is of central importance for the order of both the state and society.

I. Recht und Wissenschaft

Die Rechtswissenschaft ist in ihrem Status als Wissenschaft gefährdet¹. Gehörte sie im 19. Jahrhundert noch in den Kernbereich universitärer Forschung und Lehre, so hat sie im Verlaufe des 20. Jahrhunderts viel von ihrer Autorität und Durch-

- Prof. Dr. h. c. Wolfgang Schön ist Direktor am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen sowie Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München; der Beitrag geht auf ein von Klaus-Dieter Drüen und Ekkehart Reimer angeregtes Referat im Rahmen der Tagung "Steuerrechtswissenschaft. Disziplinierung - Grundfragen -Koordinaten" auf Schloss Mickeln bei Düsseldorf zurück.
- Grundlegend zur gegenwärtigen Stellung der Rechtswissenschaft im Gesamtgefüge der Wissenschaften: Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland: Situation, Analysen, Empfehlungen, 2012; aus der vielfältigen Literatur der letzten Jahre zur Selbstvergewisserung der Rechtswissenschaft s. nur: Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007; Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015.

setzungskraft verloren. Die Deutung des Gemeinwesens in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft wird von der informierten Öffentlichkeit stärker den Wirtschafts-, Sozial- und Politikwissenschaften, aber auch der Geschichtsschreibung zugetraut. Die Antwort auf Fragen zu Gerechtigkeit und Ethik verlangt man weniger den Juristen und mehr den Philosophen sowie (noch) den Theologen ab. Juristen gelten hingegen als tüchtige Verwalter des positiven Rechts, als Handwerker (immerhin manchmal Kunsthandwerker) im Reich der Gesetze und Verträge. Sie dienen dem Staat als bezahlte Schreiber, welche die grundlegenden politischen Entscheidungen in Paragraphen zu gießen verstehen. Sie dienen der Wirtschaft als sachkundige Begleiter von Verhandlungsprozessen und gerichtsförmigen Konflikten. Sie dienen der Gesellschaft als Verwalter eines Rechtsstaats, der in ihren Händen zum Rechtsmittelstaat zu mutieren scheint.

Die Skepsis gegenüber der Rolle des Juristen im Zusammenspiel der gesellschaftlichen Kräfte ist schon groß genug. Noch größer wird sie, wenn es um den eigentlichen wissenschaftlichen Charakter der Arbeiten von Rechtsprofessoren und ihrem Nachwuchspersonal geht. Wohlgemerkt: Der gute Sinn der rechtswissenschaftlichen Lehre für die Ausbildung des Juristenstandes wird von niemandem in Frage gestellt (wenn auch hin und wieder mit ironischem Zungenschlag an die Fachhochschulen verwiesen²). Aber was macht im eigentlichen Sinne rechtswissenschaftliche "Forschung" aus? Oder gar - wie es die auf "Exzellenz" angelegten Organisationen und Förderformate im cantus firmus verlangen - rechtswissenschaftliche "Grundlagenforschung"? Die berühmte Kritik, die der Generalstaatsanwalt Julius von Kirchmann schon in der Mitte des 19. Jahrhunderts am Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz formulierte, als er auf die Vergänglichkeit des vom Gesetzgeber beliebig formbaren Rechtsstoffs hinwies, wirkt bis heute nach. Vielleicht kann man sogar sagen: die Durchschlagskraft dieser Kritik hat sich verstärkt, weil sich die Halbwertszeit gesetzlicher Normen in den vergangenen Jahrzehnten verringert hat und damit die Zeitbedingtheit und stete Vorläufigkeit wissenschaftlicher Aussagen zum geltenden Recht immer stärker hervor-

Rechtswissenschaft kann in zwei Richtungen agieren: als hermeneutisch-textbezogene Interpretation verbindlicher Texte *de lege lata* und als politisch-gestaltende Einwirkung auf Inhalt und Gestalt dieser Texte *de lege ferenda*³. Beide Ansätze weisen ihre je eigenen Stärken und Schwächen auf:

In ihrer interpretierenden Funktion befindet sich die Rechtswissenschaft zwar auf tradiert-sicherem Gelände. Sie steht jedoch in Konkurrenz mit Gerichten, Behörden und anderen Akteuren im Raum des Rechts, deren Autorität zur Auslegung von Gesetz und Recht nicht geringer, vielfach sogar noch größer ist als diejenige des Universitätslehrers. Zugleich teilt der Wissenschaftler mit dem Richter das Bewusstsein, dass den Ergebnissen seines hermeneutischen Bemühens notwendig immer ein "subjektives" - fast möchte man sagen: "dezisionistisches" - Element zu eigen sein wird, das den Ergebnissen seines Tuns den Beweis der letzten "objektiven" Richtigkeit entzieht. Mehr noch als in Deutschland hat die US-amerikanische Tradition des legal realism gnadenlos die Lebenslüge der Juristen von der eindeutig zutreffenden - wissenschaftlich ableitbaren -"Lösung" von Fällen und Problemen aufgedeckt⁴. Jede Norm begründet - so der heutige Konsens - für ihre Auslegung und Anwendung limitierte Vertretbarkeitsspielräume, in deren Grenzen persönliche Befindlichkeiten, aber auch politische Allgemeinkräfte eine maßgebliche (wenn auch nicht alle Grenzen niederreißende) Rolle spielen können. Die vor allem von den Naturwissenschaften postulierte "Intersubjektivität" von Forschungsergebnissen als Signum von *real science* scheint damit verloren zu gehen.

In ihrer rechtsgestaltenden Funktion kann die Rechtswissenschaft größere Perspektiven aufzeigen, doch teilt sie sich den wissenschaftlichen Zugriff auf das Sozialgeschehen mit anderen - zum Teil stärkeren - Spielern⁵. Die ökonomische Forschung bietet mit harten Effizienz- und weichen Fairnesskriterien, vor allem aber mit ihrem empirischen Material ein gut ausgebautes Instrumentarium zur Bewertung von legislatorischen Optionen für das institutional design des modernen Staates⁶. Politikwissenschaften und Soziologie begleiten den Gesetzgebungsprozess aus ihrer weit reichenden - vielfach historisch vertieften - Perspektive institutioneller und gesellschaftlicher Entwicklungen⁷. Nicht zuletzt das Demokratieprinzip stellt sich der Idee einer "verwissenschaftlichen" Gesetzgebung durch einen verfassten Juristenstand machtvoll in den Weg: Legiferiert wird letztlich durch die Repräsentanten des Volkswillens, durch die Parlamente in Bund und Ländern - und hier zählt Mehrheit, nicht

Eine ambivalente Zukunftsstrategie liegt aus der Sicht der Rechtswissenschaft jedoch in der Anlehnung an etablierte Wissenschaftszweige, bei denen vielfältige intellektuelle Anleihen gezogen werden können, namentlich Wirtschaftswissenschaften, Philosophie und Historiographie. Natürlich erweist es sich als außerordentlich fruchtbar – und es erweitert den Argumentationshaushalt – wenn die Rechtswissenschaften in ihrem auslegenden und gestaltenden Tun Erkenntnisse und Ergebnisse anderer Wissenschaften aufnehmen. Man könnte sogar sagen, dass eine besondere Stärke juristischen Arbeitens darin besteht, die Ergebnisse anderer Disziplinen in die eigene Forschung zu integrieren. Und doch wäre es hoch problematisch, wenn Rechtswissenschaftler sich letztlich als Ökonomen, Philosophen oder Historiker "minderen Rechts" verstehen würden, deren Arbeit ihren wissenschaftlichen Charakter aus der (halb-)

- 2 Wissenschaftsrat (Fn. 1), S. 64 f.
- 8 Fleischer, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin in Engel/Schön (Fn. 2), S. 52 f. unterscheidet insoweit zwischen "eingebetteter" und "nichteingebetteter" Rechtswissenschaft; für eine gesunde Skepsis gegenüber der Kompetenz der "Juristen" für die inhaltliche Ausgestaltung der Gesetzgebung s. noch Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, 1884; dazu jüngst Rückert, Windscheid verehrt, verstoßen, vergessen, JZ 2017, S. 662 ff. (666 f.).
- 4 Leiter, Legal Realism, in Golding/Edmundson, The Blackwell Philosophy of Law and Legal Theory, 2005, S. 50 ff.; zum Vergleich deutscher und US-amerikanischer Ansätze im Privatrecht eindringlich Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005; zur Bedeutung für das Steuerrecht: Schön, Tax Law Scholarship in Germany and the United States in Rosenbloom (Hrsg.), ITP@20 (1996–2016), 2016, S. 349 ff.
- 5 Schön, Quellenforscher und Pragmatiker Ein Schlusswort in Engel/ Schön (Fn. 2), S. 318 ff.
- 6 Haucap u.a., Entwickeln sich wirtschaftswissenschaftliche Forschung und Politikberatung auseinander? 93 Wirtschaftsdienst (2013), S. 507 ff.; an der Universität Halle kann ein Masterstudium in "Empirische Ökonomik und Politikberatung" absolviert werden (www.magister-politikberatunghalle de)
- Weingart/Wagner, Wissenschaftliche Politikberatung im Praxistest, 2015.
- 8 Droege, Eigenheiten der Steuerrechtswissenschaft, 2016, S. 77 ff.

Abhandlungen

Schön - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

dilettantischen Aneignung fremder Methoden bezieht. Der experimentierende oder Statistiken erhebende Rechtswissenschaftler mag im Einzelfall faszinierende Ergebnisse erzielen (und im wahrsten Sinne des Wortes etwas "herausfinden") aber agiert er insoweit noch als Jurist?

Es ist hier nicht der Ort, die Frage nach der Wissenschaftlichkeit von Jurisprudenz umfassend zu beantworten. Vielleicht lässt sich sagen, dass sie keiner abschließenden Antwort bedarf, solange die Aufgaben, die das Recht zu lösen hat (so wie die Aufgaben, die die Medizin oder die Ingenieurwissenschaften zu lösen haben), einer besonderen intellektuellen Durchdringung bedürfen, die in ihren Spitzenleistungen ohne ein freiheitlich verfasstes universitäres Umfeld nicht auskommt. Vielleicht lässt sich weiter gehend behaupten, dass Rechtswissenschaftler gerade in ihrer Vielseitigkeit, ihrem Pragmatismus und in ihrer Fähigkeit zur Integration von Erkenntnissen aus anderen Wissenschaften selbst eine produktive Wissenschaft der secondbest-Lösungen bieten können, deren ein funktionierendes Gemeinweisen dringend bedarf.

II. Stabilisatoren des Steuerrechts

Die Wissenschaft vom Steuerrecht hat seit jeher in besonderem Maße darauf abgezielt, ihrem Gegenstand innere Stabilität zu verleihen9. Die Steuergesetzgebung gilt als exzeptionell systemlos und schnelllebig, als politischen und ökonomischen Einflüssen in gesteigertem Maße ausgesetzt. Steuerjurisprudenz scheint daher vor allem darin zu bestehen, dem fiskalischen Zugriff des Staates gegenüber dem Bürger eine innere Ordnung zu verleihen. Dieses Ziel dient nicht in erster Linie ästhetischen oder "rein" wissenschaftlichen Ansprüchen - es soll der Steuergerechtigkeit¹⁰ im Sinne von Besteuerungsgleichheit und Willkürfreiheit dienen, es soll Fehlentwicklungen identifizieren und es soll schließlich auch die Akzeptanz der Besteuerung im Kreise der Steuerpflichtigen erhöhen¹¹.

Die Suche nach der inneren Ordnung des Steuerrechts folgt dabei zwei verschiedenen, aber sich vielfach kreuzenden oder parallel geführten Pfaden. Ein Weg liegt darin, leitende Prinzipien aus dem Steuerrecht (und seiner geschichtlichen Entwicklung¹²) heraus zu abstrahieren und damit je nach Ausgangspunkt ein "inneres System" des Steuerrechts zu entdecken oder zu errichten¹³. In der deutschen Diskussion sticht dabei das Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit besonders heraus¹⁴, es lassen sich aber auch vielfältige andere (Unter-) Prinzipien identifizieren: namentlich im Einkommensteuerrecht werden das Prinzip der Individualbesteuerung¹⁵, das Prinzip der Jährlichkeit, das Universalitätsprinzip oder auch das Territorialitätsprinzip als Leitlinien der Interpretation oder Reform des geltenden Rechts herangezogen. Die maßgebliche Bemessungsgrundlage wird nach dem subjektiven und dem objektiven Nettoprinzip, aber auch nach handelsrechtlichen Grundsätzen wie dem Realisations- und dem Vorsichtsprinzip ausgerichtet. Im Umsatzsteuerrecht stehen der Gedanke der Wettbewerbsgleichheit und der ökonomischen Neutralität im Vordergrund.

Zu den besonderen Techniken dieser auf das "innere System" des Steuerrechts bedachten wissenschaftlichen Tendenz gehört es, die rechtlichen Seiten der Besteuerung (namentlich die Definition der besteuerungswürdigen Bemessungsgrundlagen) von den politischen Seiten der Besteuerung (namentlich der

Festlegung der Steuersätze und damit des Steueraufkommens) nach Möglichkeit zu trennen¹⁶. Punktuelle Lenkungsnormen werden ein einem solchen Steuersystem tendenziell als Störfaktor begriffen¹⁷.

Ein anderer Weg zur Stabilisierung des Steuerrechts liegt darin, das Steuerwesen materiell mit anderen - belastbar erscheinenden - tragenden Elementen unserer Rechtsordnung zu verknüpfen. In den Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg sind dafür - sukzessiv und kumulierend - drei große Rechtsgebiete herangezogen worden: das Zivilrecht, das Verfassungsrecht und das Recht der Europäischen Union. Die zeitliche Reihenfolge ist nicht zufällig. Nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Steuerrechts, welches eine scharfe Fiskalorientierung mit einem hoch ideologisierten Gemeinnutzdenken verknüpfte, schien die Rückbindung an das Zivilrecht der Besteuerungsordnung nicht nur eine verlässliche Begrifflichkeit zu liefern¹⁸. Zugleich wurde mit der Ausrichtung auf das Privatrecht der marktwirtschaftlich ausgerichteten Privatautonomie, ja der Existenz einer "Zivilgesellschaft" im besten Sinne Reverenz erwiesen. Nicht nur in der Rechtsprechung des BFH, auch beim BVerfG war man daher geneigt, dem traditionsgesättigten Zivilrecht einen begrenzten "Vorrang" vor dem Steuerrecht einzuräumen¹⁹.

Mit dem Erstarken und der Ausdifferenzierung des grundgesetzlichen Rahmens wurde seit den 70er Jahren bis zum vorläufigen Höhepunkt in den 90er Jahren der Einfluss der Verfassungsnormen - sowohl in ihren grundrechtlichen als auch in ihren finanzverfassungsrechtlichen - Bezügen für das Steuerrecht Stück für Stück etabliert²⁰. Steuerrecht – diesen Eindruck konnte man zwischenzeitlich gewinnen - ist "konkretisiertes Verfassungsrecht". Der Gleichheitssatz des Grundgesetzes, aber

- Umfassend: Tipke, Steuerrecht als Wissenschaft, FS J. Lang, 2010, S. 21 ff.
- J. Lang, Steuergerechtigkeit, StuW 2016, S. 101 ff.; Tipke, Steuergerechtigkeit in Kube u.a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Bd. 2, 2013, § 146; skeptisch zuletzt Eckhoff, "Steuergerechtigkeit" als verfassungsrechtliches und steuerpolitisches Argument, StuW 2016, S. 207 ff.
- Sehr kritisch Droege (Fn. 8), S. 47 ff.
- Reimer, Dogmengeschichte der ertragsteuerlichen Grundprinzipien, StuW 2014, S. 29 ff.
- Grundlegend: Tipke, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl. 2000–2012, s. dort Bd. 1, § 1 S. 17: "Die Steuerrechtswissenschaft muss ein widerspruchsfreies System von intersubjektiv nachprüfbaren Aussagen entwickeln, ein abgestimmtes Gefüge fundamentaler und nachgeordneter idealer und vertretbarer Wertmaßstäbe oder Prinzipien, eine Prinzipienlehre (Hervorhebung im Original)" und § 4 S. 67 ff. ("Das inhaltliche, materiale oder innere System als Prinzipienhierarchie"); J. Lang, Das Anliegen der Kölner Schule: Prinzipientreue des Steuerrechts, StuW 2013, S. 53 ff.
- Grundlegend: Birk, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1981; Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 3 B, Rz. 40 ff.; zuletzt zusammenfassend: Desens, StuW 2016, S. 240 ff.
- Hey, Besteuerung von Unternehmen und Individualsteuerprinzip in Schön/Osterloh-Konrad (Hrsg.), Kernfragen des Unternehmenssteuerrechts, 2010, S. 1 ff.
- J. Lang, Die einfache und gerechte Einkommensteuer: Ziele und Aufgaben einer Fundamentalreform, 1987, S. 6.
- Kirchhof in GS Trzaskalik, 2005, S. 395 ff.
- Flume, Steuerwesen und Rechtsordnung, FS Smend, 1952, S. 59 ff. = Rechtsordnung und Steuerwesen, Bd. 1, 1986, S. 1 ff.; dazu Droege (Fn. 8),
- Namentlich BVerfGE 13, 331 ff.
- Zusammenfassend: Kempny, Steuerrecht und Verfassungsrecht, StuW 2014, S. 185 ff.

Schön - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

auch die Garantien des Eigentums sowie der Ehe und der Familie verhießen dem Steuerrecht eine Rationalität und Stabilität, der auch der "einfache" Gesetzgeber nicht leicht zu nahe treten konnte. Beim Übergang in das 21. Jahrhundert hatte der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Steuerrecht ein hohes Plateau erreicht, auf dem bestimmte Grundfesten gesichert erschienen und darauf aufbauend die nähere Ausgestaltung der Einzelnormen einer gesteigerten Rationalitätskontrolle unterworfen werden konnte²¹.

In den vergangenen zwanzig Jahren ist an die Seite des Verfassungsrechts das Recht der Europäischen Union getreten, dessen Instrumente zwar in ihrem Anwendungsbereich begrenzter, aber in ihren Wirkungen umso schärfer erscheinen²². Die Grundfreiheiten des Binnenmarktes haben nicht nur den deutschen Gesetzgeber zu erheblichen Anpassungen genötigt, um zu einer nahezu diskriminierungsfreien Gestalt der deutschen Steuergesetze zu gelangen²³. Zusätzlich trägt vor allem in den letzten Jahren unter den europäischen Wettbewerbsvorschriften das Beihilfenverbot in besonderem Maße zur "Hygiene" der nationalen Steuergesetzgebung bei. Schon muss man Sorge haben, dass die wuchernde Beihilfenkontrolle die im Gefüge des Verfassungsrechts erzielte Balance zwischen dem Recht des Bürgers auf Besteuerungsgleichheit und dem Anspruch des Staates auf Verfolgung weitergehender politischer Zielsetzungen aus den Angeln hebt²⁴. Es wäre fatal, würde das Beihilfenrecht in eine allgemeine europarechtlich verfasste Diskriminierungskontrolle münden.

Die deutsche Steuerrechtswissenschaft hat in den vergangenen Jahren wie keine andere den Anspruch wahrgenommen, diese Interaktion zwischen Steuerrecht und anderen Rechtsgebieten produktiv zu nutzen. Dieser Erfolg ist nicht zuletzt in den organisatorischen Rahmenbedingungen der deutschen Juristenausbildung begründet, die weder dem Studierenden noch dem Lehrenden allzu früh und allzu sehr eine (steuerliche) Spezialisierung erlaubt. Am Ende der beiden Staatsexamina steht nach wie vor der "Einheitsjurist" klassischer Prägung und die meisten Wissenschaftler vom deutschen Steuerrecht sind eben zugleich im Zivilrecht, im Öffentlichen Recht oder auch im Strafrecht als Forscher und Lehrer aktiv. Dies erlaubt es ihnen, mit Selbstbewusstsein und Autorität die Querbezüge zwischen den Rechtsgebieten zu erkunden und - vielfach neuartige - Ergebnisse zu erzielen. Methodisch entspricht dieser weite Blick schließlich dem vielfach formulierten Postulat der "Einheit der Rechtsordnung"25 - dessen Verfolgung vielleicht selbst wiederum ein "typisch deutsches" Streben nach übergeordneter Systematik und Harmonie verkörpert.

III. Konsens und Dissens in der Steuerrechtswissenschaft

Die Frage, ob es der deutschen Steuerrechtswissenschaft mit diesen Anstrengungen gelungen ist, ihrem Gegenstand die gewünschte Stabilität zu verleihen, lässt sich nicht eindeutig beantworten. Einerseits haben die Betrachtung und Bewertung der Steuergesetzgebung und ihrer Rahmenbedingungen ein hohes intellektuelles Niveau erreicht, das sich weitgehend von bloß "fiskalischen" oder rein "defensiven" Standpunkten entfernt hat. Andererseits sind weithin konsentierte Annahmen – vor allem zu den Zielen der Steuerpolitik – im Laufe der letzten Jahre wieder ins Wanken geraten.

Was heißt das konkret? Auf der Grundlage der Forschung von Klaus Tipke wurde die Arbeit der Steuerrechtswissenschaft über Jahrzehnte als Arbeit an fundamentalen - als statisch-stabil begriffenen - Prinzipien der Besteuerungsordnung verstanden²⁶. Das politische Element - namentlich die Verfolgung nicht-steuerlicher Zielsetzungen durch Steuern - galt dieser Sichtweise als Fremdkörper. Fiskalische Belange wurden in den Bereich der Steuertarife verbannt. Diese steuerwissenschaftliche Tendenz mündete - namentlich in den Arbeiten von Joachim Lang²⁷ und P. Kirchhof²⁸ – in dem Ideal einer einfachen Steuerwelt, die sich in konzisen, politisch neutralen und auf Permanenz angelegten Kodifikationen niederschlagen sollte. Unter dem Einfluss der US-amerikanischen Steuerreform des Jahres 1986²⁹ wurde schließlich für die inhaltliche Ausrichtung von Gesetzesvorhaben und Kodifikationen die Kombination einer Verbreiterung der Bemessungsgrundlagen mit einer Absenkung der Steuersätze in den Vordergrund gestellt. Einige der großen Reformprojekte der Jahrtausendwende - namentlich der Entwurf eines "Bundessteuergesetzbuchs" aus der Feder von P. Kirchhof³⁰ und die Vorschläge der Stiftung Marktwirtschaft31 - sind dieser Regelungstechnik und diesen Regelungsinhalten verpflichtet.

Daher verwundert es nicht, wenn Lenkungsnormen im Steuerrecht von der herrschenden Meinung zunehmend nicht nur als rechtspolitisch, sondern auch als verfassungsrechtlich problematisch empfunden wurden³². Doch hat das BVerfG dem lenkenden Steuergesetzgeber gegenüber stets freundliche Toleranz gezeigt³³. Einigkeit bestand (und besteht) in der Wissenschaft schließlich darin, dass bestimmte Sonderlasten – etwa die Gewerbesteuer – als überholt eingeschätzt werden müssen und z.B. durch gemeindliche Anteile an der Einkommensteuer und

- 21 Kirchhof, Besteuerung im Verfassungsstaat, 2000.
- 22 Umfassend: Schaumburg/Englisch, Europäisches Steuerrecht, 2015.
- 23 Siehe die Beiträge in: Schön/Heber (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 2015.
- 24 Kritisch: Hey, EU-Beihilfen und Steuervergünstigungen Gemeinsamkeiten und Unterschiede, StuW 2015, S. 331 ff.; Schön, Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid: A Review of 5 Years of European Jurisprudence in Richelle/Schön/Traversa (Hrsg.), State Aid Law and Business Taxation, 2016, S. 3 ff
- 25 Raupach, Darf das Steuerrecht andere Teile der Rechtsordnung stören? Zur Eigenständigkeit des Steuerrechts und deren Grenzen, FS Tipke 1995, S. 105 ff.
- 26 Siehe oben II.
- 27 Lang, Reformentwurf zu Grundvorschriften des Einkommensteuergesetzes, Münsteraner Symposion Bd.II, 1985; Lang, Entwurf eines Steuergesetzbuchs, BMF-Schriftenreihe Nr. 49, 1993.
- 28 Kirchhof, Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes, 2002; Kirchhof, Einkommensteuer Gesetzbuch: Ein Vorschlag zur Reform der Einkommen- und Körperschaftsteuer, 2003.
- 29 Lang (Fn. 16), S. 2 ff.; Tipke, StuW 1986, 150 ff.
- 30 Kirchhof, Bundessteuergesetzbuch: Ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts, 2011; dazu Kirchhof (Hrsg.), Das Bundessteuergesetzbuch in der Diskussion, 2013.
- 31 J. Lang, Strukturreform der deutschen Ertragsteuern, 2013.
- 32 *Trzaskalik*, Inwieweit ist die Verfolgung ökonomischer, ökologischer und anderer öffentlicher Zwecke durch Instrumente des Abgabenrechts zu empfehlen?, Gutachten E, 63. DJT, 2000.
- 33 BVerfG v. 20.4.2004 1 BvR 1748/99, 905/00, BVerfGE 110, 274 ff. (Ökosteuer); v. 7.11.2006 1 BvL 10/02, BVerfGE 117, 1 ff. und BVerfG v. 17.12.2014 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136 ff = FR 2015, 160 m. Anm. Bareis (Erbschaftsteuer); kritisch Schön, Besteuerungsgleichheit und Subventionsgleichheit, FS Spindler, 2011, S. 189 ff.

StuW 3/2018 Abhandlungen 205

der Umsatzsteuer ersetzt werden müssen³⁴. Und doch hat das BVerfG auch dieser überkommenen Steuer stets die Treue gehalten³⁵

In den vergangenen Jahren ist der geschilderte wissenschaftliche Konsens zurückgegangen. Die Verheißungen eines "einfachen" Steuerrechts werden zunehmend skeptisch gesehen – und dies nicht nur wegen der Schwierigkeiten der Umsetzung eines solchen Projekts im politischen Prozess³6. Zugleich ist die Erkenntnis gewachsen, dass sich die Realität einer komplexen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung nicht "auf einem Bierdeckel" nachvollziehen lässt. Ein knapp formulierter Gesetzestext – so der Verdacht – schafft oft nur neue Unklarheiten und verleiht letztlich den Finanzverwaltungsbehörden und den Gerichten ein Mehr an Ermessensspielräumen. Die viel beklagte Komplexität des Steuerrechts findet sich dann eben nicht im Parlamentsgesetz, sondern in der Gerichtspraxis und in den Verwaltungserlassen.

Hinzu treten die immer stärker fühlbar werdenden Effekte des internationalen Steuerwettbewerbs und damit der "Mobilität" der Steuerbasis³7. Im ersten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts ist diese Problematik am Konzept einer zwischen Arbeitseinkommen und Kapitaleinkommen differenzierenden "Dualen Einkommensteuer" sichtbar geworden³8. Deren Anliegen besteht darin, den unterschiedlichen Elastizitäten des Angebots an Arbeitskraft und an Finanzkapital durch unterschiedliche Steuersätze auf das jeweilige Einkommen gerecht zu werden. Dieser Bruch mit dem vorausgehenden Ideal einer einfachen und gleichmäßigen Steuer wurde in Deutschland sehr kontrovers diskutiert – verfassungsrechtlich sowie rechtspolitisch³9.

In den letzten Jahren hat sich diese Diskussion auf einzelne Elemente der Bemessungsgrundlage und deren Mobilität verlagert, z.B. auf die steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung⁴⁰ – sei es durch zusätzliche Abzüge oder *tax credits* für die korrespondierenden Erwerbsaufwendungen, sei es durch reduzierte Steuersätze auf das resultierende Einkommen. Dem entspricht es, wenn heute dem grundsätzlichen Verzicht des Steuerrechts auf Lenkungseffekte nicht mehr ganz so vehement das Wort geredet wird wie noch vor einigen Jahren⁴¹. Schließlich scheint auch das Ziel einer einheitlichen Unternehmenssteuer weniger prägnant im Vordergrund zu stehen⁴². Man hat sich mit dem Dualismus der Unternehmensbesteuerung im Kern arrangiert und sucht pragmatische Lösungen zum Abbau von Verhaltensverzerrungen, z.B. durch Optionsmodelle für kleine und mittlere Unternehmen⁴³.

Auch wenn die "steuerpolitischen Ideale" (i. S. Fritz Karl Manns) in den vergangenen Jahrzehnten deutliche Verschiebungen erfahren haben, lässt sich doch konstatieren, dass sich zu bestimmten Elementen der Besteuerungsordnung ein auf Dauer angelegter Konsens etabliert hat. Das Verhältnis zwischen den Rechtskreisen Zivilrecht – Steuerrecht – Verfassungsrecht hat sich in einem stabilen Gleichgewicht gefunden. Der Fiskalzweck der Besteuerung wird rechtsstaatlich eingehegt; die steuerliche Lenkung wird zwar akzeptiert, aber an strengere Bedingungen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit geknüpft⁴⁴. Individuelle Belastungsgleichheit und ökonomische Entscheidungsneutralität werden allseits als Bewertungsmaßstäbe für Steuernormen herangezogen⁴⁵. Hinzu treten rechtsstaatliche Ansprüche der Bestimmtheit und des Vertrauensschutzes, ergänzt durch das Prinzip der Gewal-

tenteilung⁴⁶. Die Reichweite der zwingenden Wirkungen materieller Grundgesetznormen werden zwar im Detail kontrovers diskutiert, sind aber in ihren methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen akzeptiert.

Anders formuliert: Einigkeit über konkrete steuerrechtliche und steuerpolitische Inhalte wurde in den vergangenen Jahrzehnten nicht erzielt, aber doch weitgehende Einigkeit über die relevanten Parameter und Maßstäbe. Das ist als Fortschritt nicht gering zu achten.

IV. Deutsche Steuerrechtswissenschaft und internationale Diskussion

Eine besondere Schwierigkeit liegt darin, den Beitrag der deutschen Steuerrechtswissenschaft zur internationalen Diskussion und zur internationalen Entwicklung des Steuerrechts zu beschreiben. An dieser Stelle läuft man Gefahr, in einen gedanklichen Kurzschluss zu verfallen, denn es gilt, drei verschiedene Ebenen voneinander zu unterscheiden:

- den internationalen Einfluss der deutschen Steuergesetzgebung (z.B. als Vorbild für die Gesetzgebung in anderen Staaten),
- den internationalen Einfluss der deutschen Steuerrechtsprechung (nicht nur des BFH, sondern namentlich auch des BVerfG) sowie
- 34 J. Lang (Fn. 10), S. 112 f.
- 35 BVerfG v. 15.1.2008 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, 1 ff. (Gewerbesteuer).
- 36 Siehe die Beiträge in: Steuervereinfachung, DStJG 21 (1998); Schön, Vermeidbare und unvermeidbare Hindernisse der Steuervereinfachung, StuW 2002, S. 23 ff.; Reimer, Kann eine Vereinfachung der Einkommensbesteuerung gelingen? in DStJG 37 (2014), S. 293 ff.
- 37 J. Lang, Steuergerechtigkeit und Globalisierung, FS Schaumburg, 2009, S. 45 ff.; Ault, Tax Competition: What (If Anything) To Do About It?, FS Vogel, 2000, S. 1117 ff.
- 38 Sachverständigenrat/MPI/ZEW (Hrsg.), Reform der Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer, BMF-Schriftenreihe, Bd. 79, S. 2006.
- 39 Englisch, Die Duale Einkommensteuer Reformmodell für Deutschland, ifst-Schrift Nr. 432, 2005; Lehner, Die Reform der Kapitaleinkommensbesteuerung im Rahmen des Verfassungs- und Europarechts in DStJG 30 (2008), S. 61 ff.; Schön, Steuerreform in Deutschland Anmerkung zum verfassungsrechtlichen Rahmen, FS Solms, 2005, S. 263 ff.; umfassend numehr Uli Konrad, Gleichheit und Differentiation: Die Duale Einkommensteuer und der Gleichheitssatz. 2016.
- 40 Spengel (Hrsg.), Steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung (FuE) in Deutschland: Ökonomische Begründung, Handlungsbedarf und Reformbedarf, 2009; Pinkernell, Steuerliche Bedingungen von Forschung und Entwicklung in DStJG 39(2016), S. 369 ff.
- 41 Hey, Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik in DStJG 39 (2016), S. 11 ff.
- 42 *Schön*, Die Funktion des Unternehmenssteuerrechts im Einkommensteuerrecht in DStJG 37 (2014), S. 217 ff. (236 ff.).
- 43 Hüttemann, Die Besteuerung der Personengesellschaften und ihr Einfluss auf die Rechtsformwahl, DStJG 25 (2001), S. 123 ff. (140 f.).
- 44 Eichberger, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen in DStJG 39 (2016), S. 97 ff.; Wernsmann, Steuerlenkung in Kube u.a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Bd. 2, 2013, § 152.
- 45 Kirchhofl Arndt (Hrsg.), Gleichheit Freiheit Effizienz, 2001; Wagner, Was ist eigentlich aus der Entscheidungsneutralität der Besteuerung geworden? in Kahle u.a., Kernfragen der Unternehmensbesteuerung: Symposium für Ulrich Schreiber zum 65. Geburtstag, 2017, S. 11 ff.
- 46 BVerfGE 135, 1 ff.

Schön - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

den internationalen Einfluss der deutschen Steuerrechtswissenschaft.

Natürlich sind diese Faktoren miteinander verwoben: Steuerrechtsprechung und Steuerwissenschaft stehen in ständigem Dialog miteinander, und auch die Steuergesetzgebung profitiert von fachwissenschaftlicher Begleitung. Aber man muss sich als Wissenschaftler, der im Dialog mit ausländischen Kollegen und Praktikern steht, schon überlegen, welchen der vielfältigen Vorzüge des deutschen Steuerwesens man als besonderen Beitrag der Forschung zum Steuerrecht präsentieren kann. Dabei muss man sich zugleich der Ambivalenz der Rolle des deutschen Steuerwissenschaftlers in der internationalen Diskussion bewusst sein.

Als Beispiel mag die Diskussion über die Neuordnung der internationalen Besteuerungsrechte im Gefolge des BEPS-Aktionsplans der OECD/G20 dienen. Die Ergebnisse dieser internationalen Koordinierungsmaßnahmen können erheblichen Einfluss auf die Besteuerungsbefugnisse (und damit das Steueraufkommen) der Bundesrepublik Deutschland besitzen und auch die Wettbewerbssituation deutscher Unternehmen günstig oder ungünstig beeinflussen⁴⁷. Als Wissenschaftler fällt es nicht leicht, sich bei der Beurteilung der Reformprojekte aus dem nationalen Kontext zu lösen und das fachliche Urteil von den Auswirkungen auf Staat und Wirtschaft im eigenen Heimatstaat zu abstrahieren. Nicht selten trifft man auf internationalen Foren ausländische Kollegen, die sich geradezu als "Markenbotschafter" ihrer heimischen Regierung und Industrie präsentieren. Wer einmal beobachtet hat, wie stark Kollegen aus anderen Industrieländern das heimische Vorverständnis als selbstverständliche Grundlage der internationalen Steuerpolitik propagieren oder wie Wissenschaftler aus Entwicklungs- und Schwellenländern den fiskalischen Teilhabeanspruch ihrer Jurisdiktionen unbefangen präsentieren, muss sich selber befragen, ob und in welchem Umfang er selbst hin und wieder vergleichbare Haltungen einnimmt. So lässt sich nicht bestreiten, dass die tradierte - im Musterabkommen der OECD formulierte - internationale Besteuerungsordnung darauf angelegt ist, das Steueraufkommen der exportierenden Unternehmen im Produktionsstaat anzusiedeln⁴⁸. Auch hat die in der deutschen DBA-Praxis übliche Befreiungsmethode für ausländische Betriebsstätten und Tochtergesellschaften günstige Konsequenzen für die Wettbewerbslage deutscher Unternehmen im Ausland⁴⁹. Als Staatsbürger mag man das begrüßen. Aber ist das ein Anspruch, für den man als "Wissenschaftler" mit objektiven Gründen eintreten kann? Der Wissenschaftler als national gesinnter "Lobbyist" - eine problematische Vorstellung (die übrigens die verbreitete Kritik am Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz eher noch verstärken muss).

Weniger exponiert, aber doch auch interessengeleitet ist die immer wieder aufscheinende explizite oder implizite Mission, "deutsches Rechtsdenken" im Ausland zu verbreiten⁵⁰. Hier geht es vielleicht nicht um unmittelbare fiskalische Vorteile für das eigene Land. Aber es geht doch darum, über eine Expansion des deutschen "Steuersystems" in legislatorischer und konzeptioneller Hinsicht die Anschlussfähigkeit der deutschen Rechtsordnung zu sichern, vielleicht sogar Verbündete bei internationalen Harmonisierungsbestrebungen zu gewinnen oder auch deutschen Unternehmen einen erleichterten – von Transaktionskosten befreiten – Zugang zu ausländischen Märkten zu verschaffen (in denen sie nämlich auf bekannte Regelungsmus-

ter stoßen)⁵¹. Soll der Wissenschaftler seinen Teil dazu beitragen, das *Doing Business in Germany* zu erleichtern? Oder geht es bei diesem Verteilungskampf zwischen expansiven Rechtssystemen vielleicht nur darum, die vom jeweiligen nationalen Juristenstand in das Erlernen tradierter Regelungsmechanismen "versenkten" Humankapitalinvestitionen produktiv zu halten?

Letztlich ist es natürlich eine Abstraktion, die Wirkungen der deutschen Steuerrechtswissenschaft auf internationalem Terrain einer homogenen scientific community als Handlungssubjekt zuzuschreiben. Bei genauer Betrachtung agiert jeder Wissenschaftler für sich allein und es wäre geradezu eine Fehlsteuerung, die deutsche Steuerrechtswissenschaft als Kollektiv in die Verantwortung zu nehmen, bestimmte wissenschaftliche, wirtschaftliche oder politische Zielsetzungen im Ausland (oder in internationalen Gremien) zu vertreten. So mag es Steuerwissenschaftler geben, die dem Steuerwettbewerb als Korrektiv für überbordendes Staatshandeln positiv gegenüber stehen, während andere ihm einen negativen Einfluss auf demokratische Entscheidungsprozesse und die Resilienz des Sozialstaats nachsagen. Eine einheitliche Haltung der "deutschen Steuerrechtswissenschaft" lässt sich in dieser Frage nicht ausmachen.

Worin können nun die im Kern "wissenschaftlichen" Erfolge bestehen, welche die deutsche Steuerrechtswissenschaft im Dialog mit dem Ausland für sich in Anspruch nehmen kann. Sicherlich die vorbildliche Ausgewogenheit zwischen Theorie und Praxis - und der ständige Dialog zwischen deren Akteuren. Sicherlich auch die Breite der Forschungsansätze unter Einschluss anderer Rechtsgebiete - vom Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht über das Handels- und Bilanzrecht bis hin zum Vertrags- und Gesellschaftsrecht. Sicherlich auch bestimmte nutzbringende Publikationsformate - etwa der klassische "Kommentar" als vollständig-systematische Brücke, in der große Konzepte bis ins Detail ausformuliert und zu Ende gedacht werden. Und auch die enorme Fülle des publizierten Materials spricht nicht per se gegen das Niveau der deutschen Wissenschaft im Vergleich zu Rechtsordnungen, in denen sich oft neben umfassenden Verwaltungsvorschriften und sporadischen Gerichtsurteilen fast nur punktuelle literarische Äußerungen finden lassen.

V. Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Eine besondere Stärke der deutschen Steuerrechtswissenschaft liegt in ihrem intensiven Dialog mit Rechtsprechung, Verwal-

⁴⁷ Watrin/Thomsen, Steuerstrategien deutscher Konzerne – die OECD als Retter?, StuW 2016, S. 3 ff.

⁴⁸ M. Lang, Rechtsquellen und Prinzipien des internationalen Steuerrechts, DStJG 36 (2013), S. 7 ff. (25 ff.); Schön, Zur Zukunft des internationalen Steuerrechts, StuW 2012, S. 213 ff. (219 f.).

⁴⁹ Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Aufl. 2016, S. 27 ff.; E. Schmidt, Freistellungsmethode auf dem Rückzug?, DStJG 36 (2013), S. 87 ff. (91 ff.); Spengel, Neutralitätskonzepte und Anreizwirkungen im Internationalen Steuerrecht in DStJG 36 (2013), S. 39 ff.

⁵⁰ Zu den Anreizen für den grenzüberschreitenden Vertrieb der Ware "Recht" s.: Eidenmüller, Recht als Produkt, JZ 2009, S. 641 ff.,.

⁵¹ Zu den Anreizen für die "Empfängerstaaten" von Rechtsregeln s.: Michaels, Make or Buy – A Public Market for Legal Transplants? in Eidenmüller (Hrsg.), Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution, 2013, S. 27 ff.

Abhandlungen

Schön - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

tung und Beraterpraxis⁵². Schon ein oberflächlicher Blick auf die schriftstellerische Produktion zeigt, dass in Deutschland Professoren und Praktiker nicht nur in denselben Fachzeitschriften vielfach über dieselben Themen publizieren, sondern auch gemeinsam oder parallel in Handbüchern oder Kommentaren als Autoren hervortreten. Dies setzt sich fort in einem Konferenz- und Vortragswesen, bei dem die Zusammenführung theoretischer und praktischer Aspekte geradezu den Reiz des Gesprächs ausmacht - beispielhaft auf den Jahrestagungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft. Dies steht in positivem Gegensatz zu Ländern, in denen sich einige Berufsgruppen der Praxis (vor allem Richter) als Personen ganz aus dem Fachdiskurs zurückziehen oder in denen sich führende Wissenschaftler von dem produktiven Bezug zum konkreten Recht und seinen täglichen Anwendungsproblemen als "unwissenschaftlich" distanzieren.

In Deutschland wirkt die gemeinsame Arbeit an der "Dogmatik" des Rechts wie ein festes Band zwischen allen Berufsgruppen⁵³. Und gerade im Steuerrecht lässt sich schließlich festhalten, dass ohne den enorm hohen Anteil der Praktiker an der Textproduktion der steuerliche Rechtsstoff vielfach weitgehend unerschlossen bliebe. Der Publikationstyp des "Kommentars" gilt denn auch im Ausland als deutsche Eigenheit (in Gemeinschaft mit der Schweiz und Österreich). Auch Länder mit hoch differenzierten Rechtssystemen wie die Vereinigten Staaten oder das Vereinigte Königreich haben dem kaum etwas entgegenzusetzen.

Diese Interaktion zwischen Theorie und Praxis hat in Deutschland eine lange Tradition. Die Akzeptanz des "gelehrten Rechts" als autoritative Rechtsquelle auf dem europäischen Kontinent, aber auch die Einrichtung von "Spruchkollegien" der Fakultäten als Hilfeleistung für die Gerichte, haben schon früh den Dialog zwischen Lehrstuhl und Richterbank gefördert⁵⁴. Im 19. Jahrhunderts erhob es Savigny zur Selbstverständlichkeit, dass der gesamte "Juristenstand" sich mit den Methoden der geschichtlichen Rechtswissenschaft den Inhalt des "gemeinen Rechts" erschloss⁵⁵. Die bedeutenden Juristen des 19. Jahrhunderts sahen sich in Anspruch und Methode nicht weit entfernt von den großen Historikern oder Philosophen ihrer Zeit.

Ganz anders ist die Lage z.B. in England, wo der juristische "Lehrer" erst spät die Bühne des Rechts betreten hat⁵⁶. Sie ist auch anders als in den Vereinigten Staaten, wo unter dem Einfluss des legal realism die Rechtswissenschaft im Laufe des 20. Jahrhunderts immer stärker dazu übergegangen ist, sich in die Rolle des bloßen Betrachters und Bewerters von Gerichtsund Gesetzgebungspraxis zu versetzen⁵⁷. Dass in Deutschland die Gerichte - auch und namentlich die FG - sich schon immer mit den Lehrmeinungen der Professorenschaft (als "shadow judiciary") auseinandersetzen und umgekehrt die Hochschullehrer die literarische Produktion der Praxis als natürliches Komplement zur eigenen Arbeit sehen, ist vor diesem Hintergrund ein Vorzug und keine Selbstverständlichkeit.

Typisch für die deutsche Fachdiskussion ist dabei auch die kritische Sicht auf die Rechtsprechung. Man muss nur einmal einen Blick auf die "Urteilsrezensionen" werfen, die eine steuerliche Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus der Sicht verschiedener europäischer Rechtsordnungen hervorruft. Vielfach wird das Ergebnis in den nationalen Steuerjournalen unse-

rer Nachbarstaaten nur berichtet, vielfach wird immerhin ein feinsinniges distinguishing der neueren gegenüber früheren Entscheidungen betrieben. Zumeist jedoch wird jedes Urteil schlicht als Baustein der künftigen Rechtslage hingenommen. Inhaltliche Kritik kommt demgegenüber vielfach aus dem deutschsprachigen Raum (neben Deutschland auch aus Österreich) und man spürt das Selbstbewusstsein einer wissenschaftlichen Gemeinschaft, die es gewohnt ist, gleichberechtigt mit den Gerichten an der Entwicklung des Rechtsstoffs mitzuwirken. Leider fehlt im deutschen Diskurs jedoch zumeist - im Vergleich zur US-amerikanischen Tradition der Beobachtung und Bewertung von bedeutsamen Gerichtsentscheidungen (etwa des Supreme Court) - die Einordnung wichtiger Gerichtsurteile in einen größeren politischen, historischen oder wirtschaftlichen Zusammenhang⁵⁸. Die klassische Dogmatik steht nun einmal im deutschen Recht - und auch in der deutschen Rechtswissenschaft - im Vordergrund. Das begründet ihre Größe und setzt ihre Grenzen.

Der dogmatischen Tradition entspricht schließlich, dass in Deutschland mehr Monographien und mehr Lehrbücher geschrieben werden als in allen anderen Steuerrechtsordnungen. Zu diesem monographischen Output gehört die große Zahl an Dissertationen und Habilitationsschriften, die einen wichtigen Beitrag zur Durchdringung des Rechtsstoffs liefern und oft die Grundlage eines Folgewerks in Gestalt von Kommentierungen und Aufsätzen bilden. Man kann sich freuen, dass so viele junge Juristen nach wie vor dem Einstieg in die Praxis eine Zeitspanne wissenschaftlicher Vertiefung vorausgehen lassen. Vor allem das "große Lehrbuch" wird in Deutschland nach wie vor als Spitzenprodukt rechtswissenschaftlicher Arbeit eingeschätzt, vereint es doch in einem Werk drei Qualitäten: den pädagogischen Überblick, die systematisch gestaltete Sachnähe (auch als Hilfe für die Praxis) und schließlich den weitgespannten dogmatischen Bogen (bedeutende Lehrbücher ähneln daher nicht selten eindrucksvollen Monographien)⁵⁹. Ein Vergleich mit den patchwork-artigen textbooks und casebooks US-amerikanischer Prägung macht den Qualitätsunterschied deutlich60.

Was demgegenüber in Deutschland vielfach fehlt, das ist der lange Grundlagenaufsatz, der ein Sachproblem ab ovo entwickelt und dabei über die technisch-dogmatischen Fragen hinausgeht, namentlich Erkenntnisse von Nachbarwissenschaften ebenso wie große politische Linien aufnimmt und die Diskussi-

Drüen, Über Steuerrechtswissenschaft und Steuerrechtsprechung, StuW 2013, S. 72 ff.

Drüen (Fn. 52), S. 80 ff.

Hake, Juristenfakultäten, Aktenversendung und Reichskammergericht, 2013.

Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtsprechung, 1814, S. 125 f.

 $Van\ Caenegem,\ Judges,\ Legislators\ and\ Professors:\ Chapters\ in\ European$ Legal History, Goodhart Lectures 1984-1985, 1987, S. 53 ff.; Gordley, The Jurists: A Critical History, 2013, S. 204 ff.

Beispielhaft: Knoll/Mason, The Economic Foundation of the Dormant Commerce Clause, 103 Virginia Law Review (2017), S. 309 ff.

Nach wie vor herausragend: Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018.

Eindrucksvolles Gegenbeispiel aus dem Vereinigten Königreich: Tiley's Revenue Law, begründet von J. Tiley, fortgeführt von G. Loutzenhiser, 8. Aufl. 2016.

Schön - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

on damit auf eine neue Grundlage stellt. Für diesen *seminal article*, wie ihn die Wissenschaftssprache nennt, haben wir in Deutschland noch nicht einmal einen richtigen Begriff.

Vielleicht sind aber die Stärken und die Schwächen der deutschen Steuerrechtswissenschaft nur zwei Seiten derselben Medaille. Die umfassende produktive Einbindung des Einzelnen in die Praxis lässt vielfach keine Zeit für Grundsatzüberlegungen. Und wer zu abstrakt denkt, arbeitet und formuliert, wird von Gerichten und Gesetzgebern nicht gehört. Die vielfältige Beschäftigung von Wissenschaftlern als Gutachter oder Prozessvertreter verstärkt natürlich deren praktisches know how und kann auch ihrem akademischen Unterricht zusätzlich Farbe und Anschaulichkeit verleihen, aber sie kann eben auch die zwingend notwendige akademische Distanz zu einflussreichen Interessengruppen unterminieren. Vor allem dann, wenn sich ein Wissenschaftler in eine Art "Dauerbeziehung" zu bestimmten Auftraggebern begibt oder als Repräsentant bestimmter politischer oder ökonomischer Interessen auftritt, können das wissenschaftliche Ethos und letztlich auch die Qualität der Arbeit leiden.

VI. Steuerwissenschaft und Verfassungsrecht

Es bereits mehrfach erwähnt worden, dass eine besondere Qualität des Steuerrechts in Deutschland in seiner engen Verknüpfung mit dem Verfassungsrecht besteht. Diese ist naturgemäß nicht in erster Linie dem Wirken der Steuerrechtswissenschaft geschuldet, sondern den Aussagen des Grundgesetzes und dessen kraftvoller Interpretation durch das BVerfG sowie durch die Fachgerichte, z.B. den BFH oder das BVerwG⁶¹.

Der Vergleich zu anderen Jurisdiktionen ist schlagend: Das Vereinigte Königreich besitzt überhaupt keine (geschriebene) Verfassung; die Gesetzgebung wird vom Grundsatz der Parlamentssouveränität dominiert. Nur sehr selten - zuletzt im Brexit-Urteil⁶² des UK Supreme Court – werden der staatlichen Tätigkeit ihre verfassungsrechtlichen Grenzen aufgezeigt. Wichtige Themen - etwa die Durchsetzung des Rechtsstaatsprinzips oder der Besteuerungsgleichheit - werden in Großbritannien daher dem Parlament selbst überantwortet oder in Randbereichen durch das EU-Recht oder die Europäische Menschenrechtskonvention ausgeformt⁶³. Nicht viel anders ist die Lage in den Niederlanden, wo das geschriebene Verfassungsrecht fast keinen Niederschlag in der steuerlichen Judikatur findet. Eine begrenzte Kontrolldichte bietet das Verfassungsrecht föderaler Staaten wie z.B. der USA, Kanadas oder Australiens, wo namentlich die Kompetenzgrenzen zwischen Bund und Einzelstaaten verfassungsrechtlich ausgeformt worden sind und dann auch - wie das Beispiel der dormant commerce clause des US-Verfassungsrechts belegt - die Funktion von Diskriminierungsverboten übernehmen können⁶⁴. Stärker wird der Gesetzgeber in Frankreich eingehegt, wo erst vor wenigen Jahren eine konkrete Normenkontrolle an die Seite der Vorabkontrolle von Gesetzen durch den Conseil Constitutionnel getreten ist⁶⁵. Der deutschen Verfassungslage mindestens ebenbürtig sind viele lateinische Rechtsordnungen - Italien, Spanien, Lateinamerika, aber auch die Schweiz - wo das geschriebene Verfassungsrecht vielfältige materielle Vorgaben zur Besteuerung, und nicht zuletzt verbindliche Aussagen zum Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit trifft⁶⁶.

Die starke Verankerung steuerlicher Leitlinien im Verfassungsrecht ist Fluch und Segen zugleich. Sie ist ein Segen, weil sie den schwankenden Gesetzgeber - im Wechselspiel parlamentarischer Mehrheiten und Minderheiten, aufgerieben zwischen Lobbygruppen und Fiskalnöten – gleichsam auf der Spur hält⁶⁷. Diese Verfassungsgrundsätze ziehen Leitplanken ein, über die sich ein Gesetzgeber nicht ohne qualifizierte (verfassungsändernde) Mehrheit hinwegsetzen kann. Damit wird einer politökonomischen Grunderkenntnis Rechnung getragen, nämlich dem Umstand, dass das Demokratieprinzip alleine nicht den Anspruch angemessener Lastenverteilung in einem Gemeinwesen einzulösen in der Lage ist. Die in Art. 3 Abs. 1 GG angelegte Forderung nach Belastungsgleichheit tritt daher unbegründeten Privilegien auch dann entgegen, wenn diese vom Parlament willentlich einzelnen Gruppen gewährt werden. Der vom BVerfG ausgearbeitete Grundsatz der "Folgerichtigkeit" formuliert daher nicht nur einen Rationalitätsanspruch gegenüber der Steuergesetzgebung, sondern sichert zugleich der Minderheit Rechte gegen die Ausbeutung durch die Mehrheit.

Der Fluch dieser starken verfassungsrechtlichen Einhegung liegt in einem doppelten Befund. Zunächst ist festzustellen, dass in Deutschland – und gerade auch in der Steuerwissenschaft- eine Vielzahl politisch bedeutsamer und inhaltlich heikler Diskussionen eher im Gewande des verfassungsrechtlichen Diskurses geführt werden als in der Form eines offenen politischen Gesprächs. Zwei Beispiele mögen genügen:

- Die Frage einer angemessenen Besteuerung von Ehe und Familie ist natürlich von sozialen Grundannahmen geprägt, von individuellen oder gesellschaftlichen Vorstellungen über die Angemessenheit bestimmter Lebensformen. Die Frage, ob es im Einkommensteuerrecht ein Ehegattensplitting geben oder ob und in welchem Umfang Kinderlasten im Steuerrecht Rechnung getragen werden soll, kann man daher unterschiedlich beantworten. Es ist vor diesem Hintergrund problematisch, den Eindruck zu erwecken, dass das Verfassungsrecht hier eindeutige Antworten bereitstelle⁶⁸.
- Gleiches lässt sich sagen, wenn neuartige Steuerreformmodelle etwa die Duale Einkommensteuer im politischen Raum diskutiert werden. Natürlich zieht die Verfassung der Einführung neuer Steuern Grenzen (gerade auf dem Feld der Kompetenzregeln). Doch sollte man nicht wie dies vielfach geschieht die inhaltliche Diskussion über die Sinnhaftigkeit von Reformen durch einen verfassungsrechtlichen Kurz-

⁶¹ Zum Zusammenwirken von BVerfG und Fachgerichtsbarkeit s. Kirchhof, Steuerrechtsprechung und Verfassungsrechtsprechung, FS Offerhaus, 1999, S. 83 ff.

⁶² R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017] UKSC 5.

⁶³ Baker, Taxation and the European Convention on Human Rights, British Tax Review (2000), S. 211 ff.

⁶⁴ Knoll/Mason (Fn. 58).

⁶⁵ Maja Katharina Walter, Verfassungsprozessuale Umbrüche: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur französischen Question prioritaire de constitutionnalité, 2015.

⁶⁶ Nachweise bei: *Tipke* (Fn. 13), § 9, S. 488 ff.

⁶⁷ Schön, Grundrechtsschutz gegen den demokratischen Steuerstaat, 64 JöR (2016), S. 515 ff.

⁶⁸ Für einen interdisziplinären Ansatz s. nunmehr die Diskussion zwischen Bareis/Siegel, Bach/Geyer/Wrohlich, Rees, Kube und Spangenberg in StuW Heft 4/2016.

Abhandlungen

schluss abblocken⁶⁹. Sonst mutiert das Verfassungsrecht zur rückwärtsgewandten Bremse gesellschaftlich oder wirtschaftlich gut begründbarer und ausführlich verhandelter steuerpolitischer Entwicklungen.

Nicht zuletzt der Vergleich mit der Entwicklung ausländischer Rechtsordnungen zeigt, wie vorsichtig man mit verfassungsrechtlichen Grenzziehungen umgehen muss. Nicht selten neigt man dazu, die Tradition der eigenen Steuergesetzgebung nicht nur für die einzig richtige, sondern auch für die einzig verfassungsmäßige Lösung eines bestimmten Sachproblems zu halten. Der Blick auf ganz anders geartete - und doch funktionstüchtige - Regelungsmodelle in anderen Ländern zwingt häufig genug nicht nur zu einem neuen rechtspolitischen Urteil über die eine oder andere Reformidee - er begründet auch beachtliche Zweifel an scheinbar festgefügten Aussagen über die Vorgaben des Verfassungsrechts für diese gesetzgeberischen Optionen. Vor diesem Hintergrund muss das Verfassungsrecht streng darauf achten, eine hohe Flexibilität zu wahren, ohne dem Gesetzgeber beliebiges Agieren jenseits des Willkürverbots zu erlauben. Namentlich die vom BVerfG vielfach ausgeprägte Forderung nach "folgerichtiger" Gesetzgebung aktualisiert diese Balance in glücklicher Weise 70 .

VII. Unternehmenssteuerrecht

Eine andere Perspektive bietet das Unternehmenssteuerrecht. Hier hat sich in der deutschen Steuerrechtswissenschaft über viele Jahrzehnte eine starke Tradition gebildet, in der das Zivilund Handelsrecht, namentlich das Bilanz- und das Gesellschaftsrecht, in einer gemeinsamen Perspektive mit dem Steuerrecht gesehen werden⁷¹. Diese Verknüpfung folgt nicht nur einer starken wissenschaftlichen Tradition, sondern sie ist zu einem guten Teil schlicht dem Normenmaterial geschuldet. Das gesetzliche Prinzip der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz hat nicht nur über Jahrzehnte hinweg der steuerlichen Gewinnermittlung Objektivität und inneren Halt verliehen⁷². Es hat zugleich den FG die Möglichkeit gegeben, das Handelsbilanzrecht durch eine Fülle von gerichtlichen Äußerungen mit rechtsstaatlichen Konturen zu versehen. Ausländische Rechtsordnungen, in denen das Handelsbilanzrecht nur von den maßgeblichen "Berufsständen" verwaltet wird und in denen das Steuerbilanzrecht ganz wesentlich von Erlassen der Finanzverwaltung oder punktuellen Eingriffen des Steuergesetzgebers oder sporadischen Gerichtsurteilen geprägt wird, erscheinen bei vergleichender Betrachtung weniger attraktiv.

Diese Zusammenschau zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Perspektiven wirkt sich in vielen Teilbereichen des Unternehmenssteuerrechts aus. Ob es um eine rechtsformgerechte Besteuerung von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften geht, ob offene und verdeckte Einlagen und Gewinnausschüttungen steuerlich qualifiziert werden müssen, ob Verschmelzungen, Spaltungen, Formwechsel und andere Arten der Umwandlung von Gesellschaften in Rede stehen – die deutsche Gesetzgebung und das kommentierende Schrifttum zeichnen sich durch eine hohe und fruchtbare wechselseitige Bezugnahme zwischen den Teilrechtsordnungen aus⁷³.

Nicht selten sind es dieselben Autoren, die in der Lage sind, eine Gesamtschau der privatrechtlichen und steuerrechtlichen Implikationen zu formulieren. Beispielhaft sind etwa Rechtsprechung und Schrifttum zur Unternehmensfinanzierung, wo für hybride Finanzinstrumente eine detaillierte Würdigung der zivilrechtlichen Rechte und Pflichten in einem nachfolgenden Schritt handelsbilanzrechtlich umgesetzt und schließlich mit angemessenen steuerlichen Folgen versehen wird⁷⁴. Auch spielt das Begriffsverständnis der "juristischen Person" im deutschen Steuerrecht eine besondere Rolle⁷⁵. Ähnliches findet man nicht in allen Ländern, beispielhaft aber auch in Frankreich, wo das Verhältnis zwischen Zivilrecht und Steuerrecht ähnlich eng ist wie in Deutschland – und auch von führenden Autoren repräsentiert wird⁷⁶.

Man darf allerdings nicht übersehen, dass diese sachkundige Verschränkung der Unternehmensbesteuerung mit den zugrunde liegenden zivilrechtlichen Strukturen auch einen Nachteil zeitigt: Sie bindet das Verständnis der Besteuerung von Wirtschaftseinheiten besonders stark zurück an die heimischen Traditionen und hindert insoweit den offenen – konstruktiven – Blick auf das Gesamtsystem der Unternehmensbesteuerung. Rechtsökonomische Denkmuster, die von einer "höheren Warte" aus versuchen, die Anreiz- und Einkommenseffekte der Unternehmensbesteuerung zu ermitteln⁷⁷, können sich oft nur schlecht in den Idiosynkrasien einer bestimmten Zivilrechtsordnung entfalten. So kann man eine Neufassung der Unternehmensbesteuerung durchaus abstrahiert von zivilrechtlichen Kategorien der Rechtsfähigkeit, der beschränkten Haftung, des Eigenkapitals oder des Konzernrechts diskutieren.

Dazu ein Beispiel: Im deutschen Steuerrecht werden die Vorschriften über die Verrechnung von Verlusten besonders stark an die Vorgaben des deutschen Zivilrechts angelehnt – etwa in den detaillierten Regelungen des Einkommensteuergesetzes zum negativen Kapitalkonto des Kommanditisten oder in den Regelungen des Körperschaftsteuergesetzes zur steuerlichen Organschaft im Vertragskonzern. Es ist zweifellos gut und richtig, dass sich eine angemessene steuerliche Lösung der zivilrechtlichen Grundlagen ihres Gegenstands präzise vergewissert⁷⁸. Ein Kurzschluss läge jedoch in der Unterstellung, dass das Zivilrecht gleichsam eine natürliche und eindeutige Lösung vorschlägt. Vielfach zeigen sich im steuerlichen Wettbewerb pragmatische Bedürfnisse nach Rechtsformen und -gestaltungen, die quer zu den Traditionen des Privatrechts stehen, sicht-

⁶⁹ Siehe oben bei Fn. 39; zum Parallelproblem bei der Abgeltungssteuer s.: Englisch, Die Abgeltungsteuer für private Kapitalerträge – ein verfassungswidriger Sondertarif, 2016.

⁷⁰ Palm, Das Steuerverfassungsrecht als dogmatisches Referenzgebiet des allgemeinen Verfassungsrechts, 64 JöR (2016), S. 457 ff. (465 ff.).

⁷¹ Grundlegend: Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl. 1993.

⁷² Schön, Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, 2005.

⁷³ Siehe nur die Beiträge in der Georg Döllerer gewidmeten Festschrift "Handelsrecht und Steuerrecht", 1988.

⁷⁴ *Schön*, Eigenkapital und Fremdkapital: Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Rechtsvergleichung – Rechtspolitik, 2013.

⁷⁵ Palm, Steuerjuristische Person in Kube u.a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts, Bd. 2, 2013, § 157.

⁷⁶ Eindrucksvoll etwa das Lebenswerk von Maurice Cozian; s. auch Gutmann, Droit Fiscal des Affaires, 5. Aufl. 2014.

⁷⁷ Beispielhaft: Schreiber/Stiller, Ökonomische Anforderungen an eine Reform der Gruppenbesteuerung, StuW 2014, S. 216 ff.; s. auch Röder, Steuerliche Bedingungen von Kapitalbildung und Kapitalbeschaffung, DStJG 39 (2016), S. 307 ff.

⁷⁸ IFSt-Arbeitsgruppe, Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung, IFSt-Schrift 471, 2011.

Schön - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

bar z.B. in der immer größer werdenden Zahl der sich international ausbreitenden Rechtsformen, die beschränkte Haftung mit voller steuerlicher Transparenz verbinden⁷⁹.

Besondere Komplexität entfaltet sich schließlich dann, wenn unternehmenssteuerliche Fragen in internationalen Kontexten auftreten. Gerade die Finanzrechtsprechung in Deutschland neigt bis heute dazu, grenzüberschreitende Sachverhalte ohne Rücksicht auf internationale Entwicklungen auf analoge nationale Sachverhalte zurückzuführen und diese wiederum mit einem Blick auf die inländischen Vorgaben zum Bilanz- und Unternehmensrecht zu beurteilen. Ein Beispiel ist die Technik zur Korrektur von konzerninternen Geschäftsbeziehungen, die bis heute ganz überwiegend im Rahmen der nationalen Begrifflichkeit und Rechtsprechung zur verdeckten Gewinnausschüttung angesiedelt wird⁸⁰.

Als Kernpostulat kann sicherlich formuliert werden, dass es Aufgabe der Wissenschaft vom Unternehmenssteuerrecht ist, einerseits die zivilrechtlichen Grundlagen der steuerbaren Vorgänge im Gesellschafts- und Vertragsrecht vollständig zu berücksichtigen und andererseits die Anschlussfähigkeit an internationale Entwicklungen und Konzepte herzustellen. Einfach zu erfüllen ist dieser Anspruch jedoch nicht. Die deutsche Steuerpraxis und Steuerwissenschaft hat die Fortentwicklung der internationalen Konzepte zum transfer pricing weitgehend ausländischen Akteuren oder internationalen Instanzen überlassen⁸¹, während man zuhause das Traditionsinstrument der verdeckten Gewinnausschüttung immer weiter verfeinert hat. Diese Haltung hatte insbesondere zur Folge, dass im Vorfeld des BEPS-Aktionsplans die deutsche Steuer-Community nur wenige Antworten auf die einschneidenden Probleme internationaler Verrechnungspreisgestaltungen bereithielt. Auch zu anderen Themen - etwa dem authorized OECD approach bei der grenzüberschreitenden Besteuerung von Betriebsstätten - hat die deutsche Seite der internationalen Entwicklung in den letzten Jahren wenig entgegengesetzt⁸².

Umgekehrt muss Missfallen erregen, dass sich die deutsche Steuerpraxis in grenzüberschreitenden Fällen an Konstellationen aufreibt, in denen ein "deutsche Sonderweg" nur schwer mit dem internationalen Konsens zur Allokation von Besteuerungsrechten vereinbar sind. Genannt sei beispielhaft die sich zuspitzende Problematik der international-steuerlichen Einordnung von Sondervergütungen und Sonderbetriebsvermögen bei der Personengesellschaft, aber auch die Erstreckung von steuerlichen Gewerblichkeitsfiktionen ("Geprägegesetzgebung") in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen⁸³.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das deutsche Unternehmenssteuerrecht sich in seiner Problemdurchdringung und in seiner wissenschaftlich vermittelten Einfügung in die allgemeine Rechtsordnung als "reifes" und im Grundsatz stabiles System erweist. Der Nachteil mag darin liegen, dass die Bereitschaft, rechtsvergleichende und rechtsökonomische Perspektiven auf Funktionsweisen und Regelungsoptionen der Unternehmensbesteuerung zu richten, in Deutschland noch nicht in dem erforderlichen Umfang vorhanden ist.

VIII. Steuerrechtsgeschichte und Steuerrechtsvergleichung

Ein besonders augenfälliges, jüngeres Phänomen der Steuerwissenschaft ist das weltweit spürbare Interesse an der Geschichte des Steuerrechts, seiner Ideale und seiner Reformdiskussionen⁸⁴. Nicht nur in Deutschland, sondern auch in den Vereinigten Staaten, im Vereinigten Königreich und anderen Ländern wächst die Zahl der Konferenzen und Publikationen zur Geschichte des Steuerwesens⁸⁵. Ein vor wenigen Jahren an der Universität Heidelberg ins Leben gerufener "Arbeitskreis Steuergeschichte" hat sich zum Ziel gesetzt, dieser Tendenz ein festes Format zu geben. Mehr und mehr Doktoranden und Habilitanden sind bereit und interessiert, steuerhistorische Arbeiten vorzulegen – oder zumindest ihren Arbeiten zum geltenden Recht ein solides historisches Fundament zu geben. Dabei wird auch zunehmend und erfolgreich der Dialog mit den Fachhistorikern gesucht.

Schaut man näher hin, so stellen sich im Vergleich mit dem Ausland naturgemäß Unterschiede ein, die in den besonderen Verfassungs- und Rechtstraditionen der jeweiligen Staaten begründet sind. Den größten Einzugsbereich der Steuergeschichtsschreibung hat zweifellos die Forschung in den Common Law-Staaten. Dort hat sich das Steuerrecht aus einer gemeinsamen historischen Wurzel im "Stammland" England entwickelt, von dem sich sehr früh die Vereinigten Staaten und sehr viel später die Staaten des Commonwealth abgespalten haben. Nicht nur eine gemeinsame Begriffsgeschichte oder gemeinsame Kodifikationsquellen halten den Austausch der Rechtshistoriker in diesen Jurisdiktionen lebendig; hinzu tritt, dass sich diese Staaten über lange Zeit in ihren steuerpolitischen Aktionen gegenseitig beobachtet und dabei namentlich Reformdiskussionen aufgegriffen und weitergeführt haben. Gerichte aus allen Commonwealth-Staaten haben sich über Jahrzehnte gegenseitig gelesen und zitiert. Daraus resultiert eine enorme Materialfülle, die mit Hilfe moderner Informationsinfrastrukturen immer besser erschlossen werden kann.

Die deutsche Steuergeschichte erscheint demgegenüber relativ isoliert. Hierfür lassen sich zwei sehr spezifische Faktoren verantwortlich machen: Zum einen ist die Tatsache bedeutsam, dass in dem für die Entwicklung des modernen Steuerrechts so bedeutsamen 19. Jahrhundert die Zentralgewalt in Deutschland

- 79 Röder, Combining Limited Liability and Transparent Taxation: Lessons from the Convergent Evolution of GmbH & Co KG, S Corporation, LLC and Co., Florida Tax Review (2018) im Erscheinen.
- 80 Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017, § 21 Rz. 136 ff.
- 81 OECD, Transfer Pricing Guidelines, Update 2016 (Umsetzung des BEPS-Aktionsplans im Bereich der Verrechnungspreise).
- 82 OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 2010.
- 83 Beispielhaft: § 4i EStG, § 50d Abs. 9 EStG, § 50i EStG.
- 84 Grollmann/Holm, Steuerhistorisches Symposium der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V., StuW 2013, S. 383 ff.; Waldhoff, Erforschtes und Unerforschtes zur Geschichte der Steuerrechtswissenschaft in Deutschland, 19 Rechtsgeschichte (2011), S. 322 ff.
- 85 Siehe etwa die seit dem Jahre 2004 an der Universität Cambridge herausgegebene Schriftenreihe "Studies in the History of Tax Law" (früher herausgegeben von John Tiley, nunmehr von Peter Harris); aus den Vereinigten Staaten: Bank/Stark (Hrsg.), Business Tax Stories, 2005; aus den Niederlanden: Grapperhaus, Tax Tales from the Second Millenium, 1998.

Abhandlungen

schwach ausgeprägt war und daher die wesentlichen Entwicklungen (z.B. die preußische Reformgesetzgebung) auf der Ebene der Einzelstaaten vollzogen wurden⁸⁶ - u.a. mit der eigenwilligen Konsequenz, dass der Ursprung des Instruments der Doppelbesteuerungsabkommen im innerdeutschen grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr zu finden ist⁸⁷. Zum anderen fällt ins Auge, dass sich der Prozess der Zentralisierung der Besteuerungsrechte (und damit namentlich der Gesetzgebungsund Aufkommenshoheit) in Deutschland im Windschatten gesamtpolitischer Katastrophen - vom Ersten Weltkrieg über den Zusammenbruch des Kaiserreichs, die Hyperinflation und die Weltwirtschaftskrise bis hin zur Gleichschaltung im Führerstaat und schließlich der Kriegswirtschaft des Zweiten Weltkrieges hin entfaltet hat. Erst mit der Übernahme der Finanzhoheit durch die Besatzungsmächte und mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde erneut eine gegenläufige - auf Föderalismus hin konzipierte - Tendenz ins Werk gesetzt. Zwar erlebte Deutschland nicht eine so fundamentale Neuschöpfung seiner Besteuerungsordnung durch die Alliierten wie z.B. Japan durch den Shoup-Plan88, aber es lebt doch bis heute in einer ganz eigenen Historie, die auch im europäischen Ausland nur wenig Parallelen findet (vielleicht abgesehen von den "unfreiwilligen" Importen deutscher Steuergesetzgebung in den von der Wehrmacht ab 1939 besetzten Ländern⁸⁹).

In jedem Fall leistet die Steuergeschichtsschreibung der Steuerrechtswissenschaft einen großen Dienst, wenn sie die Bedingtheiten und Pfadabhängigkeiten des Istzustandes offen legt. Denn aus wissenschaftlicher Sicht gehört zu den größten "Sünden" der Rechtsdogmatik der statische Blick auf das geltende Recht und dessen Eigensystem, ohne zurückzuschauen auf die Zufälle und Absichten, die mit dessen Schaffung verbunden waren, und ohne vorauszuschauen auf die dem Gesetzgeber in einem sich wandelnden politischen und gesellschaftlichen Umfeld zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen.

In diesem Punkt erweisen sich Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte als ideale Gesprächspartner. Wenn der "vertikale" Blick der Historiographie ergänzt wird durch den "horizontalen" Blick der vergleichenden Rechtswissenschaft, dann gewinnt die Diskussion zum geltenden Recht an Farbigkeit und Tiefe. Fast möchte man sagen: aus einem flächigen wird ein dreidimensionaler Gegenstand.

Das besondere Faszinosum der Rechtsvergleichung im Steuerrecht liegt zum einen darin, dass die Entwicklungspfade der einzelnen Jurisdiktionen sich nicht einfach im binären Schema der civil law-Staaten vs. die common law-Staaten abbilden lassen. Bereits erwähnt wurden die ganz unterschiedlichen Verfassungstraditionen der Steuerstaaten (einschließlich der Besteuerungsebenen im föderalen Staat). Zwar kennen (fast) alle Länder eine Einkommensteuer und eine Körperschaftsteuer, aber schon die moderne Umsatzsteuer hat sich noch nicht weltweit durchgesetzt (es fehlen namentlich die Vereinigten Staaten) und jedes Land verfügt seiner eigenen Tradition gemäß über eine Vielzahl von (regionalen) Sondersteuern (beispielhaft in Deutschland die Gewerbesteuer). Eine spezialisierte Steuergerichtsbarkeit ist selten und die Ermessensspielräume sowie die Normsetzungskompetenzen der Finanzverwaltungen sind je nach Verfassungstradition sehr unterschiedlich ausgeprägt⁹⁰.

Zum anderen jedoch hat sich im internationalen Wirtschaftsverkehr schon vor mehr als 100 Jahren die Erkenntnis der Not-

wendigkeit zur Abstimmung zwischen den Systemen durchgesetzt, die in dem für andere Rechtsgebiete unvorstellbaren Geflecht aus mehr als 3.000 auf gemeinsamen "Mustern" aufbauenden Doppelbesteuerungsabkommen besteht. Der Blick auf andere Rechtsordnungen erweist sich für den Steuerwissenschaftler daher in doppelter Hinsicht als notwendig: rechtspraktisch zur Bewältigung internationaler Besteuerungssachverhalte und rechtspolitisch zur Auskundschaftung alternativer Regelungsmodelle. Alte und neue Fachvereinigungen (International Fiscal Association, European Association of Tax Law Professors) arbeiten mit großem Erfolg an der rechtsvergleichenden Aufarbeitung gemeinsamer steuerrechtlicher Probleme⁹¹.

Es besteht kein Zweifel daran, dass der erkennbare Aufschwung sowohl der rechtshistorischen als auch der rechtsvergleichenden Methode im Steuerrecht auch den modernen Möglichkeiten des elektronischen Zugriffs auf inländische und ausländische Daten und Quellen geschuldet ist. Für wichtige steuerliche Texte - von den Arbeiten des Völkerbundes und der OECD bis hin zu den Corpora wichtiger Gerichtsurteile aus der ganzen Welt - haben sich die Suchoptionen dramatisch verbessert⁹². Die früheren langwierigen Forschungsreisen werden heute durch einen Mausklick ersetzt. Und in den Tiefen des Internets findet sich eine aberwitzige Fülle an Informationsmaterial - von abrufbaren Urteilen und Verwaltungserlassen der nationalen Gerichte und Behörden über die in Repositorien abgelegten wissenschaftlichen research papers bis hin zu den tagesaktuellen Broschüren der Big Four zum Steuerrecht aus aller Welt. Wer heute eine steuerliche Information nicht findet, ist selber schuld.

IX. Steuerrechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften

Bis heute prekär ist das Verhältnis der Rechtswissenschaften zu den Wirtschaftswissenschaften. Das mag man für eine historische Fehlentwicklung halten, vereinigten doch die "Rechtsund Staatswissenschaftlichen" Fakultäten der deutschen Traditionsuniversitäten im 19. Jahrhundert mit Selbstverständlichkeit Juristen und Nationalökonomen unter einem Dach. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts löste sich ihre inhaltliche Verflechtung auf, mögen auch einzelne Fakultäten organisatorisch nach wie vor "inklusiv" ausgestaltet sein. Der Grund war ein doppelter: Die Wirtschaftswissenschaften "formalisierten" und "mathematisierten" sich und versagten dem ökonomisch interes-

Faszinierend: Thier, Steuergesetzgebung und Verfassung in der konstitutionellen Monarchie: Staatssteuerreformen in Preußen 1871-1893, 1999.

Castelon, International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy, 2018.

Brownlee u.a., The Political Economy of Transnational Tax Reform: The Shoup Mission to Japan in Historical Context, 2015.

Beispielhaft Essers, Der Einfluss österreichischer Nationalsozialisten auf das niederländische Steuerrecht im Zweiten Weltkrieg, ÖStZ 2016, S. 387 ff.

Beispielhaft zum Rechtsvergleich von "General Anti-Abuse Rules" s. Osterloh-Konrad, Die Steuerumgehung: eine rechtsvergleichende und rechtstheoretische Analyse (im Erscheinen).

Die Cahiers de Droit Fiscal International der IFA erscheinen seit 1939 und sind im Jahre 2017 bei Band 102 angelangt; Die Tagungsbände der EATLP erscheinen seit 2002 einmal jährlich.

Vgl. etwa die Tax Treaties Database des International Bureau of Fiscal Documentation (www.ibfd.org).

sierten Rechtswissenschaftler damit den leichten Zugriff auf Methoden und Erkenntnisse der Nachbarwissenschaft. Im Gegenzug verlagerte die Kodifikationsbewegung (namentlich das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum 1.1.1900) den Fokus der Rechtswissenschaft von der historischen und staatspolitischen Perspektive weg und hin auf die Sammlung, Ordnung und Interpretation des aktuellen Gesetzesbestandes. Daran wiederum waren die Ökonomen nicht interessiert. Gerade im Steuerrecht war das wissenschaftliche Programm der ersten Jahrhunderthälfte stark auf Themen gerichtet, die dem ökonomischen Denken eher fernstehen, namentlich die Ausbildung rechtsstaatlichen Denkens, die Verrechtlichung der Verwaltungsverfahren, die ersten Maßgaben der noch embryonalen Grundrechte und ihrer Dogmatik⁹³.

Wie stellt sich die Lage heute dar? Allgemein lässt sich für die Rechtswissenschaft sagen, dass die Erkenntnisse der law & economics-Bewegung gerade im Zivilrecht inzwischen breiten Raum einnehmen⁹⁴. Im Steuerrecht scheint die Berührungsfurcht indessen noch relativ groß zu sein. Ökonomischen Erkenntnissen werden oft juristische "Prinzipien" entgegengehalten, ohne zu erkennen, dass sich beide auf unterschiedlichen Ebenen entfalten⁹⁵. Die Wirtschaftswissenschaften bieten empirische Ergebnisse und theoretische Modelle an. Die Rechtswissenschaften bieten die Auslegung des geltenden Steuer-, Zivilund Verfassungsrechts an. Normative Aussagen zum "besseren" Recht lassen sich von beiden Perspektiven her formulieren - man muss nur die Kategorien klar auseinanderhalten bzw. die eigenen Argumente in die Lebenswelt der anderen Seite "übersetzen". Dann wird der Rechtswissenschaftler fragen müssen, was er eigentlich mit dem Prinzip der Besteuerung nach der "Leistungsfähigkeit" meint - ist dies eine genuin rechtliche oder doch eher eine (leicht altmodisch klingende) ökonomische Kategorie? Er wird sein Urteil über den Vorzug der Einkommensteuer vor einer Konsumsteuer nicht mit flachen Aussagen über deren "regressive" Wirkung begründen können, sondern sich mit neuen wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen - etwa zur Entscheidungsneutralität bei Konsumorientierung oder zu den Auswirkungen des Steuerwettbewerbs - auseinandersetzen müssen.

Vor allem aber muss der Jurist die Vielfalt ökonomischen Denkens auf sich wirken lassen. Die wirtschaftswissenschaftlichen Forschungen zum Steuerrecht reichen von den auf das Unternehmen und seinen Gewinn konzentrierten Arbeiten der betrieblichen Steuerlehre über die auf den Steuerstaat in seiner Gesamtheit gerichtete Finanzwissenschaft bis hin zu dem auf das Verhalten (steuer-)politischer Akteure gerichteten Feld der political economy⁹⁶. Moderne verhaltenswissenschaftliche Arbeitsweisen vervollständigen das Bild einer breit ausgreifenden Wissenschaft vom menschlichen Verhalten, in dem längst nicht mehr ein roboterhafter homo oeconomicus das Leitbild abgibt⁹⁷.

Was kann der Ökonom vom Juristen lernen? Gar nicht wenig! Die Wirtschaftswissenschaften leiden im Kern darunter, dass ihre Empirie oft zu begrenzt, ihre Theorien hingegen zu allgemein erscheinen. Daher sind ihre normativen Folgerungen oft sehr "voraussetzungsvoll". In den Arbeiten der Rechtswissenschaft – nicht zuletzt auch der Rechtsgeschichte und der Rechtsvergleichung – kann die Ökonomie eine Vielfalt der Lebenssachverhalte und Problemlösungsstrategien finden, die sich im Modell nicht ohne weiteres von selbst erschließt. Des

Weiteren sind Juristen Künstler auf dem Gebiet der secondbest-Lösungen bei begrenztem Erkenntnishorizont⁹⁸. Wo der Wirtschaftswissenschaftler noch weiter forschen möchte, muss der Jurist (und das gilt vor allem bei seinem Einsatz für Gesetzgeber und Gerichte) Entscheidungen fällen. Dafür sind Urteilskraft, Realitätssinn, praktische Erfahrung und viele andere Gesichtspunkte maßgeblich. Im Gespräch zwischen den first-best-Perspektiven des Ökonomen und der pragmatischen Vernunft des Juristen können Lösungen entwickelt werden, die keiner von beiden alleine in den Raum stellen könnte.

Doch gibt es Grenzen. Im amerikanischen Schrifttum ist dargelegt worden, dass - anders als etwa im Vertrags- oder Deliktsrecht - im Steuerrecht die Distanz zwischen der einzelnen Gesetzesvorschrift und den dahinter liegenden ökonomischen Prinzipien zu groß ist, um im Einzelfall Konsequenzen für eine gerichtliche Entscheidung oder das Handeln der Finanzverwaltung ziehen zu können⁹⁹. Das ist im Kern richtig. Grundlegende Theorien zur optimalen Ausrichtung der Einkommensteuer oder zu den Belastungswirkungen der Körperschaftsteuer helfen nicht weiter, wenn es um die Interpretation einer ganz bestimmten geschriebenen Norm des Einkommensteuergesetzes oder des Körperschaftsteuergesetzes geht. Aber es wäre ebenso unrichtig, den Einfluss der ökonomischen Grundsätze auf die Normauslegung ganz und gar kleinzureden. Die Umsatzsteuer ist ein gutes Beispiel dafür, in welchem Umfang grundlegende Neutralitätsanforderungen immer wieder eine Rolle spielen, wenn die Auslegung des europäischen und deutschen Normenbestandes auf dem Programm steht¹⁰⁰. Und dass weite Bereiche des europäischen Steuerrechts letztlich nur die Anwendung einer bestimmten Theorie der freien Ressourcenallokation auf das Territorium der Europäischen Union abbilden, ist vielfach betont worden¹⁰¹.

- 93 Beispielhaft zum Werk Albert Hensels: Reimer/Waldhoff (Hrsg.), Albert Hensel: System des Familiensteuerrechts und andere Schriften, 2000; dazu auch Droege (Fn. 8), S. 17 ff.
- 94 Siehe etwa Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, 2008.
- 95 Zum Publikationsverhalten in den jeweiligen Disziplinen aufschlussreich: Betting/Wagner, Thematik, Methoden und Interdisziplinarität juristischer und ökonomischer Steuerforschung, StuW 2013, S. 266 ff.
- 96 Fuest, Ökonomische Prinzipien gerechter und effizienter Besteuerung, DStJG 37 (2014), S. 65 ff. (77 ff.); Schön, Leitideen des Steuerrechts oder: Nichtwissen als staatswissenschaftliches Problem, StuW 2013, S. 289 ff.
- 97 Weber/Fooken/Herrmann, Behavioural Economics and Taxation, European Commission Taxation Papers, Working Paper No.41-2014; s. auch Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Beitrag der Verhaltensökonomie (Behavioral Economics) zum Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011.
- 98 Engel, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition Das Proprium der Rechtswissenschaft aus der Perspektive des öffentlichen Rechts in Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205 ff.
- 99 Raskolnikov, Accepting the Limits of Tax Law and Economics, 98 Cornell Law Review (2013), S. 523 ff.
- 100 Englisch, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel mit Schlussfolgerungen für indirekte Steuern, 2008.
- 101 Schön, Neutralität und Territorialität Gegensätze oder Grundsätze des Europäischen Steuerrechts in Schön/Heber (Hrsg.), Grundfragen des Europäischen Steuerrechts, 2015, S. 109 ff.

X. Tax Policy als Aufgabe der Steuerrechtswissenschaft

Eine der Schwächen der Steuerrechtswissenschaften in Deutschland liegt in der geringen Ausprägung wissenschaftlich vertiefter Publikationen zur tax policy. Damit ist ein Genre gemeint, das eine Mittellage zwischen rechtswissenschaftlicher Dogmatik, sozial- und wirtschaftswissenschaftlicher Analyse und tagespolitischer Diskussion einnimmt. Ausgangspunkt ist in der Regel eine spezielle oder allgemeine Frage zur aktuellen oder künftigen Gesetzgebung. Ziel ist die Diskussion und Bewertung der legislatorischen Optionen. Mit der klassischen Rechtswissenschaft hat eine Arbeit zur tax policy gemeinsam, dass sie eine luzide Aufarbeitung der gesetzlichen Grundlagen, ihrer Entstehungsgeschichte, ihrer Streitfragen und ihrer Wirkungen in der Realität voraussetzt. Mit der sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Analyse hat sie gemeinsam, dass sie empirische, experimentelle und/oder theoretische Erkenntnisse aus den Nachbarwissenschaften in das Design und die Bewertung von gesetzgeberischen Handlungsmöglichkeiten einbezieht. Und mit der tagespolitischen Debatte hat sie gemeinsam, dass sie nicht im Abstrakten verbleibt, sondern sich zum Ziel setzt, sehr konkrete Lösungen - oft genug second best-Lösungen - zu erarbeiten, die ein Gesetzgeber mit wenigen Schritten in staatliche Normen gießen kann. Zur Forschungsprogramm gehört auch - namentlich aus der Sicht der deutschen Rechtswissenschaft - der Abgleich mit höherrangigem Recht, namentlich mit deutschem Verfassungsrecht und dem Recht der Europäischen Union.

Das typische Publikationsorgan für diese Art von Abhandlungen ist die "Archivzeitschrift", wie sie in Deutschland aus der Sicht der Steuerwissenschaften nur durch die Zeitschrift "Steuer und Wirtschaft" bereitgestellt wird. Die berühmte "Vierteljahresschrift für Finanz- und Steuerrecht" der Jahre 1927 -1933 hat nach dem Zweiten Weltkrieg nur für kurze Zeit am Ende der 80er Jahre ein eher kümmerliches Revival gefeiert, und die stärker auf die Praxis ausgerichteten Journale werden zunehmend restriktiver, was die thematische, methodische und räumliche Ausdehnung der zur Publikation angenommenen Texte angeht. Glücklicherweise bieten die Tagungsbände der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft einen willkommenen Platz für diese Art von Publikationen. Zum Teil füllen schließlich nicht-steuerliche Archivorgane die Lücke (z B. das Jahrbuch des Öffentlichen Rechts oder die Common Market Law Review).

Wichtig für eine funktionstüchtige Steuerwissenschaft ist in besonderem Maße, dass die großen steuerpolitischen Reformprojekte von vertieften, rechtsvergleichenden und interdisziplinären Publikationen begleitet werden. Dafür bietet sich ein Vergleich mit dem Niveau der Diskussion im englischsprachigen Ausland an. Dort haben über viele Jahrzehnte große, interdisziplinär ausgerichtete und mit führenden Vertretern aus Theorie und Praxis ausgestattete Kommissionen eine steuerwissenschaftliche Grundlagenarbeit geleistet, der die deutsche Steuerwissenschaft nichts Vergleichbares entgegenzusetzen hat. Man denke nur an die kanadische *Carter Commission*¹⁰² der 60er Jahre, das britische *Meade Committee*¹⁰³ der 70er Jahre, den australischen *Henry Tax Review*¹⁰⁴ des Jahres 2010 oder – besonders mustergültig – den vor einigen Jahren von dem Nobelpreisträger *James Mirrlees* geleiteten *Mirrlees Review*¹⁰⁵, für

dessen Ausarbeitung das in London ansässige *Institute for Fiscal Studies* die Elite der weltweit agierenden englischsprachigen Finanzwissenschaftler und Steuerjuristen über viele Jahre zur gemeinsamen Projektarbeit zusammengeführt hat. Es fällt schwer, Gesetzgebungsinitiativen der letzten Jahrzehnte in Deutschland zu benennen, die von vergleichbar besetzten Gremien vorangetrieben und mit ähnlicher Tiefenschärfe abgesichert worden sind; es verwundert nicht, dass diese ausländischen Studien – vor allem des *Meade Committee* und des *Mirrlees Review* – inzwischen weltweit vielzitierte Standardtexte der steuerwissenschaftlichen Arbeit geworden sind.

Am ehesten finden sich diesem Output vergleichbare Publikationen in den Gutachten des interdisziplinär besetzten Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesfinanzministerium. Gerade die Rechtswissenschaft sollte von dieser Quelle häufiger trinken – sie bietet eine Fülle objektiver, wissenschaftlich vertiefter Stellungnahmen zu einer großen Bandbreite von Themen – vom Umsatzsteuerrecht über die internationale Besteuerung und den Steuerwettbewerb bis hin zu Grundfragen der Umweltsteuern oder der steuerlichen Gemeinnützigkeit¹⁰⁶.

XI. Systembildung im Steuerrecht

Was ist das Kerngeschäft der Steuerrechtswissenschaft? Erschöpft sich ihr Anspruch in ihren Beiträgen zur zutreffenden Auslegung des geltenden Rechts und der sinnvollen Ausgestaltung des künftigen Rechts? Nicht wenige Steuerjuristen würden wohl die Krone ihres Fachs der Aufgabe der "Systembildung" oder der "Prinzipienbildung" zuweisen¹⁰⁷. Sie befinden sich damit in einer beeindruckenden Tradition der deutschen Rechtswissenschaft, die seit *Philipp Heck* versucht, das "innere System" einer Rechtsordnung heraus zu präparieren oder – im Gefolge *Alexys* – deren grundlegenden Prinzipien zur Konkordanz oder gar zur "Optimierung" zu verhelfen.

Nicht selten mündet diese Arbeit in Frustration, weil die als systembildend bezeichneten Prinzipien des Steuerrechts oft nur die für den Gesetzgeber einsatzfähigen Regelungsoptionen beschreiben, ohne diesen jedoch eine klare materielle Richtung zu geben. Begriffsantinomien wie "Jährlichkeitsprinzip vs. Lebenszeitbesteuerung" oder "Territorialitätsprinzip vs. Welteinkommensprinzip" besitzen eine sinnvolle heuristische Funktion (gerade im akademischen Unterricht), es wäre aber schlechte Begriffsjurisprudenz, diesen Konzeptbeschreibungen mehr zuzutrauen als eine hilfreiche Aufarbeitung und Präsentation des Materials. Stärker materiell ausgeprägt sind Konzepte wie das "Individualsteuerprinzip" oder natürlich das "Leistungsfähigkeitsprinzip" – nicht zuletzt in seiner Ausprägung als objektives

¹⁰² Report of the Royal Commission on Taxation, 1966.

¹⁰³ Institute for Fiscal Studies, The Structure and Reform of Direct Taxation: Report of a Committee chaired by J.E. Meade, 1978.

¹⁰⁴ Australia's Future Tax System, 2010.

¹⁰⁵ Mirrlees u.a., Tax by Design, 2011.

¹⁰⁶ www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Ministerium/Wissenschaftlicher_Beirat/Gutachten_und_Stellungnahmen/gutachten_und_stellungnahmen.html

¹⁰⁷ Siehe bereits oben in Abschnitt II; weiterhin: Mössner, Prinzipien im Steuerrecht, FS J. Lang, 2010, S. 83 ff.; Birk, Ordnungsmuster im Steuerrecht – Prinzipien, Maßstäbe und Strukturen in FS Schaumburg, 2009, S. 3 ff.

Schön - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

und subjektives "Nettoprinzip" – und doch brechen sich gerade diese Konzepte immer wieder an der Realität der Gesetzgebung.

Bei näherer Betrachtung empfiehlt es sich, die Herausbildung von Prinzipien nicht zum Selbst- oder Endzweck zu erheben, sondern einer abgestuften Betrachtung zu unterziehen:

Eine "harte Währung" bilden Prinzipien, die sich dem Verfassungsrecht entnehmen lassen, etwa die grundrechtlich abgesicherten Wertentscheidungen der Belastungsgleichheit oder des Eigentumsschutzes. An diesen Grundsätzen muss sich die konkrete Steuergesetzgebung messen lassen. Allerdings muss man sich auch davor hüten, zwischen die grundgesetzliche Norm - etwa den Gleichheitssatz - und die daran zu messende einfache Rechtsnorm - etwa eine Vorschrift des Einkommensteuergesetzes - eigenständige steuerliche Prinzipien dergestalt "einzuschieben", dass diesen ein Eigenleben gleichsam zwischen den Normebenen zugestanden wird 108 . Dieser schillernde Charakter zeigt sich namentlich am Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, in dessen Beschreibung sich die harte verfassungsrechtliche Forderung nach Belastungsgleichheit mit einfachgesetzlichen Regelungstraditionen zum Einkommensbegriff sowie steuerpolitischen Wunschvorstellungen verbindet. Man muss daher sehr genau hinsehen, um im Einzelfall feststellen zu können, welche Facette dieses "Prinzips" gerade in Rede steht. Jeder Versuch, spezifische rechtspolitische Ideen oder Traditionen mit Hilfe der Redeweise vom "Prinzip" der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit verfassungsrechtlich aufzuladen, muss im Kern skeptisch stimmen. Vorzugswürdig erscheint demgegenüber der Ansatz des "Folgerichtigkeitsgrundsatzes", der keine apriorischen inhaltlichen Wertungen an das Gesetz heranträgt, sondern darauf angelegt ist, die im positiven Recht angelegten Aussagen im Sinne der Belastungsgleichheit zu entfalten¹⁰⁹.

Eine fruchtbare Perspektive mag darin bestehen, rechtliche Prinzipien mit ökonomischer Analyse anzureichern. Dazu ein Beispiel: In der einkommensteuerrechtlichen Diskussion wird die Frage nach Grund und Grenzen, aber auch nach der verfassungsrechtlichen Absicherung der Berücksichtigung von Verlusten vor allem vor dem Hintergrund des Prinzips der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, namentlich des objektiven Nettoprinzips diskutiert. Dies wird für den überperiodischen Verlustausgleich in einen Gegensatz zu einem finanzverfassungsrechtlichen "Jährlichkeitsprinzip" gestellt, welches den sachlichen Zusammenhang zwischen der Periodisierung öffentlicher Haushalte und dem Veranlagungszeitraum des Einkommensteuerrechts herstellt. Eine natürliche Überlegenheit des einen oder anderen Prinzips ist nicht leicht zu begründen. Letztlich geht es bei dieser Abwägung darum, ex post das Risiko eines negativen Geschäftsergebnisses (vollständig) dem Einzelnen oder (anteilig) dem Staat zuzuweisen. Als bloßer "Einkommenseffekt" scheint sich dies einer positiven oder negativen Bewertung zu entziehen. Das Bild ändert sich, wenn man ex ante die Anreizeffekte von Verlustverrechnungsregeln in den Blick nimmt. Dann wird deutlich, dass ein Ausschluss von Verlustausgleich oder Verlustvor- und -rücktrag systematisch zu Lasten riskanter Investitionen wirkt. Einschränkungen der Verlustverrechnung haben klar die Eigenschaften von Innovationsbremsen¹¹⁰. Auch wenn es schwer fällt, diese Effizienzbetrachtung im Grundgesetz zu "verankern", so befreit sie doch die steuer- und verfassungsrechtliche Diskussion vom Verdacht der "Prinzipienreiterei".

Schließlich hilft die steuerliche Systembildung dabei, im technischen Sinne Grundregeln einer Steuer von Ausnahmevorschriften zu unterscheiden. Die Identifikation dieser Ausnahmevorschriften wiederum kann in verfassungsrechtliche ("Folgerichtigkeit") und europarechtliche ("steuerliche Beihilfen") Prüfungen münden¹¹¹. Sie kann weiterhin hilfreich bei der teleologisch geprägten Frage nach der missbräuchlichen Erlangung von Steuervorteilen im Rahmen von § 42 AO wirken¹¹². Und sie kann Effizienzverluste durch Ausweichreaktionen erahnen lassen. Allerdings muss man aufpassen: So manche "Ausnahmevorschrift" stellt sich bei näherer Betrachtung als Ausdruck einer tiefer liegenden Grundentscheidung des Gesetzgebers dar und wird - wie der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung zum Europäischen Beihilfenrecht formuliert - durch den inneren Aufbau des Steuergesetzes "gerechtfertigt"113.

XII. Die Zeitlichkeit des Steuerrechts

Die neueren – national und international geführten – Diskussionen bilden nicht nur eine Kontroverse darüber ab, wie die Gestalt der Besteuerungsordnung in einer von Globalisierung geprägten Welt aussehen sollte. Sie bringen auch die Erkenntnis zum Ausdruck, dass es ein statisches Ideal im Steuerrecht gar nicht geben kann, weil und so lange das Steuerrecht auch gehalten ist, die sich fortentwickelnden Realitäten des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens abzubilden. Das Steuerrecht wird nicht zuletzt aus politökonomischen Gründen einer "Reform in Permanenz" unterworfen sein, die einen festen Grund nicht ohne weiteres eintreten lässt¹¹⁴. Der Kodifikationsgedanke ist daher erkennbar auf dem Rückzug¹¹⁵.

Dies hat namentlich zur Folge, dass wissenschaftliches Denken über das Steuerrecht sich von der Perspektive eines idealen "Endzustandes" verabschieden muss. Mehr noch: die ständige politische Option für den Gesetzgeber, die Rechtslage neu zu gestalten, das täglich erlebte Risiko von technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Veränderungen der Faktenlage und schließlich die im Wechselspiel zwischen Privatwirtschaft und öffentlicher Hand schwankende Situation der öffentlichen Haushalte zwingt Juristen und Ökonomen dazu, die Verände-

¹⁰⁸ Eine gleichsinnige Kritik am hypertrophen Einsatz von "Theorien" im Steuerrecht findet sich bei *Drüen*, Über Theorien im Steuerrecht, FS J. Lang, 2010, S. 57 ff. (74 ff.).

¹⁰⁹ Englisch, Folgerichtiges Steuerrecht als Verfassungsgebot, FS J. Lang, 2010, S. 167 ff.; Kempny, Steuerverfassungsrechtliche Sonderdogmatik zwischen Verallgemeinerung und Zurückführung. Betrachtet anhand der Beispiele der Erforderlichkeit einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung und des Gebots der Folgerichtigkeit, JöR 64 (2016), S. 477 ff.

¹¹⁰ Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, 2010, S. 400 ff.

¹¹¹ Drüen, Systembildung und Systembindung im Steuerrechts, FS Spindler, 2011, S. 29 ff. (35 ff. und 44 ff.).

¹¹² Dazu demnächst Osterloh-Konrad (Fn. 87).

¹¹³ Zuletzt grundlegend: EuGH v. 21.12.2016 Verb. Rs. C-20/15 P und C-21/ 15 P (World Duty Free) Rz. 58 m.w.N. (ECLI:EU:C:2016:981).

¹¹⁴ Schön, Steuerpolitik 2008 – Das Ende der Illusionen, DStR 2008, Beihefter zu Heft 17, S. 10 ff.

¹¹⁵ Droege, Die Kodifikationsidee in der Steuerrechtsordnung in Schön/Röder, Zukunftsfragen des Steuerrechts II, 2014, S. 69 ff.

Schön - Grenzüberschreitungen der Steuerrechtswissenschaft

rung nicht als Zeichen von Imperfektion, sondern als condition humaine jeder Form von Steuerrecht und Steuerpolitik mitzudenken¹¹⁶. Es kommt nicht von ungefähr, dass das tradierte Ideal vieler Steuerreformen - breite Bemessungsgrundlage und niedriger Steuertarif - vor allem deshalb zunehmend mit Skepsis betrachtet wird, weil einer entsprechenden Änderung der Gesetzeslage keine Haltbarkeit mehr zugetraut wird. Die Steuerbasis - so fürchtet man - wird im Spiel der politischen Kräfte dauerhaft "breit" bleiben, der Steuersatz sich hingegen alsbald wieder erhöhen. Die Erfahrungen, welche die Steuerpflichtigen in Deutschland mit der Entwicklung der Steuersätze der Grunderwerbsteuer seit der Fundamentalreform des Jahres 1986 gemacht haben¹¹⁷, sprechen insoweit eine deutliche Sprache. Sie bildeten zuletzt einen wesentlichen Grund für die fehlende Bereitschaft weiter Kreise der Privatwirtschaft, für die Reform des Erbschaftsteuergesetzes auf das Konzept einer niedrigen, aber allgemeinen Steuerlast zu setzen¹¹⁸.

Steuerwissenschaft in Deutschland - rechtlich oder ökonomisch verfasst - muss daher die zeitliche Dimension der Steuergesetzgebung von vornherein mitdenken. Dies bedeutet nicht nur, dass eine Gesetzgebung so angelegt sein muss, dass sie möglichst wenig Anlass für laufende Änderungen (und die damit verbundenen Transaktionskosten) gibt. Es bedeutet auch, dass der der Steuerpflichtige sich und sein Verhalten von vornherein auf mögliche Änderungsmaßnahmen einstellen wird. Ein bekanntes Beispiel sind "Steueramnestien", deren durchgreifende Wirkung stark davon abhängt, ob der Steuerbürger davon überzeugt werden kann, dass er nicht schon bald erneut in den Genuss einer solchen günstigen Maßnahme kommen kann¹¹⁹. Anders formuliert: Die beste Steueramnestie ist diejenige, die am glaubwürdigsten den Eindruck vermittelt, die letzte ihrer Art zu sein. Ein anderes Beispiel: Investitionsschutzabkommen werden zunehmend dafür eingesetzt, das aktuelle Vertrauen eines Investors in die Unverrückbarkeit der

steuerlichen Rahmenbedingungen zu bekräftigen. Verfassungsrechtliche Fragen nach der "Gleichheit in der Zeit" oder auch der Schutzwürdigkeit von langfristigen "Dispositionen" spielen in diesen Kontext hinein¹²⁰. Und die gegenwärtig auf der Ebene der G20 und der OECD geführte Diskussion um "Tax Certainty" betrifft nicht nur die Verlässlichkeit der steuerlichen Veranlagungsmaßnahmen durch die Finanzverwaltung, sondern auch nachträgliche Eingriffe des Steuergesetzgebers, dem man nach vollzogener Investition nicht das Recht zur steuerlichen (Teil-)Expropriation zugestehen will¹²¹.

Wenn auch das Ziel der Steuerrechtswissenschaft nicht in einem auf Dauer angelegten unverrückbaren Zustand der Steuerwelt gedacht werden kann, so lässt sich doch eine Zielfunktion für ihre eigene Rolle in diesem dauerhaften Wandel beschreiben: Systematisch sauber und historisch informiert, international und interdisziplinär anschlussfähig, muss sie sich am Gespräch mit den Institutionen der Privatwirtschaft und des Staates beteiligen - selber dabei mehr an policy als an Politik interessiert. Die Gerichte verdienen eine Steuerwissenschaft, die ihnen weiterhin der in Jahrzehnten bewährte Begleiter in der dogmatischen Ausprägung des geltenden Steuerrechts bleibt. Der Gesetzgeber verdient eine Steuerrechtswissenschaft, welche ihm die Optionen für die Gestaltung des fiskalischen Verhältnisses zwischen Staat und Bürger sowie deren Grenzen aufzeigt, ohne über dem politischen Betrieb zu verzweifeln. Und der Bürger verdient es, eine Steuerwissenschaft in Deutschland vorzufinden, die über den Einzelfall hinaus versucht, seinen Anliegen der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Grundrechte im Steuerrecht ebenso zum Durchbruch zu verhelfen wie den Ansprüchen von Effizienz und Praktikabilität. Schließlich ist er es, der diese Wissenschaft mit seinen Steuermitteln finanziert. Der Steuerpflichtige sollte den Eindruck haben, in der Steuerrechtswissenschaft für sein Geld ein wertvolles "öffentliches Gut" zu erhalten.

¹¹⁶ Oh, Will Tax Reform Be Stable?, 165 University of Pennsylvania Law Review (2017), S. 1159 ff.

¹¹⁷ Englisch in Tipke/Lang, Steuerrecht, 23. Aufl. 2018, § 18 Rz. 2.

¹¹⁸ Zu den vielfältigen Bedingtheiten der jüngsten Erbschaftsteuerreform s. Hey/Birk/Prinz/v. Wolfersdorff/Piltz, Zukunft der Erbschaftsteuer: Wege aus dem Reformdilemma aus verfassungsrechtlicher, ökonomischer und rechtspraktischer Sicht, ifst-Schrift 506, 2015.

¹¹⁹ Andreoni, The Desirability of a Permanent Tax Amnesty, 45 Journal of Public Economics (1991), S. 143 ff.

¹²⁰ Grundlegend Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002.

¹²¹ Tax Certainty: IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers, 2017.

Prof. Dr. Tim Florstedt, Wiesbaden*

Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag

Methodologische Überlegungen aus Anlass der aktuellen Diskussion zu Cum/ex- und Cum/cum-Geschäften

Inhaltsübersicht

I. Das Thema

216

- 1. Der aktuelle Anlass
- 2. Grundarten des Dividendenstrippings
- 3. Eine komplexe methodologische Abgrenzungsaufgabe
 - a) Die schwankende Rechtsprechung: Zurechnungs- oder Missbrauchslösung?
 - b) Der schwankende Entstehungsverlauf von §§ 36a, 50j EStG
 - c) Die schwankende Ansicht des BMF zu "alten" Cum/cum-Fällen
- 4. Gegenstand der Untersuchung
- II. Wirtschaftliches Eigentum beim Aktienhandel um Dividendenstichtage
 - Der gesetzliche Ausgangspunkt: Eigentum als Ausschließungsmacht
 - 2. Fortentwicklung durch die Rechtsprechung
 - a) Eigentum als positive Befugnis
 - b) Eigentum als Anwartschaft
 - c) Eigentum als "sinnhafte" Benutzung
 - 3. Kritische Würdigung
 - a) Zur Überwindung des Ausschließungskriteriums
 - b) Wirtschaftliches Eigentum bei Gattungsschulden?
 - c) Anforderungen des Effektenverkehrs
 - d) Verhinderung von Rechtsmissbrauch als Aufgabe des Eigentumsbegriffs?
 - e) Zwischenfazit
- III. Steuerumgehung durch Aktienhandel um Dividendenstichtage
 - 1. Zur Bedeutung spezieller "Missbrauchsgesetze"
 - 2. Gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil
 - 3. Angemessenheit der Gestaltung
 - 4. Zur Bedeutung außersteuerlicher Gründe
 - 5. Kritische Würdigung
 - a) Untergründige Motivbewertung
 - b) Vorrang teleologischer Kriterien
 - c) Immanentes Simulationskonzept
 - d) Zwischenfazit
- IV. Zusammenfassende Schlussbemerkung: Für eine substanzorientierte Rechtsanwendung, aber wie?
 - 1. Nicht durch Denaturierung der Zurechnungslogik
 - 2. Sondern durch Präzisierung des Missbrauchsverbots
- V. Ausblick

del um Dividendenstichtage. Es entsprach lange einer verbreiteten Sichtweise, dass das allgemeine Missbrauchsverbot in § 42 AO beim steuermotivierten Wertpapierhandel das richtige Methodeninstrument sei, um zu einer adäquaten Besteuerung der "Substanz" zu gelangen, aber seit einigen Jahren haben zurechnungsorientierte Lösungsansätze in der Judikatur die Oberhand erlangt. Nunmehr werden in Richterschaft und Finanzverwaltung Zweifel an dem Lösungsweg über § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO geäußert. Die Unsicherheit im Methodischen hat sich auch im Rahmen der Investmentsteuerreform von 2016 und zuletzt in den zwei Schreiben des BMF über die Behandlung "alter" Cum/ cum-Fälle deutlich gezeigt, in denen der Übergang wirtschaftlichen Eigentums zunächst abgelehnt und dann befürwortet wurde. In dieser Orientierungslosigkeit kommt ein komplexes methodisches Abgrenzungsproblem zum Ausdruck. Der Beitrag soll, den heutigen steuergesetzlichen Vorgaben einer "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" des Zurechnungs- und Missbrauchsproblems entsprechend, auf das Verhältnis der §§ 39, 42 AO bei der Beurteilung von Aktiengeschäften um Dividendenstichtage eingehen. Er spricht sich für eine Aufwertung von § 42 AO aus.

This article examines how the substance-orientated application of law according to sect. 39-42 Abgabenordnung - AO (German Fiscal Code) works regarding the dividend record date in stock trading. For a long time, there was the widespread view that the general principle of prohibition of abusive practices in sect. 42 AO is the correct methodological instrument for tax-motivated securities trading, to achieve an adequate taxation of the "substance", but for some years methods of resolution have gained the upper hand which, according to sect. 39 (2) AO, already prohibit the transfer of ownership of formally transferred shares according to tax law. Uncertainty about this methodology has become clear in the treatment of both cum/ex and cum/cum cases, in court rulings as well as in financial administration. This disorientation is an expression of a complex methodological problem. In accordance with the current tax law requirements of the substance-over-form principle, this article intends to address the relationship between sect. 39, 42 AO when assessing share transactions on the basis of dividend deadlines. It advocates a revision of the prohibition of abuse of law in sect. 42 AO.

Der Beitrag untersucht die Funktionsweise der "substanzorientierten" Rechtsanwendung gem. §§ 39 – 42 AO beim Aktienhan-

Prof. Dr. Tim Florstedt ist Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Bankrecht an der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden. Der Beitrag beruht nicht auf einer Anfrage aus der Praxis.

I. Das Thema

1. Der aktuelle Anlass

Mit den Cum/ex-Fällen hat die Frage, welche Funktion einer "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" in einer zunehmend komplexer werdenden Finanz- und Wirtschaftswelt zukommt, in welcher Weise der Steuervermeidung im rechtlichen Grauund Lückenbereich wirksamer zu begegnen ist, erneute Aufmerksamkeit in Fachöffentlichkeit und Tagespresse erlangt. Angestoßen wurde diese Entwicklung durch die Aufarbeitung der Cum/ex-Geschäfte. Blickt man auf die Entscheidungen des I. Senats des BFH vom 16.4.2014 und des Hessischen FG vom 10.2.2016 und 10.3.2017, werfen diese Gestaltungen vor allem Zuordnungsprobleme auf¹. Man kann sie aber auch unter dem Gesichtspunkt der Steuerumgehung betrachten². In den Zusammenhang gehört auch das Dividendenstripping, das zuletzt unter der auf Rahmungseffekte abzielenden Bezeichnung als Cum/cum-Geschäft³ besonderer Kritik ausgesetzt war und seit dem 1.1.2016 durch §§ 36a, 50j EStG Einschränkungen erfahren hat, indem die Anrechnung von Kapitalertragsteuer von einer Haltefrist sowie einer pauschalierten Risikotragung abhängig ist⁴. Insofern entsteht ein Bezugsdreieck von spezialgesetzlichen Missbrauchsgesetzen und parallel anzuwendenden allgemeinen Zurechnungs- und Gestaltungsmissbrauchsregeln (§ 36a Abs. 7 EStG). Auch die Behandlung sog. Cum/cum-Altfälle ist von einer Spannungslage auf der Methodenebene geprägt. Bei dem Versuch, diese Fälle "rückwirkend" neu zu bewerten, führte die Verwaltung als Begründung zunächst ihre Interpretationsart des § 39 Abs. 2 AO5, später den schlichten Hinweis auf § 42 AO an6. Diese offenbar gewordene Unsicherheit hat ihren Grund in ungeklärten Problemen der steuerrechtlichen Methodik. Dem geht der Beitrag nach. Die Einsichten haben auch eine Bedeutung vor dem Hintergrund der zum 31.12.2018 umzusetzenden Richtlinie 2016/1164 zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken⁷. Für die Frage, wie man die Mindestvorgaben umsetzen sollte, ob das geltende Recht über das von Art. 6 der sog. Anti-Tax-Avoidance-Directive (ATAD) verlangte Mindestmaß einer Weiterentwicklung bedarf, können die Aktiengeschäfte um Stichtage zu Anschauungs- und Testfällen werden8.

2. Grundarten des Dividendenstrippings

Unter dem Begriff "Dividendenstripping" werden sehr verschiedene Gestaltungstypen zusammengezogen.

In der Grundform der *Cum/cum-Geschäfte* soll eine Definitivbelastung mit Kapitalertragsteuer für beschränkt steuerpflichtige "Steuerausländer" vermieden werden⁹. Dazu erwirbt ein anrechnungsberechtigter "Steuerinländer" in zeitlicher Nähe vor oder auch am Dividendenstichtag Aktien von dem Nichtanrechnungsbefugten und gibt sie nach dem Stichtag "ex Dividende" zurück. In der wohl häufigsten Grundart werden Wertpapierleihgeschäfte über den Dividendenstichtag vorgenommen, aber auch zwei Kassageschäfte oder Wertpapierpensionsgeschäfte¹⁰ wurden genutzt. Die Konditionen sind so gesetzt, dass intern die Bruttodividende abzgl. eines "Entgelts" gleichsam "zurück" gegeben wird¹¹. Der Erwerber trägt dabei in der Regel kein Kursrisiko. Bei der Aktienleihe schon deswegen nicht, weil er nur die gattungsgleichen Wertpapiere (oft Standardtitel aus dem DAX) zurückgeben muss. Bei zwei Verkaufs-

geschäften kann der Rückkaufpreis bereits im Voraus vereinbart werden. Ist das nicht der Fall oder werden z.B. zwei Kassageschäfte vorgenommen, wird das Kursrisiko durch begleitende Future- und Swapgeschäfte wegversichert. In einer älteren Subvariante, die auch dem Grundlagenurteil des BFH vom 15.12.1999 zugrunde lag, erwarb ein anrechnungsberechtigter Steuerpflichtiger sog. alte Aktien (mit Dividendenanspruch) und verpflichtete sich, "junge" Aktien (ohne Dividendenanspruch) in gleicher Stückzahl zurückzugeben¹². In einer anderen, hier nur exemplarisch zu erwähnenden Subvariante überlässt der Verleiher Schuldverschreibungen neben den Aktien. Dividendenkompensationszahlungen werden nicht ausdrücklich vereinbart, aber dem Entleiher stehen mit dem gleichen Ergebnis die Zinserträge aus den Anleihen während der Leihperiode sowie ein "Spitzenausgleich" zu¹³.

Bei *Cum/ex-Geschäften* verkauft ein Leerverkäufer einen Tag vor dem Gewinnverwendungsbeschluss Aktien einer inländischen AG mit Dividendenbezugsrecht ("cum Dividende") an einen Leerkäufer, die innerhalb der (börsenüblichen) Zweitagesfrist zu liefern sind. Dem ursprünglichen Aktieninhaber wird nach der Hauptversammlung die Nettodividende ausbezahlt¹⁴. Erst nach dem Dividendenstichtag kauft der Leerverkäufer diese Aktien – nunmehr ohne Dividendenbezugsrecht ("ex Dividende") – im außerbörslichen Handel (*over the counter*, OTC), um die Lieferverpflichtung gegenüber dem Leerkäufer zu erfüllen. Weil die Lieferung jetzt nur noch ohne Dividendenbezugsrecht erfolgen kann, leistet der Verkäufer eine Kom-

- 1 BFH v. 16.4.2014 I R 2/12, BFHE 246, 15 (22 ff.) = BFH/NV 2014, 1813; FG Hessen v. 10.2.2016 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084; FG Hessen v. 10.3.2017 4 K 977/14, EFG 2017, 656, 2. LS.
- S. nur die Bundesregierung im Jahr 2012, BT-Drucks. 17/13638, 19 f.; ferner das FG Hessen v. 10.2.2016 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084 (1094).
- Vgl. nur BT-Drucks. 119/16, 2; s. ferner die Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zur steuerrechtlichen Zulässigkeit des Dividendenstrippings, BT-Drucks. 18/7213.
- 4 Eingeführt durch das Investmentsteuerreformgesetz v. 19.7.2016, BGBl. I 2016, 1730 bzw. das BEPS-Umsetzungsgesetz v. 20.12.2016, BGBl. I 2016, 3000.
- 5 BMF, Schr. v. 11.11.2016, BStBl. I 2016, 1324 f.
- 6 BMF, Schr. v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 (987 f.).
- 7 ABl. EU Nr. L 193 v. 19.7.2016, 1.
- 8 Zur Umsetzung von Art. 6 ATAD vgl. etwa *Hey*, StuW 2017, 248 (258 ff.); *Kudert/Birk*, IStR 2017, 6 (9 ff.); im Kontext zur Missbrauchsthematik *Cordewener*, EC Tax Re. 23 (2017), 60 ff.; zur Umsetzung der Richtlinie allgem. statt vieler *Oppel*, IStR 2016, 797 ff.
- 9 Da nach § 50 Abs. 2 S. 1 EStG die Einkommensteuer durch Steuerabzug vom Kapitalertrag abgegolten ist, wird grds. keine Veranlagung ausgelöst und damit eine Anrechnung ausgeschlossen.
- 10 Zu repurchase agreements s. etwa Haisch in Herrmann/Heuer/Raupach, § 5 EStG Rz. 1568 (Stand Februar 2018); Häuselmann, BB 2000, 1287; Rau, BB 2000, 2338.
- 11 Vgl. BR-Drucks. 119/16, 154 f.
- 12 Vgl. BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527
 = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer; näher Unfried, Steuerrecht und Dividenden-Stripping, 1991, S. 34; Unfried, DStR 2000, 993 (995); Stremplat, Dividenden-Stripping am deutschen Aktien- und Optionsmarkt, 1999, S. 80 f.
- 13 BT-Drucks. 16/4841, 75.
- 14 Die Aktiengesellschaften behielten insoweit bei giroversammelten Aktien nach § 44 Abs. 1 S. 3 EStG bis 2012 die Kapitalertragsteuer auf Dividendenzahlungen ein und führten sie ab; die Depotbanken stellten die Steuerbescheinigungen nach § 45a EStG a.F. aus. Erst seit 2012 wird die Kapitalertragsteuer bei girosammelverwahrten Aktien von den Depotbanken abgeführt, § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 EStG i.d.F. des OGAW-IV-Umsetzungsgesetzes vom 22.6.2011, BGBl. I 2011, 1126.

Florstedt - Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag

pensation in Höhe der Nettodividende, die dem Käufer in gleicher Weise gutgeschrieben wurde, wie eine "echte" Dividendenzahlung. Seine Depotbank, die den Leerkauf nicht prüfte, stellte ihm eine Steuerbescheinigung über die Kompensationszahlung aus. Im Ergebnis wurde deswegen die von der Aktiengesellschaft abgeführte Steuer sowohl dem Aktionär als auch dem Leerkäufer angerechnet oder erstattet¹⁵. Das typusprägende Moment dieser Art von "Dividendenstripping" ist es, dass es sich um einen Erwerb vom Nichtberechtigten handelt, bei dem der Käufer am Stichtag bloß Inhaber eines schuldrechtlichen Lieferanspruchs ist. Während Grundformen und Varianten des "herkömmlichen" Dividendenstrippings seit Jahrzehnten bekannt sind, besteht über die Typologie der Cum/ex-Geschäfte bislang nur fragmentarische Klarheit¹⁶. Es hat Fälle gegeben, in denen eine Cum/ex-Konstellation versehentlich dadurch bewirkt wurde, dass die Aktien beim Dividendenstripping infolge eines Eingabe- oder Technikfehlers erst nach dem Dividendenstichtag geliefert wurden. In dem vom BFH am 16.4.2014 entschiedenen Fall lag demgegenüber ein hochgradig konstruierter Durchgangserwerb vor, bei dem der anrechnungsbefugte Zwischenerwerber nicht über die (verliehenen) Aktien verfügen konnte, wirtschaftlich nur einen Bruchteil der "Dividende" erhielt und keinerlei Kursrisiko übernommen hatte¹⁷. In einer anderen Gestaltungsvariante ist bspw. durch zeitlich eng gestaffelte, gleichartige Veräußerungen an verschiedene Leerkäufer eine fünffache Erstattung erlangt worden¹⁸.

In den erweiterten Kontext gehört schließlich die strukturierte Wertpapierleihe, soweit sie zu anderen steuermotivierten Zielen eingesetzt wird, insbesondere um einen Betriebsausgabenüberhang beim Entleiher als Folge der Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 1 KStG zu generieren¹⁹. Anders als beim Dividendenstripping konnten dazu auch ausländische Aktien verwendet werden. Auch die sog. Anteilsrotation oder allgemeiner: das steuermotivierte, kurzfristige Hin- und Herschieben von Geschäftsanteilen zwischen Gesellschaften ist ein Anschauungsgegenstand, der mit dem Dividendenstripping verwandt ist²⁰.

3. Eine komplexe methodologische Abgrenzungsaufgabe

Auf einer abstrakten Ebene zeigt sich ein gemeinsames Grundproblem. In allen Fällen geht es um die sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise in ihrer gemäßigten, d.h. durch die Zurechnungs- und Missbrauchsvorschriften in §§ 39 – 42 AO niedergelegten Form. Stets geht es um die Durchbrechung der zivilrechtlichen Zuordnung zur Erfassung eines steuerlichen Substrats. Aber offenbar schwimmen Gesetzgeber, Gerichte und Verwaltung bei der Frage, wie die Techniken von "Zurechnung" und "Missbrauch" aufeinander abzustimmen sind. Das ist kurz genauer zu betrachten:

a) Die schwankende Rechtsprechung: Zurechnungsoder Missbrauchslösung?

aa) Der I. Senat: missbrauchsindizierte Zurechnung

In der bisher einzigen Entscheidung des BFH zu einem Cum/ ex-Sachverhalt wird das Zurechnungskonzept des § 39 Abs. 2 AO an versteckter Stelle fortentwickelt. Der Kernsatz lautet: "Dem jeweiligen Wertpapiergeschäft liegt (...) ein (...) initiiertes

und modellhaft aufgelegtes Gesamtvertragskonzept zugrunde, das dem Erwerb von wirtschaftlichem Eigentum (...) von vornherein entgegensteht. (...) Eine nennenswerte Inanspruchnahme der mit dem Innehaben der Wertpapiere verbundenen Rechte durch die Klägerin war in Anbetracht dessen ausgeschlossen. Es liegt ein bloßer Durchgangserwerb vor."21 Der I. Senat hat hier das Kriterium des (zurechnungsverschiebenden) "Gesamtvertragskonzepts" eingeführt, das mit der missbrauchsrechtlichen Figur des "Gesamtplans"22 ersichtlich verwandt ist. Der Begriff "Gesamtvertragskonzept" selbst hat keinen eigenständigen Erkenntniswert, vielmehr werden durch zurechnungsbestimmende Attribute wie "initiiert und modellhaft" in Wahrheit Missbrauchskriterien auf den Begriff des "wirtschaftlichen" Eigentums i.S.d. § 39 Abs. 2 AO projiziert. Der Zusammenhang wird in einer Folgeentscheidung des I. Senats vom 18.8.2015 zur Wertpapierleihe klarer²³. Dort wurden die Motive zum Kriterium einer wertenden Zurechnungsart gemacht: Es heißt: "Auch entstanden zugunsten der Klägerin keinerlei Liquiditätsvorteile aus einer etwaigen zeitversetzten Vereinnahmung und Verausgabung, weil die Zahlungen zeit- und betragsgleich erfolgten. Es ist ferner nicht erkennbar, dass es angesichts des kurzfristigen Umschlags und des Austauschs der Aktientitel darauf angekommen wäre, Stimmrechte von Seiten der Klägerin auszuüben oder das erhaltene (Sach-)Darlehenskapital i.H.v. rund 30 Mio. € wirtschaftlich, etwa zur Zwischenfinanzierung eines sonstigen Vorhabens der Klägerin, zu nutzen." Die abschließende Bewertung des I. Senats erinnert dann ebenfalls deutlich an eine missbrauchsrechtliche Abwägung²⁴.

- Näher statt vieler Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785 (786 f.); s. ferner Englisch, FR 2010, 1023; Desens, DStZ 2012, 142 (143 ff.); Desens, DStZ 2012, 246 (248); Desens, FR 2014, 265 (266 ff.); Derlien/Kern, BB 2013, 1943; Kußmaul/Huwer/Kloster, RdF 2012, 314 (316 ff.); Rau, DStR 2010, 1267 (1268 ff.).
- Vgl. Rau, DStR 2007, 1192 (1194 ff.); Rau, DStR 2010, 1267 (1268 ff.); Rau, FR 2011, 366 (369 ff.); Rau, DStR 2015, 2048 (2052); Spengel/Eisgruber, DStR 2015, 785 (786 f.); Kuβmaul/Huwer/Kloster, RdF 2012, 314 (316 ff.).
- 17 BFH v. 16.4.2014 I R 2/12, BFHE 246, 15 = BFH/NV 2014, 1813.
- 18 Geschildert bei Rau, FR 2011, 366 (369 f.).
- Kurze Schilderung bei BMF, Schr. v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 f. Zum "tax benefit shopping" durch Wertpapierleihgeschäfte, vgl. Gosch, KStG, § 8b Rz. 100, 560, 631; Rengers in Blümich, 140. Aufl. 2018, § 8b KStG Rz. 430.
- 20 Siehe noch III. 2.
- 21 BFH v. 16.4.2014 I R 2/12, BFHE 246, 15 = BFH/NV 2014, 1813 (1816); s. hierzu *Florstedt*, FR 2016, 641 (644 f.).
- S. zur Rechtsfigur des Gesamtplans BFH v. 6.9.2000 IV R 18/99, BFHE 193, 116 = BStBl. II 2001, 229 = FR 2001, 75; v. 20.1.2005 IV R 14/03, BFHE 209, 95 = BStBl. II 2005, 395 (397 f.) = FR 2005, 850; v. 25.11.2009 I R 72/08, BFHE 227, 445 = BStBl. II 2010, 471 (474) = FR 2010, 381 m. Anm. Wendt; v. 9.11.2011 X R 60/09, BFHE 236, 29 = BStBl. II 2012, 638 (640 ff.) = FR 2012, 584; Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 42 AO Rz. 360 (Stand Februar 2018); monographisch Kempelmann, Der Gesamtplan im Steuerrecht 2016, S. 11 und passim.
- 23 BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFHE 251, 190 = BStBl. II 2016, 961 = FR 2016, 369 m. Anm. Ebel.
- Es heißt: "Die Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls ergibt folglich, dass der Klägerin lediglich eine formale zivilrechtliche Rechtsposition, eine leere Eigentumshülle, verschafft wurde, die es ihr ermöglichen sollte, formal gem. § 8b Abs. 1 KStG 2002 n.F. steuerfreie Dividenden zu beziehen und zugleich steuerlich abziehbare Betriebsausgaben (Dividendenkompensationszahlungen und Leihgebühren) zu generieren, um hieraus einen Steuervorteil zu erzielen", BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFHE 251, 190 (195), BStBl. II 2016, 961 (963 f.) = FR 2016, 369 m. Anm. Ehel

bb) Der VIII. und IX. Senat: zurechnungsverschiebender Gestaltungsmissbrauch

Einen ganz anderen Weg hatte der VIII. Senat in seinem Urteil v. 27.7.1999 beschritten, als er den Erwerb von Bundesobligationen kurz vor dem Jahreswechsel als unvereinbar mit § 42 AO ansah, wenn das erstrebte wirtschaftliche Ergebnis nur darin bestehe, in den Genuss der Freibetragsregel in § 20 Abs. 4 EStG a.F. zu gelangen²⁵. Im Urteil ist zu lesen: "Das Wertpapiergeschäft kann deshalb einzig und allein durch die Steuerersparnis motiviert gewesen sein, die sich dann ergeben würde, wenn im Streitjahr negative Einnahmen berücksichtigt würden, während sich im Folgejahr die Zinserträge wegen des Freibetrags gem. § 20 Abs. 4 EStG nicht steuererhöhend auswirken würden"26. Weiter heißt es: "Dies ist bei einem Wertpapiergeschäft jedenfalls dann anzunehmen, wenn für den Steuerpflichtigen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststeht, dass das Geschäft bei Einbeziehung der Vermögensebene zu einem Verlust führt und es sich deshalb ausschließlich im Falle seiner steuerlichen Anerkennung vorteilhaft für ihn auswirken würde. Ein solches Rechtsgeschäft ist unangemessen, weil eine verständige Partei es in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts überhaupt nicht abgeschlossen hätte."27 Der IX. Senat hat diesen Weg in anderem Kontext in seinem Urteil v. 8.3.2017 fortgesetzt und bei einem taggleichen An- und Verkauf von Wertpapieren einen Gestaltungsmissbrauch angenommen²⁸.

b) Der schwankende Entstehungsverlauf von §§ 36a,50j EStG

Unsicherheiten im Methodischen haben sich auch während der Reform des Investmentsteuerreformgesetzes gezeigt. Der RefE hat in § 36 Abs. 2 Nr. 2 S. 5 EStG eine Generalklausel vorgesehen, die eine Anrechnung ausschließen sollte, wenn "der Steuerpflichtige Einkunftsquellen für Kapitalerträge erworben hat, bei denen der Haupt- oder zumindest ein Nebenzweck des Erwerbs die Umgehung der Steuerpflicht der Kapitalerträge" war²9. Die Regel wurde nicht Gesetz, v.a. weil ihr Verhältnis zu den tatbestandlichen Anforderungen für eine Steueranrechnung nach § 36a Abs. 2a EStG-RefE (Mindesthaltedauer, Risikotragung) als eine spezielle Missbrauchsklausel sowie zu § 42 AO unklar blieb³0. Die lex lata in §§ 36a, 50j EStG knüpft jetzt technisch an den Voraussetzungen der Anteilszurechnung an und ein Abs. 7 bzw. Abs. 5 soll zugleich die Anwendbarkeit von § 42 AO gewährleisten³1.

c) Die schwankende Ansicht des BMF zu "alten" Cum/ cum-Fällen

Die gleiche Methodenunsicherheit zeigt sich auch auf Ebene der Verwaltung, wie zuletzt in den zwei Schreiben des BMF zur Behandlung sog. Cum/cum-Altfälle sichtbar wurde: In dem ersten Schreiben vom 11.11.2016 hatte das BMF den Ansatz des I. Senats einer missbrauchsindizierten Zurechnung in einen allgemeinen, auch für die Altfälle anzuwendenden Grundsatz überführen wollen³². Die wirtschaftliche Zurechnung nach § 39 AO sei im Rahmen einer Gesamtschau auch davon abhängig zu machen, ob der Erwerber "aus dem Wertpapiergeschäft und den damit zusammenhängenden Geschäften vor Steuern einen wirtschaftlichen Vorteil (positive Vorsteuerrendite) zieht" und "eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Wertpapiere möglich ist"³³. Nach dem zweiten Schreiben vom 17.7.2017 sollen die Altfälle

rückwirkend nicht mehr über § 39 AO gelöst, sondern als Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO angesehen werden³⁴. Allerdings sollen danach die zurechnungsverschiebenden Kriterien des I. Senats als missbrauchsindizierend angesehen werden können³⁵.

4. Gegenstand der Untersuchung

Man kann hinter den geschilderten Unsicherheiten eine grundsätzliche Fragestellung erkennen. Das Verhältnis von § 39 AO und § 42 AO war bisher von der Einsicht bestimmt, dass es sich um funktionsverschiedene Methodeninstrumente zur wirtschaftlichen Substanzerfassung handelt. Diese Einsicht ist beim Dividendenstripping nicht mehr ungeteilt, vielmehr verwischen die Grenzen dieser beiden Rechtsanwendungsarten. Aber ist eine solche Weiterbildung von § 39 AO zu einer Art kleinen Missbrauchsgeneralklausel überhaupt sinnvoll? Oder ist im heutigen Umfeld (Empfehlung gegen Steuervermeidung, BEPS-Aktionsplan, Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken) und angesichts des erheblichen Öffentlichkeitsinteresses ("Panama Papers", Cum/ex-Fälle) die Frage erlaubt, ob es Zeit für eine Aufwertung des allgemeinen Missbrauchsverbots ist und eine solche Aufwertung dem auf § 39 AO gestützten Lösungsansatz des I. Senats überlegen ist? Das berührt schließlich die Fragen, wie die Mindestvorgaben von Art. 6 ATAD umgesetzt werden sollten und ob die verbreitete rechtspolitische Meinung, dass Anpassungen von § 42 AO nicht geboten seien, auch vor diesem Hintergrund zutrifft.

Der Beitrag ist auf dieses Verhältnis von Zuordnungs- und Missbrauchsprinzipien bezogen und beleuchtet den Aktienhandel um Stichtage zunächst unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Zurechnung (II.). In dem zweiten Hauptteil ist auf das Problem der Steuerumgehung einzugehen (III.), um anschließend auf das Verhältnis von Zurechnungs- und Missbrauchslehre zurückzukommen: Sollte das Verhältnis von wirtschaftli-

- 25 BFH v. 27.7.1999 VIII R 36/98, BFHE 189, 408 = BStBl. II 1999, 769 = FR 1999, 1323 m. Anm. Fischer.
- 26 BFH v. 27.7.1999 VIII R 36/98, BFHE 189, 408 = BStBl. II 1999, 769 (771) = FR 1999, 1323 m. Anm. Fischer.
- 27 BFH v. 27.7.1999 VIII R 36/98, BFHE 189, 408 = BStBl. II 1999, 769 (771) = FR 1999, 1323 m. Anm. Fischer.
- 28 BFH v. 8.3.2017 IX R 5/16, BFHE 257, 211 = BStBl. II 2017, 930 (932 ff.) s. dazu noch III. 3. Vgl. auch BFH v. 21.8.2012 VIII R 32/09, BFHE 239, 31 = FR 2013, 26 m. Anm. Wendt = BStBl. II 2013, 16 (17) (zu transitorischen Einlagen auf betrieblichen Konten): "Die kurzfristige Einlage von Geld stellt einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts dar, wenn sie allein dazu dient, die Hinzurechnung nach § 4 Abs. 4a EStG a.F. nicht abziehbarer Schuldzinsen zu umgehen."
- 29 InvStRefE v. 16.12.2015, S. 141 f. Vgl. auch Art. 21 Abs. 2 des Schweizer Verrechnungssteuergesetzes: "Die Rückerstattung ist in allen Fällen unzulässig, in denen sie zu einer Steuerumgehung führen würde."
- Vgl. dazu Stadler/Mager, DStR 2016, 697; Haisch/Hüniken, BB 2016, 345 (348).
- 31 Man erkennt die methodologische Unsicherheit auch daran, dass der Rechtsausschuss für die Behandlungen der "offenen" Cum/cum-Altgeschäfte auf den missbrauchsvermeidenden Zurechnungsansatz des I. Senats des BFH hinweist, vgl. BT-Drucks. 18/8739, 94. Solche Anwendungstipps der Ministerialbürokratie sind rechtlich unbeachtlich und letztlich Ausdruck des unklaren Verhältnisses "substanzorientierter" Zurechnungs- und Missbrauchsregeln.
- 32 BMF, Schr. v. 11.11.2016, BStBl. I 2016, 1324.
- 33 BMF, Schr. v. 11.11.2016, BStBl. I 2016, 1324 (1325).
- 34 BMF, Schr. v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 (986 f.).
- 35 BMF, Schr. v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 (987). In BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFHE 251, 190 = BStBl. II 2016, 961 = FR 2016, 369 m. Anm. Ebel wurde hingegen § 42 AO nicht geprüft.

Florstedt - Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag

cher Zurechnungsart (§ 39 AO) und den Regeln der Steuerumgehung (§ 42 AO) durch den nunmehr zuständigen VII. Senat eine Änderung erfahren? Sollten Gesetzgeber oder Rechtsprechung die Durchsetzungswirkung von § 42 AO verbessern?

II. Wirtschaftliches Eigentum beim Aktienhandel um Dividendenstichtage

Die Ausgangsfrage ist in allen Konstellationen, wem die Anteile steuerrechtlich gehören. Die auf Dividendenzahlungen nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG erhobene Kapitalertragsteuer ist auf die Einkommen- oder Körperschaftsteuer anrechenbar (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG). Anrechnungsbefugt ist der "Gläubiger der Kapitalerträge" (§ 44 Abs. 1 S. 1 EStG), d.h. bei Einnahmen aus Dividenden der "Anteilseigner" (§ 20 Abs. 5 S. 1 EStG)³⁶. Das ist grundsätzlich der Aktionär, da nach § 39 Abs. 1 AO die Zurechnungsart des BGB auch im Steuerrecht prinzipiell zu akzeptieren ist; eine steuerrechtliche Durchbrechung der Formalordnung (und damit des Gleichlaufs zivil- und steuerrechtlicher Anteilsinhaberschaft) steht nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO in zweierlei Hinsicht in Rede: In allen Konstellationen kann sich erstens die Frage stellen, ob der zivilrechtliche Erwerb zu "formal" und "schwach" ist und steuerrechtlich ignoriert wird. In den Cum/ex-Konstellationen tritt zweitens die Frage hinzu, ob das wirtschaftliche Eigentum bereits früher, und zwar mit Vertragsschluss, nicht erst mit Umstellung der Besitzmittlungsverhältnisse durch die Wertpapiersammelbank, übergeht³⁷.

1. Der gesetzliche Ausgangspunkt: Eigentum als Ausschließungsmacht

Die Eigenart des Zurechnungsprogramms nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ist die Festlegung des steuerrechtlichen Eigentumsbegriffs auf negative Zuweisungskriterien³⁸. Es geht nach den Gesetzesvorgaben nicht um positive Befugnisse des Eigentümers, also insb. das Recht, "mit der Sache nach Belieben zu verfahren", sondern nur um die negative Befugnis, "andere von jeder Einwirkung ausschließen" zu können (§ 903 BGB). Auf einen Ähnlichkeitsvergleich anhand konkreter Eigentumsrechte (etwa auf Nutzziehung oder Verfügung) ist zu verzichten. Diese von Abs. 2 Nr. 1 S. 1 AO angeordnete Begrenzung auf negative Befugniskriterien ist das Essentiale der sog. Seeliger-Formel, auf welche die Norm zurückgeht³⁹. Die zum – einzigen – Zurechnungsmerkmal erhobene Ausschließungsmacht muss dabei gegenüber dem rechtlichen Eigentümer bestehen⁴⁰. In dieser theoretischen Konzeption ist eine gewisse Festigkeit der Machtposition vorausgesetzt. Ist die Macht "von vornherein begrenzt (z.B. durch die im Miet- oder Pachtvertrag vorgesehene Zeit), so nimmt der Rechtsinhaber grundsätzlich keine dem rechtlichen Eigentümer vergleichbare Stellung ein"41.

2. Fortentwicklung durch die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat für die Zurechnung von Wertpapieren das gesetzliche Zurechnungskonzept aufgebrochen und fortentwickelt⁴². Von dieser Eigenart der "Seeliger-Formel" in § 39 AO ist im gelebten Recht nicht viel übriggeblieben.

a) Eigentum als positive Befugnis

Zunächst wurde für die Lösungsbedürfnisse in komplexeren Fällen eine Reihe von positiven Eigentümerbefugnissen als zu-

rechnungsindizierend anerkannt⁴³. Eine Zwischenstufe ist im Grundlagenurteil zum Dividendenstripping v. 15.12.1999 erreicht, welche die Zuordnungsrelevanz positiv formulierter Eigentumsaspekte gut erkennen lässt. Der BFH akzeptiert den skizzierten gesetzlichen Ausgangspunkt des § 39 Abs. 2 AO, wenn Wirtschaftsgüter demjenigen zuzurechnen seien, "der über sie die tatsächliche Herrschaft in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall und nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann"44. Für den Handel mit Wertpapieren soll es ebenfalls noch kongruent mit dem Ansatz Seeligers - auf den Zeitpunkt ankommen, "von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen kann"45. Anhand welcher Indizien ist dies zu beurteilen? Die Gesamtbetrachtung soll sich hier - entgegen dem ursprünglichen Konzept – doch wieder auf alle positiven Befugnisarten beziehen. Es heißt deswegen weiter: "Das ist in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen sind."46 Eine Betrachtung der Judikatur zeigt hier und anderswo einen Wandel im Ver-

- 36 Entspr. § 20 Abs. 2a EStG a.F.
- 37 Vgl. etwa Schön, RdF 2015, 115 (119); Anzinger, RdF 2012, 394 (398).
- 38 Vgl. dazu nur Meyer, Wirtschaftliches Eigentum an Kapitalgesellschaftsanteilen, 2003, 30 ff.; ferner Florstedt, FR 2016, 641 (642).
- S. dazu Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 39 AO Rz. 22 (Stand: Februar 2018); Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 39 AO Rz. 76 f. (Stand Februar 2018); Kolbinger, Das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, 2008, S. 27 f.; Mayer, Wirtschaftliches Eigentum an Kapitalgesellschaftsanteilen, 2003, S. 11 f.
- 40 Seeliger, StuW 1963, Sp. 18 (23 f.).
- 41 Seeliger, StuW 1963, Sp. 18 (24). Es heißt näher: "Denn rechtlicher Eigentümer einer Sache bleibt jemand so lange, bis einer der Tatbestände eingetreten ist, der nach den Regeln des bürgerlichen Rechts den Verlust des Eigentums zur Folge hat. Der Eintritt eines solchen Ereignisses sei es einer Veräußerung oder sei es einer der anderen zu einer Eigentumsänderung führenden Tatbestände ist jedoch stets ungewiss. Er lässt sich zwar vermuten, indessen nicht wie etwa der Ablauf eines Pachtvertrages zu einem bestimmten oder vom Verpächter jederzeit bestimmbaren Zeitpunkt vorhersehen. Aus diesem Grunde wird man m.E. nur dann von einer dem Eigentümer vergleichbaren Rechtsstellung des wirtschaftlichen Eigentümers sprechen können, wenn er seine Rechtsstellung ohne im Vorwege festgelegte, zeitliche Einschränkung mithin auf Dauer, einnimmt." Seeliger, Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht, 1962, S. 39 ff.
- 42 Vgl. Kleinheisterkamp/Schell, DStR 2010, 833 (834 ff.); Englisch, FR 2010, 1023 (1025 ff.); Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 39 AO Rz. 24a (Stand: Februar 2018); Misteli, Dividenden-Stripping Steuerrechtliche Aspekte einer Verschiebung von Aktien über den Dividendenstichtag [...], 2001, S. 43 ff.; ausf. Kolbinger (Fn. 40), S. 143 ff.; s. auch zur Problematik bereits Unfried (Fn. 13), passim.
- 43 BFH v. 25.1.1996 IV R 114/94, BFHE 180, 57 = BStBl. II 1997, 382 = FR 1996, 456 (383) ("wirtschaftliche Verfügungsgewalt"); v. 18.12.2001 VIII R 5/00, BFH/NV 2002, 640 (642) ("Gefahr, Lasten und Nutzen der Sache"); v. 17.2.2004 VIII R 26/01, BFHE 205, 204 = BStBl. II 2004, 651 (653) = FR 2004, 846 ("alle mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen Rechte ausüben kann").
- 44 BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527 (529) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer (Herv. des Verf.).
- 45 BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527 (529) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer (2. Orientierungssatz).
- 46 BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527 (529 f.) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer. Ähnlich z.B. auch BFH v. 1.8.2012 IX R 6/11, BFH/NV 2013, 9 (10).

ständnis von § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AO, indem die positive Befugnis als Zuordnungsmaßstab anerkannt wird⁴⁷.

b) Eigentum als Anwartschaft

Eine andere Frage ist die Eigentumslage bei gestreckten Übertragungsvorgängen. Beim Aktienhandel wird das u.a. relevant, wenn der Vertragsschluss vor, die Lieferung aber – gewollt oder ungewollt – erst nach dem Dividendenstichtag erfolgt. Der BFH hat, wie gesagt, den Vorab-Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei einem börslichen Bestandsverkauf (vom Eigentümer) bejaht⁴⁸. Ob dies auch beim Erwerb vom Nichtberechtigten – also bei den Cum/ex-Fällen – und ob dies auch bei (außerbörslichen) OTC-Geschäften anzunehmen ist, wurde höchstrichterlich noch nicht entschieden⁴⁹.

c) Eigentum als "sinnhafte" Benutzung

Seit dem Jahr 2015 ist durch die beschriebene Einbeziehung auch missbrauchsindizierender Kriterien die bislang letzte Entwicklungsstufe erreicht. Der BFH meint, die Zuordnungsaufgabe sei nur durch eine einzelfallbezogene Gesamtschau zu bewältigen und gibt einen bunten Strauß von Indizien an (Ertragsteilhabe, Liquiditätsvorteile, Absicht der Stimmrechtsausübung, wirtschaftliche Nutzung des Kapitals in der Schwebe, endgültiger Übergang der Chancen und Risiken u.s.f.)50. Auch ein Rekurs auf die Motive der Parteien ist erlaubt: "Eine sonstige wirtschaftlich sinnhafte ,Benutzung' der Aktien und des von ihnen verkörperten Werts oder eine tatsächliche oder zumindest beabsichtigte Ausübung der durch den zivilrechtlichen Übereignungsakt eingeräumten umfassenden Verfügungsbefugnis über die Aktien" sei nicht festgestellt worden. Der Klägerin sei "eine leere Eigentumshülle" verschafft worden, "die es ihr ermöglichen sollte, formal - gem. § 8b Abs. 1 KStG 2002 n.F. - steuerfreie Dividenden zu beziehen und zugleich steuerlich abziehbare Betriebsausgaben (Dividendenkompensationszahlungen und Leihgebühren) zu generieren, um hieraus einen Steuervorteil zu erzielen."51

3. Kritische Würdigung

a) Zur Überwindung des Ausschließungskriteriums

Mit dieser schubweisen Überwindung der Seeliger-Abgrenzungsformel durch einen positiv-determinierten Eigentumsbegriff wird die steuerrechtliche Wertpapierzurechnung von einem Substanzvergleich abhängig. Darin liegt eine doppelte Gefahr: (1) Es ist zunächst sinnvoll, sich des tieferen Grundes des gesetzlichen Ansatzes in § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zu vergewissern. Die formal anmutende Eigentumsdefinition hatte zur Aufgabe, eine Formulierung positiver Eigenschaften von steuerrechtlichem Eigentum entbehrlich werden zu lassen⁵². Dem Ansatz der Rechtsprechung fehlt für eine Beurteilung der "wirtschaftlichen" Eigentümerbefugnisse aufgrund einer "sinnhaften" Gesamtwürdigung letztlich ein verlässlicher Maßstab⁵³. (2) Die negative Befugnis (d.h. die Weisungsmacht im Innenverhältnis) ist zugleich ein Garant des Alternativitätsprinzips. Das Prinzip besagt, dass einem steuerrechtlichen Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums der Verlust des Berechtigten gegenüberstehen muss⁵⁴. Nach dem ursprünglichen Konzeptionsansatz des § 39 Abs. 1 AO ist klar, dass das Wirtschaftsgut entweder dem dinglich oder dem materiell Befugten zuzurechnen ist, nicht aber beiden: Die zurechnungsbegründende Weisungsmacht gegenüber dem Eigentümer stellt sicher, dass der wirtschaftlichen Zurechnung eine "Abrechnung" beim Weisungsgegner gegenübersteht. Nur unter dem Postulat eines ökonomisch-ungebundenen Eigentumsbegriffs konnte die Literatur zu den Cum/ex-Geschäften so leicht behaupten, es könne im Steuerrecht zwei Eigentümer einer Aktie geben⁵⁵.

b) Wirtschaftliches Eigentum bei Gattungsschulden?

Eine Zurechnung von verbrieften Anteilen und fungiblen Kapitalmarktpapieren begegnet dem weiteren Problem, dass es sich um vertretbare Sachen handelt⁵⁶. Die Cum/ex-Fälle haben anschaulich gemacht, dass ein rein wirtschaftlich determiniertes Eigentumsverständnis beim Wertpapierhandel zu Mehrfachzuweisungen derselben Wirtschaftsgüter führt. Man kann das bereits bei einem Doppelverkauf derselben Aktie erkennen: Sobald die Käufer im Innenverhältnis die Chancen und Risiken aus der Aktie tragen, müsste ein rein wirtschaftlich orientierter Problemzugriff beiden Käufern "wirtschaftliches" Eigentum zusprechen⁵⁷. Doppelzuweisungen sind der Gedankenwelt der

- 47 Vgl. zu dieser Entwicklung exemplarisch BFH v. 10.3.1988 IV R 226/85, BFHE 153, 318 = BStBl. II 1988, 832 (834: Ausschließungsmacht als Grundtatbestand begreifend) = FR 1988, 533 zum einen und BFH v. 26.1.2011 IX R 7/09, BFHE 232, 463 = BStBl. II 2011, 540 (542: auf wirtschaftliche Gesamtbildbetrachtung abstellend) = FR 2011, 529 m. Anm. Bode zum anderen.
- 48 BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527, 1. LS = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer.
- 49 Verneinend FG Hessen v. 10.2.2016 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084 (1088) und FG Hessen v. 10.3.2017 4 K 977/14, EFG 2017, 656 (658 f.); s. dazu auch Florstedt, FR 2016, 641 (645).
- 50 BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFHE 251, 190 = BStBl. II 2016, 961 (963) = FR 2016, 369 m. Anm. *Ebel*.
- 51 BFH v. 18.8.2015 IR 88/13, BFHE 251, 190 = BStBl. II 2016, 961 (963 f.) = FR 2016, 369 m. Anm. Ebel (Herv. des Verf.).
- Seeliger, Der Begriff des wirtschaftlichen Eigentums im Steuerrecht, 1962,S. 38; Seeliger, StuW 1963, 18.
- Nach der gesetzlichen Konzeption müsste es dagegen im Vordergrund stehen, ob der Berechtigte dem formalen Inhaber gegenüber treuhandtypische Ausschließungsbefugnisse (Weisung, Herausgabe) geltend machen "kann", vgl. Kolbinger, Das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, 2008, S. 48 ff.; Mayer (Fn. 40), S. 9 ff.; Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 39 AO Rz. 23, 33 (Stand: Februar 2018); zum Kriterium der Weisungsgebundenheit des Treuhänders und der Rückübereignungspflicht s. BFH v. 25.6.1984 - GrS 4/82, BFHE 141, 404 = BStBl. II 1984, 751 (769) = FR 1984, 619; v. 15.7.1997 - VIII R 56/93, BFHE 183, 518 = BStBl. II 1998, 152 (156) = FR 1997, 913; v. 24.11.2009 - I R 12/09, BFHE 228, 195 = BStBl. II 2010, 590 (592); v. 1.12.2010 - IV R 17/09, BFHE 232, 93 = BStBl. II 2011, 419 (422). Auch in der Rspr. des BGH wurde die Weisungsmacht als Trennkriterium verwendet, vgl. nur BGH v. 24.6.2003 -IX ZR 75/01, BGHZ 155, 227 (233) (zum Aussonderungsrecht des Treugebers in der Insolvenz des Treuhänders); ausführlich Bitter, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, S. 28 f.
- 54 S. auch FG Hessen v. 10.2.2016 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084 (1089); s. ferner *Mayer* (Fn. 40), S. 89; ausf. *Florstedt*, FR 2016, 641 (645 ff.).
- 55 Stellt man auf die treuhandtypische Weisungsmacht ab, wäre in den Cum/ex-Fällen von vornherein eindeutig gewesen, dass ein Leerkäufer sie nicht gegenüber dem (ihm oft unbekannten) Aktionär haben kann.
- Das Problem wird in der Literatur bisweilen übersprungen; der Umstand wird z.B. selbst von *Fischer* ohne weitere Erklärung für unbeachtlich gehalten, jurisPR-SteuerR 12/2016 Anm. 1 (zu BFH 18.8.2015 I R 88/13, BFHE 251, 190 = BStBl. II 2016, 961 = FR 2016, 369 m. Anm. *Ebel*).
- Ausf. zu dem Problem der Mehrfachzuweisung bei einer schuldrechtlichen Zurechnungslösung für den Aktienhandel im kapitalmarktrechtlichen Kontext *Florstedt*, AG 2017, 557 (558 ff.); s. auch *Florstedt*, FR 2016, 641 (648 ff.).

Florstedt - Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag

Abgabenordnung fremd, vielmehr steht die Zurechnung beim wirtschaftlichen *oder* formellen Eigentümer, wie gesagt, im Verhältnis der Alternativität⁵⁸. Wer also bereits aufgrund von Ansprüchen auf vertretbare Sachen eine steuerrechtliche Eigentümerstellung annehmen will, müsste erst einmal sagen, wie eine solche Mehrfachzuweisung zu verhindern wäre⁵⁹. Bei einem rein wirtschaftlichen Ansatz sind aber solche Trennkriterien, die eine mehrfache Zuweisung ausschließen, schwer formulierbar und von Vertretern eines wirtschaftlich-positiven Eigentumsbegriffs auch nicht formuliert worden⁶⁰.

c) Anforderungen des Effektenverkehrs

Eine weitere offene Frage bleibt, ob die Funktionsweise des Kapitalmarkts nach besonderen Zuordnungskriterien verlangt⁶¹. Die Funktionsbedürfnisse des Effektenverkehrs waren der Hintergrund, das Abzugsverbot für ausschüttungsbedingte Gewinnminderungen in § 50c Abs. 8 S. 2 EStG a.F. durch eine "Börsenklausel" zu begrenzen⁶². Man hatte der "Anonymität" und "Neutralität" des Börsengeschehens sowie dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass eine Zuordnung konkreter Aktien wegen der Girosammelverwahrung nicht möglich sei⁶³. Daran hat sich wenig geändert⁶⁴. Je stärker die Kapitalmärkte global vernetzt sind, desto dringlicher werden einheitliche Transaktionsmuster. Dazu gehören heute zweifellos Leih- und Repogeschäfte. Die Abhängigkeit solch international standardisierter Geschäftstypen von einer national-steuerrechtlichen Einzelfallkontrolle ist hier nicht nur störend, sondern nicht umsetzbar⁶⁵. Insofern ist es bedenklich, dass die – im Streitfall des BFH v. 18.8.2015 gegenständlichen - üblichen Rahmenverträge nunmehr einer Einzelfallüberprüfung bedürfen und die steuerrechtliche Akzeptanz der Anteilszurechnung von einer "sinnhaften" Ausübung der im Wertpapier verbrieften Rechte abhängig wird.

d) Verhinderung von Rechtsmissbrauch als Aufgabe des Eigentumsbegriffs?

Die im Zentrum des Beitrags stehende Analysefrage der richtigen Art einer substanzorientierten Rechtsanwendung lässt sich schließlich sinnvoll nur beantworten, wenn man fern von der juristischen Konstruktion (Zurechnung oder Gestaltungsmissbrauch) die Kriterien für den stets gebotenen Vergleich von Substanz und Form aufschlüsselt und aufeinander abstimmt. Auch von hier aus sind Bedenken gegen einen Umbau der Zurechnungsregel in § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zur "kleinen" missbrauchsrechtlichen Generalklausel zu erheben. Es kann sich insoweit die Vermutung aufdrängen, dass die Frage nach "modellhaften" Gesamtkonzepten falsch gestellt ist, wenn sie als eine Frage nach wirtschaftlicher Eigentümerstellung begriffen wird. Die steuerrechtliche Zurechnungstechnik i.S.d. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ist kein Einfallstor für "freies", ökonomisches Problemdenken, sondern eine Variante der sachenrechtlichen Zuweisungsregeln. Sachenrechtliche Formen und Figuren – Eigentum, Sicherungseigentum, Treuhand, Eigenbesitz - wurden in eine gemäßigte wirtschaftliche Betrachtungsart übertragen. Die damit verbundene Vorstellung einer auf das Ausschließungskriterium verkürzten Zuweisungslogik ist das Ideal des § 39 AO gewesen, abgeleitet von den zivilrechtlichen Formund Dogmenvorgaben.

Wenn nunmehr auch – und darauf läuft die Rechtsprechung des I. Senats hinaus – das Fehlen beachtlicher außersteuerlicher Gestaltungsgründe (i.S.v. § 42 Abs. 2 S. 2 AO) zurechnungsindizierend ist, wird letztlich eine verkappte Missbrauchsprüfung vorgenommen⁶⁶. Indem ein ganzheitlich-sinnhaftes Eigentumsverständnis propagiert wird, bewältigt man behelfsmäßig klassische Probleme des Rechtsmissbrauchs, die derzeit in der Methodenlehre im systemrichtigen Kontext von § 42 AO nicht thematisiert werden können oder sollen⁶⁷. Die Schwierigkeiten, welche die Aufgabe des Ausschließungskriteriums bewirkt haben, indem nunmehr alles irgendwie Einschlägige (Ertrag, Kursrisiko, Haltedauer, Steuersparzweck) im Rahmen von "Typus"-⁶⁸, "Arbeits"-⁶⁹ oder sonstigen Hilfsbegriffen,

- 58 Vgl. die Nachw. in Fn. 58.
- 59 Dass dies keine Randfrage ist, dürften die Cum/ex-Fälle ebenfalls hinlänglich gezeigt haben.
- 60 Florstedt, FR 2016, 641 (648 ff.).
- 61 Vgl. Kolbinger, Das wirtschaftliche Eigentum an Aktien, 2008, S. 163 ff. (insb. S. 171 f.); Florstedt, FR 2016, 641 (651). Bei der Anteilszurechnung im Börsenverkehr versteht es sich, dass auf eine zeitliche Konstanz, welche bei Seeliger (für Leasingfälle) noch gefordert wird (II. 1.), zu verzichten ist, vgl. auch Schmid, DStR 2015, 801 (804). Auch kurze Kündigungsfristen in Leihverträgen sind deswegen unschädlich, vgl. dazu Ebel, FR 2016, 369 (372). Dass eine kurze Haltedauer die Zuordnung nicht ausschließt, wurde vom BFH noch positivistisch anhand der Börsenklausel in § 50c Abs. 10 EStG 1987–1990 begründet, BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527 (530) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer.
- 62 BT-Drucks. 8/3648, 24; vgl. auch BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527 (531) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer. Bei der Implementierung dieser Regelung ging der Gesetzgeber noch davon aus, dass "die Gefahr einer Umgehung des Anrechnungsverbots durch börsenmäßig abgewickelte Geschäfte nur gering sei", da "bei börsenmäßiger Abwicklung der großen Stückzahlen umfassenden sog. Block- oder Paketaufträge die Zersplitterung des verkauften Aktienpakets drohe", BT-Drucks. 8/3648, 24.
- 63 BT-Drucks. 8/3648, 24; vgl. auch Unfried (Fn. 12), S. 103.
- 64 Allerdings werden die Umgehungsgefahren bei einer börslichen Abwicklung nach den Einsichten in die Praxis der vergangenen Jahre anders zu beurteilen sein als noch bei Einführung der sog. Börsenklausel. So entwickelten sich komplexe Umgehungsstrukturen mit Auslandsbezug, durch die der Schein eines typischen Börsengeschäfts i.S.d. § 50c Abs. 10 EStG 1994 bewirkt werden konnte, vgl. BT-Drucks. 8/3648, 24; vgl. schließlich auch zu börslichen Cum/ex-Gestaltungen Spengel, Sachverständigengutachten nach § 28 PUAG für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode v. 28.7.2016, Anlage 26 (MAT A-SV-2) des Abschlussberichts BT-Drucks. 18/12700, 43 f; Zeugenaussage v. dem 4. Untersuchungsausschuss, Abschlussbericht BT-Drucks. 18/12700, 441.
- 65 Vgl. auch Ebel, BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, FR 2016, 369 (372); Alvater/ Buchholz, RdF 2016, 132 (135).
- 66 Vgl. explizit den ehemaligen Senatsvorsitzenden Gosch zu dem Urteil vom 18.8.2015 (BFH, Urt. v. 18.8.2015 I R 88/13): "Die Zurechnungsmaßstäbe des § 39 AO werden dieserhalb gedehnt und recht weit gezogen. Und das mag dann auch so manchen grenzwertig dünken, da § 39 AO dadurch in gewisser Weise zum "Ersatz-§ 42 AO' mutiert. Das Regelungsverständnis des BFH wird aber wohl den gegebenen Einzelfallumständen gerecht", BFH/PR 2016, 105 (107).
- Vgl. zu der Entscheidung des BFH v. 18.8.2015 die Ausführungen des ehemaligen RiBFH Fischer: "Die Generalklausel des § 42 AO kann in dem Maße zurücktreten, wie die Rechtsprechung sich darauf versteht, ein wirtschaftlich richtiges Ergebnis mit dem allgemeinen Instrumentarium der Methodenlehre zu erzielen. Wie die besprochene Entscheidung zeigt, lassen sich mit dem Hin- und Herwandern des Blickes auf das, was in der Realität gestaltet worden ist, und einen teleologisch verstandenen Steuertatbestand wirtschaftlich vernünftige und zugleich rechtlich fundierte Ergebnisse erzielen.", jurisPR-SteuerR 12/2016 Anm. 1.
- 68 So Desens, DStZ 2012, 142 (148); Desens, DStR 2014, 2317 (2318); vgl. dazu Mayer (Fn. 40), S. 35 und allgemein Florstedt, StuW 2007, 314.
- 69 S. Anzinger, RdF 2012, 394 (398); Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 39 AO Rz. 1 (Stand Februar 2018).

irgendwie "wertend" zugeordnet werden soll, zwingen Richter, sich auf die letzte Bastion zurückzuziehen: die Einzelfallentscheidung.

e) Zwischenfazit

Als ein Zwischenfazit lässt sich festhalten: Eine klare Abgrenzung der verschiedenen Wege der Rechtsanwendung kann nicht gelingen, wenn die Sachwertungen, welche jede "wirtschaftliche" Zurechnung und jeder Missbrauchsvorwurf erfordern, nicht anhand bestimmter Vorgaben und Leitlinien erfolgt. In den Blick zu nehmen ist deswegen das Verhältnis von wirtschaftlicher Zurechnung nach § 39 AO und wirtschaftlicher Gestaltungsbewertung nach § 42 AO gerade in Beziehung auf diese tragenden und sachlichen Wertungskriterien, die eine steuerrechtliche, vom Privatrecht abweichende Beurteilung erst begründen und überzeugend machen können. Auf die Frage, ob der BFH die Aufwertung des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zu einem Universalmittel gegen (zurechnungsbasierten) Gestaltungsmissbrauch rückgängig machen sollte, ist nach einer Betrachtung des § 42 AO zurückzukommen (unter IV.).

III. Steuerumgehung durch Aktienhandel um Dividendenstichtage

Angesichts dieses Zwischenbefundes verdient das allgemeine Missbrauchsverbot als eine Unterart der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise" besondere Aufmerksamkeit. Auch der Finanzausschuss und das BMF haben ihre Hoffnung hinsichtlich der sog. Cum/cum-Altfälle in eine Missbrauchsprüfung als eine Sache des Einzelfalls gesetzt⁷⁰. Darin kommt die präsumtive Annahme zum Ausdruck, im Fallrecht werden die Gerichte genügend Haltepunkte für die rechtspolitisch erwünschte Lösung finden. Der Weg zum Vorwurf einer missbräuchlichen Gestaltungsart ist aber vom Ansatz her nicht mit einem Hinweis auf die gebotene Einzelfallprüfung erledigt, sondern begegnet wiederum ungeklärten Interpretations- und Anwendungsfragen zu § 42 AO. Gegenstand des Beitrags sind nicht die Entwicklungsmöglichkeiten des allgemeinen Missbrauchsverbots im Allgemeinen. Eine Beurteilung des steuermotivierten Aktienhandels um Stichtage am Maßstab des § 42 AO kommt aber nicht umhin, auch auf einige grundsätzliche Fragen kurz einzugehen. Zunächst ist auf die Vorrangwirkung spezialgesetzlicher Missbrauchsgesetze zum Anteilshandel (III. 1.) sowie das Merkmal des "gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils" als einer Vorbedingung des Missbrauchsvorwurfs (III. 2.) einzugehen. Des Weiteren wird es um die Frage gehen, wann gestalterisch konzipierte Wertpapiergeschäfte "unangemessen" sind (III. 3.) und welche Bedeutung "außersteuerliche Gründe" i.S.d. § 42 Abs. 2 S. 1 AO haben (III. 4). Diese Betrachtung wird eine kritische Würdigung des missbrauchsrechtlichen Status quo für diesen Teilbereich ermöglichen (III. 5.).

1. Zur Bedeutung spezieller "Missbrauchsgesetze"

Besteuerungswürdig erscheinende Sachverhalte werden zunehmend durch missbrauchsverhindernde, spezifische Sondergesetze geregelt⁷¹. Man hat von einer dichten "Missbrauchsgesetzgebung" gesprochen⁷². Eine solche spezialgesetzliche Regel kann in einem Komplementärverhältnis zu § 42 AO stehen, soweit bereichsspezifische Grenzen der erlaubten Sachverhalts-

gestaltung sozusagen durch ein gesetzliches Regelbeispiel präzisiert werden sollen. Die spezialgesetzliche Sondernorm kann aber auch die Anwendung von § 42 AO ausschließen, wenn eine typisierende Lückenschließung abschließend gemeint ist⁷³. Es ist deswegen für die Anwendungsreichweite der Generalnorm wesentlich, wann ein Komplementär- und wann ein Ausschlussverhältnis anzunehmen ist.

Die Problematik lässt sich anhand des bis 2001 geltenden "Missbrauchsgesetzes" in § 50c Abs. 1 EStG veranschaulichen. Die Norm sollte die Einmalbelastung nicht anrechnungsberechtigter Anteilseigner sicherstellen⁷⁴. Sie setzte technisch beim Durchgangsinhaber an, indem dieser ausschüttungs- oder abführungsbedingte Gewinnminderungen steuerlich nicht geltend machen konnte, wenn er die Aktien von einem Steuerausländer erhalten hatte. Im Ergebnis wurde ein faktisches Anrechnungsverbot auf Ebene des Veräußerers ausgesprochen. Diese besondere Regelungsart (d.h. die Inpflichtnahme des Mittelsmanns) steht einem Rekurs auf § 42 AO entgegen: Nähme man einen zurechnungsverschiebenden Missbrauch an, liefe die besondere Rechtsfolgenlösung des § 50c Abs. 1 EStG, die eine Zurechnung beim Erwerber voraussetzt, letztlich leer⁷⁵. Darauf wies auch der BFH in dem Urteil vom 15.12.1999 hin und stellte fest, dass die Schließung verbleibender Rechtsfolgenlücken Sache des Gesetzgebers sei⁷⁶.

Es liegt in diesem, auch in anderen Urteilen der Judikatur zu § 42 AO nachweislichen Gedanken⁷⁷ aber auch eine Gefahr,

- 70 S. oben, I. 3. c.
- 71 Statt vieler Schön, DStJG 33 (2010), S. 29 (60 f.); Tanzer, DStJG 33 (2010), S. 189 (205 ff.); Gabel, Verfassungsrechtliche Maßstäbe spezieller Missbrauchsnormen im Steuerrecht, 2011, S. 204 ff.
- 72 Hey, Beihefter zu DStR 3 (2014), 8; s. auch. Hey, DSTJG 33 (2010), S 139 ff
- 73 Vgl. nur BFH v. 20.3.2002 I R 63/99, BFHE 198, 506 = BStBl. II 2003, 50 (53); aus der Lit. etwa *Drüen*, Ubg. 2008, 31 (34); *Hey*, StuW 2008, 167 (173); *Fischer*, FR 2008, 306 (310 f.); *Englisch* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl. 2015, § 5 Rz. 124.
- 74 Weber-Grellet, BB 1999, 289 ff.; Hofmeister in Blümich, 140. Aufl. 2018, § 50c EStG Rz. 3, 6 ff., 20 ff.; 26.
- 75 BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527 (533) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer. Hinzu kam, dass ein Abs. 8 S. 2 EStG 1987/1990 für den Sonderfall eines "Strippings" mit börsengeschäftlicher Abwicklung von dem Verbot des Abs. 1 ausgenommen war, Hofmeister in Blümich, 140. Aufl. 2018, § 50c EStG Rz. 45 f.; die Gefahr, dass der Erwerb über die Börse durchaus der Umgehung dienen kann, wurde ausweislich der Materialien durchaus reflektiert, vgl. dazu BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. 2000, 527 (533) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer.
- BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527 (533) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer unter Hinweis auf BFH v. 23.10.1996 I R 55/95, BFHE 181, 490 = BStBl. II 1998, 90 (91) = FR 1997, 222 m. Anm. Kempermann. Verallgemeinert man dies, ließe sich sagen, dass speziellen Missbrauchsgesetzen eine Typisierung immanent ist, die prinzipiell eine Sperrwirkung entfaltet. Danach gilt als nicht missbräuchlich, was nicht von dieser Typisierung erfasst ist, vgl. dazu statt vieler Hey, StuW 2008, 167 (173); Hey, DStJG 33 (2010), 139 (145 f.); Hey, Beihefter zu DStR 3 (2014), 8, 11 f.; Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 42 AO Rz. 25 (Stand Februar 2018); Klein/Ratschow, AO, 13. Aufl. 2016, § 42 AO Rz. 90; vgl. auch unter Berücksichtigung von Art. 6 ATAD Oppel, IStR 2016, 797 (802).
- Weitgehend ist insb. das Urteil vom 18.12.2013 (BFH, Urt. v. 18.12.2013 I R 25/12), in dem § 12 Abs. 3 S. 2 UmwStG a.F. und § 8 Abs. 4 KStG 2002 a.F. eine Sperrfunktion beigemessen wurde; der Hinweis, es sei "allein Aufgabe des Gesetzgebers, der mittels der speziellen Missbrauchsbekämpfungsnormen die Grenzen des Missbrauchs gezogen hat, diese zu schließen", wird wörtlich wiederholt, BFH v. 18.12.2013 I R 25/12 –, BFH/NV 2014, 904 (906); zu Nachw. aus dem Schrifttum vgl. die Fn. 77.

Florstedt - Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag

wenn man ihn zu einem allgemeinen Rechtsanwendungsprinzip aufwertet: Je mehr der Gesetzgeber eine Missbrauchsabwehr durch Sondergesetze stärken will, desto mehr wird die Generalnorm unterlaufen⁷⁸. Die Cum/ex-Konstellationen sind auch für dieses Problem ein guter Anschauungsgegenstand: Durch das Jahressteuergesetz 2007 wurde zur Abwehr gegen solche Gestaltungen ein neuer § 44 Abs. 1 S. 3 Var. 3 EStG eingeführt, der inländische Depotbanken verpflichtete, bei einem Leerverkauf eine zweite Kapitalertragsteuer zu Lasten des Leerverkäufers zu erheben. Dass die Norm allzu leicht durch Einschaltung ausländischer Banken umgangen werden konnte, lag auf der Hand. Sollte auch ein derart lückenhafter Versuch der Missbrauchsabwehr einen Rückgriff auf § 42 AO ausschließen? ⁷⁹ Nimmt man eine prinzipielle Sperrwirkung spezieller Missbrauchsgesetze an, ließe sich das wohl vertreten⁸⁰. Das Ergebnis kann nicht befriedigen. Die Cum/ex-Fälle machen es vielmehr exemplarisch, dass nicht jeder Abwehrversuch des Gesetzgebers gleich "prinzipiell" die eigentlich zu lösende missbrauchsrechtliche Abwägungsproblematik abschneiden darf. Ein zur Systemvorgabe erhobener genereller Vorrang spezieller Missbrauchsgesetze vor § 42 AO ginge zu weit.

2. Gesetzlich nicht vorgesehener Steuervorteil

§ 42 Abs. 2 S. 1 AO beschreibt die Steuerumgehung als einen Sachverhalt, der zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Die Regel soll sicherstellen, dass der vom Steuerpflichtigen gewählte Weg nicht "vom System her" gebilligt wird. Zu denken ist an sog. Lenkungsnormen, welche einen solchen Vorteil gleichsam "anbieten". Es ist oft gesagt worden, dass Steuergesetze selten in diese Kategorien gehören und häufiger der "Gegenfinanzierung" des Haushalts dienen; bei diesen sog. Fiskalzwecknormen ist es nicht einfach, einen "weiteren" Normtelos zu formulieren⁸¹.

Bei den Cum/ex-Geschäften bietet der Normzweck allerdings durchaus eine verlässliche Orientierung. Das Erhebungssystem ist auf Vermeidung von Doppelanrechnungen, nicht auf deren Legitimierung gerichtet⁸². Die beinahe zynische Behauptung, der eben technisch mangelhafte Versuch einer Erfassung von Dividendenkompensationszahlungen durch § 44 Abs. 1 S. 3 Var. 3 EStG legitimiere die gestalterische Erzeugung evident systemwidriger Vorteile⁸³, kann auch auf dieser Ebene nicht überzeugen: Eine technische Regel zur besseren Erhebung einer Vorabzahlung soll ersichtlich nicht zu einer legitimen Vervielfältigung der zu erstattenden Steuer führen⁸⁴.

Aber ein solch klarer teleologischer Haltepunkt ist oft nicht vorhanden. Man sollte die Rechtsunsicherheit durch diesen normativen Vorbehalt nicht geringschätzen. Das zeigt exemplarisch das Urteil des BFH v. 7.12.2010 zur Anteilsrotation⁸⁵: Hier hatten die Gesellschafter taggleich und ringweise GmbH-Anteile verschoben. Jeder Gesellschafter hatte einen 1/7-Anteil für 7 500 € veräußert und einen anderen 1/7-Anteil für 7 500 € erworben. Der BFH nahm an, dass dieses rein steuermotivierte Verhalten den vom "Gesetzgeber vorgesehenen Weg" nicht verlasse und deswegen "angemessen" sei; auf das vollständige Fehlen außersteuerlicher Gründe komme es nicht an⁸⁶. Diese normative Einsicht wird nicht näher begründet: Geht es darum, den Anteilsinhabern in der geschlossenen Gesellschaft ein Wahlrecht zuzugestehen, Einkünfte aus Veräußerungsgewinnen oder Gewinnanteilen zu erzielen? Wird die gestalterisch er

zielte Verlustrealisation durch den Leistungsfähigkeitsgedanken legitimiert? Der BFH behilft sich mit der zweifelhaften Kontrollerwägung, dass die Rotation "nicht ungewöhnlicher" sei als der von § 17 Abs. 4 EStG "vorgesehene" Weg zur Verlustnutzung durch eine Liquidation⁸⁸.

Ähnliche Grenzfragen werfen auch die Cum/cum-Geschäfte auf: Hier wurde gleichsam eine Art Anrechnungsbefugnis zugunsten eines beschränkt Steuerpflichtigen geschaffen, die im nationalen Steuerrecht nicht vorgesehen war. Juristische Interpretation des Besteuerungssystems kann aber durchaus auch zu anderen Ergebnissen führen: Weist die gesetzgeberische Entscheidung, sog. Kompensationszahlungen an Steuerausländer gerade keiner Kapitalertragsteuer zu unterwerfen, bereits auf eine gesetzlich akzeptierte Art der Steuervermeidung hin? Lässt es das Prinzip der Abschnittsbesteuerung ausnahmsweise zu, dass eine staatliche Duldung einer seit den 1980er Jahren bekannten Steuerpraxis zumindest im Rahmen der Angemessenheitsprüfung bei § 42 AO zugunsten der Steuerpflichtigen berücksichtigt wird? Was folgt aus der vom EuGH angenommenen Unionsrechtswidrigkeit einer Definitivbelastung nur für Steuerausländer⁸⁹ – gar nichts, weil das Urteil keine Gestaltungswirkung hat90 oder umgekehrt eine Befreiung vom Missbrauchsvorwurf, zumindest für EU/EWR-Steuerausländer?91 Es kann an dieser Stelle nur festgehalten werden, dass die Bestimmung des gesetzlich "Vorgesehenen" hier wie auch sonst oft nicht rechtssicher möglich ist.

- 78 S. bereits *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band 3, 2. Aufl. 2012, S. 1689.
- 79 So in der Tat Podewils, FR 2013, 481 (484); Desens, FR 2014, 305 (309 f.).
- 80 Vgl. die entsprechenden Argumente bei den zuvor genannten Nachw.
- 81 S. nur Wendt, DStJG 2010, 117 (130 f.); Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, Vorbemerkungen zur Neufassung durch das JStG 2008 § 42 Rz. 23 (1. Aufl. 2006, Stand 7.2015).
- 82 Zutr. FG Hessen v. 10.2.2016 4 K 1684/14, DStR 2016, 1084 (1088), zuvor bereits Schön, RdF 2015, 115 (131); s. auch Florstedt, FR 2016, 641 (650).
- 83 So wiederum *Desens*, FR 2014, 305 (310); *Seer/Krumm*, DStR 2013, 1757 (1764); in diese Richtung auch *Spilker*, FR 2017, 138 (145).
- 84 S. die Nachw. in Fn. 83.
- 85 BFH v. 7.12.2010 IX R 40/09, BFHE 232, 1 = BStBl. II 2011, 427 = FR 2011, 430.
- 86 BFH v. 7.12.2010 IX R 40/09, BFHE 232, 1 = BStBl. II 2011, 427 (428) = FR 2011, 430.
- 87 So wohl der BFH a.a.O.
- 88 BFH v. 7.12.2010 IX R 40/09, BFHE 232, 1 = BStBl. II 2011, 427 (428) = FR 2011, 430.
- Der EuGH hat in diesem Kontext in seinem Urteil vom 20.10.2011 ausgeführt: "Aus dem Vorstehenden ist zu folgern, dass die Ungleichbehandlung der Dividenden je nachdem, ob sie an gebietsansässige oder gebietsfremde Gesellschaften ausgeschüttet werden, wie sie in den deutschen Steuervorschriften vorgesehen ist. Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten von Investitionen in Deutschland abhalten und auch ein Hindernis für die Beschaffung von Kapital durch gebietsansässige Gesellschaften bei Gesellschaften mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten darstellen kann. Folglich stellen die betreffenden Rechtsvorschriften eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs dar, die nach Art. 56 Abs. 1 EG grundsätzlich verboten ist.", EuGH v. 20.10.2011 - C-284/09, ECLI:EU:C:2011: 670~Rz.~72~f. Der Gesetzgeber hat hierauf durch die Neufassung des § 8b Abs. 4 KStG reagiert, Gesetz zur Umsetzung des EuGH-Urteils vom 20.10.2011 in der Rechtssache C-284/09 v. 21.3.2013, BGBl. I 2013, 561, s. Rödder/Herlinghaus/Neumann, Körperschaftsteuergesetz, 1. Aufl. 2015, § 8b KStG Rz. 434.
- 90 Art. 260 Abs. 1 AEUV.
- 91 In diese Richtung Loritz, BB 2017, 2327 (2334 f.); Haisch, BB 2017, Heft 35, Umschlagteil I.

3. Angemessenheit der Gestaltung

Die missbräuchliche Gestaltungsart wird in § 42 Abs. 2 S. 1 AO durch das Kriterium der Unangemessenheit charakterisiert⁹². In der richterlichen, noch zu § 42 AO a.F. ergangenen Kasuistik sind simulationsähnliche Wertpapiergeschäfte der gedankliche Ausgangspunkt der Missbrauchstypologie. Bereits allgemein wurden gegenläufige Gestaltungen, die in der Funktionsart an einen zurückschnellenden Ball am Gummiband erinnern, also das wirtschaftliche Ergebnis nach kurzer Zeit rückgängig machen, in zahlreichen Varianten vom BFH als rechtsmissbräuchlich angesehen⁹³. Zuletzt meinte der IX. Senat im Urteil v. 8.3.2017 zum zeitnahen Hin- und Rückverkauf von Aktien⁹⁴: "Eine Gestaltung, die überhaupt keinen erkennbaren wirtschaftlichen Zweck hat, kann der Besteuerung nicht zugrunde gelegt werden. Das ist z.B. der Fall, wenn durch mehrere Geschäfte, die sich wirtschaftlich gegenseitig neutralisieren, lediglich ein steuerlicher Vorteil erzielt werden soll oder wenn die Gestaltung in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung durch eine gegenläufige Gestaltung kompensiert wird und sich deshalb im Ergebnis lediglich als formale Maßnahme erweist."95

Bestehen Abweichungen von dem scheingeschäftsähnlichen Missbrauchsparadigma, nimmt die Judikatur eine Einzelfallbewertung der "Substanz" vor. Gegen Missbrauch spricht es danach, wenn dem Erwerber die wesentlichen Rechte (insbesondere Gewinnbezugsrecht und Stimmrecht) zustehen und er an Wertveränderungen teilhat⁹⁶, für einen Missbrauch, wenn das Stimmrecht nicht ausgeübt werden darf oder wenn es dem Erwerber "auf die Ausübung der Stimmrechte nicht ankommt."⁹⁷ Als wichtiges Kriterium wurde auch die Übernahme des Insolvenzrisikos begriffen⁹⁸. Zuletzt hat der BFH die Bedeutung des Volatilitätsrisikos während der Haltezeit des Zwischenerwerbs hervorgehoben⁹⁹.

Was aus solchen Vorgaben für die Bewertung von "Steuerarbitrage" in der Dividendensaison gefolgert werden kann, ist nicht eindeutig. Bei den Cum/ex-Fällen trägt der Leerkäufer kein Insolvenzrisiko und kann über die Aktien nicht verfügen; gegen das Kursrisiko ist er in der Regel versichert¹⁰⁰. Die Unangemessenheit solcher Geschäfte muss deswegen naheliegen¹⁰¹. Schwieriger ist die Beurteilung der Cum/cum-Fälle: Bei Wertpapierleihgeschäften wird eine Kursrisikotragung des Entleihers ausgeschlossen, die Belastung mit dem Insolvenzrisiko wird hingegen die Regel sein, da die Papiere dem Zugriff der Gläubiger von Entleihern und Käufern unterliegen. Stellt man dann mit der Rechtsprechung vordringlich auf die Übernahme des Kursrisikos ab, wäre die Variante mit einer Wertpapierleihe wohl stets "unangemessen", bei anderen Varianten gerieten solche mit begleitenden Sicherungsgeschäften in den Blick¹⁰². Aber wäre eine solche Differenzierung überzeugend? Wieso sollten diese konstruktiven Feinheiten entscheiden, obwohl die Gestaltungen im Ergebnis auf dasselbe hinauslaufen? Der behelfsmäßige Ansatz des BMF, die Gesetzesvorgaben in § 36j EStG nunmehr "rückwirkend" zu Missbrauchskriterien zu erheben, dürfte in diesem Punkt jedenfalls eher Ausdruck eines noch wenig konturierten Unangemessenheitsbegriffs sein¹⁰³.

Es muss genügen, an dieser Stelle drei Aspekte festzuhalten: (1) Hat ein Aktienhandel einen Scheingeschäftscharakter in dem Sinn, dass das rechtliche Ergebnis der einzelnen Transaktionen wirtschaftlich weder gewollt noch umgesetzt wird, ist von einem Missbrauch auszugehen. (2) Bei jeder Abweichung

von dem Ideal einer vollständig-substanzlosen Steuerumgehung hat eine freie Einzelbewertung zu erfolgen, die auch nicht durch eine Fallgruppenbildung vorhersehbar gemacht wird. (3) Die Neufassung von § 42 AO 2008 hat mit dem Angemessenheitsmaßstab neue Abwägungsvorgaben eingeführt. Bis heute liegen dazu im Kontext keine präzisierenden Gerichtsentscheidungen vor. Eine Missbrauchsabwehr, die auf eine solche Präzisierung angewiesen ist, bleibt wirkungsschwach, wenn die Gestaltungen bis dahin genutzt werden. Genau das war aber der Fall.

4. Zur Bedeutung außersteuerlicher Gründe

Aufgabe und Funktion von subjektiven Missbrauchskriterien bestehen nach vorherrschender Methodenlehre nur darin, den Vorwurf eines Gestaltungsmissbrauchs noch ausschließen zu

- 92 Die Bedeutung des Merkmals hängt mit dem konzeptionellen Verständnis eines allgemeinen Missbrauchsverbots direkt zusammen. Bisweilen wird dem Merkmal keine Bedeutung zugemessen, s. etwa Hey, BB 2009, 1044 (1046); Klein/Ratschow, AO, 13. Aufl. 2016, § 42 AO Rz. 68. Andere sehen in dem Merkmal den "tatbestandlichen Kern" von § 42 AO schlechthin vgl. Wendt, DStJG 2010, 117 (130); ähnlich Drüen, Ubg 2008, 31 (36).
- 93 S. etwa BFH v. 18.12.1968 III R 71/68, BFHE 94, 546 = BStBl. II 1969, 232 (233) (zur Entnahme und Wiedereinlage von Betriebsmitteln). Als rechtsmissbräuchlich wird es bei solchen Gestaltungen vom BFH angesehen, "wenn Beteiligte zivilrechtlich mögliche (und damit steuerrechtlich grundsätzlich zulässige) Gestaltungen durch gegenläufige Rechtsgeschäfte auf der Nutzungsebene tatsächlich und wirtschaftlich konterkarieren", BFH v. 7.12.2010 IX R 40/09, BFHE 232, 1 = BStBl. II 2011, 427 (429) = FR 2011, 430. Dass Maßnahmen, die einer wirtschaftlichen Auswirtung gegenläufig sind und diese aufheben, gleichsam "saldiert" werden, kann ebenfalls als geklärt angesehen werden, z.B. BFH v. 14.1.2003 IX R 5/00, BFHE 201, 246 = BStBl. II 2003, 509 (510) = FR 2003, 461 (zur "Überkreuzvermietung").
- 94 BFH v. 8.3.2017 IX R 5/16, BFHE 257, 211 = BStBl. II 2017, 930 (932).
- 95 BFH v. 8.3.2017 IX R 5/16, BFHE 257, 211 = BStBl. II 2017, 930 (932).
- 96 BFH v. 1.8.2012 IX R 6/11, BFH/NV 2013, 9 (10); vgl. insofern auch (im Rahmen von § 39 AO): BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFHE 251, 190 = BStBl. II 2016, 961 (963) = FR 2016, 369 m. Anm. Ebel; vgl. im Kontext des Verkaufs und Wiederkaufs von Wertpapieren auch L. Fischer in FS Spindler, S. 619 (625) (maßgebend dürfte u.a. das erkennbare tatsächliche oder gänzlich fehlende Kursrisiko sein); Schmitt/Hagen/Lenz, DStR 2010, 735 (737); Ebner, NWB 2010, 342 (345); Bron/Seidel, BB 2009, 2634.
- 97 BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFHE 251, 190 = BStBl. II 2016, 961 (963 mit Zitat) = FR 2016, 369 m. Anm. *Ebel*; BMF, Schr. v. 11.11.2016, BStBl. I 2016, 1324 (1325), (jew. allerdings zur Missbrauchsprüfung "innerhalb" von § 39 Abs. 2 AO).
- 98 Vgl. insofern das Grundlagenurteil des BFH aus dem Jahr 1999 (wiederum im Rahmen von § 39 AO): "Zugleich trug sie ein selbst bei taggleichen Geschäften durchaus realistisches Kursrisiko, war Pfändungszugriffen wie auch Konkursverfall ausgesetzt", BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BFHE 190, 446 = BStBl. II 2000, 527 (530) = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer.
- 99 BFH v. 8.3.2017 IX R 5/16, BFHE 257, 211 = BStBl. II 2017, 930 (932 f.).
- 100 Die gesetzliche Angemessenheit der Gestaltungen wird von den Vertretern der "Legalitätsthese" auch kaum je behauptet; eine Ausnahme bildet Desens, FR 2014, 305 ff.
- 101 Einen aufwendigen Versuch, die Angemessenheit solcher Geschäfte zu begründen, unternimmt allerdings *Desens*, wie zuvor.
- 102 So in der Tat BMF, Schr. v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 (987).
- 103 Danach ist eine Wertpapierleihe über einen "kurzen Zeitraum" und "in jedem Fall eine Haltedauer von weniger als 45 Tagen" missbrauchsindizierend, BMF, Schr. v. 11.11.2016, BStBl. I 2016, 1324; daran wird in BMF, Schr. v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 (987) für die "strukturierte Wertpapierleihe" festgehalten.

226 Abhandlungen StuW 3/2018

Florstedt - Wirtschaftliches Eigentum und Steuerumgehung bei Aktiengeschäften um den Dividendenstichtag

können¹⁰⁴. Beachtliche außersteuerliche Gestaltungsmotive haben danach eine salvierende Wirkung, § 42 Abs. 2 S. 2 AO. Im Kontext des Dividendenstrippings kommt als außersteuerlicher Beweggrund beispielsweise die Stimmrechtsausübung durch den Zwischenerwerber in Betracht¹⁰⁵. Zu denken ist an den Fall, dass der Erwerber schon zuvor Wertpapiere der betroffenen Gesellschaft hielt und seinen Anteil aufstockt. Ein anderer außersteuerlicher Grund kann darin liegen, dass das erhaltene Darlehenskapital "wirtschaftlich, etwa zur Zwischenfinanzierung, genutzt wird"¹⁰⁶. Stets muss eine Erheblichkeitsschwelle überschritten werden¹⁰⁷. In der Mehrzahl der beschriebenen Gestaltungen wird hingegen ein bloßes Steuermotiv bestehen¹⁰⁸.

5. Kritische Würdigung

a) Untergründige Motivbewertung

Es ist für die heutige Steuerrechtswissenschaft typisch, dass Fragen des Gestaltungsmissbrauchs als ein "objektives" Interpretationsproblem begriffen werden, die eigentliche Wertentscheidung aber auch anhand "subjektiver" Kriterien erfolgt. Nach der vorherrschenden sog. Innentheorie, die § 42 AO zur bloßen Auslegungsstütze erklärt, haben Kenntnis- und Vorsatzelemente innerhalb der Missbrauchsprüfung konzeptionell keine Bedeutung¹⁰⁹. Die Aufhebung eines Missbrauchsvorwurfs durch die "außersteuerlichen" Gründe liegt danach in einer dogmatischen Randzone, ohne Relevanz für den eigentlichen Interpretationsprozess, und ist diesem nachgelagert. Sieht man näher hin, bleibt der richterliche Abwägungsvorgang von einer Interdependenz zwischen objektiven und subjektiven Missbrauchskriterien gekennzeichnet110: Besonders deutlich wird dies in der Entscheidung des IX. Senats vom 8.3.2017, in der maßgeblich auf den "wirtschaftlichen Zweck" der Gestaltung, "Kenntnisse" des Gestalters, seine subjektiven Erwartungshaltungen, ein "zielgerichtetes und gemeinsames Vorgehen" bzw. "zielgerichtetes Hinwirken" abgestellt wird¹¹¹. In einem Urteil v. 7.12.2010 hatte derselbe Senat nach der intendierten Wirkung einer Steuergestaltung gefragt, v.a. danach, ob bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen wirtschaftlich eine Veräußerung gewollt war oder nach den Beteiligten nur "formal ein Rechtsträgerwechsel eintreten sollte"112.

Auch in seinem missbrauchsrechtlichen Zurechnungskonzept setzt der I. Senat der Sache nach auf eine Analyse der Beweggründe, wenn es auf die "beabsichtigte Ausübung" der übertragenen Rechte ankommen soll¹¹³. Das ist im Schreiben des BMF vom 17.7.2017 für die Anwendung von § 42 AO übernommen¹¹⁴. Die Verwendung subjektiver Entscheidungskriterien kommt in der Judikatur durchaus öfter vor¹¹⁵. Auch die Wertung, ob verständige Parteien in Anbetracht des tatsächlichen wirtschaftlichen Sachverhalts und der wirtschaftlichen Zielsetzung nicht auf diesem Wege verfahren wären¹¹⁶, stellt letztlich ein Ineinandergreifen subjektiver und objektiver Merkmale dar. Und der "Gesamtplanjudikatur" geht es ebenfalls im Kern darum, Einzelschritte anhand eines zielgerichteten Plans als mehraktige Gestaltungseinheit werten zu können¹¹⁷.

Die Entscheidungsdurchsicht zeigt insgesamt ein richterliches Verständnis auf, bei dem von einer Zurückhaltung gegenüber einer missbrauchsrechtlichen Motivbewertung keine Rede sein kann. Ganz offenbar haben subjektive Wertungskriterien weder

ihre Bedeutung bei der Missbrauchsabwägung verloren noch kommt ihnen eine bloße Rechtfertigungsfunktion zu. Es erfolgt eine Bewertung subjektiver Kriterien, auch wenn sie zum Teil mehr oder weniger "heimlich" vollzogen und zum Teil in neu entwickelte oder auch zweckentfremdete Methodenfiguren ("Gesamtplanrechtsprechung", "missbrauchsverschiebende" Zurechnung) "ausgelagert" wird.

b) Vorrang teleologischer Kriterien

Der Vorwurf einer irregulären Steuerumgehung ist stets angewiesen auf einen wertenden Vergleich eines steuerlich geregelten Sachverhaltes mit einem ungeregelten, wertungsmäßig aber gleich zu behandelnden Sachverhalt. Diese Abwägung erfolgt nicht frei, sondern hat die gesetzlichen Wertungen – der um-

- 104 BFH v. 7.12.2010 IX R 40/09, BFHE 232, 1 = BStBl. II 2011, 427 = FR 2011, 430 (428); Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 42 AO Rz. 274 ff. (Stand Februar 2018).
- 105 Vgl. auch die missbrauchsausschließenden Gründe nach dem I. Senat (zu § 39 AO) BFH v. 18.8.2015 – I R 88/13, BFHE 251, 190 = BStBl. II 2016, 961 (963) = FR 2016, 369 m. Anm. Ebel zur beabsichtigten Ausübung der Verfügungsbefugnis.
- 106 Wie zuvor.
- 107 Vgl. nur BT-Drucks. 16/7036, 24.
- 108 S. auch Spengel, DB 2016, 2988 (2988) (zu Cum/cum-Geschäften) und Schön, RdF 2015, 115 (130 f.) (zu Cum/ex-Geschäften).
- 109 Statt aller Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 42 AO Rz. 272 (Stand Februar 2018) m.w.N. Das Vorliegen der vom BFH jedenfalls unter § 42 AO a.F. geforderten Missbrauchsabsicht wird bei unangemessenen Gestaltungen vermutet (vgl. nur BFH v. 28.1.1992 VIII R 7/88, BFHE 167, 273 = BStBl. II 1993, 84) und hat deswegen wenig Praxisrelevanz, vgl. dazu Klein/Ratschow, AO, 13. Aufl. 2016, § 42 Rz. 73.
- 110 S. dazu Freedman, The Anatomy of Tax Avoidance Counteraction, in de la Feria/Vogenauer (Hrsg.), Prohibition of Abuse of Law, S. 365 (374); Klöpfer, Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht, 2016, S. 155 und demnächst ausführlich Lindermann, Normbehauptung im Steuerrecht durch das europäische Missbrauchsverbot.
- 111 BFH v. 8.3.2017 IX R 5/16, BFHE 257, 211 = BStBl. II 2017, 930 (933).
- 112 BFH v. 7.12.2010 IX R 40/09, BFHE 232, 1 = BStBl. II 2011, 427 (428) = FR 2011, 430.
- 113 BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFHE 251, 190, 195 = BStBl. II 2016, 961 (963) = FR 2016, 369 m. Anm. *Ebel*, s. bereits oben II. 2. c.
- 114 BMF, Schr. v. 17.7.2017, BStBl. I 2017, 986 (987).
- 115 Vgl. bspw. zu sog. Ring-Darlehen, bei denen der BFH auf die von vornherein beabsichtigte Rückgängigmachung der Geschäfte abgestellt hat, BFH v. 31.7.1984 IX R 3/79, BFHE 142, 347 = BStBl. II 1985, 33 (35) = FR 1985, 110; s. auch BFH v. 19.6.1985 I R 115/82, BFHE 144, 264 = BStBl. II 1985, 680 ff. = FR 1985, 595; BFH v. 28.11.1990 X R 109/89, BFHE 163, 264 = BStBl. II 1991, 327 (332).
- 116 BFH v. 16.1.1992 V R 1/91, BFHE 167, 215 = BStBl. II 1992, 541 (542); BFH v. 7.7.1998 - VIII R 10/96, BFHE 186, 534 = FR 1998, 1132 = BStBl. II 1999, 769 (771); so auch FG Nds., DStRE 2015, 280 (285). Maßgeblich ist nach dem BFH, ob die Beteiligten "wirtschaftlich vernünftig" agieren, eine Gestaltung, die "zwangsläufig zu einem wirtschaftlichen Gesamtverlust" führt und "nur durch die Inanspruchnahme steuerlicher Effekte rentierlich werden konnte", sei missbräuchlich, BFH v. 12.7.2012 - I R 23/11, BFHE 238, 344 = BFH/NV 2012, 1901 (1904). In diesem Sinne sei nach dem BFH die Unangemessenheit von Wertpapiergeschäften "jedenfalls dann anzunehmen, wenn für den Steuerpflichtigen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststeht, dass das Geschäft bei Einbeziehung der Vermögensebene zu einem Verlust führt und es sich deshalb ausschließlich im Falle seiner steuerlichen Anerkennung vorteilhaft für ihn auswirken würde. Ein solches Rechtsgeschäft ist unangemessen, weil eine verständige Partei es in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts überhaupt nicht abgeschlossen hätte.", BFH v. 27.7.1999 - VIII R 36/98, BFHE 189, 408 = BStBl. II 1999, 769 (771) = FR 1999, 1323 m. Anm. Fischer. Vgl. ferner BFH v. 8.5.2003 - IV R 54/01, BFHE 202, 219 = BStBl. II 2003, 854 = FR 2003, 1028 (857 f.) (zur Anteilsrotation).
- 117 S. die Nachw. in Fn. 23.

gangenen Norm selbst sowie ihrer Systembezüge - in den Abwägungsprozess miteinzubeziehen. Das ist der richtige Kern eines objektiv-systematischen Problemzugriffs: Die Anwendung spezieller Missbrauchsgebote und die Handhabung des Merkmals des "gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils" muss im Einklang mit dem gesamten Ordnungssystem stehen. Blickt man auf die konkreten Resultate des Systemabgleichs, haben die Merkmale in der gelebten Missbrauchsprüfung ein vielleicht zu großes Gewicht. Die Betrachtung des Aktienhandels um Stichtage legt dies jedenfalls aus zwei Gründen nahe: Die entscheidenden normativen Faktoren sind erstens weder sicherer noch rationaler ermittelbar, als es bei einer Missbrauchsabwägung mit einer offengelegten Wertungsentscheidung anhand objektiver und subjektiver Kriterien der Fall wäre. In Wahrheit begründen auch die "objektiven" und "teleologischen" Postulate einen Zirkel in einer Bewertung von Normzweck und Umweggestaltung, die, wie gesagt, auf weitere Entscheidungsmaßstäbe Bezug nehmen muss, die der Richter bei der Frage, welcher Steuervorteil gesetzlich "vorgesehen" ist und welcher nicht, implizit mitabwägt. Es trifft zweitens nicht zu, dass jede spezialgesetzliche Missbrauchsabwehr sozusagen "im Zweifel" einen Rückgriff auf § 42 AO sperre. Eine solche Zurückdrängung der Auffangfunktion von § 42 AO geht zu weit und zerstört die Durchschlagskraft eines allgemeinen Missbrauchsverbots. Es ist eine unrealistische Annahme, das Rechtsmissbrauchsproblem durch eine immer weiter verfeinerte "Missbrauchsgesetzgebung" mit ständigen Gesetzesanpassungen und -ergänzungen lösen zu können. Das war der richtige Gehalt des seinerseits zu weit geratenen Aufwertungsversuchs in § 42 Abs. 2 AO 2002 sowie von § 42 Abs. 1 S. 2 AO 2008. Die Lösung durch einen "spezialgesetzlichen" Notbehelf in § 36a Abs. 7 EStG kann jedenfalls nicht zufriedenstellen.

c) Immanentes Simulationskonzept

Die Judikatur zum Wertpapierhandel ist hinsichtlich des Missbrauchsverbots einzelfallbezogen, eine klare Fallgruppenbildung steht aus. Als gesicherten Falltypus von unangemessenen Aktientransaktionen wird man im Grunde nur solche mit Scheingeschäftscharakter ansehen können. Das lenkt den Blick auf § 41 Abs. 2 AO. Nach der ganz vorherrschenden, auf *Enno Becker* zurückgehenden¹¹⁸ Sichtweise ist wie bei § 117 BGB auch für das Steuerrecht entscheidend, ob die Rechtsfolgen gewollt sind¹¹⁹. Das war bei den hier behandelten Fällen des Aktienhandels der Fall, da die Beteiligten den rechtsförmigen Erwerb zur Erlangung einer Anrechnungsbefugnis anstrebten¹²⁰.

Zu einer Fortentwicklung dieser streng zivilrechtsakzessorischen Scheingeschäftskonzeption zugunsten eines wirtschaftlichen Ansatzes, wie sie bei § 39 AO erfolgte, ist es bislang nicht gekommen¹²¹. Deswegen können einfache Grundsachverhalte von beidseitig-gewollten substanzlosen Gestaltungen von einer steuerrechtlichen Scheingeschäftslehre nicht im Rahmen von § 41 Abs. 2 AO erfasst werden. Der Simulationsgedanke ist aber, wie die Rechtsprechungsanalyse zeigt, ein ganz wesentliches Moment der substanzorientierten Steuerrechtsanwendung. Dennoch findet der Gedanke bislang nur als Fallgruppe der Missbrauchstypologie – also gleichsam "innerhalb" von § 42 AO – einen legitimen Platz. Dadurch entstehen gemischte und in sich verschachtelte Prüfungsprogramme und letztlich gerät das dogmatische System der steuerrechtlichen Anwendungsinstrumente durcheinander¹²².

d) Zwischenfazit

Die Art der Rechtsanwendung, durch die ein als steuerwürdig erachteter Sachverhalt einem steuergesetzlichen Normbefehl zugeordnet wird, ist offenbar kein rechtsmethodischer Schmuck, sondern eine Schlüsselfrage der Durchsetzung von Kapitalertragsbesteuerung. Es kommt dabei auch darauf an, wie die einzelnen Anwendungsmethoden aufeinander abgestimmt sind. Schaut man auf methodische Probleme, wie sie sich beim Anteilshandel um Stichtage exemplarisch zeigten, scheint diese Abstimmung aus dem Blick geraten zu sein. Die vorstehenden Überlegungen zum Aktienhandel um Stichtage haben gezeigt, dass eine verzerrende Missbrauchskonzeption die Ursache dafür ist, dass Wertungselemente in die Zurechnungskonzeption eingegliedert oder in neue Dogmenfiguren ("Gesamtplanrechtsprechung") verschoben werden. Das ist ein prekärer Zustand, der zeigt, dass es einer vorhersehbaren und rationaleren Methode der Missbrauchsabwehr durchaus noch

IV. Zusammenfassende Schlussbemerkung: Für eine substanzorientierte Rechtsanwendung, aber wie?

Welche Folgerungen ergeben sich aus dem Vorstehenden? Angesichts der Vielzahl der berührten Fragen sollen nur zwei Kernpunkte zusammenfassend hervorgehoben werden.

1. Nicht durch Denaturierung der Zurechnungslogik

Die Indienstnahme von § 39 AO zu Zwecken der Missbrauchsabwehr erscheint insgesamt als Fehlentwicklung. In Wahrheit sollen Anwendungsprobleme eines "objektiven" Missbrauchsverbots ausgeglichen werden, wenn der I. Senat das gesetzliche Zuordnungskonzept von § 39 AO öffnet und erweitert. Man sollte auf abstrakte Zuordnungsvorgaben nicht verzichten, indem man das "wirtschaftliche" Eigentum zum "Arbeitsbegriff" (Fischer)¹²³ oder gar zur offenen Ersatzmissbrauchsklausel (wie der I. Senat) abwertet. Die wesentliche Frage, wie dann die Befugnisse des steuerrechtlichen Eigentümers noch gefasst werden können, lässt sich nicht einfach durch Rückgriff auf einen Ähnlichkeitsvergleich oder eine Einlagerung missbrauchstypischer Kriterien "innerhalb" von § 39 AO vermeiden, solange die Rechtssicherheit der Zuordnungsverhältnisse noch ein Ziel sein soll.

 $^{118\,}$ Bank-Archiv 1919/1920, S. 14 (zu nicht vollzogenen Verträgen als Problem der Gesetzesumgehung).

 ¹¹⁹ Vgl. nur BFH v. 12.7.1991 – III R 47/88, BFHE 165, 498 = BStBl. II 1992,
 143 = FR 1992, 75; BFH v. 20.5.1998 – III B 9/98, BFHE 186, 236 =
 BStBl. II 1998, 721 = FR 1998, 948; ausf. Walz, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, S. 228 ff.

¹²⁰ Vgl. Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 41 AO Rz. 208 (Stand Februar 2018).

¹²¹ Entsprechende Vorschläge, z.B. von Hahn, DStZ 2000, 433 ff. konnten sich nicht durchsetzen; kritisch an der Handhabung von § 41 Abs. 2 AO durch die h.M. bereits Walz, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, S. 229.

^{122 § 42} AO wird "innerhalb" spezialgesetzlicher Missbrauchsnormen (so etwa *Gosch* in Gosch, KStG, § 8b Rz. 650 (zu § 8b Abs. 10 KStG), s. auch *Gosch*, BFH/PR 2016, 105 sowie von § 39 AO (Fn. 67) geprüft, ein weit verstandener § 41 Abs. 2 AO "innerhalb" von § 42 AO u.s.f.

¹²³ Fischer in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 39 AO Rz. 1 (Stand Februar 2018)

2. Sondern durch Präzisierung des Missbrauchsverbots

Die Befassung mit dem Aktienhandel um Stichtage hat auf drei Entwicklungsmöglichkeiten des Missbrauchsverbots hingewiesen, die einander ergänzen können.

Erstens: Die Durchsicht des vorhandenen "Rechtsprechungsstoffs" zeigt, dass die Prüfung der Gestaltungs- und Handlungsmotive in Wahrheit ein ständiger Topos in der Gerichtspraxis ist. Was bedeutet dies für die Handhabung von § 42 AO? Anwendungsrationalität kann nicht durch Abschneiden bestimmender Wertungskriterien erzielt werden. Vielmehr müsste die Konzeption des Missbrauchsverbots die wahren Wertungskriterien in das Abwägungsprogramm "zurückholen". Es geht dabei nicht um eine Bewertung der Missbrauchsabsicht, die eine Berufung auf fehlende Rechtskunde oder Irrtümer ermöglichen würde¹²⁴, und auch nicht um die Zweck-Mittel-Relation, wie sie in der Judikatur zur Beschreibung schädlicher "Ungewöhnlichkeit" vorkommt und letztlich doch den Fremdvergleich meint¹²⁵, sondern: Die geplante Zusammenarbeit der Parteien und der erstrebte Steuervorteil werden als wichtiger und legitimer Wertungsgesichtspunkt in die Angemessenheitsprüfung eingestellt. Die unangemessene Gestaltung ist, anders gesagt, durch eine Synthese objektiver und subjektiver Wertungsgesichtspunkte gekennzeichnet¹²⁶.

Zweitens: Neben der Akzeptanz der subjektiven Missbrauchselemente als Teil der wertenden Abwägung fehlt es an einem methodenklaren Abwägungskonzept. Will man sich nicht mit Einzelfalldenken begnügen, ginge es um die Herausbildung einer missbrauchsrechtlichen Abwägungslehre, ganz ähnlich, wie es bei Norm- und Wertkollisionen im Grundrechtsbereich bekannt ist¹²⁷. Auch wäre der Versuch lohnenswert, abstrakte Leitlinien für typische "Kollisionsfälle" zu benennen. Dazu gehören in erster Linie Regeln für die Grenzzone der atypischen und substanzarmen Wirtschaftsaktivitäten¹²⁸.

Drittens: Eine bereitwillig schnell angenommene Sperrwirkung spezieller "Missbrauchsgesetze" oder eine entlastende Vorteilsregel hemmt die Missbrauchsabwehr erheblich. Der Rückblick auf die "saisonale Aktienarbitrage" in den letzten zehn Jahren zeigt, wie nah man davor steht, dass insbesondere der salvierende "Steuervorteil" faktisch nur aus der Ausnutzung von "Systembrüchen und Unabgestimmtheiten des materiellen Steuerrechts" folgt¹²⁹. Nimmt man auf dieser Ebene (d.h. bei der Sperrwirkung und beim "Steuervorteil") keine Präzisierung und Eingrenzung vor, verliert das Missbrauchsverbot, das insbesondere auch bei unklarer oder geänderter Rechtslage ein Schutz der Steuernormen sein soll, mit zunehmender Normierungsdichte seine Bedeutung. Es kann seine Widerstandsfähigkeit nur und eventuell durch richterlichen Entscheid zurückerlangen, der Jahre später und oft - wie selbst bei den Cum/ex-Fällen bis zur Stunde! - gar nicht erfolgt.

V. Ausblick

Damit ist auf die aus Anlass der Umsetzung von Art. 6 ATAD zu diskutierende Frage zurückzukommen, welche Bedeutung das allgemeine Missbrauchsverbot in Zukunft einnehmen sollte. Es mag sein, dass die mindestharmonisierenden, vom deutschen Recht beeinflussten und letztlich ihrerseits ambivalenten Richtlinienvorgaben selbst keinen Anpassungsbedarf bei § 42 AO bewirken¹³⁰. Durch die Bezugnahme auf die "Ziele oder Zwecke des geltenden Steuerrechts" bleibt die "innentheoretische" Missbrauchskonzeption sicherlich weiter möglich, wenn auch zu Lasten eines in europäischer Rechtsprechung vorherrschenden Methodenbewusstseins¹³¹. Welche harmonisierende Wirkung dann noch von Art. 6 ATAD ausgehen kann, wird sich zeigen¹³². Die Befassung mit Cum/ex- und Cum/cum-Fällen legt jedenfalls noch eine andere Sichtweise frei: Im Gesamtblick auf die Anwendungsresultate von § 42 AO – nicht die jeweiligen Einzelkriterien - zeigen sich Wirkungsdefizite, die eine Neubewertung des Verhältnisses von Gestaltungssicherheit und der gebotenen Missbrauchsabwehr überlegenswert erscheinen lassen. An diesem Punkt kann für die weitere Präzisierung von § 42 AO in Zukunft das europäische Missbrauchsverbot, das in den letzten Jahren an Bedeutung und Kontur gewonnen hat, durchaus einen diskussionswürdigen Orientierungspunkt geben. Denn der Standpunkt des EuGH hinsichtlich der Missbrauchskriterien ist, grob vereinfacht, dass substanzlose Gestaltungen und Wirtschaftsaktivitäten nicht von den Freiheitsgarantien gedeckt sind¹³³. Also: kein absoluter Vorrang "objektiver" einzelgesetzlicher Wertungen, sondern ein prinzipieller und wirksamer Rechtfertigungsdruck bei "künstlichen" Gestaltungen. Die (wirtschaftliche) "Substanzanalyse", nicht die (rechtliche) Systemanalyse, ist der Kern der Missbrauchsprüfung. Das mag man in den nationalen Steuerrechten, in denen die Missbrauchsabwehr primär "nur" die Fiskalinteressen schützt, nicht unbesehen übertragen können. Wer aber eine Aufwertung des Missbrauchsverbots anstrebt, kommt nicht umhin, über diesen Aspekt des Missbrauchskonzepts erneut nachzudenken. Die Erfahrungen mit der "saisonalen Aktienarbitrage" seit dem JStG 2008 geben durchaus Anlass, eine solche Aufwertung von § 42 AO wieder in Betracht zu ziehen.

¹²⁴ Zu diesem Merkmal vgl. Fn. 110.

¹²⁵ S. dazu nur *Fischer* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 42 AO Rz. 93 (Stand Februar 2018) m. Nachw.

¹²⁶ Vgl. dazu, dass eine solche Abwägung objektiver und subjektiver Kriterien seit längerem der Judikatur des EuGH entspricht z.B. *Cordewener*, EC Tax Re. 23 (2017), 60 (62 f.); *Weber*, Eur. Tax'n, 2013, 251 (313) und näher *Florstedt*, FR 2016, 1 (3 ff. und 8 ff.).

¹²⁷ Überblick zu diesem Strang der Methodenlehre bei *Rückert*, JZ 66 (2011),

¹²⁸ Im Sekundärrecht, aber auch in der Judikatur des EuGH gibt es bereits für die Herausbildung solcher Leitlinien ein reiches Anschauungsmaterial, vgl. dazu die Nachw. in Fn. 127.

¹²⁹ Zit. bei Wendt, DStJG 2010, 117 (130 f.); vgl. auch Mack/Wollweber, DStR 2008, 182 (185).

¹³⁰ Bislang wird kein nationaler Umsetzungsbedarf für das deutsche Recht hinsichtlich Art. 6 ATAD gesehen, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ DE/NIM/?uri=CELEX:32016L1164; auf dieser Linie auch Hey, StuW 2017 248 (263); Rautenstrauch/Suttner, BB 2016, 2391 (2396).

¹³¹ Siehe dazu sogleich im Text.

¹³² Skeptisch etwa Hey, StuW 2017, 248 (258 ff.).

¹³³ Vgl. die Nachw. in Fn. 29; näher auch Florstedt, FR 2016, 1 (8 f.).

Verena K. Dutt/Prof. Dr. Christoph Spengel/Heiko Vay, alle Mannheim*

Dividendenstripping durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte - Analyse aktueller Entwicklungen

Inhaltsübersicht

- I. Fragestellungen
- II. Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf
 - 1. Begrifflichkeit und Funktionsweise
 - 2. Steuerrechtliche Würdigung
 - 3. Gegenmaßnahmen durch die Politik
 - 4. Schätzung des potentiellen Steuerausfalls
- III. Cum/Cum-Geschäfte
 - 1. Begrifflichkeit und Funktionsweise
 - 2. Steuerrechtliche Würdigung
 - 3. Gegenmaßnahmen durch die Politik
 - 4. Schätzung des potentiellen Steuerausfalls

IV Fazit

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf bezweckten eine mehrfache Erstattung von nur einmal gezahlter Kapitalertragsteuer. Das war illegal und ist mittlerweile Gegenstand zahlreicher staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsverfahren. Seit dem Jahr 2012 sind Mehrfacherstattungen von einmal gezahlter Kapitalertragsteuer abwicklungstechnisch nicht mehr möglich. Cum/Cum-Geschäfte dagegen umgehen die beschränkte Steuerpflicht von Dividenden in Deutschland. Per se ist diese Form des Dividendenstripping nicht illegal. Es ist allerdings zu prüfen, ob diese Geschäfte im Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) sowie anschließend des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) anzuerkennen sind. Das rückwirkende Aufgreifen bereits getätigter Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf und von Cum/Cum-Geschäften durch die Finanzverwaltung ist nicht transparent. Der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland aus solchen Aktientransaktionen entstanden ist, ist Schätzungen zufolge immens. Der Beitrag beleuchtet die Situation und zeigt ein Kollektivversagen der gesetzgeberisch verantwortlichen Akteure auf.

Cum/ex and cum/cum deals aimed at achieving a multiple refund of withholding tax on dividends paid only once and at avoiding the limited tax liability of dividends, respectively. In future years, amendments in tax law shall prevent, or at least impede, these practices. The retroactive taking up of past transactions by both the legislator and the tax administration, however, lacks transparency. Estimations suggest that the loss in tax revenues arising from these deals is enormous. Our contribution displays fundamental errors in tax legislation and tax enforcement in Germany.

I. Fragestellungen

Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf und Cum/Cum-Geschäfte bezeichnen Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag, die eine Ersparnis bzw. sogar eine mehrfache Erstattung von Kapitalertragsteuer bezwecken sollten. Dieses sog. Dividendenstripping ist seit den 90-Jahren des vorherigen Jahrhunderts bekannt und in den vergangenen Jahren zunehmend in den Fokus von Öffentlichkeit und Politik geraten. Während die Zahl der bekannt gewordenen Einzelfälle stetig zunimmt, ist der Steuerschaden, der der Bundesrepublik Deutschland hieraus entstanden ist, weiterhin ungewiss; er dürfte Schätzungen zufolge im zweistelligen Milliardenbereich liegen. Es wurde häufig der Eindruck erweckt, dass es sich bei diesen Geschäften um legale Steuerplanung handelt. Bei Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf ist allerdings das Gegenteil der Fall; man ist hier einem Netzwerk von bandenmäßigen Betrügern aufgesessen, die Grenzen der Legalität wurden stets überschritten. Es handelt sich in den bekannt gewordenen Fällen um Steuerziehung i.S.v. § 370 AO; die flächendeckenden staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren sind mittlerweile in vollem Gang. 1 Cum/ Cum-Geschäfte sind dagegen nicht per se illegal und deswegen nicht unmittelbar mit Cum/Ex-Geschäften in der Variante des Leerverkaufs vergleichbar. Allerdings ist deren Anerkennung im konkreten Einzelfall am Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 AO) bzw. - falls wirtschaftliches Eigentum übergegangen sein sollte - unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs (§ 42 AO) zu prüfen. Das rückwirkende Aufgreifen bereits getätigter Fälle des Dividendenstripping ist intransparent und zeugt von fachlichem Fehlverhalten, einer mangelhaften Compliance-Struktur in der Finanzverwaltung sowie dem offensichtlichen politischen Willen, einen enormen finanziellen Schaden vom tief in diese Transaktionen verstrickten deutschen Bankensektor fernzuhalten. Hier ist eindeutiges Fehlverhalten zu Lasten des Rechtsstaats festzustellen. Der in der alphabetischen Reihenfolge in der Mitte genannte Mitverfasser des Beitrags war Sachverständiger und Gutachter für den Cum/Ex-Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestags.

- * Verena K. Dutt ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) GmbH, Mannheim. Prof. Dr. Christoph Spengel ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II an der Universität Mannheim, Research Associate am Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) GmbH, Mannheim und Direktor des Mannheim Taxation Science Campus (MaTax). Heiko Vay ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre II an der Universität Mannheim. Wir danken dem Leibniz WissenschaftsCampus MaTax für finanzielle Förderung.
- 1 Vgl. Votsmeier/Iwersen, 2018.

Dutt/Spengel/Vay - Dividendenstripping durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte - Analyse aktueller Entwicklungen

Der Beitrag geht knapp auf die rechtliche, sorgfältige Aufbereitung der Dividendenstrippingfälle ein, beurteilt die seitens der Politik ergriffenen Gegenmaßnahmen und legt aktuelle Zahlen zur Schätzung des potentiellen Steuerausfalls dar. Cum/Exund Cum/Cum-Geschäfte werden aufgrund ihrer unterschiedlichen Ausgestaltung und Anreize jeweils getrennt betrachtet.

II. Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf

1. Begrifflichkeit und Funktionsweise

Bei Cum/Ex-Geschäften handelt es sich um Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag, bei denen die Veräußerung bzw. der Erwerb von Aktien mit (cum) Dividendenanspruch und die Lieferung der Aktien nach dem Stichtag ohne (ex) Dividende erfolgt. Ein solches Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft ist möglich, da die Börsenbedingungen in Deutschland eine Erfüllung von Börsentransaktionen in der Regel am zweiten Tag nach Geschäftsabschluss vorsehen und sich die Lieferverpflichtung nach dem Tag des Geschäftsabschlusses richtet. Cum/Ex-Transaktionen können in Gestalt von Inhaber- und Leerverkäufen auftreten. Im Fall von Inhaberverkäufen ist der Verkäufer selbst zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien. Bei Leerverkäufen dagegen gehören die Aktien bei Geschäftsabschluss einem Dritten (dem Aktieninhaber).

Cum/Ex-Leerverkäufe wurden unter der bis 2011 gültigen Rechtslage dazu genutzt, eine vielfache Anrechnung von nur einmal gezahlter Kapitalertragsteuer zu erlangen.² Die Fälle sind typischerweise so gestaltet, dass ein Leerverkäufer (LV) Aktien am Stichtag der Hauptversammlung an einen Leerkäufer (LK) verkauft, wobei sich der Kaufpreis nach dem Wert der Aktien inklusive des Dividendenanspruchs richtet. Die Lieferung der Aktien hat nach den Börsenbedingungen erst zwei Tage später zu erfolgen. Am Dividendenstichtag ist nicht der LV zivilrechtlicher Eigentümer der Aktien, sondern ein Dritter (Inhaber I). Dieser vereinnahmt die Nettodividende und erhält von seiner Depotbank eine Steuerbescheinigung. Der LV muss sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung nach dem Stichtag die Aktien von I besorgen und liefert sie (ohne Dividende) an den LK. Darüber hinaus schuldet der LV dem LK eine Zahlung in Höhe der Dividende (sog. Dividendenkompensationszahlung), da er sich zur Lieferung von Aktien mit Dividendenanspruch verpflichtet hat, dies aber nicht erfüllen kann. Die Clearstream Banking AG, die die Dividendenregulierung deutscher Aktien durchführt, zieht hierzu von der Bank des LV die Nettokompensationszahlung ein und überweist sie an die Bank des LK. Diese stellt dem LK eine Steuerbescheinigung aus, mit der der LK im Rahmen seiner Veranlagung eine Anrechnung von Kapitalertragsteuer erwirkt. Die Bank des LV jedoch hatte bis einschließlich 2006 generell keine Kapitalertragsteuer auf die Kompensationszahlung einzubehalten. Ab 2007 wurde zwar eine gesetzliche Verpflichtung zum Steuereinbehalt eingeführt, allerdings nur für inländische Depotbanken.

Im Ergebnis führte die beschriebene Gestaltung (bis 2006 generell und ab 2007 bei Einschaltung einer ausländischen Depotbank des LV) dazu, dass nur einmal durch den Emittenten der Aktien Kapitalertragsteuer abgeführt wurde, aber sowohl dem I als auch dem LK Bescheinigungen erteilt wurden und eine Steueranrechnung gewährt wurde. Die beteiligten Akteure

konnten so erhebliche Steuervorteile zu Lasten des deutschen Fiskus erzielen. Mit Einführung des sog. Zahlstellenprinzips ab 2012³ wurde diesen Geschäften schließlich die Grundlage entzogen.

2. Steuerrechtliche Würdigung

Die steuerrechtliche Kernfrage bei Cum/Ex-Transaktionen mit Leerverkauf ist, ob der Leerkäufer zur Anrechnung von Kapitalertragsteuer berechtigt war.⁴ Nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG a.F. setzt die Steueranrechnung voraus, dass der Leerkäufer (1) Einkünfte erzielt, die bei der Veranlagung erfasst sind, oder Dividenden bzw. gleichgestellte Bezüge i.S.v. § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b Abs. 1 KStG, (2) auf diese Einkünfte oder Bezüge ein Steuerabzug vorgenommen wurde, und (3) dem Leerkäufer hierüber eine Bescheinigung ausgestellt wurde, die dieser dem Finanzamt vorlegt. Dividenden erzielt nach § 20 Abs. 2a EStG a.F.5 nur der Anteilseigner, d.h. der wirtschaftliche Eigentümer der Anteile (§ 39 AO) am Dividendenstichtag. Da der Leerkäufer mit dem Aktieninhaber in keinerlei Vertragsbeziehung steht, kann er diesen nicht von der tatsächlichen Sachherrschaft über die Anteile ausschließen. Folglich ist der Aktieninhaber am Stichtag zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Eigentümer der Anteile und Bezieher der Dividende.6

Bei der Dividendenkompensationszahlung handelt es sich nicht um eine Dividende i.S.v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, sondern um einen Schadensersatz, den der Leerkäufer stattdessen erhält. Diese Zahlung war bis 2006 gesetzlich nicht geregelt; seit 2007 ist sie nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 4 EStG per Fiktion den Dividenden gleichgestellt. Eine Steueranrechnung des Leerkäufers scheitert bei den kritischen Cum/Ex-Transaktionen jedenfalls daran, dass auf die Kompensationszahlung kein Steuerabzug vorgenommen wurde: Bis einschließlich 2007 bestand mangels gesetzlicher Erfassung dieser Zahlung generell keine Pflicht zum Steuereinbehalt. Ein Kapitalertragsteuerabzug erfolgte nur auf die Dividende, die der Inhaber erzielt. Die in 2007 eingeführte Verpflichtung zum Steuerabzug nach § 44 Abs. 1 S. 3 EStG a.F. gilt nur für inländische Depotbanken. Bedienten sich die Leerverkäufer ausländischer Depotbanken, waren diese nicht von der Neuregelung erfasst. Zudem sind Fälle bekannt, in denen inländische Depotbanken entgegen ihrer Verpflichtung keinen Steuerabzug vorgenommen haben. In allen diesen Konstellationen ist der Leerkäufer nach § 36 Abs. 2 Nr. 2

² Für eine detaillierte Beschreibung der Funktionsweise und finanziellen Anreize von Cum/Ex-Transaktionen vgl. *Spengel*, 2016a, S. 4, 13–18.

³ OGAW-IV-UmsG v. 22.6.2011, BGBl. I 2011, 1126. Vgl. hierzu auch Gliederungspunkt II.3.

⁴ Die nachfolgende rechtliche Würdigung basiert auf Spengel, 2016a, S. 64–88 sowie Spengel/Eisgruber, 2015, S. 787–795. Zur a.A. vgl. u.a. Berger/Matuszewski, 2011, S. 3097–3104; Desens, 2014a, S. 154–165.

^{5 § 20} Abs. 5a EStG in der aktuellen Fassung.

⁶ Aus dem Urteil des BFH v. 15.12.1999 – I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer ergibt sich nichts Anderes. Der BFH hat lediglich entschieden, dass im Falle eines Inhaberverkaufs wirtschaftliches Eigentum aufgrund der Börsenusancen bereits mit Vertragsabschluss (d.h. zwei Tage vor der Erfüllung) übergehen kann. Hieraus ergeben sich aber keine Schlussfolgerungen für Gestaltungen mit Leerverkäufen. Vgl. hierzu auch die Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/13638, 10 f.

EStG a.F. nicht zur Steueranrechnung berechtigt.⁷ Die hier vertretene Auffassung entspricht im Übrigen auch der aktuellen (finanz-)gerichtlichen Rechtsprechung, die in mehreren Fällen von Cum/Ex-Leerverkäufen den Leerkäufern die begehrte Kapitalertragsteueranrechnung versagt hat.⁸

Ausgehend von diesem Ergebnis stellt sich die Frage, wie die Finanzbehörden die beschriebenen Fälle aufgreifen und die unrechtmäßig gewährten Steuervorteile zurückerlangen können. Hier kommt zunächst eine Rückgängigmachung der Steueranrechnung in der Veranlagung des Leerkäufers in Betracht, soweit noch keine Verjährung eingetreten ist. Sofern das Vorgehen des Leerkäufers als Steuerhinterziehung i.S.v. § 370 AO zu beurteilen ist, verlängern sich Festsetzungs- und Zahlungsverjährung entsprechend § 169 Abs. 2 S. 2 AO und § 228 S. 2 AO. Ob der subjektive Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllt ist, muss im jeweiligen Einzelfall geprüft werden.9 Die hohe Anzahl an Ermittlungsverfahren der Strafverfolgungsbehörden¹⁰ und die Ablehnung einer Verfassungsbeschwerde gegen Durchsuchungs- und Beschlagnameanordnungen durch das BVerfG11 sprechen jedenfalls dafür, dass dies in einigen Fällen gegeben sein könnte. Darüber hinaus können die Steuerbehörden die Depotbanken der Leerkäufer nach § 45a Abs. 7 EStG in Haftung nehmen, soweit diese unrechtmäßig Kapitalertragsteuerbescheinigungen ausgestellt haben. Dies betrifft Gestaltungen bis 2006 generell sowie ab 2007 Konstellationen unter Einschaltung ausländischer Depotbanken auf Seiten der Leerverkäufer.12

Schließlich kommt ab 2007 auch eine Haftung der Depotbanken der Leerverkäufer nach § 44 Abs. 5 EStG in Betracht, soweit diese trotz bestehender Verpflichtung keine Kapitalertragsteuer an das Finanzamt abgeführt haben. Hier sind zum einen Fälle bekannt geworden, in denen die Dividendenkompensationszahlung zwar letztlich von einer inländischen Depotbank abgebucht wurde, aber die beteiligten Akteure argumentierten, es handle sich nicht um das den Verkaufsauftrag ausführende Kreditinstitut i.S.v. § 44 Abs. 1 S. 3 EStG a.F.13 Zum anderen war es wohl auch gängige Praxis, dass inländische Depotbanken der Leerverkäufer keine Kapitalertragsteuer einbehielten mit der Begründung, die Leerverkäufe seien durch gegenläufige Leerkäufe mit gleichen Handels-, Valuta- und Lieferdaten gedeckt.14 In beiden beschriebenen Fallkonstellationen ist der Verzicht auf den Steuereinbehalt als rechtswidrig zu beurteilen¹⁵, sodass die Depotbanken der Leerverkäufer nach § 44 Abs. 5 EStG in Haftung genommen werden können. Im Regelfall wird eine vorrangige Inanspruchnahme der inländischen Depotbank vor einer Rücknahme der Steueranrechnung beim Leerkäufer ermessensgerecht sein, da der Leerkäufer grundsätzlich von einem regelgerechten Steuerabzug ausgehen durfte.¹⁶

3. Gegenmaßnahmen durch die Politik

Die Finanzverwaltung wurde spätestens im Jahr 2002 durch ein Schreiben des Bundesverbandes deutscher Banken¹⁷ auf Probleme im Zusammenhang mit dem Einbehalt bzw. der Anrechnung von Kapitalertragsteuer bei Cum/Ex-Transaktionen aufmerksam gemacht. Der Bankenverband regte in diesem Schreiben an, inländische Depotbanken der Leerverkäufer per gesetzlicher Neuregelung zum Kapitalertragsteuerabzug auf die Kompensationszahlungen zu verpflichten, um den Steueranspruch des Fiskus sicherzustellen. Nicht erfassbar seien hingegen Leer-

verkäufe über ausländische Depotbanken. Es dauerte jedoch ganze vier Jahre, bis der Vorschlag durch die Gesetzgebung aufgegriffen und im Rahmen des Jahressteuergesetzes (JStG) 2007¹⁸ umgesetzt wurde. Die Regierungsbegründung enthält nahezu wortgleich eine Passage aus dem Schreiben des Bankenverbandes mit der irrigen Rechtsauffassung, es komme bei Cum/Ex-Leerverkäufen zu einer Vervielfachung des (wirtschaftlichen) Eigentums und es bestehe insoweit eine Gesetzeslücke.¹⁹ Trotz des Hinweises des Bankenverbandes wurde keine Regelung getroffen, um die Fallgestaltungen unter Einschaltung ausländischer Depotbanken zu unterbinden.

Mit Schreiben v. 5.5.2009²⁰ hat das Bundesministerium der Finanzen (BMF) diese Problematik aufgegriffen. Um Steuerausfälle zu vermeiden, wurde bei Einschaltung einer ausländischen Depotbank des Leerverkäufers die Steueranrechnung beim Leerkäufer von der Vorlage einer sog. Berufsträgerbescheinigung abhängig gemacht. Darin musste ein Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater bescheinigen, dass es keine Indizien für Absprachen zwischen Leerverkäufer und Leerkäufer gebe. Auch diese Verwaltungsanweisung suggerierte wieder, dass es eine Gesetzeslücke gebe und die mehrfache Anrechnung einmal gezahlter Kapitalertragsteuer bei Vorlage der Bescheinigung möglich sei. Die an Cum/Ex-Geschäften beteiligten Akteure dürfte dies zur Vornahme weiterer Transaktionen insbesondere über die Börse ermutigt haben, da hier Absprachen schwer nachzuweisen sind.

Effektiv unterbunden wurden die Cum/Ex-Gestaltungen erst mit der Einführung des Zahlstellenprinzips durch das OGAW-IV-Umsetzungsgesetz mit Wirkung zum 1.1.2012, das Einbehalt, Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer in der Hand des depotführenden Kreditinstituts vereinigte.²¹ Eine Korrektur des auf Seiten der Regierung lange Zeit vorherrschenden falschen Verständnisses der Vervielfältigung wirtschaftlichen Eigentums ist erst 2013 im Rahmen einer Antwort auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen²²

- 7 So auch BT-Drucks. 18/12700, 325–326; Schön, 2015, S. 121–125; Bruns, 2012, S. 233–236. Zur Diskussion um die Voraussetzung des wirtschaftlichen Eigentums und das Tatbestandsmerkmal des Steuerabzugs vgl. Spatscheck/Spilker, 2016; Eisgruber/Spengel, 2017; Spatscheck/Spilker, 2017.
- 8 Vgl. FG Hessen v. 8.10.2012 4 V 1661/11, EFG 2013, 47; OLG Köln v. 11.12.2014 7 U 23/14, juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324; FG Hessen v. 10.2.2016 4 K 1684/14, EFG 2016, 761; FG Hessen v. 10.3.2017 4 K 977/14, EFG 2017, 656.
- 9 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 326.
- 10 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 326, 379.
- 11 BVerfG v. 2.3.2017 2 BvR 1163/13, BFH/NV 2017, 1150.
- 12 Vgl. hierzu Spengel, 2016a, S. 100-101.
- 13 Vgl. Spengel, 2017a, S. 548; FG Hessen v. 8.10.2012 4 V 1661/11, EFG 2013. 47.
- 14 Vgl. FG Hessen v. 10.2.2016 4 K 1684/14, EFG 2016, 761; FG Hessen v. 10.3.2017 4 K 977/14, EFG 2017, 656.
- 15 Vgl. hierzu im Detail Spengel, 2017a, S. 549-552.
- 16 Vgl. Jehke/Blank, 2017, S. 905-912; Spengel, 2017a, S. 552-553.
- 17 Bankenverband, 2002.
- 18 JStG 2007 v. 13.12.2006, BGBl. I 2007, 2878.
- 19 Vgl. BT-Drucks. 16/2712, 47.
- 20 BMF v. 5.5.2009 IV C 1 S 2252/09/10003, BStBl. I 2009, 631.
- 21 § 44 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 EStG i.d.F.d. OGAW-IV-UmsG v. 22.6.2011, BGBl. I 2011, 1126.
- 22 BT-Drucks. 17/13638, 10 f.

erkennbar. Das BMF hat mit Schreiben v. 24.6.2015²³ schließlich klargestellt, dass der Leerkäufer zum Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses noch kein wirtschaftliches Eigentum erlangen kann; dieses Schreiben ist allerdings nach wie vor noch nicht im Bundessteuerblatt veröffentlicht.

Nach mehreren Presseberichten über Steuerausfälle durch Cum/Ex-Transaktionen wurde auf Initiative der Oppositionsfraktionen Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen am 19.2.2016 die Einsetzung eines Untersuchungsausschusses (UA) des Bundestags beschlossen. Der UA sollte insbesondere untersuchen, inwiefern es durch ein etwaiges Fehlverhalten von Regierungsbehörden zu unberechtigten Steueranrechnungen und -erstattungen gekommen ist.²⁴ Am 20.6.2017 wurde der Abschlussbericht vorgelegt.²⁵ In seiner rechtlichen Beurteilung hat sich der UA der ständigen (finanz-)gerichtlichen Rechtsprechung und der auch hier vertretenen Auffassung angeschlossen, dass es zu keiner Zeit eine Gesetzeslücke gab und die mehrfache Anrechnung nur einmal abgeführter Kapitalertragsteuer rechtswidrig war.²⁶ Das Handeln des Bankenverbandes - insbesondere das Schreiben an das BMF in 2002 - beurteilt der UA "eher als Beitrag zu den Ursachen denn als Beitrag zur Lösung des Problems"27. Die internen Kontrollmechanismen der Banken hätten versagt. Zudem weist der UA darauf hin, dass sich Rechtsanwälte und Steuerberater aktiv an der Verschleierung von Cum/Ex-Geschäften beteiligt haben, und dass mehrere Steuerrechtsprofessoren mitunter im Auftrag der beteiligten Akteure Gutachten und Fachaufsätze zur Begründung der Rechtmäßigkeit von Cum/Ex-Geschäften verfasst haben.²⁸

Ein Fehlverhalten der Finanzverwaltung vermag das Mehrheitsvotum des UA nicht zu erkennen. So habe das BMF aus dem Schreiben des Bankenverbandes 2002 die Brisanz der Problematik nicht erkennen können.²⁹ Den Finanzbehörden hätten zum Zeitpunkt der Konzeption des JStG 2007 nach wie vor keine Erkenntnisse über konkrete Cum/Ex-Gestaltungen vorgelegen; durch die bewusste Verschleierung der Geschäfte hätten die Finanzbehörden keine Gelegenheit gehabt, etwa im Rahmen von verbindlichen Auskünften die Transaktionen vorab zu prüfen.³⁰ Zwar hat der UA mit seinen detaillierten Feststellungen zur Personalie Arnold Ramackers die intensive Verstrickung zwischen Banken-Lobby und Finanzverwaltung dokumentiert.31 Zur nahezu wortgleichen Übernahme des Schreibens des Bankenverbandes in die Gesetzesbegründung hält der UA jedoch nur lapidar fest: "Derartige Eingaben sind parlamentarischer Alltag."32

Der UA kommt so zu dem Ergebnis, das BMF sowie die zuständigen Behörden von Bund und Ländern hätten bei der Aufarbeitung der Cum/Ex-Geschäfte besonnen und zielstrebig gehandelt; auch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sei ihrer Verantwortung gerecht geworden.³³ Insgesamt vermittelt der Bericht des UA den Eindruck, als seien Finanzverwaltung und Gesetzgebung dem kollusiven Zusammenwirken von Banken, Investoren, Rechts- und Steuerberatern und einigen Steuerrechtsprofessoren gegenüber machtlos gewesen und hätten keine eigenen Versäumnisse zu verschulden. In Anbetracht der geschilderten Faktenlage sind diese Schlussfolgerungen unhaltbar.

Exekutive und Legislative haben nicht nur durch ihre späte Reaktion die Vornahme von Cum/Ex-Gestaltungen lange Zeit ermöglicht, sondern auch durch widersprüchliche und teils fal-

sche Interpretationen der jeweils geltenden Gesetzeslage den beteiligten Akteuren Argumente zur Verteidigung dieser Gestaltungen geliefert. So wird von den Akteuren nun u.a. die Auffassung vertreten, der für die Annahme einer Steuerhinterziehung nach § 370 AO erforderliche Vorsatz könne nicht vorliegen, da Finanzverwaltung und Gesetzgebung selbst den Eindruck der Rechtmäßigkeit bzw. zumindest der Billigung einer mehrfachen Steueranrechnung erweckt hätten.34 Diese Argumentationslinie steht auf dünnem Eis und kann nicht überzeugen. Der Gesetzesbegründung zum JStG 200735 sowie auch dem BMF-Schreiben v. 5.5.200936 ist neben den fragwürdigen Ausführungen zum wirtschaftlichen Eigentum auch zu entnehmen, dass eine mehrfache Steueranrechnung systematisch nicht vorgesehen ist und verhindert werden soll. Die beteiligten Akteure konnten also keineswegs sicher davon ausgehen, dass die Finanzverwaltung die begehrten Steueranrechnungen als rechtmäßig beurteilen würde.37 Zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestands der Steuerhinterziehung ist bereits ein Eventualvorsatz ausreichend; es genügt, dass sich der Täter mit der Möglichkeit der Steuerverkürzung abfindet.38 Insofern kann also nicht pauschal angenommen werden, dass Cum/Ex-Geschäfte mit Leerverkauf nicht unter § 370 AO fallen. Nichtsdestotrotz erschweren die vergangenen teils unschlüssigen Aussagen von Exekutive und Legislative die aktuelle Aufarbeitung der Fälle. Darüber hinaus wird aufgrund des späten Aufgreifens der Thematik durch die Finanzverwaltung ein Großteil der Fälle bereits verjährt sein. All das ist angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts schlimm genug.

4. Schätzung des potentiellen Steuerausfalls

Zur Höhe des entstandenen Steuerausfalls durch Cum/Ex-Transaktionen kursieren mehrere divergierende Berechnungen. Eine erste Schätzung vom März 2009 auf Basis der Angaben eines Whistleblowers beläuft sich auf etwa 12 Mrd. EUR jährlich.³⁹ Der UA hat zur Quantifizierung des Steuerausfalls in zwei Beweisbeschlüssen bei der Clearstream Banking AG Daten zu den bei ausländischen sowie inländischen Depotbanken abgebuchten Nettokompensationszahlungen für die Jahre 2005–2011 angefordert. Eine Auswertung der Daten durch Spengel/Dutt/Vay im März 2017 kommt auf ein Steuervolumen von

- 23 BMF v. 24.6.2015, IV C 1 S 2252/13/10005:003, DStR 2015, 1624.
- 24 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 16-22.
- 25 BT-Drucks. 18/12700.
- 26 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 325-326, 332.
- 27 BT-Drucks. 18/12700, 338.
- 28 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 352–353. Weitere Recherchen finden sich bei Votsmeier/Iwersen, 2017a.
- 29 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 338.
- 30 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 345, 352.
- 31 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 148–161.
- 32 BT-Drucks. 18/12700, 345.
- 33 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 365, 368.
- 34 Vgl. Seer/Krumm, 2013, S. 1815–1817; Desens, 2014b, S. 2320, 2323.
- 35 BT-Drucks. 16/2712, 47 f.
- 36 BMF v. 5.5.2009, IV C 1 S 2252/09/10003, BStBl. I 2009, 631.
- 37 So auch LG Köln v. 16.7.2015 106 Qs 1/15, juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775, Rz. 18.
- 38 Vgl. Joecks, 2015, § 370 AO Rz. 175.
- 39 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 464-465.

insgesamt ca. 7,22 Mrd. EUR (5,05 Mrd. EUR in Bezug auf ausländische und 2,17 Mrd. EUR in Bezug auf inländische Depotbanken).40 Zwar können in den einbezogenen Transaktionen teils auch unschädliche Inhaberverkäufe sowie ab 2007 Inlandsfälle mit rechtmäßig erfolgtem Steuereinbehalt enthalten sein. Aufgrund der Vielzahl an nicht in den Daten erfassten Geschäften (u.a. Zeiträume vor 2005, bilaterale Kompensationszahlungen bei derselben Depotbank, nicht vom Market-Claim-Prozess erfasste Geschäfte) erscheint eine Unterschätzung des Steuerschadens jedoch wahrscheinlicher als eine Überschätzung. Hierfür spricht auch die Tatsache, dass sich das Volumen der bis März 2017 öffentlich bekannten Fälle bereits auf ca. 3,7 Mrd. EUR beläuft. Aus den Clearstream-Daten ergibt sich ferner, dass weniger als 10 % der von Clearstream regulierten Dividenden deutscher Aktien an ausländische Depotbanken gehen, gleichzeitig jedoch 70-80 % der abgebuchten Kompensationszahlungen auf diese Institute entfallen. Dies ist ein weiteres Indiz für steuerlich motivierte Cum/Ex-Geschäfte unter Einschaltung ausländischer Kreditinstitute.

Der UA kommt nach Auswertung desselben Datenmaterials in seinem Mehrheitsvotum zu dem Ergebnis, der entstandene Steuerschaden könne selbst bei Zugrundlegung extremer, unwahrscheinlicher Annahmen im Zeitraum 2005–2011 maximal 4,7 Mrd. EUR betragen. Eine Hochrechnung anhand der im Zuständigkeitsbereich des Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) befindlichen Fälle sowie Aussagen seitens der BaFin legten nach Auffassung des UA den Schluss nahe, dass der Schaden nicht höher als ca. 900 Mio. EUR liege.⁴¹

Im Oktober 2017 antwortete das BMF auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, der Bundesregierung seien bis dato insgesamt 259 Fallkomplexe bekannt, die von den zuständigen Behörden im Zusammenhang mit Cum/Ex-Gestaltungen bearbeitet werden; in 35 Fällen seien Strafverfahren eingeleitet.⁴² 23 Fallkomplexe seien bereits rechtskräftig abgeschlossen und hätten zu einem Steuervolumen von 436 Mio. EUR geführt. Presseberichte griffen diese Zahlen auf und rechneten auf Basis der abgeschlossenen Verfahren hoch, dass der Fiskus insgesamt Steuern i.H.v. ca. 5 Mrd. EUR zurückerlangen könnte. 43 Bereits im Januar 2018 wurden aktualisierte Daten aus Quellen aus dem BMF öffentlich bekannt. Demnach hatte sich die Anzahl der Verfahren innerhalb dieser kurzen Zeitspanne auf 417 Fälle erhöht, in denen es insgesamt um ein Steuervolumen von ca. 5,3 Mrd. EUR geht.⁴⁴ Davon seien bereits 2,4 Mrd. EUR erfolgreich zurückgefordert bzw. gar nicht erst ausgezahlt worden. Neuere Informationen zur Schadenshöhe stehen derzeit noch aus. Bedenkt man jedoch, dass manche Fälle vermutlich unentdeckt bleiben und andere bereits verjährt sind, so zeigen schon die bislang bekannten Daten, dass die Schätzungen eines Gesamtvolumens von 7-10 Mrd. EUR als durchaus realistisch einzuordnen sind. Die im UA-Abschlussbericht kommunizierte Summe wurde jedenfalls bereits um ein Vielfaches übertroffen. Dies legt den Verdacht nahe, dass die damalige Regierungskoalition das Fehlverhalten mehrerer Finanzminister kaschieren wollte.

III. Cum/Cum-Geschäfte

1. Begrifflichkeit und Funktionsweise

Bei Cum/Cum-Geschäften handelt es sich um Aktientransaktionen um den Dividendenstichtag, bei denen kurz vor dem Dividendenstichtag Aktien mit (cum) Dividendenanspruch auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber übertragen und ebenfalls mit (cum) Dividendenanspruch geliefert werden.⁴⁵ Der Anreiz für derartige Gestaltungen liegt in dem Nutzen von Steuerarbitrage, welche durch die unterschiedliche Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen bzw. Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen ermöglicht wird. Mit Abschaffung des Anrechnungsverfahrens zum 1.1.2001 ist der Vorteil von Cum/Cum-Geschäften auf die auf Dividenden einbehaltende Kapitalertragsteuer begrenzt. Cum/Cum-Geschäfte können auf verschiedene Weisen ausgestaltet sein, wobei der Verkauf von Aktien mit anschließender Rückübertragung sowie die Wertpapierleihe die gängigsten Ausprägungen darstel-

Grundsätzlich unterliegen im Ausland ansässige Inhaber deutscher Aktien mit ihren in Deutschland bezogenen Dividenden der Kapitalertragsteuer (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 lit. a EStG) im Rahmen ihrer beschränkten Steuerpflicht (§ 2 KStG). Die Kapitalertragsteuer entfaltet hierbei abgeltende Wirkung (§ 32 Abs. 1 Nr. 2 KStG). Die Definitivbelastung von 25 % (§ 43a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG) wird für Kapitalgesellschaften durch § 44a Abs. 9 S. 1 EStG auf 15 % reduziert, gegebenenfalls kommt eine weitere Reduktion durch die sog. Mutter-Tochter-Richtlinie 46 oder ein Doppelbesteuerungsabkommen in Betracht (§ 50d Abs. 1 S. 1 und 2 EStG). Diese Belastung der Dividenden mit Kapitalertragsteuer schafft einen Anreiz, die Aktien kurz vor dem Dividendenstichtag auf einen in Deutschland ansässigen, unbeschränkt steuerpflichtigen Erwerber - in der Regel ein Kreditinstitut - zu übertragen und sie kurz nach dem Dividendenstichtag wieder zurückzuübertragen. Auf diese Weise können in Deutschland beschränkt steuerpflichtige Dividenden in steuerfreie Einkünfte (Veräußerungsgewinn bzw. Wertpapierleihgebühr) transformiert werden. Während der inländische Erwerber der Aktien nach Steuern einen Gewinn von Null erzielt, entsteht beim Steuerausländer ein "Gewinn" in Höhe der Kapitalertragsteuer, der regelmäßig zwischen den Beteiligten aufgeteilt wird. Der Steuerausländer wird im Ergebnis so gestellt, als habe er die Dividende steuerfrei bezogen.

In der Ausprägung des Erwerbsgeschäfts verkauft ein nicht anrechnungsberechtigter Aktieninhaber die Aktien vor dem Dividendenstichtag an ein in Deutschland ansässiges Kreditinstitut

⁴⁰ Die nachfolgenden Angaben basieren auf den Berechnungen und Ausführungen von Spengel/Dutt/Vay, 2017. Vgl. auch das Sondervotum der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen zum UA-Abschlussbericht, BT-Drucks. 18/12700, 464–476.

⁴¹ Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 371-372.

⁴² Vgl. BMF v. 16.10.2017 - IV C 1 - S 2252/15/10030:011.

⁴³ Vgl. Votsmeier/Iwersen, 2017b.

⁴⁴ Vgl. ZEIT ONLINE, 2018.

⁴⁵ Für eine detaillierte Beschreibung der Funktionsweise und finanziellen Anreize von Cum/Cum-Transaktionen vgl. Spengel, 2016a, S. 4–13, 19.

⁴⁶ Richtlinie 90/435/EWG, ABl. EG 1990 Nr. L 225, 6-9.

und kauft sie nach Ausschüttung der Dividende zum um die Bruttodividende geminderten Verkaufspreis zurück. Der Steuerausländer erzielt somit einen Veräußerungsgewinn in Höhe der Bruttodividende. Dieser ist nicht im Katalog des § 49 EStG enthalten und wird mithin nicht besteuert. Der unbeschränkt steuerpflichtige Erwerber der Aktien erhält nach dem bescheinigten Abzug der Kapitalertragsteuer die Nettodividende und erleidet aus dem Rückverkauf der Aktien einen Veräußerungsverlust. Da es sich bei dem Erwerber im Regelfall um ein Kreditinstitut handelt, ist nach § 8b Abs. 7 KStG § 8b Abs. 1 bis 6 KStG nicht anwendbar. Damit ist die Nichtabzugsfähigkeit von Veräußerungsverlusten nach § 8b Abs. 3 S. 3 KStG nicht einschlägig, sodass die steuerpflichtige Dividende in voller Höhe mit dem durch den Ver- und Rückkauf entstehenden Veräußerungsverlust verrechnet werden kann und die Kapitalertragsteuer aufgrund eines zu versteuernden Einkommens von Null erstattet wird.

Wird ein Cum/Cum-Geschäft im Rahmen einer Wertpapierleihe (§§ 607 ff. BGB) durchgeführt, erwirbt ein in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtiger Entleiher kurz vor dem Dividendenstichtag das Eigentum an den Aktien eines ausländischen Aktieninhabers. Kurz nach dem Dividendenstichtag sind Aktien gleicher Art, Güte und Menge an den Verleiher zurückzugeben. Der Steuerausländer erhält eine Wertpapierleihgebühr in Höhe der Bruttodividende. Da diese nicht zu den nach § 49 EStG beschränkt steuerpflichtigen Einkünften zählt, fließt sie dem Verleiher steuerfrei zu. Der Entleiher erhält nach Abzug der Kapitalertragsteuer die Nettodividende und kann die Wertpapierleihgebühr als Betriebsausgabe abziehen. Durch die Verrechnung der steuerpflichtigen Dividende mit der Wertpapierleihgebühr in gleicher Höhe entsteht ein zu versteuerndes Einkommen von Null, sodass die Kapitalertragsteuer erstattet wird.

2. Steuerrechtliche Würdigung

Dividendenstripping in der Variante von Cum/Cum-Geschäften ist keinesfalls mit den illegalen Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkauf gleichzusetzen. Allerdings ist der konkrete Einzelfall zu prüfen. Denn eine Anrechnung bzw. Erstattung der Kapitalertragsteuer gem. § 36 Abs. 2 Nr. 2 EStG ist seit 2001⁴⁷ nur dann statthaft, wenn ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach § 39 Abs. 2 AO stattgefunden hat und kein Gestaltungsmissbrauch i.S.d. § 42 AO vorliegt. Ob diese beiden Voraussetzungen im konkreten Einzelfall erfüllt sind, wird im Folgenden anhand einschlägiger Rechtsprechung näher beleuchtet.⁴⁸

In seinem zentralen Urteil v. 15.12.1999⁴⁹ hat der BFH den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Käufer ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags bejaht. Zwar handelte es sich in dem zugrunde liegenden Fall um Cum/Ex-Geschäfte mit Inhaberverkauf, da die tatsächliche Lieferung der Aktien ohne Dividende erfolgte. Doch wenn selbst bei Cum/Ex-Transaktionen ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums stattfindet, dann sollte dies bei Cum/Cum-Geschäften, bei denen sowohl die Veräußerung als auch die Lieferung der Aktien vor dem Dividendenstichtag erfolgen, ebenfalls zutrefen. Gegenstand des BFH-Urteils v. 14.4.2014⁵⁰ waren sog. außerbörsliche Over the Counter (OTC) Cum/Ex-Geschäfte. Der BFH hat bestätigt, dass es auch hier prinzipiell bereits mit Ab-

schluss des Kaufvertrags zu einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums kommen kann. Dennoch hat er dies im konkreten Fall verneint. Dies macht deutlich, dass die Beurteilung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums einzelfallabhängig ist und nur in der Gesamtschau der Verhältnisse beurteilt werden kann. Dem BFH-Urteil v. 18.8.2015⁵¹ lag eine Wertpapierleihe zugrunde. Obwohl der Entleiher bei einer Wertpapierleihe zivilrechtlicher und regelmäßig auch wirtschaftlicher Eigentümer werde, hat der BFH anhand bestimmter Kriterien den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im vorliegenden Fall verneint. Es kommt mithin auch bei einer Wertpapierleihe auf die Umstände des Einzelfalls an, ob ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums stattfindet. Insbesondere im Falle einer Kündigungsmöglichkeit des Entleihers, einer kurzen Leihdauer und keiner wirtschaftlichen Nutzung der Aktien durch den Entleiher ist voraussichtlich das wirtschaftliche Eigentum nicht übergegangen.

Sofern der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bejaht werden kann, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden, ob ein Gestaltungsmissbrauch gem. § 42 AO vorliegt. Wie oben dargelegt, besteht der Anreiz von Cum/Cum-Geschäften in der Regel in der Nutzung von Steuerarbitrage; es mangelt mithin an einem eigenständigen, außersteuerlichen wirtschaftlichen Zweck der Transaktionen. Dennoch ist auch das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs letztens Endes eine Frage des Einzelfalls. Sofern dem Geschäft wirtschaftliche Gründe zugrunde liegen, ist eine missbräuchliche Gestaltung nicht anzunehmen. Der Rechtsprechung des BFH ist jedoch zu entnehmen, dass bei Wertpapiertransaktionen, die zu einem wirtschaftlichen Gesamtverlust führen müssen und sich nur durch die Inanspruchnahme steuerlicher Effekte lohnen, von einem Gestaltungsmissbrauch auszugehen ist.52 Auch das Hessische FG und das Niedersächsische FG gingen in ihren Entscheidungen v. 10.2.2016⁵³ betreffend einen Wertpapierkauf bzw. 21.11.2013⁵⁴ betreffend eine Wertpapierleihe von einem Gestaltungsmissbrauch aus.

Insgesamt ist festzuhalten, dass Cum/Cum-Geschäfte nicht per se illegal sind. Es hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab, ob das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien übergegangen ist und ob ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt.⁵⁵

- 47 Im Zeitraum von 1977 bis 1979 wurden Cum/Cum-Geschäfte als Gestaltungsmissbrauch gem. § 42 AO eingestuft, sodass eine Anrechnung von Körperschaftsteuer und Kapitalertragsteuer zu versagen war. Ab 1980 wurde die Anwendung von § 42 AO durch die Einführung des § 50c EStG überlagert. Durch die sog. Börsenklausel waren Cum/Cum-Geschäfte legal möglich, sofern sie formal über die Börse abgewickelt wurden. Diese Möglichkeit wurde 1994 eingeschränkt. Mit der Streichung des § 50c EStG muss seit dem Jahr 2001 wieder die allgemeine Missbrauchsnorm geprüft werden. Vgl. Spengel, 2016a, S. 39–45.
- 48 Für eine ausführliche steuerrechtliche Beurteilung von Cum/Cum-Geschäften vgl. Spengel, 2016a, S. 39–63.
- 49 BFH v. 15.12.1999 I R 29/97, BStBl. II 2000, 527 = FR 2000, 446 m. Anm. Fischer.
- 50 BFH v. 16.4.2014 I R 2/12, BFH/NV 2014, 1813.
- 51 BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFH/NV 2016, 341 = FR 2016, 369 m. Anm. Ebel.
- 52 Vgl. Schwenke, 2016, mit Verweis auf BFH v. 27.7.1999 VIII R 36/98, BStBl. II 1999, 769 = FR 1999, 1323 m. Anm. Fischer.
- 53 FG Hessen v. 10.2.2016 4 K 1684/14, EFG 2016, 761.
- 54 FG Niedersachsen v. 21.11.2013 6 K 366/12, EFG 2014, 494.
- 55 Vgl. Spengel, 2017b, S. 455.

Werden in der Steuererklärung unvollständige Angaben zum Sachverhalt gemacht, kann überdies ein Fall der Steuerhinterziehung gem. § 370 AO oder eine leichtfertige Steuerverkürzung gem. § 378 AO vorliegen.⁵⁶

3. Gegenmaßnahmen durch die Politik

Die Haltung der Bundesregierung hinsichtlich des rückwirkenden Aufgreifens von Cum/Cum-Geschäften ist skandalös. Es steht der Verdacht im Raum, dass man diese Geschäfte bewusst nicht aufgegriffen hat, um den deutschen Bankensektor zu schützen, oder schlampig gearbeitet hat, weil die Finanzverwaltung die Streichung von § 50c EStG mit Wirkung ab Veranlagungszeitraum 2001 nicht bedacht und die BFH-Rechtsprechung bewusst falsch verstanden und/oder vor dem rückwirkenden EU-rechtlichen Aufgriff der Besteuerung von Streubesitzdividenden zurückgeschreckt hat (aus welchem Grund auch immer, ein Schelm ist, wer hier Böses unterstellt). Im Folgenden werden zentrale Aussagen der Bundesregierung im Hinblick auf die steuerrechtliche Beurteilung von Cum/Cum-Geschäften betrachtet und sich daraus ergebende offene Fragen dargelegt.

Wie oben dargestellt, muss ab dem Jahr 2001 neben dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums in einem weiteren Schritt das Vorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs geprüft werden. Die Finanzverwaltung hat das schlichtweg übersehen, die Bundesregierung hat auf eine Kleine Anfrage v. 24.11.2015,⁵⁷ ob bei Dividendenstripping in der Form von Cum/Cum-Geschäften eine missbräuchliche Gestaltung i.S.v. § 42 AO vorläge, mit Schreiben v. 7.1.2016 geantwortet: "Für bestimmte Konstellationen des sog. Dividendenstrippings hat der BFH in den Urteilen vom 15.12.1999 (I R 29/97) und vom 20.11.2007 (I R 85/ 05) entschieden, dass diese grundsätzlich zulässig seien. Ob in anderen Konstellationen die Grenzen des Gestaltungsmissbrauches überschritten sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab."58 Diese Aussage zeugt von einer (absichtlich?) falschen Auffassung des BMF hinsichtlich der rechtlichen Würdigung von Cum/Cum-Geschäften. Der BFH hat § 42 AO vielmehr deshalb nicht geprüft, weil seine Anwendung in den den Urteilen zugrunde liegenden Zeiträumen durch die Spezialregelung des § 50c EStG überlagert wurde.⁵⁹ Seit der Abschaffung von § 50c EStG im Jahr 2001 muss die allgemeine Missbrauchsnorm des § 42 AO jedoch wieder geprüft werden.

Mit Schreiben v. 11.11.201660, das gegen ein Ministervotum erlassen wurde, hat sich das BMF mit dem Thema der wirtschaftlichen Zurechnung bei Wertpapiergeschäften, insbesondere Wertpapierleihen, die Gegenstand des BFH-Urteils v. 18.8.201561 (s.o.) waren, beschäftigt. Das BMF geht von einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 Abs. 2 AO sowie von dem Nichtvorliegen eines Gestaltungsmissbrauchs gem. § 42 AO aus, falls aus der Wertpapierleihe ein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne einer positiven Vorsteuerrendite erzielt wird. Unklar bleibt hier jedoch, wie genau die Vorsteuerrendite zu ermitteln ist. Legt man, wie in Beispielen in der auf das BMF-Schreiben folgenden Rundverfügung der Oberfinanzdirektion Frankfurt/M. v. 18.11.2016⁶² die Bruttodividende zugrunde, würde bei Cum/Cum-Geschäften regelmäßig ein wirtschaftlicher Vorteil vor Steuern resultieren; es könnte mithin der Schluss gezogen werden, dass das wirtschaftliche Eigentum stets übergangen ist.63 Vielmehr sollte jedoch eine Nettobetrachtung erfolgen, d.h. sämtliche Zahlungen ohne Steuern angesetzt werden. Damit sollte zur Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils nicht die Brutto-, sondern die Nettodividende die relevante Bezugsgröße darstellen. Insgesamt bleibt der Mehrwert bzw. die Notwendigkeit des Kriteriums der positiven Vorsteuerrendite indes fraglich. ⁶⁴ Diese Ansicht vertritt auch das FG Niedersachsen in seinem Urteil v. 17.11.2016. ⁶⁵ Der Senat folgt explizit nicht der Auffassung des BMF, dass ein Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, ungeachtet der Umstände des Einzelfalls, vorliegen soll, wenn der Darlehensnehmer eine positive Vorsteuerrendite erzielt und das zivilrechtliche Eigentum vor dem Dividendenstichtag übergangen ist. ⁶⁶

In seinem Schreiben v. 17.7.201767 hat sich das BMF erneut mit der steuerlichen Behandlung von Cum/Cum-Transaktionen befasst. Auch hierbei kommt die Vermutung auf, dass Cum/Cum-Geschäfte rückwirkend weitestgehend nicht aufgegriffen werden sollen.⁶⁸ Erstens ist der Zusammenhang zum o.g. BMF-Schreiben v. 11.11.2016 unklar. Somit bleibt die Frage offen, ob es für den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums weiterhin auf das Vorliegen einer positiven Vorsteuerrendite ankommen soll. Zweitens sollen Cum/Cum-Geschäfte lediglich hinsichtlich eines Gestaltungsmissbrauchs gem. § 42 AO geprüft werden; eine Überprüfung des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 Abs. 2 AO auf den Erwerber bzw. Entleiher wird nicht thematisiert. Drittens sollen Cum/Cum-Geschäfte, die vor der Einführung des § 8b Abs. 4 KStG stattgefunden haben, nicht rückwirkend aufgegriffen werden, falls der Veräußerer oder Verleiher gem. § 32 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 KStG eine in einem EU/EWR-Staat ansässige Kapitalgesellschaft ist. Diese Ausnahmeregelung ist zumindest aus zweierlei Gründen problematisch. Zum einen argumentiert das BMF damit implizit, dass die Erhebung der Kapitalertragsteuer auf Dividenden, die vor März 2013 ausgeschüttet wurden, EU-rechtswidrig war und man deswegen Umgehungsgeschäfte steuerlich anerkennen müsse. EU-Mitgliedstaaten müssen jedoch nicht zwingend eine festgestellte EU-Rechtswidrigkeit, die ab dem 1.3.2013 mit Einführung des § 8b Abs. 4 KStG behoben wurde, rückwirkend für die Vergangenheit beseitigen. Insofern kann sich das BMF nicht darauf berufen, dass die Vermeidung einer Kapitalertragsteuerbelastung nicht als missbräuchlich angesehen werden

- 56 Vgl. Spengel, 2016a, S. 56 f.
- 57 BT-Drucks. 18/6863.
- 58 BT-Drucks. 18/7213, 1.
- 59 Vgl. Spengel, 2016a, S. 59-60.
- 60 BMF v. 11.11.2016 IV C 6 S 2134/10/10003-02, BStBl. I 2016, 1324. Am 1.12.2016 befasste sich die Länderfinanzministerkonferenz mit dem BMF-Schreiben und hat das BMF um Klarstellungen und Ergänzungen gebeten. Aufgrund des entgegengesetzten Ministervotums ist das BMF-Schreiben nicht anwendbar. Vgl. Greive/Votsmeier, 2016.
- 61 BFH v. 18.8.2015 I R 88/13, BFH/NV 2016, 341 = FR 2016, 369 m. Anm. Ebel.
- 62 OFD Frankfurt/M. v. 18.11.2016 S 2134 A 15 St 210.
- 63 Vgl. Spengel, 2016b, S. 2992.
- 64 Vgl. Spengel, 2016b, S. 2995.
- 65 FG Niedersachsen v. 17.11.2016 6 K 230/15, juris, Dokumenten-Nr. STRE201775147.
- 66 Vgl. FG Niedersachsen v. 17.11.2016 6 K 230/15, juris, Dokumenten-Nr. STRE201775147, Rz. 70.
- 67 BMF v. 17.7.2017 IV C 1 S 2252/15/10030:005, BStBl. I 2017, 986.
- Vgl. hierzu ausführlich die Stellungnahme von Spengel, 2017c.

Dutt/Spengel/Vay - Dividendenstripping durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte - Analyse aktueller Entwicklungen

kann, soweit die Erhebung der Kapitalertragsteuer selbst rechtswidrig war. Zum anderen kann die Kapitalverkehrsfreiheit dem Wortlaut nach Wirkung gegenüber Drittstaaten entfalten. Indem lediglich in einem EU/EWR-Staat ansässige Verleiher oder Veräußerer von den Rechtsfolgen des BMF-Schreibens ausgenommen werden, soll bei Transaktionen, die durch in Drittstaaten ansässige Personen getätigt wurden, jedoch eingeschritten werden. Diese Differenzierung ist unsystematisch und in der Praxis überdies vermutlich schwierig umzusetzen.⁶⁹ Jedem Insider - und damit auch einer funktionierenden Finanzverwaltung - muss doch klar sein, dass deutsche Drittstaatenaktienpakete stets mittelbar über EU-Vehikel (meistens über Großbritannien) nach Deutschland weiter verliehen wurden. Ein Nichtaufgreifen solcher Geschäfte vor dem Jahr 2013 unter dem fragwürdigen Deckmantel des EU-Rechts lässt Zweifel an der Rechtsstaatlichkeit aufkommen und kratzt am sozialen Kit der Verteilungsgerechtigkeit der Besteuerung.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass das Aufgreifen von Cum/ Cum-Geschäften mit Wirkung für die Vergangenheit durch die Bundesregierung widerwillig und intransparent erfolgt. Zumindest in zukünftigen Jahren sollen Cum/Cum-Geschäfte jedoch durch den im Zuge des Investmentsteuerreformgesetzes⁷⁰ eingeführten § 36a EStG unterbunden werden. Die volle Anrechnung der Kapitalertragsteuer wird an die Voraussetzungen einer Mindesthaltedauer um den Zeitpunkt der Fälligkeit der Kapitalerträge, das Tragen eines Mindestwertänderungsrisikos sowie das Nichtvorliegen einer Verpflichtung zur Vergütung der Kapitalerträge an andere Personen geknüpft. Damit werden Cum/Cum-Geschäfte in ihrer bisherigen Ausgestaltung sicherlich um einiges erschwert. Der Ausgangspunkt der Geschäfte liegt jedoch, wie gesehen, in der unterschiedlichen Besteuerung von Dividenden, Veräußerungsgewinnen und Wertpapierleihgebühren bei beschränkt und unbeschränkt Steuerpflichtigen. Diese fortbestehenden Arbitragemöglichkeiten fordern Gestaltungen heraus.⁷¹ Es ist mithin nicht sichergestellt, dass zukünftig alle Möglichkeiten zur Umwandlung von Dividenden in Veräußerungsgewinne oder Wertpapierleihgebühren verhindert werden und keine Wege gefunden werden können, den Anwendungsbereich von § 36a EStG zu umgehen.⁷²

4. Schätzung des potentiellen Steuerausfalls

Bis dato liegen noch keine genauen Zahlen zur Höhe des durch Cum/Cum-Geschäfte entstandenen Steuerschadens vor. Einer Schätzung zufolge sollen dem Staat 2015 fünf bis sechs Mrd. Euro Steuern entgangen sein.⁷³ Der Untersuchungsausschuss konnte hierzu keine belastbaren Erkenntnisse erzielen.⁷⁴ Jedoch gibt es gegenüber dieser Schätzung und ihrer Wertung durch das BZSt als "plausibel" bzw. durch das BMF als "nicht unrealistisch hoch" keine neueren oder gegenteiligen Erkenntnisse zur Schadenshöhe, sodass der Untersuchungsausschuss bis auf Weiteres von dieser Zahl ausgeht.⁷⁵

Überdies werden zunehmend Einzelfälle und deren Ausmaß bekannt. Im Mai 2016 wurden vertrauliche Daten durch Journalisten ausgewertet, welche auf einen geschätzten Kapitalertragsteuerausfall von einer Mrd. Euro jährlich im Zeitraum 2013 bis 2015 hindeuten.⁷⁶ Die Commerzbank gibt in ihrem Geschäftsbericht an, per Ende 2017 Rückstellungen von zwölf Mio. Euro für gegebenenfalls zurückzuerstattende Kapitelertragsteuer gebildet zu haben.⁷⁷ Diese Rückstellungen decken

Kundenforderungen ab, weshalb davon auszugehen ist, dass Aktien gewerbsmäßig weiterverliehen wurden. Am 18.7.2017 hat die BaFin von allen deutschen Banken mögliche zukünftige Belastungen abgefragt, die seit dem Jahr 2013 getätigt wurden und § 42 AO-Risiken nach sich ziehen können. Mit einem den Verfassern vorliegenden Schreiben v. 20.11.2017⁷⁸ fasst das BMF die zum 14.11.2017 vorliegenden Meldungen der Institute an die BaFin zusammen. Daraus geht hervor, dass 77 deutsche Banken Risiken aus Cum/Cum-Geschäften erwarten und insgesamt Rückstellungen i.H.v. rund 490 Mio. Euro gebildet haben.

Wird die Annahme unterstellt, dass sämtliche im Ausland ansässigen Eigentümer deutscher Aktien Cum/Cum-Geschäfte getätigt haben, ergibt sich in den Jahren 2001 bis 2016 ein potentieller Steuerschaden zwischen 49,2 Mrd. Euro (Kapitalertragsteuer inkl. Solidaritätszuschlag von 15,825 %) und rund 82 Mrd. Euro (Kapitalertragsteuer inkl. Solidaritätszuschlag von 26,375 %).⁷⁹ Diese Berechnungen basieren jedoch auf extremen Annahmen, sodass der tatsächliche Steuerschaden vermutlich geringer, wenngleich nicht unbedeutend, ausfallen dürfte.

IV. Fazit

Dividendenstripping in der Form von Cum/Ex-Leerverkäufen war eine illegale Steuergestaltungspraxis. Bei Cum/Cum-Geschäften kommt es hingegen auf den konkreten Einzelfall an, ob die in Deutschland vermiedene Kapitalertragsteuer eine legale oder illegale Gestaltung darstellte. Häufig dürften die Grenzen legaler Steuergestaltung überschritten worden sein.

Durch als Leerverkäufe ausgestaltete Cum/Ex-Geschäfte wurde eine vielfache Anrechnung von nur einmal gezahlter Kapitalertragsteuer erlangt. Dieses Vorgehen war jedoch zu keinem Zeitpunkt durch die jeweils geltende Rechtslage gedeckt. Während im Zuge des JStG 2007 bereits Fallgestaltungen über inländische Depotbanken unterbunden wurden, wurde anderen Ausprägungen erst ab 2012 mit Einführung des sog. Zahlstellenprinzips, das Einbehalt, Abführung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer in der Hand des depotführenden Kreditinstituts vereinigte, schließlich die Grundlage entzogen. Der Bericht des Cum/Ex-Untersuchungsausschusses erweckt den Eindruck, als seien Finanzverwaltung und Gesetzgebung dem kollusiven Zusammenwirken von Banken, Investoren, Rechtsund Steuerberatern und einigen Steuerrechtsprofessoren gegenüber machtlos gewesen und hätten selbst angemessen und durchdacht reagiert; dies erscheint in Anbetracht der Faktenlage jedoch äußerst fragwürdig.

- 69 Vgl. hierzu auch Kußmaul/Knobloch/Kloster, 2017.
- 70 InvStRefG v. 19.7.2016, BGBl. I 2016, 1730.
- 71 Vgl. Spengel, 2016a, S. 62.
- 72 Vgl. Anzinger, 2016, S. 10.
- 73 Vgl. Ramthun, 2015a; Ramthun, Interview mit Spengel, 2015b.
- 74 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 311.
- 75 Vgl. BT-Drucks. 18/12700, 485.
- 76 Vgl. Iwersen/Votsmeier/Osman, 2016.
- 77 Vgl. Commerzbank, 2018, S. 233.
- 78 BMF v. 20.11.2017 VII C 1 WK 5008/17/10004.
- 79 Vgl. Spengel/Peitzmeier, 2017.

Cum/Cum-Geschäfte sollen durch die zeitnahe Übertragung und Rückübertragung von Aktien um den Dividendenstichtag eine Transformation von in Deutschland steuerpflichtigen Dividenden in steuerfreie Einkünfte, insbesondere Veräußerungsgewinne bzw. Wertpapierleihgebühren, bewirken. Ob die Anrechnung und Erstattung von Kapitalertragsteuer statthaft ist, hängt indes davon ab, ob das wirtschaftliche Eigentum an den Aktien übergegangen ist und kein Gestaltungsmissbrauch vorliegt, und ist im Ergebnis eine Frage des Einzelfalls. Das Aufgreifen von Cum/Cum-Geschäften mit Wirkung für die Vergangenheit durch die Bundesregierung erfolgt bis dato wenig zielstrebig und transparent. Zumindest in zukünftigen Jahren sollen Cum/Cum-Geschäfte durch den im Zuge des Investmentsteuerreformgesetzes eingeführten § 36a EStG unterbunden werden. Inwiefern dies tatsächlich gelingt, bleibt abzuwarten.

Der durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte verursachte Steuerschaden ist Schätzungen zufolge beachtlich. Zunehmend mehr Einzelfälle werden derzeit aufgedeckt. Dies wird hoffentlich bald mehr Licht in das Dunkel des Dividendenstripping bringen.

Literaturverzeichnis

Anzinger, H.M. (2016), Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung "Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Investmentbesteuerung (Investmentsteuerreformgesetz – InvStRefG)" – BT-Drucks. 18/8045, 6.5.2016.

Bankenverband (2002), Schreiben an das Bundesfinanzministerium vom 20.12.2002 zur Abwicklung von Aktiengeschäften an der Börse in zeitlicher Nähe zum Ausschüttungstermin, Wortlaut wiedergegeben in BT-Drucks. 18/1603, 4–7.

Berger, H./Matuszewski, J. (2011), Dividendenstripping im Fokus der Finanzverwaltung: Aktuelle Zweifelsfragen rund um die Bescheinigung und Anrechnung von Kapitalertragsteuer, Betriebs-Berater 2011, S. 3097–3104.

Bruns, J.-W. (2012), Streitfragen bei Leerverkäufen über den Dividendenstichtag, Deutsche Steuer-Zeitung 2012, S. 333–340.

Commerzbank (2018), Geschäftsbericht 2017.

Desens, M. (2014a), Erhebung und Bescheinigung der Kapitalertragsteuer als Voraussetzung für ihre Anrechnung nach Aktiengeschäften über den Dividendenstichtag (cum/ex-trades), Deutsche Steuer-Zeitung 2014, S. 154–165.

Desens, *M.* (2014b), Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Aktienhandel – Schlussfolgerungen aus BFH (I R 2/12, DStR 2014, 2012), Deutsches Steuerrecht 2014, S. 2317–2323.

Eisgruber, T./Spengel, C. (2017), Replik zu Spatscheck/Spilker: Cum-/Ex-Transaktionen im Fokus der Steuerfahndung, Der Betrieb 2017, S. 750–751.

Greive, M./Votsmeier, V. (2016), Banken sollen Zahlen, Handelsblatt vom 2.12.2016, S. 33.

Iwersen, S./Votsmeier, V./Osman, Y. (2016), Milliardenschaden für den Fiskus durch Dividendenstripping?, Handelsblatt vom 2.5.2016, http://www.handelsblatt.com/my/finanzen/bankenversicherungen/cum-ex/commerzbank-unter-druck-steuertricks-mit-dividenden/13530316.html?ticket=ST-3506558-vHNMgvfM9WVdHL4cFwL3-ap4, Stand 7.5.2018.

Jehke, C./Blank, M. (2017), "Cum/Ex-Geschäfte" mit inländischer Depotbank auf Verkäuferseite: Vorrang der Haftung vor der Rücknahme der Anrechnungsverfügung?, Deutsches Steuerrecht 2017, S. 905–912.

Joecks, W. (2015) in Joecks, W./Jäger, M./Randt, K./Ebner, M. (Hrsg.), Steuerstrafrecht, München 2015, § 370 AO.

Kußmaul, H./Knobloch, A.P./Kloster, F. (2017), Steuerliche Aufarbeitung von Cum/Cum-Geschäften, Haufe Finance News, 29.9.2017.

Ramthun, C. (2015a), Schäuble will Milliarden-Schlupflöcher schließen, Wirtschaftswoche vom 17.4.2015, https://www.wi-wo.de/politik/deutschland/steuer-schaeuble-will-milliarden-schlupfloecher-schließen/11650708.html, Stand 7.5.2018.

Ramthun, C. (2015b), Aus für Cum-Cum-Trickser, Wirtschaftswoche vom 20.11.2015, S. 26.

Schön, W. (2015), Cum-/Ex-Geschäfte – materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Fragen, Recht der Finanzinstrumente 2015, S. 115–131.

Schwenke, M. (2016), Im Fokus des BFH: Übergang wirtschaftlichen Eigentums bei Aktiengeschäften, http://finanzen.ruw.de/rdf-news/standpunkte/Im-Fokus-des-BFH-ueber-gang-wirtschaftlichen-Eigentums-bei-Aktiengeschaeften-28949, Stand 3.5.2018.

Seer, R./Krumm, M. (2013), Die Kriminalisierung der Cum-/Ex-Dividende-Geschäfte als Herausforderung für den Rechtsstaat (Teil 2), Deutsches Steuerrecht 2013, S. 1814–1818.

Spatscheck, R./Spilker, B. (2016), Cum-/Ex-Transaktionen im Fokus der Steuerfahndung, Der Betrieb 2016, S. 2920–2926.

Spatscheck, R./Spilker, B. (2017), Duplik zu Eisgruber/Spengel: Cum-/Ex-Transaktionen im Fokus der Steuerfahndung, Der Betrieb 2017, S. 752–753.

Spengel, C. (2016a), Darlegung der tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten, welche bei sog. Cum/Ex-Geschäften mit Leerverkäufen zur mehrfachen Erstattung bzw. Anrechnung von tatsächlich nur einmal einbehaltener und abgeführter Kapitalertragsteuer bzw. bis zur Abschaffung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens nur einmal gezahlter Körperschaftsteuer führten, Sachverständigengutachten nach § 28 PUAG für den 4. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode, 28.7.2016.

Spengel, C. (2016b), Dringender Handlungsbedarf bei Cum/Cum-Geschäften, Der Betrieb 2016, S. 2988–2995.

Spengel, C. (2017a), Unzulässige Verrechnungspraxis deutscher Banken bei Cum/Ex-Geschäften, Finanz-Rundschau 2017, S. 545–553.

Spengel, C. (2017b), Kollektivversagen: Cum/Cum, Cum/Ex und Hopp!, Wirtschaftsdienst 2017-7, S. 454–455.

Spengel, C. (2017c), Kurzstellungnahme zum Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 17.7.2017, IV C 1 - S 2252/15/10030:005, Steuerliche Behandlung von "Cum/Cum-Transaktionen", 19.7.2017.

Spengel, C./Dutt, V./Vay, H. (2017), Schätzung des durch Cum/ Ex-Geschäfte mit Leerverkäufen entstandenen Steuerschadens, Dutt/Spengel/Vay - Dividendenstripping durch Cum/Ex- und Cum/Cum-Geschäfte - Analyse aktueller Entwicklungen

31.3.2017, http://live0.zeit.de/infografik/2017/Steuerschaden-Cum-Ex(2017-03-31).pdf, Stand 14.5.2018.

Spengel, C./Eisgruber, T. (2015), Die nicht vorhandene Gesetzeslücke bei Cum/Ex-Geschäften, Deutsches Steuerrecht 2015, S. 785–801.

Spengel, C./Peitzmeier, J. (2017), Schätzung des durch Cum/Cum-Geschäfte entstandenen Steuerschadens, 16.5.2017, https://spengel.bwl.uni-mannheim.de/fileadmin/files/spengel/Dokumente/PDF/Projekte_u_Gutachten/Steuerschaden_Cum-Cum__2017-05-16_.pdf, Stand 14.5.2018.

Votsmeier, V./Iwersen, S. (2017a), Vier Professoren und ein Steuerskandal, Handelsblatt vom 2.8.2017, S. 30–31.

Votsmeier, *V./Iwersen*, *S.* (2017b), Steuersünder überfordern Finanzverwaltung, Handelsblatt vom 20.10.2017, S. 33.

Votsmeier, V./Iwersen, S. (2018), Das Zittern der Depotbanken, Handelsblatt vom 23.5.2018, S. 26–27.

ZEIT ONLINE (2018), Finanzministerium sieht Schaden bei 5,3 Milliarden Euro, ZEIT ONLINE vom 10.1.2018, https://www.zeit.de/wirtschaft/2018-01/cum-ex-steuerraub-schaden-summe-millarden, Stand 15.5.2018.

Entscheidungen

Datum	Aktenzeichen	amtliche Quelle oder sonstige Fund- stelle
1. BVerfG		
2.3.2017	2 BvR 1163/13	BFH/NV 2017, S. 1150
2. BFH		
27.7.1999	VIII R 36/98	BStBl. II 1999, S. 769
15.12.1999	I R 29/97	BStBl. II 2000, S. 527
16.4.2014	I R 2/12	BFH/NV 2014, S. 1813
18.8.2015	I R 88/13	BFH/NV 2016, S. 341
3. FG		
FG Hessen		
8.10.2012	4 V 1661/11	EFG 2013, S. 47
10.2.2016	4 K 1684/14	EFG 2016, S. 761
10.3.2017	4 K 977/14	EFG 2017, S. 656
FG Niedersach	sen	
21.11.2013	6 K 366/12	EFG 2014, S. 494
17.11.2016	6 K 230/15	juris, Dokumenten-Nr. STRE201775147
4. Gerichte de	r Länder	
OLG Köln		
11.12.2014	7 U 23/14	juris, Dokumenten-Nr. JURE150004324
LG Köln	<u> </u>	
16.7.2015	106 Qs 1/15	juris, Dokumenten-Nr. JURE150011775

► Erlasse, Schreiben und Verfügungen der Finanzverwaltung

BMF v. 5.5.2009 – IV C 1 - S 2252/09/10003, BStBl. I 2009, 631.

BMF v. 24.6.2015 – IV C 1 - S 2252/13/10005:003, DStR 2015, 1624.

BMF v. 11.11.2016 – IV C 6 - S 2134/10/10003-02, BStBl. I 2016, 1324.

BMF v. 17.7.2017 – IV C 1 - S 2252/15/10030:005, BStBl. I 2017, 986.

BMF v. 16.10.2017 - IV C 1 - S 2252/15/10030:011.

BMF v. 20.11.2017 - VII C 1 - WK 5008/17/10004.

OFD Frankfurt/M. v. 18.11.2016 - S 2134 A - 15 - St 210.

▶ Bundestag-Drucksachen

BT-Drucks. 16/2712 vom 25.9.2006, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007).

BT-Drucks. 17/13638 vom 27.5.2013, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Barbara Höll, Harald Koch, Richard Pitterle, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

BT-Drucks. 18/6863 vom 24.11.2015, Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Gerhard Schick, Kerstin Andreae, Lisa Paus, Dr. Thomas Gambke, Ekin Deligöz, Anja Hajduk, Markus Kurth, Dr. Tobias Lindner, Corinna Rüffer und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Steuerrechtliche Zulässigkeit des Dividendenstrippings.

BT-Drucks. 18/7213 vom 7.1.2016, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Gerhard Schick, Kerstin Andreae, Lisa Paus, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 18/6863 – Steuerrechtliche Zulässigkeit des Dividendenstrippings.

BT-Drucks. 18/12700 vom 20.6.2017, Beschlussempfehlung und Bericht des 4. Untersuchungsausschusses nach Art. 44 des Grundgesetzes.



Peer Review

Prof. Dr. Ulrich Schreiber/Dr. Dominik von Hagen/Dr. Fabian Nicolas Pönnighaus, alle Mannheim*

Nach der US-Steuerreform 2018: Deutschland im Steuerwettbewerb

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Steuerreform in den USA und Steuerwettbewerb in der OECD
 - 1. Tax Cuts and Jobs Act: Die Steuerreform in den USA
 - 2. Steuerwettbewerb in der OECD
- III. Wege zur Reform der Unternehmensbesteuerung
 - 1. Kompensierte Senkung des Körperschaftsteuersatzes
 - 2. Steuerliche Förderung von Immaterialgütern?
 - 3. Sicherung der Finanzierungsneutralität der Besteuerung
 - 4. Schaffung einer Dualen Einkommensteuer
 - a) Struktur der Dualen Einkommensteuer
 - b) Duale Einkommensteuer und Abgeltungsteuer
 - 5. Steuerwettbewerb und Konsumsteuer
 - 6. Gewerbesteuer im Steuerwettbewerb
- IV. Zusammenfassung
- V. Literaturverzeichnis

Die mit Beginn des Jahres 2018 in Kraft getretene US-Steuerreform erhöht die Attraktivität der USA für Investitionen und verschärft weiter den internationalen Steuerwettbewerb. Deswegen ist eine Senkung der Gewinnsteuern deutscher Unternehmen geboten. Zur Wahrung von Finanzierungsneutralität und Rechtsformneutralität ist die Abgeltungsteuer zu einer Dualen Einkommensteuer weiterzuentwickeln.

The US tax reform 2018 enhances the attractiveness of the USA for investments and, thereby, intensifies international tax competition. This calls for a reduction of profit taxes in Germany. To preserve tax neutrality with respect to finance and legal form, the existing final withholding tax needs to be further developed along the lines of the Dual Income Tax.

I. Einleitung

Deutschland unterstützt die OECD in ihrem Bemühen um eine Stärkung der internationalen Koordination der Unternehmenssteuerpolitik. Das Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Projekt der OECD soll die internationale Gewinnverlagerung multinationaler Unternehmen eindämmen. Dabei geht es in erster Linie um eine faire Besteuerung der Gewinne dieser Unternehmen. Demgegenüber treten die Wirkungen, die eine solche Politik auf die Investitionstätigkeit der Unternehmen hat, in den Hintergrund, weil der Zusammenhang zwischen der internatio-

nalen Gewinnverlagerung und der internationalen Verlagerung von Investitionen unbeachtet bleibt. Wird nämlich die internationale Gewinnverlagerung eingeschränkt, so wachsen für multinationale Unternehmen die Anreize, sich durch Investitionsverlagerung Zugang zu niedrigeren Gewinnsteuern zu verschaffen. Folglich haben die Staaten einen Anreiz, durch Senkungen des Gewinnsteuersatzes ihre Attraktivität für Investitionen zu erhöhen. Obschon sich Deutschland vom BEPS-Projekt der OECD weniger Steuerwettbewerb versprochen hat,¹ steht zu erwarten, dass der Steuerwettbewerb im Bereich der Gewinnsteuersätze weitergehen und sich verschärfen wird.

Die zum 1.1.2018 in Kraft getretene Steuerreform der USA bestätigt diese Erwartung. Die Reform hat zu einer drastischen Senkung des für US-Kapitalgesellschaften geltenden Steuersatzes der Bundeseinkommensteuer von (in der Spitze) 35 % auf 21 % geführt. Angesichts des anhaltenden Trends sinkender Gewinnsteuersätze der Kapitalgesellschaften in den OECD-Mitgliedstaaten und angesichts der Tatsache, dass die USA der wichtigste Staat für Investitionen deutscher Unternehmen ist,² ist zu fragen, wie die deutsche Steuerpolitik auf international sinkende Gewinnsteuersätze der Kapitalgesellschaften reagieren sollte.

Dieser Beitrag plädiert zunächst für eine Unternehmenssteuerreform, welche die Attraktivität Deutschlands für international mobile Investitionen erhält. Um günstige steuerliche Bedingungen für Investitionen zu schaffen, ist die Steuerbelastung der Gewinne von Kapitalgesellschaften auf ein international wettbewerbsfähiges Niveau abzusenken. In Deutschland ansässige natürliche Personen sind in der Regel international wenig mobil. Deswegen können Senkungen des Gewinnsteuersatzes der Kapitalgesellschaften durch Erhöhungen der Einkommensteuer auf Ausschüttungen und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen kompensiert werden.

- * Prof. Dr. Ulrich Schreiber ist Inhaber des Lehrstuhls für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Universität Mannheim. Dr. Dominik von Hagen und Dr. Fabian Nicolas Pönnighaus sind beide wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Allgemeine Betriebswirtschaftslehre und Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Universität Mannheim. Die Autoren danken zwei anonymen Gutachtern für sehr wertvolle Hinweise.
- 1 Vgl. Bundesministerium der Finanzen: "Das BEPS-Projekt [...] wurde mit dem Ziel initiiert, gegen den schädlichen Steuerwettbewerb der Staaten [...] vorzugehen" (https://www.bundesfinanzministerium.de/Web/ DE/Themen/Steuern/Beps/beps.html, Zugriff: 2.7.2018).
- 2 Vgl. Unterabschnitt II.2.

Schreiber / von Hagen / Pönnighaus - Nach der US-Steuerreform 2018: Deutschland im Steuerwettbewerb

Der Beitrag plädiert zudem für Finanzierungsneutralität der Besteuerung. Um zu vermeiden, dass durch höhere Einkommensteuern kompensierte Senkungen des Gewinnsteuersatzes steuerliche Verzerrungen von Finanzierung und Rechtsform zur Folge haben, muss die seit 2009 in Deutschland etablierte Spaltung des Einkommensteuersatzes mit einem gesonderten proportionalen Steuersatz für Kapitaleinkünfte und einem progressiven Steuertarif für andere Einkommen zu einer Dualen Einkommensteuer weitergeführt werden. Die Abgeltungsteuer ist so zu gestalten, dass einerseits alle Kapitaleinkommen in Höhe der Marktverzinsung einem proportionalen Steuersatz unterliegen, dessen Höhe sich am Satz der Körperschaftsteuer ausrichtet, und dass andererseits darüber hinaus gehende Kapitaleinkommen (ökonomische Renten) höher besteuert werden. Die Besteuerung der Personenunternehmen ist entsprechend anzupassen.

Der Rest des Beitrags ist wie folgt aufgebaut. Abschnitt II beschreibt die Teile der US-Steuerreform, die für die Investitionen der Unternehmen bedeutsam sind, und stellt die Reform in den Kontext des Wettbewerbs der OECD-Mitgliedstaaten um international mobile Investitionen. Abschnitt III diskutiert die Senkung des Gewinnsteuersatzes der Kapitalgesellschaften verbunden mit einer höheren Belastung der Ausschüttungen und Veräußerungsgewinne, erörtert die Konsequenzen für die Finanzierungsneutralität und zeigt den Weg zu einer Dualen Einkommensteuer auf.

II. Steuerreform in den USA und Steuerwettbewerb in der OECD

1. Tax Cuts and Jobs Act: Die Steuerreform in den USA

Zum 1.1.2018 trat mit dem "Tax Cuts and Jobs Act"3 die seit 1986 umfangreichste Steuerreform in den USA in Kraft. Die Reform betrifft viele Bereiche des US-Steuerrechts. Für deutsche Unternehmen (und für die deutsche Steuerpolitik) ist von Interesse, wie sich dadurch die steuerlichen Rahmenbedingungen für Investitionen in den USA verändern. Im Folgenden werden deswegen die Veränderungen der Besteuerung von Kapitalgesellschaften mit Blick auf die Besteuerung grenzüberschreitender Investitionen erörtert.

Ein zentrales Element der Reform ist die Abschaffung des progressiven Tarifs der vom Bund erhobenen Corporate Income Tax mit einem Höchststeuersatz von 35 %. Dieser Tarif wird durch einen einheitlichen Steuersatz von 21 % ersetzt.⁴ Die Senkung des Steuersatzes um 14 Prozentpunkte ist die erste signifikante Veränderung des tariflichen Steuersatzes seit dem "Tax Reform Act" von 1986, welcher den Steuersatz der Kapitalgesellschaften von 46 % auf 34 % reduziert hatte.⁵ Auch wenn zu dieser tariflichen Belastung der Gewinne noch die Belastung durch State Income Taxes⁶ hinzukommt, erhöht die Steuersatzsenkung die Profitabilität der Investitionen, und die Attraktivität der USA als Standort für Investitionen steigt. Hinzu kommen Investitionsanreize durch eine Sofortabschreibung bestimmter materieller Wirtschaftsgüter, die bis zum Jahr 2022 erworben werden.⁷ Gleichzeitig wird aber für große Kapitalgesellschaften eine Zinsschranke von 30 % des EBITDA eingeführt.8 Zudem dürfen Verlustvorträge (zeitlich unbegrenzt) nur i.H.v. 80 % des zu versteuernden Einkommens angesetzt werden.9 Die beiden zuletzt genannten Maßnahmen belasten für sich genommen die Profitabilität von Investitionen.

Während die USA bisher repatriierte Gewinne ausländischer Kapitalgesellschaften zum vollen Körperschaftsteuersatz besteuert haben (Welteinkommensprinzip), wechseln sie nun zur vollständigen Freistellung repatriierter Gewinne von ausländischen Kapitalgesellschaften (Territorialitätsprinzip). 10 Seit 1986 noch nicht repatriierte Gewinne werden verpflichtend nachversteuert.11 Die Nachversteuerung belastet die Liquidität der betroffenen US-Unternehmen und könnte insoweit nachteilige Folgen für deren Investitionstätigkeit haben. Zugleich erhöht der Übergang zur territorialen Besteuerung für sich genommen die Attraktivität von ausländischen Investitionsstandorten, deren Belastung mit Gewinnsteuern unter der US-amerikanischen liegt.

Durch den Übergang zur territorialen Besteuerung nimmt auch der Anreiz zur internationalen Gewinnverlagerung zu. Dagegen richtet sich die Base Erosion Anti-Abuse Tax (BEAT).12 Für die BEAT wird die reguläre Bemessungsgrundlage einer US-Kapitalgesellschaft um Zahlungen an ausländische verbundene Unternehmen erweitert, wobei die Kosten für den Wareneinsatz (Cost of Goods Sold) abzugsfähig sind. Auf die so erweiterte Bemessungsgrundlage wird ein besonderer, zeitlich gestaffelter Steuersatz angewandt. Er ist im Jahr 2018 auf 5 % festgelegt, ab dem Jahr 2019 steigt er auf 10 %, und ab dem Jahr 2026 erhöht er sich auf 12,5 %. Liegt die Steuerzahlung auf die reguläre Bemessungsgrundlage der US-Kapitalgesellschaft unterhalb der Steuerzahlung für Zwecke der BEAT, so ist die höhere Steuer zu zahlen.

Schließlich schafft die Reform zwei neue Steuerregime für Gewinne aus Immaterialgütern. 13 Zum einen gibt es ein Präferenzregime, welches im Ausland erwirtschaftetem Einkommen einer US-Kapitalgesellschaft aus Immaterialgütern eine begünstigte Besteuerung gewährt (Foreign-Derived Intangible Income, FDII). Zum anderen gibt es ein Abwehrregime, das niedrig besteuerte Auslandsgewinne aus Immaterialgütern einer höheren Besteuerung zuführt (Global Intangible Low-Taxed Income, GILTI). Beide Normen sind im Zusammenhang zu sehen. Das Präferenzregime (FDII) schafft steuerliche Anreize für Investitionen in Immaterialgüter in den USA oder für die Verlagerung von Immaterialgütern in die USA. Das Abwehrregime (GILTI)

- Vgl. 115th Congress of the United States of America (2017).
- Vgl. Section 11(b) IRC.
- Vgl. Joint Committee on Taxation (1987), S. 272; der Steuersatz wurde im Jahr 1993 auf 35 % angehoben.
- State Income Taxes sind von der Bemessungsgrundlage der Bundeseinkommensteuer (Corporate Income Tax) abzugsfähig (Section 164(a) IRC). Bei einem durchschnittlichen Satz der State Income Tax von 6 % (vgl. Rienstra (2018)) ergibt sich eine Gesamtsteuerbelastung von etwa 25,7 % (= 6 % + (1 − 6 %) · 21 %). Der niedrigste (höchste) Satz der State Income Tax beträgt 0 % (12 %), so dass sich eine minimale (maximale) Gesamtsteuerbelastung von 21 % (30,5 %) ergibt.
- Vgl. Section 168(k) IRC; ab 2023 wird die Sofortabschreibung graduell verringert.
- Vgl. Section 168(j) IRC; ab 2022 tritt das EBIT an die Stelle des EBITDA.
- Vgl. Section 172 IRC; ein Verlustrücktrag ist nicht erlaubt.
- Vgl. Section 245A IRC.
- 11 Vgl. Section 965 IRC.
- Vgl. Section 59A IRC.
- Vgl. Section 250 IRC.

verringert steuerliche Anreize, Investitionen in Immaterialgüter und damit erzielte Gewinne ins Ausland zu verlagern. Die effektive Steuerbelastung, die das Präferenzregime (FDII) gewährt, ist abgestimmt auf die Mindeststeuerbelastung, die sich aus dem Abwehrregime (GILTI) ergibt.

Bei der Ermittlung des im Ausland erzielten Einkommens einer US-Kapitalgesellschaft aus Immaterialgütern (FDII) kommt es nicht darauf an, ob der Gewinn nachweislich durch die Nutzung von Immaterialgütern (wie etwa Patenten oder Marken) entstanden ist. Das FDII wird ohne direkten Bezug zu derartigen Transaktionen bestimmt. Vielmehr wird es berechnet, indem das Gesamteinkommen der US-Kapitalgesellschaft abzgl. Dividenden, Einkünften ausländischer Betriebstätten, GILTI und Hinzurechnungsbeträgen (Subpart F Income) um eine Verzinsung von 10 % des Buchwertes der abschreibungsfähigen materiellen Wirtschaftsgüter der US-Kapitalgesellschaft (Qualified Business Assets Investments, QBAI14) gekürzt wird. Dabei werden Einkünfte aus der Erbringung von Dienstleistungen an nahestehende ausländische Personen nur berücksichtigt, soweit sie von diesen an unabhängige Dritte weiter erbracht werden. Der so ermittelte Betrag, das Deemed Intangible Income, wird dann auf das Inland und das Ausland aufgeteilt. 15 Der auf das Ausland entfallende Anteil gilt als FDII. 37,5 % des FDII können vom Gesamteinkommen abgezogen werden (abziehbarer FDII-Betrag), das der Berechnung der Steuer zugrunde liegt. 16

Nimmt man an, dass das Einkommen einer US-Kapitalgesellschaft ausschließlich im Ausland erzielt wird, so setzt sich die Steuerbelastung des Einkommens aus der Steuer auf die Verzinsung der QBAI sowie der Steuer auf das übersteigende Einkommen abzgl. des abziehbaren FDII-Betrags zusammen. Bei einem ausschließlich ausländischen Einkommen von 100 und einem Betrag der Verzinsung der QBAI von 50 erhält man ein FDII von 50 und einen abziehbaren FDII-Betrag von 18,75 (= 37,5 % · 50), so dass 62,5 % des FDII das Einkommen erhöhen. Zu versteuern sind mithin 81,25 (= 100 - 18,75), was bei einem Steuersatz von 21 % eine Steuerzahlung von etwa 17,1 (= 81,25 · 21 %) und entsprechend eine effektive Steuerbelastung des Einkommens von etwa 17,1 % (= 17,1/100) ergibt. Dies ist gleichbedeutend mit einer Steuerzahlung von 10,5 (= $50 \cdot 21$ %) auf den Betrag der Verzinsung der QBAI und einer Steuerzahlung von 6,6 (= (81,25 - 50) · 21 %) auf das übersteigende Einkommen. Entsprechend ergeben sich effektive Steuerbelastungen i.H.v. 21 % (= 10,5/50) und von 13,1 % (= 6,6/50). Unter diesen Bedingungen nähert sich die effektive Steuerbelastung des im Ausland erzielten Einkommens bei gegebener Verzinsung der QBAI mit wachsenden Einkommen einem Steuersatz von 13,1 % (= 21 % · 62,5 %) an. Der Abzugsbetrag von 37,5 % für das FDII ist jedoch nur bis zum Jahr 2025 anzuwenden; ab dem Jahr 2026 ist das FDII zu 78,125 % steuerpflichtig, so dass sich ab dem Jahr 2026 ein Effektivsteuersatz für das FDII von 16,4 % (= 21 % · 78,125 %) ergibt.

US-Anteilseigner, die zu mindestens 10 % an einer ausländischen Tochterkapitalgesellschaft beteiligt sind, müssen niedrig besteuertes Einkommen aus Immaterialgütern (GILTI) dieser Tochterkapitalgesellschaft in den USA versteuern. ¹⁷ Allgemein berechnet sich GILTI wie folgt. In einem ersten Schritt wird eine gesetzlich festgelegte Verzinsung von 10 % des Buchwertes der abschreibungsfähigen materiellen Wirtschaftsgüter der US-Kapitalgesellschaft ermittelt (QBAI). Das QBAI wird um vorhandenen Zinsaufwand gekürzt. ¹⁸ Um das GILTI zu ermitteln,

werden vom Einkommen der ausländischen Tochterkapitalgesellschaft die Verzinsung des QBAI und Einkommensteile abgezogen, die nach anderweitigen Vorschriften (etwa Subpart F Income) der Besteuerung in den USA unterliegen.¹⁹ Der so ermittelte Betrag (Net Tested Income) wird um die ausländische Steuer erhöht, die darauf lastet (Gross-Up).²⁰ Von dem so ermittelten Bruttobetrag werden 50 % (ab 2026: 37,5 %) in den USA von der Besteuerung freigestellt;²¹ der verbleibende Betrag wird in den USA besteuert. Bei einem tariflichen Steuersatz von 21 % ergeben sich damit Effektivsteuersätze auf GILTI von 10,5 % und 13,1 %. Da ausländische Steuern nur zu 80 % angerechnet werden, greift die Steuer auf GILTI unterhalb eines ausländischen Steuersatzes von 13,1 % (ab 2026 von 16,4 %).²²

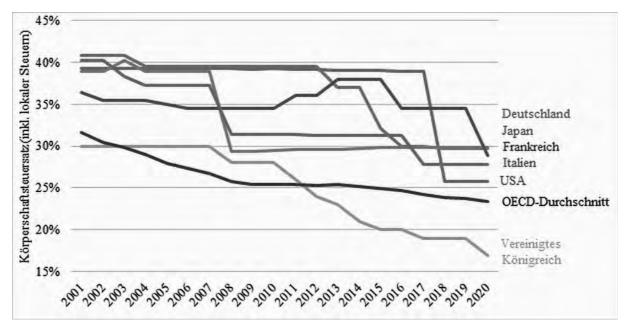
2. Steuerwettbewerb in der OECD

Die USA sind nicht der einzige Staat, der innerhalb der letzten Jahre seinen Körperschaftsteuersatz gesenkt hat. Innerhalb der OECD ist ein eindeutiger Trend der Senkung der Körperschaftsteuersätze zu verzeichnen. Abbildung 1 auf der nächsten Seite lässt im Zeitraum 2001 bis 2020 sinkende Körperschaftsteuersätze (inkl. lokaler Steuern) einiger großer OECD-Mitgliedstaaten erkennen. Während im Jahr 2001 der durchschnittliche Körperschaftsteuersatz noch bei etwa 32,6 % lag, wird er im Jahr 2020 voraussichtlich bei etwa 23,4 % liegen. Die Abbildung zeigt auch, dass nach der Senkung des französischen Steuersatzes auf 28,9 % im Jahr 2020 Deutschland mit 29,8 %²³ den höchsten Steuersatz der großen OECD-Mitgliedstaaten haben wird, knapp gefolgt von Japan mit 29,7 %. Italien hat bereits im Jahr 2017 seinen Steuersatz von 31,3 % auf 27,8 % gesenkt, und das Vereinigte Königreich wird nach einer Reihe von Steuersatzsenkungen im Jahr 2020 einen Steuersatz von 17 % aufweisen.

Daneben haben weitere OECD-Mitgliedstaaten wie Belgien (34 % auf 29,9 %), Luxemburg (27,1 % auf 26 %), Norwegen (24 % auf 23 %) und Schweden (22 % auf 20 %) im Jahr 2018 ihre Körperschaftsteuersätze gesenkt, während weitere Steuersatzsenkungen in den kommenden Jahren in Australien (30 % auf 25 % bis 2027), Belgien (29,9 % auf 25,8 % in 2020), Frankreich (28,9 % auf 25,8 % in 2022), Griechenland (29 % auf 26 % in 2019) und Niederlande (25 % auf 21 % in 2021) geplant sind. Wenn diese Änderungen umgesetzt werden, wird Deutschland zusammen mit Mexiko (30 %) den höchsten Körperschaftsteuersatz innerhalb der OECD-Mitgliedstaaten haben.

- 14 Vgl. Section 250(b)(2)(B) IRC i.V.m. Section 951A(d) IRC
- 15 Vgl. Section 250(b) IRC.
- 16 Vgl. Section 250(a)(1)(A) IRC.
- 17 Vgl. Section 951A(a) IRC i.V.m. Section 951(b) IRC.
- 18 Vgl. Section 951A(b) IRC.
- 19 Vgl. Section 951A(c) IRC.
- 20 Vgl. Section 951A(a) IRC.
- 21 Vgl. Section 250(a)(1)(B)(i) IRC.
- 22 Bei einem ausländischen Einkommen vor Steuern von 1 und einem ausländischen Steuersatz s_A beträgt die anrechenbare ausländische Steuer $80\% \cdot s_A$. Liegt in Höhe von 50 % des ausländischen Einkommens GILTI vor, so beträgt der Höchstbetrag der Anrechnung 50 % · 21 %. Daraus ergibt sich der maximale ausländische Steuersatz $s_A = 10.5~\%/80~\% = 13.1~\%~(bzw.~s_A = 13.1~\%/80~\% = 16.4~\%).$
- 23 Einberechnet sind Körperschaftsteuer (15 %), Solidaritätszuschlag (5,5 %), und Gewerbesteuer (14 %) bei einem Hebesatz von 400 %.

Abbildung 1: Entwicklung der Körperschaftsteuersätze (inkl. lokaler Steuern) innerhalb der OECD-Mitgliedstaaten.



Entwicklung der Körperschaftsteuersätze (inkl. lokaler Steuern) der sechs größten OECD-Mitgliedstaaten, die etwa zwei Drittel des gesamten Bruttoinlandsproduktes der OECD-Mitgliedstaaten ausmachen. Der OECD-Durchschnitt ist als ungewichteter Mittelwert über alle 35 OECD-Mitgliedstaaten berechnet (Stand der OECD-Mitgliedschaft: Januar 2018). Geplante Reformen des Körperschaftsteuersatzes bis 2020 sind abgebildet. Für die Berechnung der Gewerbesteuer in Deutschland wird der vom Statistischen Bundesamt veröffentlichte gewogene Durchschnittshebesatz des jeweiligen Jahres angenommen. Quellen: OECD.Stat: Tax Database, Table II.1 (http://stats.oecd.org, Zugriff: 30.4.2018), Statistisches Bundesamt: Statistik über den Realsteuervergleich (https://www.destatis.de, Zugriff: 30.4.2018).

Diese zu beobachtenden und geplanten Steuersatzsenkungen deuten auf einen ausgeprägten Wettbewerb der Staaten um international mobile Gewinne und Investitionen hin. Tatsächlich gibt es empirische Evidenz für einen solchen Steuerwettbewerb.²⁴ Der fortgesetzte Steuerwettbewerb mag verwunderlich sein vor dem Hintergrund der Bemühungen um vermehrte internationale Koordination innerhalb der OECD, die ihren weithin sichtbaren Ausdruck in dem im Jahr 2012 begonnenen BEPS-Projekt finden. Denn mit dem BEPS-Projekt haben die OECD-Mitgliedstaaten sich auf gemeinsame steuerliche Regelungen gegen internationale Gewinnverlagerungen verständigt, welche in die nationalen Steuergesetze einfließen sollen.

Jedoch waren und sind die Steuersätze der Kapitalgesellschaften nicht Gegenstand der internationalen Koordination der Steuerpolitik innerhalb der OECD. Deswegen könnte das BEPS-Projekt selbst für den unverändert intensiven Steuerwettbewerb im Bereich der Steuersätze verantwortlich sein. Denn wenn die internationale Gewinnverlagerung stark eingeschränkt oder gar unmöglich gemacht wird, erhöht dies den steuerlichen Druck auf die Profitabilität von Investitionen in Hochsteuerländern. Ohne die Möglichkeit der internationalen Gewinnverlagerung ist ein hoher tariflicher Steuersatz für die lokale Steuerbelastung der Investitionen ausschlaggebend, die dadurch erheblich ansteigen kann.

Die empirische Steuerforschung hat in einer Vielzahl von Studien einen Zusammenhang zwischen der Höhe des für ausländische Investitionen (Direktinvestitionen) relevanten Steuersatzes und dem Umfang dieser Investitionen nachgewiesen. Diese Studien lassen wenig Zweifel, dass Steuern Einfluss auf internationale Standortentscheidungen nehmen. ²⁵ Feld und Heckemeyer (2011) führen eine Meta-Analyse durch, die auf den Schätzungen von 45 einschlägigen empirischen Studien beruht, und finden eine Semi-Elastizität ausländischer Direktinvestitionen

von 2,55. Dies bedeutet, dass ein Anstieg des relevanten Steuersatzes in einem Staat um einen Prozentpunkt (etwa von 30 % auf 31 %) die ausländischen Direktinvestitionen in diesem Staat um 2,55 % reduziert.

Man kann daher davon ausgehen, dass Unternehmen international mobile Investitionen an Standorte verlagern, die eine geringere tarifliche Steuerbelastung der Gewinne aufweisen, und auch in der Lage sind, internationale Gewinnverlagerung durch internationale Investitionsverlagerung zu substituieren. ²⁶ Vor allem in der Europäischen Union, die auf dem BEPS-Projekt der OECD beruhende Richtlinien betreffend Maßnahmen gegen die internationale Gewinnverlagerung ²⁷ bereits beschlossen hat, könnten derartige Substitutionseffekte auftreten. In der Folge werden negative Investitionseffekte hoher Steuersätze stärker wirksam, die auch zu Lasten der Arbeitseinkommen gehen. ²⁸ In einem solchen steuerlichen Umfeld ist die Senkung des tariflichen Gewinnsteuersatzes in den betroffenen Staaten

²⁴ Vgl. Winner (2005); Devereux et al. (2008); Kulessa und Wenzelburger (2015); Swank (2016). Becker et al. (2012) dagegen finden in empirischen Studien nur sehr wenige Belege für einen Steuersatzwettbewerb.

²⁵ Vgl. de Mooij und Ederveen (2003); Devereux und Griffith (2003); de Mooij und Ederveen (2008); Feld und Heckemeyer (2011); Heckemeyer und Overesch (2012).

²⁶ Vgl. Overesch (2009); Keen und Konrad (2013); Dobbins und Jacob (2016); Keen (2018).

²⁷ Vgl. Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12.7.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes (ABl. EU 2016 Nr. L 193, 1–14), zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29.5.2017 (ABl. EU 2017 Nr. L 144, 1–11).

Vgl. Fuest et al. (2018) zu empirischer Evidenz für die Überwälzung von Gewinnsteuern. Danach wird die Hälfte der deutschen Gewerbesteuer auf die Arbeitnehmer abgewälzt; die Inzidenz der Steuer ist dagegen nahe null bei Unternehmen, die potentiell Gewinnverlagerungsmöglichkeiten haben.

eine zu erwartende steuerpolitische Antwort des jeweiligen nationalen Gesetzgebers.

Deutschland verfügt mit etwa 1,3 Bio. USD über einen erheblichen Bestand an Direktinvestitionen im Ausland. In den USA halten deutsche Investoren mit rund 262 Mrd. USD die höchsten Bestände, gefolgt vom Vereinigten Königreich mit rund 128 Mrd. USD. Auch bei den ausländischen Direktinvestitionen in Deutschland dominieren diese beiden Staaten das Bild: Investoren aus den USA und dem Vereinigten Königreich halten Bestände in Deutschland von rund 75 Mrd. USD bzw. rund 67 Mrd. USD. Der gesamte Bestand an ausländischen Direktinvestitionen in Deutschland beträgt rund 786 Mrd. USD.²⁹ Bedeutende Direktinvestitionsstandorte, allen voran die USA, haben ihre Steuersätze stark gesenkt oder werden dies in den folgenden Jahren tun. Diese Steuersatzsenkungen lassen eine Veränderung der Direktinvestitionen erwarten, in deren Folge Deutschland zu Lasten von Staaten wie den USA oder dem Vereinigten Königreich Investitionen verlieren könnte.

Die steuerliche Vorteilhaftigkeit einer Auslandsinvestition gegenüber einer Investition in Deutschland nimmt wegen der deutlichen Steuersatzsenkung in den USA und im Vereinigten Königreich zu. Im Fall der USA kommen die Sofortabschreibung bestimmter Wirtschaftsgüter, BEAT und FDII noch hinzu; die Sofortabschreibung senkt die effektive Steuerbelastung, eine niedrige Wertschöpfung in den USA kann steuerlich nachteilig sein (BEAT), und der effektive Steuersatz auf Einkommen aus der Verwertung von Immaterialgütern liegt unter dem statuarischen Steuersatz (FDII).

Diesen negativen Effekten stehen positive Effekte gegenüber. Weil die USA ab 2018 bei US-Mutterkapitalgesellschaften auf die Besteuerung der Gewinne von im Ausland ansässigen US-Tochterkapitalgesellschaften verzichten, sinkt die Steuerbelastung von in Deutschland versteuerten und repatriierten Gewinnen einer Tochterkapitalgesellschaft aus der Sicht einer in den USA ansässigen Mutterkapitalgesellschaft von 35 % (zzgl. State Income Taxes) auf etwa 30 %.

Investitionseffekte von Steuersatzsenkungen lassen sich empirisch schätzen. Eine Studie von Spengel et al. (2018a) untersucht die Effekte der US-Steuerreform, stützt sich dabei auf den effektiven Durchschnittsteuersatz und nutzt den Konsensschätzer der Meta-Studie von Feld und Heckemeyer (2011) sowie den durchschnittlichen Bestand der Direktinvestitionen über den Zeitraum 2008 bis 2012 der Datenbank Eurostat. Spengel et al. (2018a) prognostizieren einen von der Steuersatzsenkung in den USA ausgelösten Anstieg des Bestands deutscher Direktinvestitionen in den USA von etwa 39 Mrd. EUR (48 Mrd. USD) und einen durch den Wechsel vom Welteinkommensprinzip zum Territorialitätsprinzip in den USA ausgelösten Anstieg von US-Investitionen in Deutschland von etwa 6 Mrd. EUR (7 Mrd. USD). Der zu erwartende Anstieg der Investitionen in Deutschland ist also bedeutend geringer als der zu erwartende Anstieg der Investitionen in den USA. Der Gesamteffekt der US-Steuerreform auf die grenzüberschreitende Investitionstätigkeit fällt aus deutscher Sicht negativ aus.

Empirische Analysen, wie die von *Spengel* et al. (2018a) benutzte Meta-Analyse von *Feld* und *Heckemeyer* (2011), sind grundsätzlich geeignet, um zu erwartende Veränderungen der Direktinvestitionen als Reaktion auf Steuersatzveränderungen zu prognostizieren. Generell ist bei derartigen Prognosen jedoch

zu beachten, dass empirische Studien auf historischen Daten und einer Partialanalyse beruhen. Regressionsmodelle, wie sie der oben wiedergegebenen Prognose zugrunde liegen, schätzen einen linearen Zusammenhang. Auch Prognosen auf dieser Grundlage implizieren deswegen einen linearen Zusammenhang, was vor allem bei großen Änderungen von erklärenden Variablen (hier des Steuersatzes) problematisch sein mag. Hinzu kommt, dass Regressionen, die nicht explizit für Zeiteffekte kontrollieren, keine zweifelsfreie Aussage über den zeitlichen Verlauf der Reaktion der Direktinvestitionen erlauben. Dies gilt vor allem, wenn sich Veränderungen im ökonomischen oder regulatorischen Umfeld ergeben. Spätestens mit Beginn der Umsetzung des im Jahr 2012 begonnenen BEPS-Projektes der OECD haben bedeutende regulatorische Änderungen im internationalen Steuerrecht stattgefunden, oder sie sind noch zu erwarten.30 Wenn zukünftig mit weiteren starken Einschränkungen der internationalen Gewinnverlagerung zu rechnen ist, könnten die oben prognostizierten Investitionseffekte der Steuersatzänderungen ausgeprägter sein, da dann der Steuersatz im Staat der Direktinvestition weiter an Bedeutung für die Gewinnsteuerbelastung der Investitionen gewinnt. Zudem verdeckt die isolierte Betrachtung der Steuersatzsenkung in den USA mögliche Investitionseffekte der Steuersatzsenkungen anderer Staaten.

Bei aller gebotenen Vorsicht, die hinsichtlich der Ergebnisse empirischer Analysen angebracht ist, stützen diese doch die Erwartung, dass durch die Steuersatzsenkungen in bedeutenden OECD-Mitgliedstaaten deutsche Direktinvestitionen in diesen Staaten in den kommenden Jahren insgesamt ansteigen werden. Zunehmende Investitionen deutscher Unternehmen im Ausland könnten implizieren, dass diese Unternehmen weniger in Deutschland investieren.³¹ Verschärfend kommt hinzu, dass ein Verharren Deutschlands bei einen Steuersatz von etwa 30 % für Kapitalgesellschaften die Neigung vieler Unternehmen verringern könnte, in Deutschland zu investieren, wenn gleichzeitig die Möglichkeiten der internationalen Gewinnverlagerung aus Deutschland heraus wirksam eingeschränkt werden.

Zusammenfassend muss also damit gerechnet werden, dass weniger ausländische Direktinvestitionen in Deutschland und mehr deutsche Direktinvestitionen im Ausland eine Folge des sich verschärfenden Steuerwettbewerbs sind. Für Deutschland, das bei unverändertem Steuerrecht 2020 den höchsten Gewinnsteuersatz der großen OECD-Mitgliedstaaten haben wird, besteht somit steuerpolitischer Handlungsbedarf.

²⁹ Vgl. International Monetary Fund, Coordinated Direct Investment Survey (http://data.imf.org, Zugriff: 30.4.2018); die Werte beziehen sich auf das Jahr 2016

Vgl. Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12.7.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes (ABl. EU 2016 Nr. L 193, 1–14), zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29.5.2017 (ABl. EU 2017 Nr. L 144, 1–11), die alle EU-Mitgliedstaaten verpflichtet, bis 2019 entsprechende Vorschriften gegen Gewinnverlagerung in nationales Recht zu implementieren.

³¹ Vgl. Feldstein (1995) und Desai et al. (2005), die zeigen, dass In- und Auslandsinvestitionen keine Komplemente, sondern – zumindest zum Teil – Substitute sind.

III. Wege zur Reform der Unternehmensbesteuerung

Kompensierte Senkung des K\u00f6rperschaftsteuersatzes

Der Trend zu niedrigeren Steuersätzen ist nahezu ausschließlich im Bereich der Körperschaftsteuer zu beobachten. Der Regelsteuersatz der Einkommensteuer ist demgegenüber vergleichsweise stabil.³² Steuerwettbewerb und daraus resultierender Handlungsdruck für den deutschen Gesetzgeber besteht daher vornehmlich im Bereich der Ertragsbesteuerung von Kapitalgesellschaften. Als Reaktion Deutschlands auf die US-Steuerreform wird folglich auch eine Senkung des Körperschaftsteuersatzes diskutiert.³³

Im Steuerwettbewerb kommt es auf die steuerliche Belastung der Zinsen und Gewinne an, die durch Investitionen im Inland generiert werden und an die ausländischen Kapitalgeber abfließen. Von ausländischen Kapitalgebern nicht anrechenbare inländische Steuern auf Zinsen und Gewinne wirken als Hemmnisse für inländische Investitionen. Aus Deutschland abfließende Zinsen sind regelmäßig abzugsfähig (sieht man von der teilweisen gewerbesteuerlichen Hinzurechnung und der möglicherweise greifenden Zinsschranke ab). Dagegen lasten auf Gewinnen (und nicht abzugsfähigen Zinsen) Ertragsteuern. Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer kommt hier wesentliche Bedeutung zu, da Investitionen von Steuerausländern häufig diesen Ertragsteuern unterliegen und zudem diese Ertragsteuern regelmäßig im ausländischen Sitzstaat des Kapitalgebers nicht anrechenbar sind.

Ausschüttungen von Kapitalgesellschaften, die an unbeschränkt einkommensteuerpflichtige Kapitalgeber fließen, sind dagegen kaum vom Steuerwettbewerb betroffen. Während nämlich Investitionen und Firmensitze international sehr mobil sein können, ist dies für Wohnsitze nicht gleichermaßen der Fall. Der Verlegung des Wohnsitzes aus rein steuerlichen Gründen stehen erfahrungsgemäß viele persönliche Hindernisse entgegen. International hoch mobile Personen sind denn auch eher die Ausnahme als die Regel. Dies eröffnet die Möglichkeit, eine vom Steuerwettbewerb erzwungene Verringerung der Gewinnsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften durch eine entsprechende Erhöhung der Steuerbelastung der Gewinnausschüttung zu kompensieren. Bei Veräußerungsgewinnen ist entsprechend zu verfahren, da die Veräußerung einer Beteiligung das Substitut einer Gewinnausschüttung ist. Es ist dabei sicherzustellen, dass von einer Erhöhung der Steuerbelastung nur die (als weitgehend international immobil geltenden) inländischen Anteilseigner betroffen sind.

Wenn Ausschüttungen und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften höher belastet werden, ist auch eine entsprechende Besteuerung weiterer Kapitaleinkünfte, insbesondere der Zinsen, zu regeln. Grundsätzlich gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder man hält an dem gesonderten Steuersatz für Kapitaleinkünfte und der Abgeltungsteuer fest oder man beseitigt die Abgeltungsteuer und unterwirft die Kapitaleinkünfte sämtlich dem Regeltarif der Einkommensteuer. Im ersten Fall muss der gesonderte Steuersatz ansteigen und gleichzeitig sind die Steuerbefreiungen im Betriebsvermögen entsprechend zu verringern. Im zweiten Fall sind sämtliche Ausschüttungen der Kapitalgesellschaften und Gewinne aus

der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften in ein Teileinkünfteverfahren einzubeziehen.

Käme es zur Beseitigung der Abgeltungsteuer, so könnte die Kapitalertragsteuer unverändert erhoben werden. Dagegen hat die Beibehaltung des gesonderten Steuersatzes und der Abgeltungsteuer Folgen für die Kapitalertragsteuer. Da der gesonderte Steuersatz für Kapitaleinkünfte dem Satz der Kapitalertragsteuer gleicht, zieht dies einen höheren Satz der Kapitalertragsteuer nach sich. Sollten ausländische Eigenkapitalgeber die Kapitalertragsteuer nicht anrechnen können, so wirkte die höhere Kapitalertragsteuer wie eine (nicht anrechenbare) Körperschaftsteuer oder Gewerbesteuer, was die Senkung der Gewinnsteuer konterkarieren würde.

Diese nachteilige Wirkung tritt jedoch regelmäßig nicht auf. Fließen die Ausschüttungen einer beschränkt steuerpflichtigen Körperschaft zu, verhindern meist die Mutter-Tochter-Richtlinie oder ein Abkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (DBA), dass ein höherer Satz der Kapitalertragsteuer wirksam wird. Wird auch der verringerte Satz der Kapitalertragsteuer von derzeit 15 % (§ 44a Abs. 9 EStG) abgesenkt, können beschränkt steuerpflichtige Körperschaften aus einem Nicht-EU-Staat oder Nicht-DBA-Staat eine Kapitalertragsteuer in Höhe der in Deutschland fälligen Körperschaftsteuer erwarten. Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften unterliegen grundsätzlich der beschränkten Steuerpflicht. Eine ausländische Kapitalgesellschaft bezieht diese Gewinne jedoch in der Regel (sieht man von Streubesitz ab) steuerfrei. Ein DBA nimmt diese Veräußerungsgewinne regelmäßig in Deutschland von der Besteuerung aus. Damit wäre insbesondere im Bereich der Kapitalgesellschaften, in dem der Steuerwettbewerb besonders wirksam ist, eine Mehrbelastung durch eine höhere Kapitalertragsteuer in aller Regel ausgeschlossen.

Die höhere Kapitalertragsteuer trifft bei einem einheitlichen Steuersatz auch Zinsen. Diese unterliegen allerdings regelmäßig nicht der beschränkten Einkommen- und Körperschaftsteuerpflicht. Zudem reduzieren DBA den Satz der Kapitalertragsteuer. Innerhalb der EU verbietet die Zins- und Lizenzrichtlinie³⁴ die Erhebung von Kapitalertragsteuern auf Zinsen, die an verbundene Unternehmen fließen. Sollte die Kapitalertragsteuer im Einzelfall an Steuerausländer abfließende Zinsen belasten, so dürfte diese Steuerzahlung jedoch regelmäßig im Sitzstaat des ausländischen Investors anrechenbar sein.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine Senkung des Körperschaftsteuersatzes geeignet ist, Deutschland für international mobile Investitionen attraktiv zu halten. Wird im Gegenzug die Einkommensteuer auf Ausschüttungen und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen erhöht, so belastet dies nur inländische Kapitalgeber, die international weniger mobil sind.

Vgl. OECD.Stat: Tax Database, Table I.7 (http://stats.oecd.org, Zugriff: 30.4.2018), wonach der durchschnittliche Spitzensteuersatz der Einkommensteuer innerhalb der OECD-Mitgliedstaaten 2001 bei etwa 45,1 % und 2016 bei etwa 43,3 % lag.

³³ Vgl. Becker und Englisch (2018); Spengel et al. (2018b); Straubhaar (2018).

³⁴ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Zins- und Lizenzrichtlinie und § 50g Abs. 1 S. 1 EStG.

2. Steuerliche Förderung von Immaterialgütern?

Neben einer Steuersatzsenkung, die allen Investitionen der Kapitalgesellschaften zugutekommt, könnte auch über die Förderung von Immaterialgütern nachgedacht werden. Denn Immaterialgüter sind von wachsender Bedeutung für die Wertschöpfung der Unternehmen und deren Marktwert.³⁵ Hinzu kommt, dass Immaterialgüter international besonders mobil sind und sich daher besonders zur Gewinnverlagerung eignen.³⁶ Staaten wie Belgien, Irland, Luxemburg, Niederlande und Zypern haben besondere Vergünstigungen für Gewinne aus Immaterialgütern geschaffen und bieten Steuersätze auf Einkünfte aus der Verwertung von Immaterialgütern von weniger als 10 % im Rahmen sog. Patentboxen. Auch Frankreich und das Vereinigte Königreich verfügen über solche Regime der bevorzugten niedrigeren Besteuerung von Lizenzeinnahmen.³⁷

Von steuerlichen Vergünstigungen für Immaterialgüter kann man sich verstärkte Investitionen in Forschung und Entwicklung, damit verbundene positive Spillover-Effekte und zusätzliche Steuereinnahmen versprechen. Das BEPS-Projekt der OECD richtet sich nicht gegen günstige steuerliche Bedingungen für die Produktion von Immaterialgütern. Jedoch soll es steuerliche Vorteile für Immaterialgüter nur insoweit gegeben, wie Immaterialgüter in einem Staat geschaffen oder genutzt werden (steuerlicher Nexus), um zu verhindern, dass der Ort der Entwicklung oder Nutzung von Immaterialgütern vom Ort der Besteuerung der daraus resultierenden Gewinne zu trennen ist. Werden Gewinnverlagerungen im Bereich der besonders mobilen Investitionen in Forschung und Entwicklung wirksam begrenzt, könnte es verstärkt zu internationalen Investitionsverlagerungen kommen.

Aus diesem Grund ist es bedeutsam, dass die Steuerreform der USA besondere steuerliche Bedingungen für Gewinne schafft, die im Ausland mit Immaterialgütern erzielt werden. Die starke Senkung der Steuern auf Gewinne aus der Verwertung von Immaterialgütern im Ausland von 35 % auf etwa 13,1 % (jeweils zzgl. State Income Taxes) verstärkt schon für sich genommen die Attraktivität der USA als Standort für Immaterialgüter. Hinzu kommt, dass in Anbetracht der Forschungsstärke der USA und der Dominanz in den USA ansässiger Konzerne im Bereich digitaler Geschäftsmodelle der Anreiz zur Verlagerung von Immaterialgütern in die USA schon aus Gründen hoch ist, die jenseits der Gewinnbesteuerung liegen.

Die von der Steuerreform der USA geschaffenen steuerlichen Anreize für die Gewinne aus Immaterialgütern dürften durch die Art der Berechnung der Bemessungsgrundlage des FDII (s. Unterabschnitt II.1) noch verstärkt werden. Denn im Grundsatz sind im Ausland erzielte Gewinne ermäßigt besteuert, die eine steuerliche festgesetzte Verzinsung der abschreibungsfähigen Wirtschaftsgüter übersteigen. Deutsche Unternehmen könnten vor allem Immaterialgüter im Zusammenhang mit digitalen Geschäftsmodellen aus den USA heraus verwerten, die Gewinne dort niedrig versteuern und quellensteuerfrei³⁸ an das deutsche beherrschende Unternehmen ausschütten. Lediglich § 8b Abs. 1 und 5 KStG erhöhen geringfügig die Steuerbelastung der Auslandsgewinne deutscher Kapitalgesellschaften. Inwieweit die US-Regeln zum FDII dem Nexus-Ansatz der OECD entsprechen, ist umstritten; auch die Nichtabziehbarkeit von Lizenzausgaben in Deutschland nach § 4j EStG könnte greifen.³⁹ Wäre das der Fall, so müsste dies zusätzlich den Anreiz erhöhen, Forschung und Entwicklung und nicht nur die Verwertung von Immaterialgütern in die USA zu verlagern.

Die Investitionseffekte des internationalen Steuersatzgefälles sprechen dafür, die steuerlichen Bedingungen für international hoch mobile Immaterialgüter denjenigen anzugleichen, die Standorte aufweisen, die den Unternehmen vergleichbare Rahmenbedingungen für Schaffung und Nutzung von Immaterialgütern bieten. Deswegen wäre zu erwägen, auch in Deutschland eine steuerliche Forschungsförderung in Form einer Lizenzbox einzuführen, ein Schritt der schon lange diskutiert wird.⁴⁰ Eine darüberhinausgehende Maßnahme könnte sich an den Regeln betreffend FDII in den USA orientieren. Es würden dann am Markt erwirtschaftete ökonomische Renten einem niedrigeren Gewinnsteuersatz der Kapitalgesellschaft unterworfen, während die Verzinsung des eingesetzten Sachkapitals einem höheren Steuersatz unterliegt. Gilt ein solcher niedriger Steuersatz nicht nur für im Ausland erwirtschaftete Gewinne, sondern auch für im Inland erzielte Gewinne, müsste der Anreiz sinken, die Produktion von Immaterialgütern in das Ausland zu verlagern.

Ein derartiges Regime setzte an die Stelle eines einheitlichen Steuersatzes für Gewinne der Kapitalgesellschaften einen unternehmensspezifischen Steuersatz, der von der Höhe und Zusammensetzung der steuerlichen Gewinne abhinge. Eine solche, mit Blick auf die Produktion von Immaterialgütern vielleicht wünschenswerte Steuersatzspaltung muss allerdings auch im Kontext der Besteuerung der Kapitaleinkommen gesehen werden. Ein Steuersatz, der von der Zusammensetzung der Gewinne der Kapitalgesellschaft abhängt, passt schlecht zu einer kompensatorischen Senkung des Gewinnsteuersatzes der Kapitalgesellschaft, weil dann die angestrebte kombinierte Belastung ausgeschütteter Gewinne (und damit der ökonomischen Rente) mit Gewinnsteuer und Einkommensteuer von der sachlichen Aufteilung der Gewinne abhängt.

Ist nämlich eine bestimmte Belastung der von ansässigen Kapitalgebern empfangenen Ausschüttung mit Einkommensteuer erwünscht, wird die Höhe des auf Ausschüttungen anzuwendenden Einkommensteuersatzes von der Höhe der Vorbelastung der ausgeschütteten Gewinne abhängig. Die Steuersatzspaltung bei der Besteuerung des Gewinns der Kapitalgesell-

- Vgl. Adams (2015), wonach in Jahr 2015 84 % des Marktwertes der im Standard & Poor's 500 gelisteten Unternehmen aus Immaterialgütern resultierten; nach OECD.Stat: Patents by Technology: Patents – Total and Technology Domains (http://stats.oecd.org, Zugriff: 30.4.2018) hat sich die Anzahl an Patentanmeldungen unter dem Vertrag über die Internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens im Zeitraum 1999 bis 2012 mehr als verdoppelt.
- 36 Vgl. Griffith et al. (2014), S. 12; Dudar und Voget (2015), S. 6; Schreiber und Fell (2017), S. 102.
- 37 Vgl. Evers et al. (2015), S. 503-505; pwc (2017), S. 53.
- Vgl. Art. 10 Abs. 3 lit. a) des DBA Deutschland–USA für die Quellensteuerfreiheit ab einer Beteiligung von mindestens 80 %; bei Beteiligungen zwischen 10 % und 80 % wird eine Quellensteuer i.H.v. 5 % fällig (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a) des DBA Deutschland–USA).
- 39 Vgl. Sledz (2018) zur Feststellung des US-Finanzministerium, dass das FDII-Regime den Empfehlungen der OECD entspricht; Wissenschaftlicher Beirat Steuern von EY (2018) und pwc (2018) halten die Anwendbarkeit der Lizenzschranke für möglich; Becker und Englisch (2018) gehen davon aus, dass das FDII-Regime nicht dem Nexus-Ansatz des Aktionspunktes 5 des BEPS-Projektes der OECD entspricht.
- 40 Vgl. Spengel (2013); Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. und Verband der chemischen Industrie e.V. (2017).

schaft müsste eine entsprechende Steuersatzdifferenzierung bei der Einkommensbesteuerung der Ausschüttung nach sich ziehen. Hinzu kommt, dass eine von der Vorbelastung der Ausschüttung abhängige Höhe der Einkommensteuer bei Ausschüttungen ausländischer Kapitalgesellschaften auf Schwierigkeiten stößt, weil im grenzüberschreitenden Fall die betreffenden Informationen seitens der ausschüttenden Kapitalgesellschaft nicht vorliegen werden. Innerhalb der Europäischen Union besteht daher die Gefahr einer Verletzung der einschlägigen Grundfreiheiten.⁴¹ Alle diese Bedenken sprechen für einen einheitlichen Gewinnsteuersatz, der die Besteuerung international mobiler Gewinne aus Immaterialgütern berücksichtigt.

3. Sicherung der Finanzierungsneutralität der Besteuerung

Auch wenn eine kompensierte Senkung des Gewinnsteuersatzes der Kapitalgesellschaften eine naheliegende und einfach erscheinende Maßnahme im Steuerwettbewerb ist, so hat sie doch Auswirkungen auf das in Deutschland etablierte System der Unternehmensbesteuerung und wirft deswegen weiterreichende Fragen auf. Denn die Besteuerung der Unternehmen sollte auch unter Beachtung der Zwänge des Steuerwettbewerbs möglichst finanzierungsneutral sein, also weder die Eigenfinanzierung noch die Fremdfinanzierung bevorzugen. Steuerliche Nachteile eines Finanzierungsweges schlagen auf die Investitionen durch, deren Kapitalkosten steigen.⁴² Der Investor muss dann höhere Renditen vor Steuern erwirtschaften, um dem Kapitalmarkt die geforderte Nettorendite bereit zu stellen. Steigende Kapitalkosten reduzieren den Investitionsumfang, und es ist entsprechend mit Einkommensverlusten zu rechnen.

Verstöße gegen die steuerliche Finanzierungsneutralität bleiben nur dann folgenlos für die Investitionen, wenn eine steuerlich diskriminierte Finanzierung durch eine steuerlich nicht diskriminierte Finanzierung ersetzt wird. Kann der Investor der steuerlich diskriminierten Eigenfinanzierung ausweichen, indem er mit steuerlich nicht (oder geringer) diskriminiertem Fremdkapital finanziert, so ergeben sich keine (oder geringere) Auswirkungen auf die Kapitalkosten und damit auf das Investitionsvolumen.⁴³ Die Steuerpolitik könnte daraus den Schluss ziehen, dass die steuerliche Belastung der Eigenfinanzierung weitgehend irrelevant ist und es nur darauf ankommt, die Fremdfinanzierung frei von steuerlichen Verzerrungen zu halten. Dies würde vor allem verlangen, auf Abzugsbeschränkungen für Zinsen zu verzichten. Zwar kann man davon ausgehen, dass Eigenkapital und Fremdkapital in gewissem Umfang substituierbar sind.44 Jedoch stehen gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Restriktionen (etwa Mindesteigenkapitalvorschriften oder Abzugsverbote) sowie ökonomische Friktionen (wie beschränkte Verfügbarkeit von Fremdkapital für junge Unternehmen, Verschuldungsgrenzen oder das Eigenkapital als Verlustpuffer) der Annahme einer vollständigen Substituierbarkeit entgegen. Die nur begrenzt mögliche Ausweichung in die Fremdfinanzierung und die sich daraus ergebenden negativen Folgen⁴⁵ sprechen für die Wahrung der Finanzierungsneutralität der Besteuerung.

Blickt man auf eine Kapitalgesellschaft, so ziehen inländische Kapitalgeber Fremdfinanzierung der Eigenfinanzierung vor, wenn der Steuersatz auf erhaltene Zinsen geringer ist als der (kombinierte) Steuersatz auf empfangene Ausschüttungen. Der Anreiz zur Fremdfinanzierung verschwindet auch bei einer Senkung des Gewinnsteuersatzes erst dann, wenn Zinsen und Ausschüttungen sich insgesamt der gleichen tariflichen Steuerbelastung gegenübersehen. Der Einbehalt der Gewinne (Selbstfinanzierung) ist vorteilhaft, sofern die Steuerbelastung der einbehaltenen Gewinne unter der Steuerbelastung von ausgeschütteten Gewinnen und Zinsen liegt. Folglich verstärkt eine Senkung des Gewinnsteuersatzes bei einer steigenden einkommensteuerlichen Belastung der ausgeschütteten Gewinne und der Zinsen den Anreiz, Gewinne in einer Kapitalgesellschaft zu reinvestieren. Die Gewinne werden in den Kapitalgesellschaften eingeschlossen. Auf die Höhe der Steuer auf Ausschüttungen (und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen) kommt es dabei nicht an, da diese Steuer nicht vermieden werden kann. Entscheidend ist lediglich der Anreiz, diese Steuer später zu zahlen. Dieser Anreiz ist gegeben, wenn die Kapitalgesellschaft einen höheren Nettozinssatz für Anlagen am Kapitalmarkt erreicht als dies dem Eigenkapitalgeber möglich ist. Entsprechend sinken die Kapitalkosten von Investitionen, die aus einbehaltenen Gewinnen finanziert werden.⁴⁶ Steuerliche Verzerrungen der Finanzierung der Unternehmen sind dann unvermeidlich.

Steuerliche Anreize zur Gewinnthesaurierung verzerren nicht nur die Kapitalkosten der Investitionen, sondern schwächen auch die Allokationsfunktion des Kapitalmarktes. Vor allem bei großen börsennotierten und von Managern geleiteten Unternehmen, die über erhebliche Gewinne verfügen, gibt es Anreize, Ausschüttungen zu verringern und stattdessen das Wachstum des Unternehmens zu stärken, auch wenn sich dadurch der Wert des Unternehmens verringert.⁴⁷ Steuerliche Vorteile des Einbehalts von Gewinnen erhöhen die Gefahr, dass Gewinne in Investitionen fließen, die den Wert der Unternehmung nicht erhöhen.48 Das Steuerrecht sollte frei von derartigen Investitionsanreizen sein, welche zu Lasten der Eigentümer von Unternehmen gehen, die von Managern geleitet werden. Das Beispiel US-amerikanischer Konzerne zeigt, wie massiv der Anreiz zum Einbehalt von Gewinnen sein kann. So haben die 1.000 größten börsennotierten US-Konzerne über Jahre ausländische Einkünfte ihrer Tochtergesellschaften im Wert von mehr als 2 Bio. USD thesauriert, um die vor der US-Steuerreform 2018 drohende Ausschüttungsbesteuerung in den USA zu umgehen.49

⁴¹ Vgl. BT-Drucks.~14/2683 (2000), S. 95 für die Begründung zur Abschaffung des Vollanrechnungsverfahrens in Deutschland.

⁴² Vgl. Auerbach (1983); de Mooij und Ederveen (2008) zur empirischen Evidenz.

⁴³ Vgl. Stiglitz (1973).

⁴⁴ Vgl. z.B. Desai et al. (2004); Huizinga et al. (2008); Feld et al. (2013), die empirisch zeigen, dass die Höhe des Fremdkapitals auch vom Steuersatz abhängt.

⁴⁵ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (2012), S. 226-229.

⁴⁶ Vgl. Schreiber (2017), S. 815; liegt der Steuersatz für einbehaltene Gewinne unter dem Steuersatz für Zinsen, so sinken die Kapitalkosten unter den Marktzins, so dass ein steuerlicher Investitionsanreiz resultiert.

⁴⁷ Vgl. Jensen (1986); Jensen (1993).

⁴⁸ Vgl. Wagner (2000); Schneider (2006).

⁴⁹ Vgl. McKeon (2016), die den Bestand an indefinitely reinvested foreign earnings der im Russell 1000 Index gelisteten 1.000 nach Marktkapitalisierung größten US-amerikanischen Konzerne Mitte 2016 auf mehr als 2,4 Bio. USD schätzt; zur obligatorischen Nachversteuerung aller im Ausland

Verstöße gegen die Finanzierungsneutralität der Besteuerung treten nur dann nicht auf, wenn alle Kapitaleinkommen einheitlich belastet werden. Dies könnte etwa dadurch erreicht werden, dass auf die Besteuerung von Kapitalgesellschaften völlig verzichtet wird und stattdessen nur noch deren Eigentümer zur Einkommensteuer herangezogen werden. 50 Ein weniger radikaler Vorschlag⁵¹ sieht vor, Wertänderungen an der Börse gehandelter Anteile von Kapitalgesellschaften in das steuerliche Einkommen einzubeziehen (Mark-to-Market) und heimischen Anteileignern die Anrechnung auf Ausschüttungen lastender Körperschaftsteuer zu gewähren. Nicht an der Börse gehandelte Unternehmen sollen transparent besteuert werden. Der Vorschlag leidet darunter, dass das Kapitaleinkommen als nicht realisierter Wertzuwachs besteuert wird, wenn Preise der Anteile beobachtbar sind, während es sonst bei der herkömmlichen Besteuerung des realisierten Wertzuwachses bleibt. Aus europäischer Perspektive ist zudem störend, dass der Anrechnungsanspruch auf heimische Kapitalgeber begrenzt ist.

Alternativ besteht die Möglichkeit, den Vorteil aus dem Aufschub der Einkommensteuer durch Verzögerung der Ausschüttung oder des Verkaufs der Beteiligung zu beseitigen, indem eine entsprechend erhöhte Steuer bei Realisation anfällt.⁵² In diesem Fall sind Einkommensteuern erst bei Realisation des Wertzuwachses der Anteile zu zahlen, jedoch wird im Zeitpunkt der Realisation eine Verzinsung für die durch den Steueraufschub vermiedene Einkommensteuer fällig, welche die Steuer auf den realisierten Veräußerungsgewinn erhöht. Damit hängt die Höhe der Einkommensteuer vom Veräußerungsgewinn, der Haltedauer, einem Zinssatz und dem Einkommensteuersatz ab. Der Vorteil dieser Vorgehensweise besteht darin, dass es nicht darauf ankommt, ob Anteile an der Börse gehandelt werden. Das Ziel des Vorschlags ist es indes nicht, völlige Neutralität hinsichtlich des Zeitpunkts des Verkaufs der Beteiligung zu erreichen, sondern den Anreiz zum Steueraufschub zu verringern.53

Stattdessen kann die steuerliche Begünstigung einbehaltener Gewinne vermieden werden, indem man die Einkommensteuer auf Kapitaleinkommen in Höhe der Marktverzinsung des Kapitals (Normalverzinsung) an der Gewinnsteuer von Kapitalgesellschaften ausrichtet. Tatsächlich lässt sich beobachten, dass es in vielen Staaten zu Senkungen der Einkommensteuer auf Kapitaleinkommen gekommen ist.⁵⁴ Mit der Einführung der Abgeltungsteuer im Jahr 2009 ist dies auch in Deutschland der Fall gewesen. Es bietet sich daher an, daran festzuhalten,⁵⁵ den bereits eingeschlagenen Weg der Steuersatzspreizung konsequent zu Ende zu gehen und eine Duale Einkommensteuer zu etablieren.

4. Schaffung einer Dualen Einkommensteuer

a) Struktur der Dualen Einkommensteuer

In Deutschland gilt für Einkünfte aus Kapitalvermögen der gesonderte Steuersatz (Abgeltungsteuer), während für andere Einkünfte der progressive Regeltarif der Einkommensteuer zur Anwendung kommt. Allerdings unterliegen wegen der Einschränkung auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen nicht alle Kapitaleinkommen gleichermaßen dem gesonderten Steuersatz. Zudem diskriminiert die Abgeltungsteuer die Finanzierung mit Eigenkapital, was zu Gestaltungen einlädt.⁵⁶ Jenseits dieser un-

vollständigen und unsystematischen Steuersatzspreizung liegt das Konzept der Dualen Einkommensteuer.⁵⁷ Die Duale Einkommensteuer sieht einen besonderen Steuersatz für Kapitaleinkommen in Höhe der Marktverzinsung des Kapitals und davon abweichende (höhere) Steuersätze für die Marktverzinsung übersteigende Kapitaleinkommen (ökonomische Renten) und Arbeitseinkommen vor.

Wie die deutsche Unternehmensbesteuerung auf den sich verschärfenden Steuerwettbewerb reagieren könnte, zeigt der Plan einer finanzierungs- und (annähernd) rechtsformneutralen Dualen Einkommensteuer, der im Jahr 2006 vorgelegt wurde. Die mit diesem Plan verfolgten Ziele sind nach wie vor aktuell. Dies gilt im Grundsatz auch für die dort vorgesehene Ausgestaltung der Dualen Einkommensteuer. Erforderlich sind indes Anpassungen der Steuersätze, was teilweise auch steuertechnische Änderungen nach sich zieht.

Im Konzept der Dualen Einkommensteuer unterliegen Gewinne der Kapitalgesellschaften in voller Höhe bis zu ihrer Ausschüttung dem niedrigeren Steuersatz für Kapitaleinkommen. Ausgeschüttete Gewinne der Kapitalgesellschaften und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften unterliegen der Besteuerung, soweit sie die steuerlich normierte Marktverzinsung (Normalverzinsung) des eingesetzten Kapitals übersteigen. Bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften erfolgt die erforderliche Gewinnspaltung in Normalverzinsung und in einen die Normalverzinsung übersteigenden Betrag nicht beim Unternehmen, sondern beim Anteilseigner.⁵⁹ Zu diesem Zweck wird der Buchwert der Beteiligung mit dem Nettozinssatz der Normalverzinsung multipliziert, um einen Verzinsungsfreibetrag zu ermitteln. Der Nettozinssatz ergibt sich nach Maßgabe des Steuersatzes für Kapitaleinkommen. In Höhe des Verzinsungsfreibetrags sind (mit Gewinnsteuer der Kapitalgesellschaft belastete) Ausschüttungen steuerfrei. In einzelnen Perioden nicht genutzte Verzinsungsfreibeträge werden bis zur spä-

- the saurierten Gewinne im Zuge der US-Steuerreform s. Unterabschnitt ${\rm II.1.}$
- 50 Vgl. Straubhaar (2018).
- 51 Vgl. Toder und Viard (2016).
- 52 Vgl. Grubert und Altshuler (2016).
- 53 Vgl. Grubert und Altshuler (2016), S. 663.
- 54 Vgl. OECD.Stat: Tax Database, Table II.1 (http://stats.oecd.org, Zugriff: 30.4.2018), OECD.Stat: Tax Database, Table I.7 (http://stats.oecd.org, Zugriff: 30.4.2018) und ZEW (2016), S. A-27 bis A-31, wonach 25 der OECD-Mitgliedstaaten einen niedrigeren Steuersatz für Dividendeneinkünfte und 23 der OECD-Mitgliedstaaten einen niedrigeren Steuersatz für Zinseinkünfte als den jeweiligen Spitzensteuersatz der Einkommensteuer anwenden.
- Vgl. aber CDU/CSU/SPD (2018), Zeilen 3116-3117 zu den Plänen der Bundesregierung, die Abgeltungsteuer im Bereich der Zinseinkünfte zu beseitigen.
- 56 Vgl. Homburg (2007).
- 57 Vgl. Sørensen (1994); Cnossen (1999); Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (2004); Schreiber (2006).
- 58 Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung/Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbsund Steuerrecht (heute: Max Planck Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen)/Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (2006).
- Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung/Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbsund Steuerrecht/Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (2006), S. 65-66; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (2012), S. 220-247 zu einer Dualen Einkommensteuer mit einem kalkulatorischen Zinsabzug beim Unternehmen.

teren Nutzung verzinst. Einen Anreiz zur Verzögerung der Ausschüttung gibt es grundsätzlich nicht. Indifferenz zwischen sofortiger und späterer Ausschüttung besteht, wenn die Nettoverzinsung der reinvestierten Gewinne innerhalb des Unternehmens und außerhalb des Unternehmens dem Nettomarktzins (also der Normalverzinsung des Kapitals nach Steuern) gleicht. Entsprechend werden auch Veräußerungsgewinne (die Ausschüttungen substituieren) um einen Verzinsungsfreibetrag gemindert. Es kommt dadurch zu einer steuerlichen Gleichbehandlung von Ausschüttungen der Kapitalgesellschaften und Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften.60 Da Ausschüttungen und Veräußerungsgewinne der Einkommensteuer unterworfen werden, soweit sie den Verzinsungsfreibetrag übersteigen, entsteht durch die zweifache Besteuerung insoweit eine höhere Steuerbelastung der Gewinne von Kapitalgesellschaften.

Der Reformvorschlag aus dem Jahr 2006 lässt das Nebeneinander von Unternehmen bestehen, die nach dem Transparenzprinzip oder nach dem Trennungsprinzip besteuert werden. Bei transparenter Besteuerung werden die Einkünfte aus Landund Forstwirtschaft, Gewerbebetrieb, selbständiger Tätigkeit (betriebliche Einkünfte) sowie Vermietung und Verpachtung, für die Bücher geführt werden, und Einkünfte aus privaten Veräußerungen in eine Normalverzinsung und in einen die Normalverzinsung übersteigenden Betrag aufgeteilt.⁶¹ Ein besonderer Steuersatz für einbehaltene Gewinne der transparent besteuerten Unternehmen war nicht vorgesehen.

Der Gesetzgeber hat allerdings zwischenzeitlich eine Begünstigung der einbehaltenen Gewinne transparent besteuerter Unternehmen eingeführt, die auf Antrag gewährt wird (§ 34a EStG). Sinkt die Gewinnsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften, so sind die Begünstigung nicht entnommener Gewinne, welche die mit dem Satz der Kapitaleinkommensteuer belastete Normalverzinsung des Kapitals übersteigen, und die Nachversteuerung (die nach dem Vorbild der Besteuerung von Ausschüttungen einer Kapitalgesellschaft erfolgt) entsprechend anzupassen. Die Normalverzinsung übersteigende, begünstigt zu besteuernde einbehaltene Gewinne müssen einem besonderen Einkommensteuersatz unterworfen werden, der sich am Gewinnsteuersatz der Kapitalgesellschaften orientiert. Es ist ein Nachversteuerungsbetrag festzustellen, der (im Gegensatz zum geltenden Recht) bis zur Entnahme um Zinsen nach Maßgabe der Normalverzinsung nach Steuern wächst (was den Zinsvorteil durch den Aufschub der Einkommensteuerzahlung beseitigt). Die der Nachversteuerung unterliegenden, entnommenen Gewinne sind einem Einkommensteuersatz zu unterwerfen, der dem Einkommensteuersatz entspricht, der für entsprechende Ausschüttungen der Kapitalgesellschaften gilt. Die Vergleichbarkeit mit der Besteuerung von Kapitalgesellschaften wird erreicht, wenn die Einkommensteuer als (steuerfrei) entnommen gilt, welche auf die Normalverzinsung des Kapitals übersteigende Gewinne und begünstigte Gewinne zu zahlen ist.

b) Duale Einkommensteuer und Abgeltungsteuer

Auch nach einer Absenkung der Gewinnsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften sollte zur Vereinfachung des Besteuerungsverfahrens die inzwischen administrativ bewährte Abgeltungsteuer erhalten bleiben. Der Reformvorschlag aus dem Jahr 2006 sah einen einheitlichen proportionalen Steuersatz für

Gewinne der Kapitalgesellschaften und für Kapitaleinkommen von jeweils 25 % vor. Ziel war es, den Verzinsungsfreibetrag übersteigende, ausgeschüttete (oder veräußerte) Gewinne der Kapitalgesellschaften einer Belastung von 43,75 % (= 25 % + 25 % · (100 % – 25 %)) zu unterwerfen, die in der Nähe des Spitzensteuersatzes des Einkommensteuertarifs 2005 (44,31 % inkl. Solidaritätszuschlag) lag. Aus heutiger Sicht dürfte aber ein Gewinnsteuersatz von 25 % vor dem Hintergrund des unverändert stattfindenden Steuerwettbewerbs zu hoch sein

Die erforderliche Absenkung der Gewinnsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften kann sich an verschiedenen Steuersätzen ausrichten. Als Orientierungspunkt liegt zunächst der durchschnittliche Steuersatz von Kapitalgesellschaften der OECD-Mitgliedstaaten nahe, der im Jahr 2020 voraussichtlich etwa 23,4 % betragen wird (s. Unterabschnitt II.2). Allerdings verdeckt diese durchschnittliche Belastung, dass einzelne Staaten, die einen hohen Anteil an den deutschen Direktinvestitionen haben, deutlich geringere Gewinnsteuersätze aufweisen. So plant etwa das Vereinigte Königreich im Jahr 2020 eine Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auf 17 %. Auch der Satz der Körperschaftsteuer in den USA liegt mit 21 % unter dem Durchschnitt der OECD-Mitgliedstaaten. Nimmt man hier die State Income Taxes mit in den Blick, so wird eine kombinierte Steuerbelastung der Gewinne erreicht, die etwa dem Durchschnitt der OECD-Mitgliedstaaten gleicht. Indes gilt es im Fall der USA in Rechnung zu stellen, dass die effektive Steuerbelastung des Gewinns vieler US-Kapitalgesellschaften wegen der steuerlichen Sofortabschreibung und des FDII-Regimes unter dem tariflichen Regelsteuersatz von 21 % (zzgl. State Income Taxes) liegen kann.

Vor diesem Hintergrund dürfte eine Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auf 10 %62 (was bei einem Hebesatz der Gewerbesteuer von 400 % unter Berücksichtigung des Solidaritätszuschlags eine tarifliche Gewinnsteuerbelastung von 24,6 % zur Folge hätte) nicht ausreichen. Es könnte vielmehr eine Absenkung des Gewinnsteuersatzes auf einen Steuersatz in der Nähe von 20 % erforderlich sein, um Deutschland auf mittlere Sicht als Standort für international mobile Investitionen steuerlich attraktiv zu halten. Bei einem Hebesatz der Gewerbesteuer⁶³ von 400 % müsste der Satz der Körperschaftsteuer also auf etwa 6 % sinken.

Legt man einen (angenommenen) Gewinnsteuersatz der Kapitalgesellschaft von 20 % zugrunde, so müsste bei einem Steuersatzverbund der Steuersatz der Abgeltungsteuer von 25 % auf 20 % sinken, um eine einheitliche Belastung von Gewinnen der Kapitalgesellschaften und der Normalverzinsung des Kapitals zu gewährleisten. Bei diesem Steuersatz ergäbe sich eine tarifli-

⁶⁰ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung/Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbsund Steuerrecht/Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (2006), S. 69-70

⁶¹ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung/Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbsund Steuerrecht/Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (2006), S. 95-122.

⁶² Vgl. Wissenschaftlicher Beirat Steuern von EY (2018), S. 9.

⁶³ Vgl. Unterabschnitt III.6 zur Weiterentwicklung der Gewerbesteuer.

che Belastung der ökonomischen Rente von 36 % (ohne Solidaritätszuschlag). 64

Ein einheitlicher Steuersatz für Gewinne der Kapitalgesellschaft und für Kapitaleinkommen ist aus administrativer Sicht vorteilhaft, weil eine Differenzierung zwischen mit Gewinnsteuer vorbelasteten Ausschüttungen und regelmäßig nicht vorbelasteten Zinsen entfällt. Eine Gesamtsteuerbelastung von 36 % für den Verzinsungsfreibetrag übersteigende, ausgeschüttete Gewinne der Kapitalgesellschaften und für entsprechende Gewinne aus der Veräußerung von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften liegt allerdings deutlich unterhalb des derzeit geltenden Spitzensatzes der Einkommensteuer von 45 %, der auch für die Normalverzinsung übersteigende Gewinne der transparent besteuerten Unternehmen (soweit kein Antrag nach § 34a EStG gestellt wird) und der Arbeitseinkommen zur Anwendung kommt. Es bedarf daher einer Spaltung des Satzes der Abgeltungsteuer in einen Regelsteuersatz und einen erhöhten Steuersatz. Ein derart gespaltener Satz der Abgeltungsteuer und damit auch der Kapitalertragsteuer ist in aller Regel für ausländische Kapitalgeber nicht wirksam (s. Unterabschnitt III.1) und daher im Steuerwettbewerb unschädlich.

Der Preis einer Steuersatzspaltung ist eine Komplizierung der Steuererhebung an der Quelle und damit der Abgeltungsteuer. Würde man nur Ausschüttungen, soweit sie die Normalverzinsung überschreiten, dem höheren Steuersatz unterwerfen, während für Zinsen der niedrigere Regelsteuersatz der Abgeltungsteuer (der dem Gewinnsteuersatz der Kapitalgesellschaften gleicht) zur Anwendung käme, wäre mit Gestaltungen zu rechnen, um der höheren Belastung von Ausschüttungen auszuweichen. Diese Problematik wird entschärft, wenn für sämtliche Kapitalbestände (seien diese steuerlich als Beteiligungstitel oder als Forderungstitel eingestuft) eine Normalverzinsung bestimmt und entsprechend ein Verzinsungsfreibetrag gewährt wird. Für Zinsen, die nicht mit Gewinnsteuer vorbelastet sind, gilt dann zunächst der Regelsteuersatz der Abgeltungsteuer. Gleichzeitig kommt auch bei Zinsen der erhöhte Steuersatz zur Anwendung, soweit der Betrag der Zinsen den Verzinsungsfreibetrag überschreitet.

Der höhere Steuersatz für die Normalverzinsung überschreitende Kapitalerträge, die mit 20 % vorbelastet sind, wäre mit 31,25 % festzusetzen, wenn für diesen Teil der Kapitalerträge eine kombinierte Steuerbelastung in Höhe des Spitzensatzes der Einkommensteuer von 45 % erreicht werden soll. Für diesen Teil der Kapitalerträge ergibt sich dann eine zusätzliche Belastung von 25 % (= 31,25 % \cdot (100 % – 20 %)). Die durchschnittliche steuerliche Belastung der Kapitalerträge hängt von ihrer Zusammensetzung ab. Bei den obigen Steuersätzen ist die Untergrenze der steuerlichen Belastung von Kapitalerträgen durch den Regelsatz der Abgeltungsteuer von 20 % bestimmt; die Obergrenze der steuerlichen Belastung der Kapitalerträge ist der Spitzensatz der Einkommensteuer von 45 %.

Ein Beispiel beschreibt zunächst die Funktionsweise bei Gewinnausschüttungen: Wirft Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft i.H.v. 1.000 eine Rendite von 10 % ab, so erzielt die Kapitalgesellschaft einen Gewinn von 100, der 20 % Gewinnsteuern auslöst und zu einer Ausschüttung von 80 führt. Bei einem Regelsteuersatz der Abgeltungsteuer von 20 % und einer steuerlichen Normalverzinsung des Kapitals von 1 % erhalten die Kapitalgeber nach Maßgabe der Netto-Normalverzinsung von

0,8% (= 1 % – 20 % · 1 %) einen Verzinsungsfreibetrag von 8 (= 0,8 % · 1.000). Die Ausschüttung ist i.H.v. 8 steuerfrei, und i.H.v. 72 (= 80 – 8) unterliegt sie dem erhöhten Abgeltungsteuersatz von 31,25 %, was eine Steuer von 22,5 auslöst. Die Steuerzahlung beläuft sich insgesamt auf 42,5 (= 20 + 22,5), und die Gesamtsteuerbelastung des Gewinns beträgt somit 42,5 % (= 42,5/100). Im Ergebnis ist die Normalverzinsung von 10 mit 20 % (Steuerzahlung 2) und die ökonomische Rente von 90 (= 100 – 10) mit 45 % (Steuerzahlung 40,5 = 18 + 22,5) belastet.

Bei Zinsen sind die Verhältnisse analog. Zunächst werden die Zinsen dem Regelsteuersatz der Abgeltungsteuer von 20 % unterworfen. Von den sich so ergebenden Nettozinsen (Zinszufluss abzgl. Abgeltungsteuer) wird der Verzinsungsfreibetrag abgezogen. Der übersteigende Betrag wird dem erhöhten Steuersatz der Abgeltungsteuer von 31,25 % unterworfen. Unter sonst gleichen Annahmen gleicht damit die Steuerbelastung der Ausschüttung der Steuerbelastung der Zinsen, wie das folgende Beispiel verdeutlicht: Wird auf eine Forderung i.H.v. 1.000 ein Zins i.H.v. 100 gezahlt, so ergibt sich zunächst eine Abgeltungsteuer nach Maßgabe des Regelsteuersatzes von 20 % i.H.v. 20. Der Kapitalgeber erhält, basierend auf der Netto-Normalverzinsung von 0,8 %, einen Verzinsungsfreibetrag von 8 (= 0,8 % · 1.000). Der Verzinsungsfreibetrag mindert den Nettozinszufluss von 80 um 8, und der verbleibende Betrag von 72 (= 100 - 20 - 8) wird mit dem erhöhten Abgeltungsteuersatz von 31,25 % belastet, was eine Steuer von 22,5 auslöst. Die Steuerzahlung beläuft sich damit insgesamt auf 42,5 (= 20 + 22,5). Die Steuerbelastung der Zinsen beträgt 42,5 % (= 42,5/100) und gleicht der Steuerbelastung einer entsprechenden Ausschüttung.

5. Steuerwettbewerb und Konsumsteuer

Der wesentliche Vorzug der Dualen Einkommensteuer ist Flexibilität der Steuertarife im Steuerwettbewerb. Entsteht nämlich die Notwendigkeit, die Gewinnsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften weiter zu senken, so kann sich die Senkung der Einkommensteuer auf den Satz der Kapitaleinkommensteuer beschränken, während der Einkommensteuersatz für Ausschüttungen und Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen entsprechend erhöht werden kann. Eine Senkung des Gewinnsteuersatzes der Kapitalgesellschaft ließe also eine höhere Steuerbelastung für (im Steuerwettbewerb immobile) ökonomische Renten und Arbeitseinkommen unberührt. Sollte der Steuerwettbewerb sich als "Race to the Bottom"65 darstellen, also zu immer niedrigeren Gewinnsteuerbelastungen führen, so bewegt sich die Duale Einkommensteuer immer mehr auf eine zinsbereinigte Einkommensteuer⁶⁶ zu, welche die Normalverzinsung des Kapitals völlig steuerfrei lässt.

Die Steuerbelastung der ökonomischen Rente von 36 % setzt sich zusammen aus der Gewinnsteuer der Kapitalgesellschaft von 20 % und der Abgeltungsteuer von 16 % = $(1-20~\%)\cdot 20~\%$.

⁶⁵ Vgl. OECD (1998), S. 20.

Vgl. Wenger (1983); Boadway und Bruce (1984); Bradford (2004), S. 34-36; Mirrlees et al. (2011), S. 475 zur Allowance for Corporate Equity; Heidelberger Steuerkreis an der Alfred Weber-Gesellschaft und Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung (2006) zur Einführung einer zinsbereinigten Einkommensteuer in Deutschland.

Schreiber / von Hagen / Pönnighaus - Nach der US-Steuerreform 2018: Deutschland im Steuerwettbewerb

Die Steuerfreiheit von Kapitaleinkommen in Höhe der Normalverzinsung des Kapitals hätte zur Folge, dass auf Gewinne von Grenzinvestitionen (deren Rendite der Normalverzinsung entspricht) keine Steuern anfallen. Aus der Einkommensteuer würde eine Konsumsteuer,⁶⁷ da der systematische Unterschied zwischen der Besteuerung des Einkommens und der Besteuerung des Konsums in der steuerlichen Erfassung der Zinsen aus der Anlage des Kapitals am Markt besteht. Dies verbessert zwar im Vergleich zur Dualen Einkommensteuer die Neutralitätseigenschaften der Einkommensteuer, weil neben der Finanzierung und der Rechtsform auch die steuerliche Gewinnermittlung die Investitionen nicht mehr verzerrt.⁶⁸

Jedoch verschärft die Zinsbereinigung der Einkommen die schon bei der Dualen Einkommensteuer vorhandene Ungleichheit der Belastung der Einkommen.⁶⁹ Denn nur ökonomische Renten und Arbeitseinkommen unterliegen dann der Einkommensteuer. Nur diese Einkommen werden folglich zur steuerlichen Korrektur der am Markt erzielten Primäreinkommen im Rahmen der progressiven Besteuerung herangezogen. Entsprechend ausgeprägter mögen die Vorbehalte gegen die unterschiedliche steuerliche Belastung der Normalverzinsung einerseits und der ökonomischen Renten und der Arbeitseinkommen andererseits sein.

Unter der Annahme eines gegebenen Steueraufkommens der herkömmlichen Einkommensteuer ergibt sich unter einer zinsbereinigten Einkommensteuer (wie unter einer Dualen Einkommensteuer) zwangsläufig eine höhere Belastung der ökonomischen Renten und der Arbeitseinkommen. Deswegen kann die Einkommensteuerbelastung der Arbeitseinkommen die effektive Steuerbelastung der Gewinne (die sich aus Normalverzinsung und ökonomischer Rente zusammensetzt) übersteigen. Wie hoch dieser Effekt ist, hängt von der Höhe der steuerlichen Normalverzinsung ab. In der derzeitigen Niedrigzinsphase dürfte der größte Teil der Gewinne der ungemilderten Besteuerung (sei es durch den progressiven Tarif der Einkommensteuer oder durch den kombinierten Steuersatz von Gewinnsteuer und Abgeltungsteuer) unterliegen. Bei den derzeit sehr niedrigen Zinsen sind entsprechend geringe niedrig besteuerte Gewinne und Zinsen zu erwarten. Dies und die damit verbundenen geringeren Steuerausfälle mögen einen Übergang zur Dualen Einkommensteuer steuerpolitisch erleichtern. Gleichwohl könnte eine derartige Verschiebung der Steuerbelastung grundsätzlich unerwünscht sein, weil man sie für unvereinbar mit dem Grundsatz gleichmäßiger Belastung der Einkommen und letztlich mit dem Gebot sozialer Gerechtigkeit

Die herkömmliche Vorstellung gerechter Besteuerung hat ihren Bezugspunkt im jährlichen Einkommen. Einkommen jeder Art, das einem Jahr zuzuordnen ist, soll gleich belastet werden. Indes steht auch hinter der Steuerfreiheit der Normalverzinsung des Kapitals in Höhe der Marktverzinsung ein Konzept gerechter Besteuerung. Dieses Konzept findet seinen Bezugspunkt im Konsum, den eine Person im Laufe ihres Lebens tätigt. Dieser gesamte Konsum soll unabhängig davon, in welchem Jahr er stattfindet, gleich belastet werden. Wenn Zinsen nicht der Einkommensteuer unterliegen, nimmt die Einkommensteuer nämlich keinen Einfluss auf die Entscheidung, in der Gegenwart oder in der Zukunft zu konsumieren. Die beiden Konzepte steuerlicher Gleichheit, gleiche Belastung jährlicher Einkommen und gleiche Belastung des lebenslangen

Konsums, stehen nebeneinander. Sie lassen sich beide gleichermaßen als Werturteile steuerlicher Gerechtigkeit und gleichmäßiger Besteuerung rechtfertigen.

Wenn unterschiedliche Werturteile steuerlicher Gerechtigkeit gefällt werden können, sollten diese Werturteile im Lichte der ökonomischen Wirkungen der Besteuerung gesehen werden. Es ist wenig gewonnen, wenn die Besteuerung der Einkommen als gerecht gelten darf, aber deswegen Wohlfahrtsverluste in Form sinkender Investitionen und in deren Gefolge sinkender Einkommen auftreten. In einer offenen Volkswirtschaft sind die Konsequenzen von Werturteilen über die gerechte Besteuerung der Einkommen auf international mobile Investitionen in Rechnung zu stellen, wenn der Zielkonflikt gelöst wird zwischen einer gerechten Besteuerung der Einkommen und einer Besteuerung der Einkommen, welche die Investitionstätigkeit und damit das Entstehen von Einkommen am Markt möglichst nicht behindert.

Die deutsche Steuerpolitik hat die Attraktivität Deutschlands für international mobile Investitionen zu gewährleisten, damit es sich lohnt, in Deutschland zu investieren und hier Arbeitsplätze zu schaffen. Deswegen muss sich zum einen der deutsche Gewinnsteuersatz an dem Gewinnsteuersatz anderer Staaten ausrichten, die als bedeutende Standorte für Investitionen mit Deutschland konkurrieren; zum anderen sind steuerliche Verzerrungen der Finanzierung von Investitionen zu vermeiden. Würde man aus Gründen steuerlicher Gerechtigkeit diese Zusammenhänge ignorieren, so ginge dies zu Lasten der Investitionen in Deutschland und damit auch zu Lasten der im Inland abhängig Beschäftigten in Form geringerer Löhne oder in Form von Arbeitsplatzverlusten. Geschieht dies, so nutzt das Streben nach steuerlicher (oder sozialer) Gerechtigkeit gerade den Menschen nicht, die davon profitieren sollen.

6. Gewerbesteuer im Steuerwettbewerb

Die im Steuerwettbewerb bedeutsame tarifliche Steuerbelastung des Gewinns der Kapitalgesellschaften wird wesentlich von der Gewerbesteuer bestimmt. Das Nebeneinander von Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer wird seit langem kritisiert. Im Zusammenhang mit der Steuerreform in den USA wird wenig überraschend erneut eine umfassende Reform in Deutschland angemahnt. Dies ist sehr gut begründet. Die Gewerbesteuer ist inzwischen wegen ihrer pauschalen Anrechnung auf die Einkommensteuer (§ 35 EStG) im Wesentlichen eine Steuer der Kapitalgesellschaften. Die Gewerbesteuer dürfte wie die Körperschaftsteuer für ausländische Investoren meist eine definitive (nicht anrechenbare) Steuer sein, weil von deutschen Kapitalgesellschaften an ihre ausländischen Mutterkapitalgesell-

- 67 Vgl. Bradford (1986).
- 68 Vgl. Schreiber (2017), S. 702-707.
- Allerdings stellt das geltende Einkommensteuerrecht durch den Abzug von Ausgaben der Altersvorsorge und den späteren Einbezug der Leistungen aus der Altersvorsorge ebenfalls die rechnerische Verzinsung aus der Anlage des Kapitals steuerfrei.
- 70 Vgl. Wissenschaftlicher Beirat Steuern von EY (2018), S. 8-9; Becker und Englisch (2018).
- 71 Die Gewerbesteuer belastet gewerblich t\u00e4tige Einzelunternehmer oder Personengesellschaften in der Regel nur, wenn der Hebesatz \u00fcber 380 % · 1,055 = 400,9 % liegt.

schaften ausgeschüttete Gewinne dort regelmäßig steuerfrei sind und daher eine Anrechnung darauf lastender ausländischer Steuern ausscheidet. Lediglich bei direkter Ausschüttung an natürliche Personen oder an Kapitalgesellschaften, die in einem Anrechnungsstaat ansässig sind, könnte die Gewerbesteuer anrechenbar sein. Deswegen ist die Gewerbesteuer im Standortwettbewerb besonders bedeutsam: Nur Unternehmen, die in einer deutschen Kommune investieren und dort einen Firmensitz oder eine Betriebstätte unterhalten, werden von der Gewerbesteuer getroffen.⁷²

Es gibt empirische Evidenz dafür, dass die Gewinne der Unternehmen auf die Höhe der Gewerbesteuer reagieren. Geschätzt wird, dass ein Anstieg des Gewerbesteuersatzes um 1 % die Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer um 0,45 % verringert.⁷³ Die so erfasste Reaktion der Unternehmen auf die Gewerbesteuer unterscheidet nicht zwischen Gewinnverlagerungen und Investitionsverlagerungen. Es wird auch nicht zwischen nationalen und multinationalen Unternehmen differenziert. Indes gibt es empirische Hinweise, dass geringere Hebesätze der Gewerbesteuer Investitionen multinationaler Unternehmen anziehen; allerdings haben nur sehr starke Verringerungen des Hebesatzes diesen Effekt.⁷⁴

Jede Senkung des Satzes der Körperschaftsteuer erhöht ceteris paribus die Bedeutung der Gewerbesteuer für die Standortentscheidung international mobiler Unternehmen, weil sie zu einem relativ stärkeren Gewicht der Gewerbesteuer an der gesamten Belastung des Gewinns einer Kapitalgesellschaft führt. Bei einem Hebesatz von 400 % und einem Gewerbesteuersatz von 14 % macht die Gewerbesteuer derzeit 46,9 % der tariflichen Belastung einbehaltener Gewinne der Kapitalgesellschaften von 29,8 % aus. Sinkt die tarifliche Gewinnsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften unter sonst gleichen Bedingungen auf 20 % (was einen Körperschaftsteuersatz inkl. Solidaritätszuschlag von 6 % impliziert), so steigt der Anteil der Gewerbesteuer bei einem Hebesatz von 400 % auf 70 % (= 14 %/(6 % + 14 %)). Aufgrund der Unterschiede im Hebesatz dürfte der Steuerwettbewerb sich dann immer mehr auf die Gewerbesteuer verlagern. Die Kommunen müssen dann stärker mit der Abwanderung von Investitionen oder mit einem abnehmenden Umfang vorhandener Investitionen rechnen, wenn sie die lokale Besteuerung auf (um einen Teil der Kapitalentgelte erhöhte) Gewinne konzentrieren.

Dies lenkt den Blick zunächst auf die im Vergleich zur Körperschaftsteuer breitere Bemessungsgrundlage der Gewerbesteuer, die auch ertragsunabhängige Bestandteile enthält. Es sind vor allem die Hinzurechnungsvorschriften für verschiedene Kapitalentgelte (§ 8 Nr. 1 GewStG), welche die effektive Steuerbelastung des Gewinns der Kapitalgesellschaft erhöhen. Je stärker die Gewerbesteuer die effektive Belastung der in Deutschland erwirtschafteten Gewinne bestimmt, desto dringlicher ist es, ihre Bemessungsgrundlage an international übliche Regeln der Gewinnermittlung heranzuführen. Zwar kann keine Rede davon sein, dass es international einheitliche Normen der steuerlichen Gewinnermittlung gibt, jedoch sind generelle Verstöße gegen das Nettoprinzip, wie sie der Gewerbesteuer eigen sind, nicht die Regel.

Weil die Gewerbesteuer effektiv nur Investoren belastet, die Gewinne im Rahmen einer Kapitalgesellschaft erzielen, und es diese Investoren sind, die vermutlich besonders stark auf ein internationales Steuersatzgefälle reagieren, kommt es darauf an, wie die Kommunen auf eine Senkung des Körperschaftsteuersatzes reagieren. Der Anreiz der Kommunen, den Hebesatz der Gewerbesteuer mit Blick auf negative Investitionseffekte niedriger zu wählen, wird vor allem durch zwei Mechanismen verringert. Zum einen muss wegen der Anrechnung der Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer⁷⁵ mit geringeren negativen Investitionseffekten gerechnet werden; zum anderen mildert der kommunale Finanzausgleich⁷⁶ die ökonomischen Kosten negativer Investitionseffekte. Erhöht etwa eine Kommune den Hebesatz und verringert sich deswegen das Aufkommen der Gewerbesteuer, so sinkt ihre Steuerkraft, und dieser Verlust wird teilweise durch Transfers im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs ausgeglichen. Es ist deswegen auch nicht auszuschließen, dass Kommunen bei einer sinkenden Belastung mit Körperschaftsteuer den Hebesatz der Gewerbesteuer erhöhen und auf diese Weise die geplante steuerliche Entlastung der Gewinne konterkarieren. Im Ergebnis schwächt der kommunale Finanzausgleich den kommunalen Steuerwettbewerb ab.77 Kommt es aufgrund dieser Anreize insgesamt zu tendenziell steigenden Hebesätzen, so hat dies negative Auswirkungen auf die gesamte Investitionstätigkeit in Deutschland und konterkariert deswegen das Ziel der Dualen Einkommensteuer, die steuerlichen Bedingungen für Investitionen im internationalen Steuerwettbewerb zu verbessern.

Vor diesem Hintergrund bedarf es weiterreichender Reformen. Wegen der möglichen negativen Spillover-Effekte der Gewerbesteuer sollte bei einem gegebenen kommunalen Steueraufkommen die lokale Belastung der gewerblichen Gewinne verringert werden. Zu diesem Zweck müssen über die gewerblichen Gewinne hinaus weitere Einkünfte in die kommunale Besteuerung einbezogen werden. Die breitere Steuerbasis schüfe Raum für Steuersatzsenkungen der kommunalen Besteuerung international mobiler Investitionen. Eine zukünftig zu schaffende lokale Steuer sollte zumindest auf zwei Säulen beruhen, nämlich den lokal tätigen Unternehmen und der lokalen Wohnbevölkerung.⁷⁸ Die Besteuerung der Unternehmen hat den Charakter einer allgemeinen Gebühr und gilt Leistungen der Gemeinde ab, die nicht gesondert in Rechnung gestellt werden. Das gleiche gilt für die Besteuerung der Wohnbevölkerung; auch hier gilt die Steuer Ausgaben für kommunale Infrastruktur ab, die allen Anwohnern zugutekommt.

Diesem Konzept folgend, könnte die Gewerbesteuer in eine lokale Zuschlagsteuer auf die von ansässigen Unternehmen gezahlte Körperschaftsteuer und Einkommensteuer sowie auf die von der Wohnbevölkerung gezahlte Einkommensteuer umgewandelt werden. An die Stelle des Rechts der Kommune, den Hebesatz festzulegen, tritt dann das Recht, einen Zuschlagssatz zu bestimmen. Eine lokale Zuschlagsteuer hat erhebungstechnische Vorteile, da sie auf bestehenden Steuern aufbaut. Eine solche lokale Zuschlagsteuer würde neben gewerblichen Ge-

⁷² Vgl. Homburg (1996), S. 492.

⁷³ Vgl. Fossen und Steiner (2018).

⁷⁴ Vgl. Becker et al. (2012).

⁷⁵ Vgl. *Büttner* et al. (2014).

⁷⁶ Vgl. Zimmermann et al. (2017), S. 262-265.

⁷⁷ Vgl. Büttner (2006); Egger et al. (2010).

⁷⁸ Vgl. Homburg (2000).

winnen auch Einkünfte aus selbständiger und nichtselbständiger Arbeit sowie Kapitaleinkünfte, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, Land- und Forstwirtschaft und sonstige Einkünfte belasten. Es gibt Vorschläge, die in diese Richtung weisen und die seit längerer Zeit vorliegen.⁷⁹

Im Rahmen der Dualen Einkommensteuer hätte der Ersatz der Gewerbesteuer durch eine lokale Zuschlagsteuer zunächst für Kapitalgesellschaften zur Folge, dass das Gewicht der lokalen Steuern an der gesamten tariflichen Belastung der Gewinne der Kapitalgesellschaften deutlich sinken würde. Der Körperschaftsteuersatz kann dann so gewählt werden, dass sich insgesamt eine Gewinnsteuerbelastung für in Deutschland angesiedelte Investitionen ergibt, die mit Blick auf den internationalen Steuerwettbewerb angemessen ist. Bei transparent besteuerten Unternehmen müsste die Steuerbelastung des Gewinns durch die lokale Zuschlagsteuer regelmäßig ansteigen, wenn mit der Gewerbesteuer auch die Steuerermäßigung bei den Einkünften aus Gewerbetrieb (§ 35 EStG) entfiele. Auch die Steuerbelastung der übrigen Einkommen (insbesondere der Arbeitseinkommen) würde entsprechend ansteigen. Dies wäre bei der Wahl des Einkommensteuertarifs zu berücksichtigen.

Sinkt die Belastung der Gewinne durch lokale Steuern, ergibt sich eine Verbesserung für die Kommunen im internationalen Steuerwettbewerb, weil insoweit mit geringeren Reaktionen der mobilen Steuerbasis zu rechnen ist. Soweit der Zuschlag der Kommunen Einkommen aus international immobilen Steuerbasen trifft, ist er im internationalen Steuerwettbewerb unschädlich. Jedoch gibt es auch regionalen Steuerwettbewerb, und insoweit trifft eine lokale Zuschlagsteuer keine völlig immobile Steuerbasis. Denn der Steuerwettbewerb um regional mobile Betriebstätten und Wohnsitze bleibt erhalten. Dieser Steuerwettbewerb kann aber auch als wünschenswert betrachtet werden, soweit er Kommunen dazu anhält, den Zusammenhang zwischen dem Steueraufkommen und den angebotenen lokalen öffentlichen Gütern nicht aus dem Auge zu verlieren.

Blickt man auf die bisherigen Versuche, die Gewerbesteuer grundlegend zu reformieren, so ist erhebliche Skepsis angebracht. Die Gewerbesteuer hat sich bisher gegenüber Änderungen als sehr resistent erwiesen. Der letzte Versuch einer Reform der Gemeindefinanzen ist im Jahr 2011 gescheitert. Mit zunehmender Intensität des Steuerwettbewerbs und zunehmender Bedeutung der Gewerbesteuer für (international) mobile Investitionen mag sich aber das wirtschaftliche und politische Umfeld für eine Reform der Gewerbesteuer verändern. Das Interesse an einer lokalen Steuerbasis, die dem (internationalen) Steuerwettbewerb um mobile Investitionen weniger ausgesetzt ist, mag dann zunehmen.

IV. Zusammenfassung

Der internationale Steuerwettbewerb veranlasst die Staaten, vor allem den Gewinnsteuersatz der Kapitalgesellschaften zu senken. Dies gilt nicht nur für Europa; zuletzt haben die USA eine deutliche Absenkung dieses Steuersatzes vorgenommen. Weitere Steuersatzsenkungen sind in naher Zukunft zu erwarten. Deutschland wird sich angesichts seiner globalen Verflechtung dieser Entwicklung nicht dauerhaft entziehen können.

Weil Investitionen und Firmensitze international mobiler sind als Wohnsitze natürlicher Personen, wird hier vorgeschlagen, den Steuersatz für Gewinne der Kapitalgesellschaften auf ein international wettbewerbsfähiges Niveau zu senken und im Gegenzug Kapitaleinkommen ansässiger natürlicher Personen höher zu belasten. Entsprechend der Dualen Einkommensteuer sind sämtliche Kapitaleinkommen ungeachtet ihrer rechtlichen Form (Gewinne oder Zinsen) in Höhe der Marktverzinsung (Normalverzinsung) des investierten Kapitals mit einem einheitlichen Steuersatz zu belasten. Dieser Steuersatz muss dem Gewinnsteuersatz der Kapitalgesellschaft (und dem Einkommensteuersatz für einbehaltene Gewinne der Personenunternehmen) gleichen. Die einheitliche (und von der Rechtsform unabhängige) Belastung der Normalverzinsung des Kapitals sichert Finanzierungsneutralität der Unternehmensbesteuerung.

Entnommene Gewinne und Ausschüttungen, die an Kapitalgeber fließen, die in Deutschland ansässig sind, können (soweit sie die Normalverzinsung des Kapitals übersteigen) ohne Nachteile im Steuerwettbewerb und ohne Verstöße gegen die Finanzierungsneutralität der Besteuerung einem höheren Steuersatz unterworfen werden. Dies gilt auch für Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften. Der höhere Steuersatz für diese Kapitaleinkommen kann sich an der Steuerbelastung der Arbeitseinkommen orientieren.

Folgt Deutschland dem Trend sinkender Gewinnsteuersätze der Kapitalgesellschaften und reduziert den Satz der Körperschaftsteuer, so nimmt das relative Gewicht der Gewerbesteuer an der Gewinnsteuerbelastung der Kapitalgesellschaften weiter zu. Der internationale Steuerwettbewerb kommt dann gewissermaßen in den Kommunen an. Daher wird es immer drängender, die Unternehmensbesteuerung in Deutschland auch im Bereich der Gewerbesteuer an die Bedingungen des internationalen Steuerwettbewerbs anzupassen. Um den gewerbesteuerlichen Druck auf international mobile Gewinne zu verringern, bietet sich eine Verbreiterung der Steuerbasis der kommunalen Steuer an. Ein kommunales Zuschlagsrecht zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer, Steuern die von ansässigen Unternehmen, Betrieben und der Wohnbevölkerung aufgebracht werden, könnte eine Lösung dieses Problems darstellen.

Auf längere Sicht könnte im Steuerwettbewerb der Gewinnsteuersatz der Kapitalgesellschaften weiter sinken. In diesem Fall nähert sich die Duale Einkommensteuer einer zinsbereinigten Einkommensteuer, die Kapitaleinkommen in Höhe der Marktverzinsung des Kapitals steuerfrei stellt, und damit einer Konsumsteuer an. Das heute vom Nebeneinander der Besteuerung von Einkommen und Konsum gekennzeichnete deutsche Steuersystem wäre dann noch stärker von der Besteuerung des Konsums geprägt.

Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (2000), Tz. 374-385 zum Konzept einer lokalen Zuschlagsteuer; Stiftung Marktwirtschaft (2010) zum Vorschlag einer Beteiligung der Kommunen am Lohnsteueraufkommen, einer kommunalen Unternehmensteuer, die alle Gewinneinkünfte umfasst, sowie einer Bürgersteuer mit einem kommunalen Heberecht auf einen Teil der Einkommensteuer; Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung/Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbsund Steuerrecht/Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (2006) zur Empfehlung der Abschaffung der Gewerbesteuer und einer Reform entlang der Linien des Vorschlags der Stiftung Marktwirtschaft (2010).

⁸⁰ Vgl. Bundesministerium der Finanzen (2011), wonach die Gemeindefinanzkommission im Jahr 2011 keine Einigkeit zur Änderung des kommunalen Steuersystems erreichen konnte.

V. Literaturverzeichnis

115th Congress of the United States of America (2017): An Act to Provide for Reconciliation Pursuant to Titles II and V of the Concurrent Resolution on the Budget for Fiscal Year 2018, https://www.congress.gov/115/bills/hr1/BILLS-115hr1enr.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Adams, M. (2015): Intangibles and Sustainability: Holistic Approaches to Measuring and Managing Value Creation in Journal of Applied Corporate Finance, Vol. 27, Nr. 2, S. 87–94.

Auerbach, A. (1983): Taxation, Corporate Financial Policy and the Cost of Capital in Journal of Economic Literature, Vol. 21, Nr. 3, S. 905–940.

Becker, J./Englisch, J. (2018): BEAT the GILTI – Gewinner und Verlierer der außensteuerrechtlichen Sonderregime der US-Steuerreform in ifo Schnelldienst, Vol. 71, Nr. 4, S. 9–12.

Becker, S./Egger, P./Merlo, V. (2012): How Low Business Tax Rates Attract MNE Activity: Municipality-Level Evidence from Germany in Journal of Public Economics, Vol. 96, Nr. 9-10, S. 698–711.

Boadway, R./Bruce, N. (1984): A General Proposition on the Design of a Neutral Business Tax in Journal of Public Economics, Vol. 24, Nr. 2, S. 231–239.

Bradford, D. (1986): Untangling the Income Tax, Harvard University Press, Cambridge.

Bradford, D. (2004): The X Tax in the World Economy – Going Global with a Simple, Progressive Tax, The AEI Press, Washington, D.C.

BT-Drucks. 14/2683 (2000): Entwurf eines Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz – StSenkG), http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/14/026/1402683.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Bundesministerium der Finanzen (2011): Gemeindefinanzkommission – Ausgangslage und Ergebnisse, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Monatsberichte/2011/08/Artikel/analysen-und-berichte/b02-gemeindefinanzkommission/Gemeindefinanzkommission.html, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Bundesverband der Deutschen Industrie e.V./Verband der chemischen Industrie e.V. (2017): Die Steuerbelastung der Unternehmen in Deutschland – Vorschläge für ein wettbewerbsfähiges Steuerrecht, https://www.vci.de/vci/downloads-vci/publikation/bdi-vci-die-steuerbelastung-der-unternehmen-in-deutschland.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Büttner, T. (2006): The Incentive Effect of Fiscal Equalization Transfers on Tax Policy in Journal of Public Economics, Vol. 90, Nr. 3, S. 477–497.

Büttner, T./Scheffler, W./Schwerin, A. von (2014): Die Hebesatzpolitik bei der Gewerbesteuer nach den Unternehmensteuerreformen in Perspektiven der Wirtschaftspolitik, Vol. 15, Nr. 4, S. 346–354.

CDU/CSU/SPD (2018): Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD: Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Cnossen, S. (1999): Taxing Capital Income in the Nordic Countries: A Model for the European Union? in FinanzArchiv/Public Finance Analysis, Vol. 56, Nr. 1, S. 18–50.

de Mooij, R./Ederveen, S. (2003): Taxation and Foreign Direct Investment: A Synthesis of Empirical Research in International Tax and Public Finance, Vol. 10, Nr. 6, S. 673–693.

de Mooij, R./Ederveen, S. (2008): Corporate Tax Elasticities: A Reader's Guide in Oxford Review of Economic Policy, Vol. 24, Nr. 4, S. 680–697.

Desai, M./Foley, F./Hines, J. (2004): A Multinational Perspective on Capital Structure Choice and Internal Capital Markets in The Journal of Finance, Vol. 59, Nr. 6, S. 2451–2487.

Desai, M./Foley, F./Hines, J. (2005): Foreign Direct Investment and the Domestic Capital Stock in The American Economic Review, Vol. 95, Nr. 2, S. 33–38.

 $\label{eq:continuous} \textit{Devereux}, \textit{M./Griffith}, \textit{R.} \;\; (2003): \; \text{Evaluating Tax Policy for Location Decisions} \; \text{in International Tax and Public Finance, Vol. 10, Nr. 2, S. 107–126.}$

Devereux, M./Lockwood, B./Redoano, M. (2008): Do Countries Compete over Corporate Tax Rates? in Journal of Public Economics, Vol. 92, Nr. 5-6, S. 1210–1235.

Dobbins, L./Jacob, M. (2016): Do Corporate Tax Cuts Increase Investments? in Accounting and Business Research, Vol. 46, Nr. 7, S. 731–759.

Dudar, O./Voget, J. (2015): Corporate Taxation and Location of Intangible Assets: Patents vs. Trademarks in ZEW Discussion Paper No. 16-015.

Egger, P./Koethenbuerger, M./Smart, M. (2010): Do Fiscal Transfers Alleviate Business Tax Competition? Evidence from Germany in Journal of Public Economics, Vol. 94, Nr. 3-4, S. 235–246.

Evers, L./Miller, H./Spengel, C. (2015): Intellectual Property Box Regimes: Effective Tax Rates and Tax Policy Considerations in International Tax and Public Finance, Vol. 22, Nr. 3, S. 502–530.

Feld, L./Heckemeyer, J. (2011): FDI and Taxation: A Meta-Study in Journal of Economic Surveys, Vol. 25, Nr. 2, S. 233–272.

Feld, L./Heckemeyer, J./Overesch, M. (2013): Capital Structure Choice and Company Taxation: A Meta-Study in Journal of Banking and Finance, Vol. 37, Nr. 8, S. 2850–2866.

Feldstein, M. (1995): The Effects of Outbound Foreign Direct Investment on the Domestic Capital Stock in Martin Feldstein, James Hines und Glenn Hubbard (Hrsg.): The Effects of Taxation on Multinational Corporations, The University of Chicago Press, Chicago, S. 43–66.

Fossen, F./Steiner, V. (2018): The Tax-Rate Elasticity of Local Business Profits in German Economic Review, Vol. 19, Nr. 2, S. 162–189.

Fuest, C./Peichl, A./Siegloch, S. (2018): Do Higher Corporate Taxes Reduce Wages? Micro Evidence from Germany in American Economic Review, Vol. 108, Nr. 2. S. 393–418.

Griffith, R./Miller, H./O'Connell, M. (2014): Ownership of Intellectual Property and Corporate Taxation in Journal of Public Economics, Vol. 112, S. 12–23.

Grubert, H./Altshuler, R. (2016): Shifting the Burden of Taxation from the Corporate to the Personal Level and Getting the Corporate Tax Rate Down to 15 Percent in National Tax Journal, Vol. 69, Nr. 3, S. 643–676.

Heckemeyer, J./Overesch, M. (2012): Auswirkungen der Besteuerung auf Entscheidungen international tätiger Unternehmen – Ein Überblick zu dem empirischen Befunden in Die Betriebswirtschaft, Vol. 72, Nr. 6, S. 451–472.

Heidelberger Steuerkreis an der Alfred Weber-Gesellschaft und Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung (2006): Zinsbereinigte Gewinnsteuer – Ein Vorschlag zur Reform der Unternehmensbesteuerung in Deutschland, http: //www.profpetersen.de/HGP-Homepage/start/einfachsteuer/Broschuere_Zinsbereinigte_Gewinnsteuer.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Homburg, S. (1996): Eine kummunale Unternehmensteuer für Deutschland in Zeitschrift für Wirtschaftspolitik, Vol. 76, Nr. 9, S. 491–496.

Homburg, S. (2000): Reform der Gewerbesteuer in Archiv für Kommunalwissenschaften, Vol. 39, Nr. 1, S. 42–55.

Homburg, S. (2007): Die Abgeltungsteuer als Instrument der Unternehmensfinanzierung in Deutsches Steuerrecht, Vol. 45, Nr. 15, S. 686–690.

Huizinga, H./Laeven, L./Nicodeme, G. (2008): Capital Structure and International Debt Shifting in Journal of Financial Economics, Vol. 88, Nr. 1, S. 80–118.

Jensen, M. (1986): Agency Costs of Free Cash Flow, Corporate Finance, and Takeovers in The American Economic Review, Vol. 76, Nr. 2, 323-239.

Jensen, M. (1993): The Modern Industrial Revolution, Exit, and the Failure of Internal Control Systems in The Journal of Finance, Vol. 48, Nr. 3, S. 831.

Joint Committee on Taxation (1987): General Explanation of the Tax Reform Act of 1986, U.S. Government Printing Office, Washington, D.C.

Keen, M. (2018): Competition, Coordination and Avoidance in International Taxation in Bulletin for International Taxation, Vol. 72, Nr. 4/5, S. 220–225.

Keen, M./Konrad, K. (2013): The Theory of International Tax Competition and Coordination in Alan Auerbach, Raj Chetty, Martin Feldstein und Emmanuel Saez (Hrsg.): Handbook of Public Economics, Elsevier, Oxford, S. 257–328.

Kulessa, A. von/Wenzelburger, G. (2015): Starker Steuerwettbewerb – starke Reformen? Ein neuer Blick auf Unternehmenssteuerreformen in 15 EU-Staaten (1998-2011) in World Political Science, Vol. 21, Nr. 2, S. 302–332.

McKeon, J. (2016): Indefinitely Reinvested Foreign Earnings Still on the Rise, http://www.auditanalytics.com/blog/indefinitely-reinvested-foreign-earnings-still-on-the-rise, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Mirrlees, J./Adam, S./Besley, T./Blundell, R./Bond, S./Chote, R./Gammie, M./ Johnson, P./Myles, G./Poterba, J. (2011): Tax by Design, Oxford University Press, London. $OECD\ (1998)$: Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue, https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Overesch, M. (2009): The Effects of Multinationals' Profit Shifting Activities on Real Investments in National Tax Journal, Vol. 62, Nr. 1, S. 5–23.

pwc (2017): Steuerliche Standortattraktivität digitaler Geschäftsmodelle – Steuerlicher Digitalisierungsindex 2017, https://www.pwc-wissen.de/pwc/de/shop/publikationen/Steuerliche+Standortattraktivitaet/?card= 22599, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

pwc (2018): USA verabschieden größte Steuerreform seit über 30 Jahren, https://www.pwc.de/de/steuerberatung/usa-verabschieden-groesste-steuerreform-seitueber-30-jahren.html, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Richtlinie (EU) 2016/1164 des Rates vom 12.7.2016 mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarktes (ABI. EU 2016 Nr. L 193, 1–14).

Richtlinie (EU) 2017/952 des Rates vom 29.5.2017 (ABl. EU 2017 Nr. L 144, 1–11).

Rienstra, J. (2018): United States – Corporate Taxation Sec. 3, https://online.ibfd.org, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (2000): Jahresgutachten 2000/01: Chancen auf einen höheren Wachstumspfad, https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/download/gutachten/00_ges.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (2012): Jahresgutachten 2012/13: Stabile Architektur für Europa – Handlungsbedarf im Inland, https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/ga201213/ga12_ges.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung/
Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht (heute: Max Planck Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen)/Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (2006): Reform der Einkommens- und Unternehmensbesteuerung durch die Duale Einkommensteuer – Expertise im Auftrager Bundesminister der Finanzen und für Wirtschaft und Arbeit vom 23.2.2005, https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/Expertisen/Reform_der_Einkommens-_und_Unternehmensbesteuerung_durch_die_Duale_Einkommensteuer.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Schneider, D. (2006): Reform der Unternehmensbesteuerung: Niedrige Steuersätze für zurückbehaltene Gewinne oder höhere Finanzierung aus Abschreibungen? in Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, S. 262–274.

Schreiber, U. (2006): Allgemeine Unternehmenssteuer oder Duale Einkommensteuer? in Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Vol. 76, Nr. 11, S. 1163–1185.

 ${\it Schreiber, U. (2017): Besteuerung der Unternehmen - Eine Einführung in Steuerrecht und Steuerwirkung, 4. Aufl., Springer, Wiesbaden.}$

Schreiber, U./Fell, L. (2017): International Profit Allocation, Intangibles and Sales-Based Transactional Profit Split in World Tax Journal, Vol. 9, Nr. 1, S. 1–18

Sledz, R. (2018): U.S. Treasury Official Says that FDII Rules Are BEPS Compliant, https://tax.thomsonreuters.com/blog/u-s-treasury-official-says-that-fdii-rules-are-beps-compliant, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Sørensen, P. (1994): From the Global Income Tax to the Dual Income Tax: Recent Tax Reforms in the Nordic Countries in International Tax and Public Finance, Vol. 1, Nr. 1, S. 57–79.

Spengel, C. (2013): Wachstumsorientierte Steuerpolitik erfordert steuerliche Forschungsförderung in Jürgen Lüdicke, Jörg Mössner und Lars Hummel (Hrsg.): Das Steuerrecht der Unternehmen – Festschrift für Gerrit Frotscher zum 70. Geburtstag, Haufe Lexware, Freiburg, S. 579–595.

Spengel, C./Heinemann, F./Olbert, M./Pfeiffer, O./Schwab, T./Stutzenberger, K. (2018a): Analysis of US Corporate Tax Reform Proposals and their Effects for Europe and Germany, http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/gutachten/US_Tax_Reform_2017.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Spengel, C./Olbert, M./Stutzenberger, K. (2018b): US-Steuerreform 2018 – Implikationen und Konsequenzen für Europa in ifo Schnelldienst, Vol. 71, Nr. 4, S 3–5

Stiftung Marktwirtschaft (2010): Verstetigung der Kommunalfinanzen – Das aktualisierte Konzept der "Kommission Steuergesetzbuch", http://www.stiftungmarktwirtschaft.de/fileadmin/user_upload/Pressemitteilungen/2010/Verstetigung_der_KommunalfinanzenOkt2010.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Stiglitz, J. (1973): Taxation, Corporate Financial Policy, and the Cost of Capital in Journal of Public Economics, Vol. 2, Nr. 1, S. 1–34.

 $\it Straubhaar, T.$ (2018): Was folgt aus der US-Steuerreform für Deutschland? in ifo Schnelldienst, Vol. 71, Nr. 4, 6-9.

Swank, D. (2016): Taxing Choices: International Competition, Domestic Institutions and the Transformation of Corporate Tax Policy in Journal of European Public Policy, Vol. 23, Nr. 4, S. 571–603.

Toder, *E./Viard*, *A.* (2016): Replacing Corporate Tax Revenue with a Mark-to-Market Tax on Shareholder Income in National Tax Journal, Vol. 69, Nr. 3, S. 701–732.

Wagner, F. (2000): Unternehmenssteuerreform und Corporate Governance in Steuer und Wirtschaft, Vol. 77, Nr. 2, S. 109–120.

Wenger, E. (1983): Gleichmäßigkeit der Besteuerung von Arbeits- und Vermögenseinkünften in FinanzArchiv/Public Finance Analysis, Vol. 41, Nr. 2, S. 207–252.

Winner, H. (2005): Has Tax Competition Emerged in OECD Countries? Evidence from Panel Data in International Tax and Public Finance, Vol. 12, Nr. 5, S. 667–687.

Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (2004): Flat Tax oder Duale Einkommensteuer – Zwei Entwürfe zur Reform der deutschen Einkommensbesteuerung, https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Ministerium/Geschaeftsbereich/Wissenschaftlicher_Beirat/Gutachten_und_Stellungnahmen/Ausgewaehlte_Texte/Gutach-

 $ten_Flat_Tax_oder_Duale_Einkommensteuer.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.$

Wissenschaftlicher Beirat Steuern von EY (2018): Die US-Steuerreform und ihre Folgen für Unternehmen in Deutschland, http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-tlm-2018-q1-special-die-us-steuerreform/\$FILE/ey-tlm-2018-q1-special-die-us-steuerreform.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

ZEW (2016): Project for the EU Commission TAXUD/2013/CC/120, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/final_report_2014_taxud_2013_cc_120.pdf, zuletzt geprüft am 30.4.2018.

Zimmermann, H./Henke, K.-D./Broer, M. (2017): Finanzwissenschaft – Eine Einführung in die Staatsfinanzen, 12. Aufl., Vahlen, München.



Peer Review

Prof. Dr. Wolfgang Kessler/Julian M. Egelhof/Dominik Probst, alle Freiburg i. Br.*

Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb

Eine rechtsvergleichende Analyse im Hinblick auf Holdinggesellschaften und operativ tätige Gesellschaften nach der US-Steuerreform

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Attraktivität als Standort einer Zwischenholding
 - 1. Laufende Besteuerung
 - a) Gewinnausschüttung durch eine Tochtergesellschaft an die Zwischenholding
 - b) Weiterausschüttung durch die Zwischenholding an ihre Muttergesellschaft
 - c) Fremdfinanzierter Beteiligungserwerb durch die Zwischenholding
 - 2. Aperiodische Besteuerung
 - a) Behandlung von Veräußerungsgewinnen
 - b) Behandlung von Veräußerungsverlusten
 - 3. Zwischenfazit
- III. Attraktivität als Standort einer operativ tätigen Tochtergesellschaft
 - 1. Reguläre Besteuerung
 - Fremdfinanzierung und Ausstattung mit immateriellen Wirtschaftsgütern
 - a) Tochtergesellschaft in Deutschland
 - b) Tochtergesellschaft in den USA
 - 3. Zwischenfazit

IV. Fazit

US in that regard. However, US tax reform might have changed the tide. It is against this backdrop that the authors identify and discuss fundamental differences in the corporate tax regime of Germany and the US. The authors aim to ascertain the crucial factors when deciding on which is the most favourable jurisdiction for holding companies and operating subsidiaries – Germany or post-reform America.

I. Einleitung

Der US-amerikanische "*Tax Cuts and Jobs Act*" (im Folgenden "TCJA") hat auch im deutschen Schrifttum bereits einige Aufmerksamkeit erfahren.¹ Dies verwundert nicht, handelt es sich doch um die umfassendste Reform des US-amerikanischen Steuerrechts seit 1986.² Hatte sich der US-Gesetzgeber in der Reform von 1986 noch der Verwirklichung eines entscheidungs- und investitionsneutralen Steuerrechts verschrieben,³ lag nunmehr die wohl wichtigste gesetzgeberische Zielsetzung in der Rückholung von Steuersubstrat in die USA⁴. Infolgedes-

Vor dem Hintergrund der US-Steuerreform stellen sich Fragen der Standortwahl für internationale Konzerne mit neuer Schärfe. Insbesondere für Holdinggesellschaften und operativ tätige Gesellschaften haben sich durch die US-Steuerreform einige Änderungen ergeben, die potentiell geeignet sind, den bisherigen Standortvorteil Deutschlands in das Gegenteil zu verkehren. Der Beitrag widmet sich daher rechtsvergleichend der Wahl zwischen Deutschland und den USA als Standort einer Holdinggesellschaft und einer operativ tätigen Gesellschaft. Die Untersuchung wird systematische Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen aufzeigen, die geeignet sind, die Entscheidung der Standortwahl zu beeinflussen.

In the aftermath of US tax reform, multinational corporations might be inclined to rethink tax planning. This includes identifying the most favourable jurisdiction for both holding companies and operating subsidiaries. In the past, Germany has been viewed by many as a more tax friendly environment compared to the

- StB Prof. Dr. Wolfgang Kessler ist Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Ref. iur. Julian M. Egelhof und Dominik Probst, M.Sc. sind Wissenschaftliche Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl. Unser Dank gilt den beiden anonymen Gutachtern für ihre Anmerkungen.
- Siehe Dahlke, BB 2018, 431; Endres, PIStB 2018, 74; Jarass/Tokman/ Wright, IStR 2018, 143; Kessler/Egelhof/Probst, IStR 2018, 473; Linn, DStR 2018, 321; Pinkernell, IStR 2018, 249; Schön, IStR 2018, 125; Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127; Watrin, Ubg 2018, 1; Zinowsky/Ellenrieder, IStR 2018, 134.
- 2 So auch Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127. Im Jahr 1986 wurde der "Tax Reform Act" (vormals unter Ronald Reagan) verabschiedet. Zum Tax Reform Act s. Auerbach/Slemrod, Journal of Economic Literature, Vol. 35, No. 2 (1997), 589.
- In den Gesetzesmaterialien (U.S. Department of the Treasury, Tax Reform for Fairness, Simplicity, and Economic Growth, Vol. 1, 1984, 13) heißt es überdeutlich: "[an ideal tax system would] interfere with private decisions as little as possible. Any deviation from this principle represents implicit endorsement of government intervention in the economy an insidious form of industrial policy based on the belief that those responsible for tax policy can judge better than the marketplace what consumers want, how goods and services should be produced, and how business should be organized and financed."
- 4 Loose, IStR-LB 2017, 103; Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127; Schoppe/Weigelt, BB 2017, 727.

Kessler/Egelhof/Probst - Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb

sen wird in der Literatur⁵ eine Zunahme des internationalen Steuerwettbewerbs⁶ erwartet.

Vor diesem Hintergrund stellen sich Fragen der Standortwahl für internationale Konzerne mit neuer Schärfe. Die vorliegende Untersuchung hat es sich daher zur Aufgabe gemacht, die steuerliche Attraktivität der Standorte Deutschland und USA fallgruppenbezogen zu analysieren. Dabei soll rechtsvergleichend⁷ herausgearbeitet werden, welche Unterschiede zwischen den Systemen geeignet sind, die Entscheidung der Standortwahl für internationale Konzerne zu beeinflussen.

Da internationale Konzerne gewöhnlich nicht alle Konzerneinheiten unter einem Dach versammeln, sondern diese regelmäßig in Zwischenholdings zusammengefasst sind,⁸ wird zunächst die Standortattraktivität aus dem Blickwinkel einer Zwischenholding analysiert. Hierbei ist aus Sicht der Holding auf die laufende Besteuerung und auf die Behandlung aperiodischer Beteiligungserträge einzugehen (dazu sogleich II.).

Sodann ist unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des TCJA auf die Besteuerung einer operativ tätigen Tochtergesellschaft einzugehen (dazu unten III.).

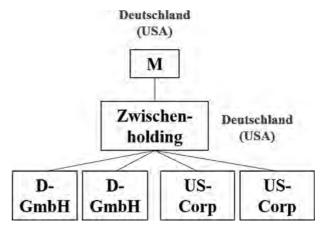
II. Attraktivität als Standort einer Zwischenholding

Beispiel

Sachverhalt zu Beispiel 1:

Ein Konzern mit börsennotierter Obergesellschaft ist auf der Suche nach einem geeigneten Standort für eine Zwischenholding. Nach Berücksichtigung sämtlicher außersteuerlicher Standortfaktoren verbleiben als mögliche Standorte Deutschland und die USA. Zwischen diesen beiden Alternativen soll nun die steuerlich günstigere gewählt werden. Von folgenden Annahmen kann bei der Wahl ausgegangen werden (alle Angaben in Mio. GE): In der Holding sollen zunächst jeweils zwei 100%ige Beteiligungen an einer deutschen und jeweils zwei 100%ige Beteiligungen an einer US-amerikanischen Tochterkapitalgesellschaft gehalten werden. Aus allen Beteiligungen fließt jeweils eine jährliche Ausschüttung von 50 zu. Es wird erwartet, dass alle Beteiligungen nach einer 15-jährigen Haltedauer veräußert werden. Zwar erhofft man sich jeweils einen Veräußerungsgewinn von 250, allerdings sollen in einer Alternativrechnung auch die Folgen untersucht werden, die entstehen, wenn sowohl aus der Veräußerung einer US-amerikanischen als auch aus einer deutschen Tochtergesellschaft ein Verlust von 500 entsteht. Im Jahr der Veräußerung wird keine Gewinnausschüttung mehr vorgenommen. Der gesamte Gewinn der Zwischenholding wird jeweils am Jahresende an die Mutterkapitalgesellschaft ausgeschüttet. Der kombinierte Steuersatz soll in den USA 26 % (federal tax und state tax), in Deutschland 30 % (KSt, SolZ, GewSt) betragen.9

- a) Die Muttergesellschaft ist in Deutschland ansässig.
- b) Die Muttergesellschaft ist in den USA ansässig.



Abb

Die Errichtung einer Zwischenholding hat zur Konsequenz, dass eine zusätzliche Besteuerungsebene entsteht. Folglich besteht das oberste Ziel10 im Rahmen der Steuerplanung mit Holdinggesellschaften darin, steuerliche Doppelbelastungen zu vermeiden. Ob bzw. inwiefern dieses Ziel erreicht werden kann, hängt insbesondere von den Rahmenbedingungen im Sitzstaat der Holding ab. Wesentliche Kriterien sind dabei die Behandlung von Gewinnausschüttungen an die Zwischenholding sowie die Behandlung von Weiterausschüttungen an die Obergesellschaft. Darüber hinaus darf auch die Frage nach der Abzugsfähigkeit von Finanzierungsaufwand nicht außer Acht gelassen werden. Diese Aspekte werden nachfolgend unter der Überschrift "Laufende Besteuerung" (1.) untersucht. Nicht minder belangvoll für die Wahl eines Holdingstandorts ist die Behandlung von Veräußerungsgewinnen und -verlusten. Diese Aspekte werden unter der Überschrift "Aperiodische Besteuerung" (2.) beleuchtet.

1. Laufende Besteuerung

Nachfolgend wird zunächst die Behandlung von Ausschüttungen einer in- oder ausländischen Tochtergesellschaft an die Zwischenholding analysiert. Dabei wird sich zeigen, dass die Antwort auf die Frage, ob Ausschüttungen einer inländischen Tochtergesellschaft an die Zwischenholding in den USA oder in Deutschland günstiger behandelt werden, von der Betei-

- 5 Linn, DStR 2018, 321 (328); Pinkernell, IStR 2018, 249; Schön, IStR 2018, 125. Mit einem "intensiviert[en]" Steuerwettbewerb rechnet auch die Bundesregierung, Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 19/2088, 6.
- Da sich die USA durch Senkung des Körperschaftsteuersatzes im Ranking der nominalen Steuersätze deutlich verbessert haben, sehen sich höher besteuernde Länder gezwungen, ebenfalls den Körperschaftssteuersatz zu senken, um ihre Attraktivität im internationalen Wettbewerb als Investitionsstandort zu erhalten. So haben etwa Frankreich, Ungarn und Italien bereits die Senkung ihrer nominalen Steuersätze angekündigt. Differenziert zu den Auswirkungen der US-Steuerreform auf den Steuerwettbewerb in der EU äußern sich Heinemann et al., Analysis of US Corporate Tax Reform Proposals and their Effects for Europe and Germany, 2018, 41 ff.
- 7 Im Sinne einer funktionalen Rechtsvergleichung; zum Begriff Kischel, Rechtsvergleichung, 2015, § 1 Rz. 14 ff.
- 8 Kessler, Die Euro-Holding, 1996, 2.
- 9 Zu den durchschnittlichen Steuersätzen vgl. unten unter III.1.
- 10 Zu Anforderungen an einen idealtypischen Holdingstandort Kessler in Kessler/Kröner/Köhler (Hrsg.), Konzernsteuerrecht, 2008, § 8 Rz. 13 ff.; Kessler, Die Euro-Holding, 1996, 76 ff.

ligungshöhe abhängig ist. Ausschüttungen ausländischer Tochtergesellschaften werden von beiden Staaten regelmäßig (fast) voll steuerfrei gestellt. Anschließend wird die Weiterausschüttung von der Zwischenholding an die Muttergesellschaft im Inoder Ausland untersucht. Hierbei wird sich herausstellen, dass die Weiterausschüttung an eine ausländische Muttergesellschaft in Deutschland günstiger besteuert wird als in den USA. Schließlich wird die Behandlung des fremdfinanzierten Beteiligungserwerbs betrachtet. Dabei wird sich zeigen, dass auch Finanzierungsaufwand in Deutschland steuerlich günstiger behandelt wird als in den USA.

a) Gewinnausschüttung durch eine Tochtergesellschaft an die Zwischenholding

aa) Zwischenholding in Deutschland

Körperschaftsteuerlich sind Gewinnausschüttungen an die deutsche Zwischenholding bei einer Beteiligung von mindestens 10 % gem. § 8b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 8b Abs. 5 S. 1 KStG effektiv zu 95 % steuerfrei.11 Eine Unterscheidung zwischen Gewinnausschüttungen in- und ausländischer Tochtergesellschaften erfolgt nicht. 12 Bei Ausschüttungen inländischer Tochtergesellschaften wird zunächst 25 % Kapitalertragssteuer nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG einbehalten. 13 Diese wird bei der Veranlagung der Zwischenholding zwar nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 EStG vollständig angerechnet bzw. erstattet. Da zwischen Ausschüttung und Abgabe der Steuererklärung jedoch regelmäßig mehr als ein Jahr liegt,14 kommt es insoweit zu einer temporären Steuerbelastung. 15 Befindet sich die ausschüttende Tochtergesellschaft im Ausland, fällt gegebenenfalls - insbesondere in Abwesenheit eines DBA16 - Quellensteuer auf die Gewinnausschüttung an.17

Im Gewerbeertrag der Zwischenholding sind die Beteiligungserträge, die nach § 8b KStG gekürzt worden sind, zunächst nur zu 5 % enthalten. Allerdings sieht § 8 Nr. 5 GewStG eine Hinzurechnung dieser Beteiligungserträge vor, soweit sie nicht die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG (Inlandsbeteiligung) oder des § 9 Nr. 7 GewStG (Auslandsbeteiligung) erfüllen.

- Gemäß § 9 Nr. 2a GewStG werden Gewinnausschüttungen aus Inlandsbeteiligungen bei der Ermittlung des Gewerbeertrags gekürzt, sofern die Beteiligung seit Beginn des Erhebungszeitraums mindestens 15 % umfasst. Nicht gekürzt wird der Teil der Gewinnausschüttung, der nach § 8b Abs. 5 KStG als nicht abziehbare Betriebsausgabe gilt (§ 9 Nr. 2a S. 4 GewStG).
- Nach § 9 Nr. 7 GewStG erfolgt die Kürzung von Gewinnausschüttungen aus Auslandsbeteiligungen, sofern die Mindestbeteiligungshöhe von 15 % erreicht ist und die ausländische Tochtergesellschaft ausschließlich oder fast ausschließlich eine aktive Tätigkeit i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 AStG ausübt oder Dividenden aus Landesschachtelbeteiligungen¹⁸ oder Funktionsschachtelbeteiligungen¹⁹ bezieht.²⁰
- § 9 Nr. 8 GewStG (DBA-Fall) vermag diese Rechtsfolge nicht zu verhindern, da die Anwendung der Norm voraussetzt, dass die Gewinnanteile bei der Ermittlung des Gewinns angesetzt worden sind. Folglich scheidet eine Kürzung nach § 9 Nr. 8 GewStG aus, wenn die Gewinnanteile lediglich aufgrund der

Hinzurechnung nach § 8 Nr. 5 GewStG in den Gewerbeertrag eingehen.²¹

bb) Zwischenholding in den USA

i. Inlandsbeteiligung

Das US-amerikanische Recht stellt inländische Dividenden gestaffelt in Abhängigkeit von der Beteiligungshöhe frei (sog. "dividends received deduction", Sec. 243 IRC). Die entsprechenden Schwellen wurden im Rahmen des TCJA abgesenkt, um die effektive Steuerbelastung nach Absenkung des Steuersatzes annähernd konstant zu halten.²² Grundsätzlich werden Dividenden von inländischen Tochtergesellschaften gemäß Sec. 243(a)(1) IRC zu 50 % freigestellt. Beträgt die Beteiligungshöhe mindestens 20 %, erfolgt eine 65%ige Freistellung (Sec. 243(c)(1) IRC). Eine 100%ige Freistellung kann erreicht werden, wenn es sich bei der Dividende um eine sog. "qualifying dividend" handelt (Sec. 243(a)(3) IRC). Eine solche liegt vor, wenn die ausschüttende inländische Tochtergesellschaft und die Zwischenholding derselben affiliated group²³ angehören (Sec. 243(b) IRC). Unter einer affiliated group i.S.v. Sec. 243(b) IRC wird gemäß Sec. 1504(a)(1),(2) IRC eine mindestens 80%ige stimmrechtsund wertmäßige Beteiligung der Konzernobergesellschaft an der Konzernuntergesellschaft verstanden.²⁴ Im Unterschied zu

- 11 Die bisher bei Industrieholdings bestehende Problematik im Zusammenhang mit § 8b Abs. 7 KStG wurde durch die Neufassung im Rahmen des BEPS-Umsetzungsgesetzes I gelöst; vgl. dazu Hoheisel/Stroh, StuB 2017, 179.
- 12 Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b KStG Rz. 20; Schnitger in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2012, § 8b KStG Rz. 30; Watermeyer in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 9 (Juni 2014).
- 13 Watermeyer in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 8b KStG Rz. 26 (Juni 2014); Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b KStG Rz. 63.
- 14 Vgl. zu den entsprechenden Fristen § 149 AO.
- 15 Vermeiden lässt sich der Kapitalertragsteuereinbehalt im Inlandsfall durch eine k\u00f6rperschaftsteuerliche Organschaft.
- 16~ Die deutsche Verhandlungsgrundlage sieht in Art. 10~eine Quellenbesteuerung von 5 % respektive 0 % für Dividenden vor.
- 17 Kessler, Die Euro-Holding, 1996, 24 f.
- 18 Eine Landesschachtelbeteiligung liegt vor, wenn die ausschüttende Gesellschaft im selben Staat wie die ausländische Tochtergesellschaft ansässig ist und ebenfalls ausschließlich oder fast ausschließlich aktive Einkünfte erzielt (§ 9 Nr. 7 S. 1 Nr. 1 GewStG).
- 19 Eine Funktionsschachtelbeteiligung liegt vor, wenn die Beteiligung im wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer aktiven Tätigkeit steht und die Gesellschaft, an der die Beteiligung besteht, ebenfalls ausschließlich oder fast ausschließlich aktive Einkünfte bezieht (§ 9 Nr. 7 S. 1 Nr. 2 GewStG).
- 20 Dazu ausführlich Roser in Lenski/Steinberg, GewStG, § 9 Nr. 7 Rz. 28 ff. (Obktober 2015); Gosch in Blümich/Heuermann/Brandis, EStG/KStG/GewStG, § 9 GewStG Rz. 302 ff. (November 2016).
- 21 Dazu ausführlich *Roser* in Lenski/Steinberg, GewStG, § 9 Nr. 8 Rz. 4 (Oktober 2015); *Gosch* in Blümich/Heuermann/Brandis, EStG/KStG/GewStG, § 9 GewStG Rz. 340a (November 2016).
- 22 Sec. 13002 TCJA; dazu Linn, DStR 2018, 321, 322; Schönfeld/Zinowsky/ Rieck, IStR 2018, 127 (127).
- 23 Deutsch: "Konzern".
- 24 McDaniel/McMahon/Simmons, Federal Income Taxation of Corporations, 1999, 228; eine "affiliated group" liegt auch vor, wenn an beiden Gesellschaften eine weitere Gesellschaft zu 80 % beteiligt ist (Sec. 1504(a)(1) (A) IRC). Ab der Beteiligungsgrenze von 80 % ist nach Sec. 1501–1505 IRC auch eine Konsolidierung möglich.

Kessler/Egelhof/Probst - Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb

Deutschland erfolgt bei der ausschüttenden inländischen Tochtergesellschaft kein Steuereinbehalt.

Somit ist zu konstatieren, dass Ausschüttungen inländischer Tochtergesellschaften bei einer Beteiligung ab 15 % und bis unter 80 % in Deutschland geringer besteuert werden als in den USA. ²⁵ Umgekehrt verhält es sich bei einer Beteiligung zwischen 0 % und 15 % sowie ab einer Beteiligung von 80 %. ²⁶ Hier ist die Besteuerung in den USA günstiger. Ein erheblicher Nachteil der Dividendenbesteuerung in Deutschland gegenüber derjenigen in den USA ergibt sich durch die temporäre Belastung mit Kapitalertragsteuer.

ii. Auslandsbeteiligung

Ist die US-amerikanische Zwischenholding zu mindestens 10 % an der ausländischen Tochtergesellschaft beteiligt und wird die Beteiligung mindestens 365 Tage innerhalb eines Zeitraums von 731 Tagen²⁷ gehalten, ist die Ausschüttung auf Ebene der Zwischenholding steuerbefreit, Sec. 245A, 246(c)(5)(A)(i) IRC. Nicht in den Anwendungsbereich der Norm fällt der Teil der Dividende, der auf US-amerikanisches Einkommen entfällt, Sec. 245A(c)(3), 245(a)(5) IRC. Dieser Teil ist jedoch grundsätzlich nach Sec. 245(a)(1),(5) IRC steuerfrei.²⁸

Die Voraussetzungen für die Freistellung ausländischer Dividendenausschüttungen sind zwar nach US-amerikanischem Steuerrecht restriktiver als nach deutschem, denn das deutsche Steuerrecht kennt (zumindest körperschaftsteuerlich²⁹) keine Mindesthaltedauer, dafür ist die Regelung aber rechtsfolgenseitig großzügiger, da eine 100%ige und nicht nur eine effektiv 95%ige Freistellung gewährt wird.

b) Weiterausschüttung durch die Zwischenholding an ihre Muttergesellschaft

aa) Zwischenholding in Deutschland

Es wird eine aus deutscher Sicht im Inland, sowie eine aus deutscher Sicht im Ausland ansässige Muttergesellschaft betrachtet. Hinsichtlich der Weiterausschüttung an die deutsche Muttergesellschaft gelten die Ausführungen unter II.1.a)aa) entsprechend. Die Ausschüttung ist somit, abgesehen von der temporären Belastung mit Kapitalertragsteuer und in Abwesenheit einer körperschaftsteuerlichen Organschaft, nach § 8b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 8b Abs. 5 S. 1 KStG effektiv zu 95 % von der Körperschaftsteuer befreit. Sind zusätzlich die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG erfüllt, ist die Ausschüttung auch gewerbesteuerlich effektiv zu 95 % von der Besteuerung ausgenommen.

Die ausländische Muttergesellschaft unterliegt gem. § 2 Nr. 1 KStG i.V.m. § 49 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG der beschränkten Steuerpflicht. Ob bzw. wie die Gewinnausschüttung an die ausländische Muttergesellschaft im Inland besteuert wird, hängt davon ab, ob die ausländische Muttergesellschaft in einem Drittstaat, in einem DBA-Staat oder im EU-Ausland 30 ansässig ist.

 Ist die Muttergesellschaft in einem Drittstaat ansässig, wird auf die Ausschüttung an die ausländische Muttergesellschaft zunächst Kapitalertragsteuer nach § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG einbehalten. Zwar gilt § 8b KStG grundsätzlich auch für beschränkt Steuerpflichtige, allerdings entfaltet die Norm bei beschränkt Steuerpflichtigen keine Wirkung, wenn die Körperschaftsteuer durch den Kapitalertragsteuerabzug abgegolten ist.³¹ Grundsätzlich bleibt es somit bei der 25%igen bzw. 15%igen³² Belastung mit Abgeltungssteuer. Abgeltende Wirkung tritt jedoch gem. § 50 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 EStG nicht ein, wenn es sich bei der Gewinnausschüttung um Einkünfte eines inländischen Betriebs handelt. § 8b KStG kommt mithin nur zur Anwendung, wenn die Beteiligung einer inländischen Betriebsstätte zuzuordnen ist.³³

Handelt es sich bei dem Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft um einen DBA-Staat und entspricht das DBA der deutschen Verhandlungsgrundlage, darf die Dividende auf Ebene der deutschen Zwischengesellschaft gem. Art. 10 Abs. 2 lit. a DE-VG nur mit 5 % oder gar nicht besteuert werden.³⁴ Sofern ein Antrag gem. § 50d Abs. 2 EStG gestellt wird, erfolgt der Steuerabzug in diesem Fall direkt mit dem niedrigeren Steuersatz.³⁵

- Von 0 % bis 10 % beträgt die nominelle Steuerbelastung in Deutschland ca. 30 %; von 10 % bis 15 % Beteiligungshöhe ca. 15,5 % und ab 15 % Beteiligungshöhe ca. 1,5 %. In den USA beträgt die nominelle Steuerbelastung mit Bundeskörperschaftsteuer ca. 13,19 % bis zu einer Beteiligungshöhe von 20 %; ca. 9,23 % bis zu einer Beteiligungshöhe von 80 % und 0 % ab einer Beteiligung von 80 %. Bei der Berechnung wurde eine state tax von 6 % angenommen (entspricht der durchschnittlichen state tax). Die Bemessungsgrundlage der state tax wird als identisch mit derjenigen der federal tax angenommen, mit der Maßgabe, dass die state tax gemäß Sec. 164 IRC von der Bemessungsgrundlage der federal tax abgezogen wird.
- 26 Bis zur Grenze von 15 % beträgt die nominelle Steuerbelastung in Deutschland ca. 30 % bzw. 15,5 %; in den USA jedoch nur ca. 13,19 %. Zur Berechnung s. vorherige Fußnote.
- 27 Dieser Zeitraum beginnt 365 Tage vor der Ausschüttung und endet 365 Tage nach der Ausschüttung, Sec. 246(c)(1)(A), 246(c)(5)(A)(i) IRC.
- 28 Steuerfrei sind die Teile des US-Einkommens, die entweder "effectively connected with the conduct of a trade or business" sind (hauptsächlich Betriebsstätteneinkünfte, Besch et al. in AmCham Germany/PwC (Hrsg.), Steuern in den USA, 2001, 72) oder die auf Dividenden einer US-Tochtergesellschaft entfallen, an der eine mindestens 80%ige Beteiligung besteht. Folglich kann die partielle Steuerbefreiung der Sec. 243 IRC nicht durch Zwischenschaltung einer ausländischen Kapitalgesellschaft in eine volle Steuerbefreiung umgewandelt werden.
- 29 Gewerbesteuerlich muss die Beteiligung zu Beginn des Erhebungszeitraums vorgelegen haben; körperschaftsteuerlich gilt ein unterjähriger Erwerb von mindestens 10 % gem. § 8b Abs. 4 S. 6 KStG als zu Beginn des Jahres erfolgt.
- 30 Derzeit besteht mit allen anderen 27 Mitgliedstaaten der EU ein DBA, s. BMF-Schreiben v. 17.1.2018 IV B 2 S 1301/07/10017-09. In diesem Fall greift stets die jeweils günstigere Regelung, vgl. dazu *Lindberg* in Blümich/Heuermann/Brandis, EStG/KStG/GewStG, § 43b EStG, Rz. 15 (März 2016).
- 31 Klein/Link in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 49 EStG Rz. 807 (Juni 2014); Frotscher, M. in Frotscher/Drüen, KStG/GewStG/UmwStG, § 8b KStG, Rz. 46 (Juli 2015).
- 32 Nach § 44a Abs. 9 EStG werden zwei Fünftel der einbehaltenen und abgeführten Kapitalertragsteuer erstattet, wenn der Gläubiger der Kapitalerträge i.S.d. § 43 Abs. 1 EStG eine beschränkt steuerpflichtige Körperschaft i.S.d. § 2 Nr. 1 KStG ist.
- 33 Herkenroth/Striegel in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 50 EStG Rz. 221 f. (Juni 2014).
- 34 Hier wird davon ausgegangen, dass die Anteile an der Zwischenholding immer zu 100 % auf die ausländische Muttergesellschaft entfallen.
- Wagner in Blümich/Heuermann/Brandis, EStG/KStG/GewStG, § 50d EStG Rz. 50 (Juni 2017); Gosch in Kirchhof, EStG, 2018, § 50d EStG Rz. 14; Klein/Hagena in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 50d KStG Rz. 35 (September 2016).

 Ist die Muttergesellschaft im EU-Ausland³⁶ ansässig und über mindestens zwölf Monate zu mindestens 10 % an der Zwischenholding beteiligt, wird auf Antrag gem. § 43b EStG keine Kapitalertragsteuer erhoben (Umsetzung der Mutter-Tochter-Richtlinie).³⁷

bb) Zwischenholding in den USA

Spiegelbildlich zu II.1.b)aa) wird eine aus US-amerikanischer Sicht im Inland, sowie eine aus US-amerikanischer Sicht im Ausland ansässige Muttergesellschaft betrachtet. Bei der Weiterausschüttung an die US-amerikanische Muttergesellschaft ergeben sich keine Unterschiede zu den unter II.1.a)bb) dargestellten Grundsätzen.

Bei der ausländischen Muttergesellschaft unterliegt die Weiterausschüttung der beschränkten Steuerpflicht. Da es sich bei der Ausschüttung regelmäßig nicht um sog. "effectively connected income "38 handelt,39 erfolgt nach Sec. 881(a)(1) IRC eine 30%ige Quellenbesteuerung.40 Interessanterweise wurde der Quellensteuersatz nicht an den neuen niedrigeren Körperschaftsteuersatz angepasst. Systematisch lässt sich dies nicht begründen, daher ist von einer rein fiskalischen Motivation auszugehen. Die Steuer wird auf Ebene der Zwischenholding einbehalten, Sec. 1442(a) IRC. Im Unterschied zum deutschen Steuerrecht wird die Quellensteuer nur auf Zahlungen an Steuerausländer und nicht auf Zahlungen an Steuerinländer erhoben.⁴¹ Besteht zwischen dem Ansässigkeitsstaat der Muttergesellschaft und den USA ein DBA, das der US Model Income Tax Convention entspricht, wird die Ausschüttung grundsätzlich mit 5 %42 besteuert (Art. 10 Abs. 2 US Model Income Tax Convention). Liegen die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 3 US Model Income Tax Convention vor, wird keine Quellensteuer erhoben.⁴³

Weiterausschüttungen an eine ausländische Muttergesellschaft werden folglich in Deutschland tendenziell günstiger besteuert als in den USA. Ausschüttungen an eine in einem Drittstaat ansässige Muttergesellschaft besteuert Deutschland im Regelfall⁴⁴ mit 25 % bzw. 15 %, während die USA mit 30 % besteuern. Ausschüttungen an im EU-Ausland ansässige Muttergesellschaften werden in Deutschland nicht besteuert, wohingegen die USA im Regelfall 5 % (DBA-Fall) erheben. Befindet sich die Muttergesellschaft im DBA-Ausland, ergibt sich kein Unterschied, da beide Länder in diesem Fall regelmäßig mit 5 % besteuern.

c) Fremdfinanzierter Beteiligungserwerb durch die Zwischenholding

Die steuerliche Behandlung von Finanzierungsaufwand⁴⁵ bei fremdfinanziertem Beteiligungserwerb unterscheidet sich zwischen den Rechtsordnungen, doch beiden Systemen ist gemein, dass sie keine vollständige Abzugsfähigkeit realisieren. Das deutsche Steuerrecht bedient sich stattdessen einer stark typisierten Betrachtungsweise (5%iges pauschaliertes Betriebsausgabenabzugsverbot) und sieht zudem eine 25%ige gewerbesteuerliche Hinzurechnung vor; das US-amerikanische Steuerrecht sieht eine volle Abzugsfähigkeit nur bei Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen und bestimmten Auslandsbeteiligungen vor.

aa) Zwischenholding in Deutschland

Körperschaftsteuerlich kann eine in Deutschland ansässige Zwischenholding ihren Finanzierungsaufwand⁴⁶ bei Erwerb einer Beteiligung vollständig als Betriebsausgaben abziehen.

Zwar korrespondiert der Finanzierungsaufwand mit steuerfreien Beteiligungserträgen (§ 8b Abs. 1 S. 1 bzw. Abs. 2 S. 1 KStG), sodass ein Betriebsausgabenabzug insoweit nach § 3c Abs. 1 EStG grundsätzlich nicht in Betracht käme. 47 Doch ordnet § 8b Abs. 3 S. 2 bzw. Abs. 5 S. 2 KStG bereits ein pauschaliertes Betriebsausgabenabzugsverbot i.H.v. 5 % der Beteiligungserträge an. Dieses geht der allgemeinen Vorschrift des § 3c Abs. 1 EStG als lex specialis vor, 48 wie § 8b Abs. 3 S. 2 bzw. Abs. 5 S. 2 KStG ausdrücklich klarstellt. Diese Behandlung ist auch unter systematischen Gesichtspunkten zutreffend. Denn bei der Steuerbefreiung des § 8b KStG handelt es sich um eine technische Steuerbefreiung mit dem Ziel, eine Doppelbelastung zu vermeiden, und nicht um eine Steuervergünstigung.⁴⁹ Somit ist der tatsächlich anfallende Finanzierungsaufwand abzugsfähig, und zwar der Höhe nach unbeschränkt: Da es allein dem Steuerpflichtigen obliegt, in welchem Umfang er eine Investition aus Fremd- oder Eigenmitteln finanziert,⁵⁰ gefährdet auch ein sehr hoher Fremdfinanzierungsanteil den Betriebsausga-

- 36 Siehe Fn. 30.
- 37 Endres et al. in Endres/Spengel (Hrsg.), Internationale Unternehmens-besteuerung, 2016, 179. Annahmegemäß soll die ausländische Muttergesellschaft die Tatbestandsmerkmale des § 50d Abs. 3 EStG nicht erfüllen. Der EuGH hat durch Beschluss vom 14.6.2018 (Rs. C-440/17 "GS", DStR 2018, 1479) festgestellt, dass die Mutter-Tochter-Richtlinie (RL 2011/96/EU) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) dieser Regelung entgegenstehen. Hinweise darauf ergaben sich schon aus EuGH, Urt. v. 20.12.2017 Rs. C-504/16 "Deister Holding" und Rs. C-613/16 "Juhler Holding", DStR 2018, 119; s. hierzu auch BMF, Schr. v. 4.4.2018, IV B 3 S 2411/07/10016-14, BStBl. I 2018, S. 589; zur Kritik an diesem Schreiben vgl. Kessler/Probst/Nussbaum, Global Taxes, TLE-021-2018; Schönfeld, IStR 2018, 325.
- 38 Unter effectively connected income werden Einkünfte verstanden, die aus trade or business stammen. Dabei handelt es sich hauptsächlich um Betriebsstätteneinkünfte, Besch et al. in AmCham Germany/PwC (Hrsg.), Steuern in den USA, 2001, 72.
- 39 Besch et al. in AmCham Germany/PwC (Hrsg.), Steuern in den USA, 2001 72
- 40 McDaniel/Ault/Repetti, US International Taxation, 72.
- 41 Department of the Treasury, Withholding of Tax on Nonresident Aliens and Foreign Entities, 2018, 4.
- 42 Hier wird davon ausgegangen, dass die Anteile an der Zwischenholding immer zu 100~% auf die ausländische Muttergesellschaft entfallen.
- 43 So auch Endres/Freiling, PIStB 2018, 74, 77; Wolff in Wassermeyer, DBA, Art. 10 USA Rz. 83.
- 44 Etwas anderes gilt nur, wenn die Beteiligung einer inländischen Betriebsstätte zuzuordnen ist, vgl. dazu oben.
- Zu den hier außer Betracht bleibenden Transaktionskosten s. für das deutsche Recht Wollweber, AG 2015, 24; für das US-amerikanische Recht Hess, Steueroptimale Gestaltung grenzüberschreitender M&A-Transaktionen, 2017 Rz. 106 f.
- 46 Allgemein zu rechtlichen Fragen der Fremdfinanzierung Rödder/Hötzel/ Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, 2003, 389 ff.
- 47 Dazu Stiller, StuW 2011, 75.
- 48 Hey in Tipke/Lang, § 11 Rz. 42; Gosch in Gosch, KStG, 2015, § 8b KStG Rz. 280; Rengers in Blümich/Heuermann/Brandis, EStG/KStG/GewStG, § 8b KStG Rz. 165 (Mai 2016).
- 49 Dazu ausführlich Herlinghaus in Rödder/Herlinghaus/Neumann, KStG, 2015, § 8b KStG Rz. 8; Watermeyer in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/ KStG, § 8b KStG Rz. 5 (Juni 2014).
- 50 Sog. Finanzierungsfreiheit, vgl. BFH, Urt. v. 5.2.1992 I R 127/90, BStBl. II 1992, 1029.

Kessler/Egelhof/Probst - Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb

benabzug nicht.⁵¹ Gewerbesteuerlich ist jedoch die 25%ige Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 lit. a GewStG zu beachten.

Eine Differenzierung nach Inlands- und Auslandsbeteiligung erfolgt nicht.

bb) Zwischenholding in den USA

Eine in den USA ansässige Zwischenholding kann Finanzierungsaufwand beim Beteiligungserwerb grundsätzlich ebenfalls abziehen. Es bestehen jedoch Unterschiede in Abhängigkeit von der Beteiligungshöhe.

Eine corporation kann Zinsaufwendungen für Verbindlichkeiten gem. Sec. 163(a) IRC grundsätzlich als Betriebsausgaben abziehen. Eine allgemeine Abzugsbeschränkung für den Fall, dass der Finanzierungsaufwand im wirtschaftlichen Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen steht, sieht der IRC systematisch schlüssigerweise nicht vor. Vielmehr wird der Grundsatz der Abzugsfähigkeit nur punktuell durchbrochen.

Eine solche Durchbrechung wird von Sec. 246A IRC angeordnet. Die Norm sieht eine Verringerung der dividends received deduction (s. oben II.1.a)bb)) anteilig insoweit vor, als die Beteiligung fremdfinanziert wurde.⁵² Dies gilt jedoch nicht für Beteiligungen, die kumulativ eine mindestens 50%ige Beteiligung am Kapital der Zielgesellschaft und mindestens 50% der Stimmrechte vermitteln, Sec. 246A(c)(2)(A) IRC.⁵³ Es wird mithin der fremdfinanzierte Beteiligungserwerb benachteiligt, der es nicht ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auf die Zielgesellschaft auszuüben. Aus systematischen Gesichtspunkten ist diese Beschränkung der Freistellung nicht nachvollziehbar, da es sich bei der dividends received deduction ebenfalls um eine technische Steuerbefreiung zur Vermeidung einer Mehrfachbesteuerung und nicht um eine Steuervergünstigung handelt.⁵⁴

Eine vergleichbare Norm, welche die besondere dividends received deduction gem. Sec. 245A IRC für qualifizierte Auslandsbeteiligungen ≥ 10 % (qualified 10-percent owned foreign corporations; zu ihnen näher unter II.2.a)bb)ii.) einschränkt, enthält der IRC nicht; hier kommt es mithin zum vollen Abzug des Finanzierungsaufwands.

Für Minderheitsbeteiligungen ist der fremdfinanzierte Beteiligungserwerb somit wegen der körperschaftsteuerlich vollen Abzugsfähigkeit und "nur" 25%igen gewerbesteuerlichen Hinzurechnung in Deutschland steuerlich günstiger. ⁵⁵ Für Mehrheitsbeteiligungen bieten die USA insoweit das steuerlich günstigere Umfeld, da Finanzierungsaufwand für Mehrheitsbeteiligungen voll abzugsfähig ist.

Beispiel

Teillösung 1 zu Beispiel 1:

▶ 1. Zwischenholding in Deutschland

Die Ausschüttungen der deutschen Tochtergesellschaften an die deutsche Zwischenholding bleiben gem. § 8b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 8b Abs. 5 S. 1 KStG effektiv zu 95 % steuerfrei. Auf die Ausschüttungen der US-amerikanischen Tochtergesellschaften wird keine Quellensteuer erhoben, da die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 3 DBA-USA erfüllt sind. 56 In Deutschland sind die Gewinnausschüttungen wiederum nach § 8b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 8b Abs. 5 S. 1 KStG effektiv zu 95 %

steuerfrei. Das z.v.E. der deutschen Zwischenholding beläuft sich somit auf 10 [= 2 * (2,5 + 2,5)]. Gewerbesteuerlich ist annahmegemäß keine Hinzurechnung vorzunehmen, da die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG und des § 9 Nr. 7 GewStG erfüllt sind. Die Steuerlast beträgt folglich 3 (= 10 * 30 %).

Der ausgeschüttete Gewinn von 97 (= 100 ./. 3) ist bei der deutschen Muttergesellschaft (Variante a) effektiv zu 95 % steuerfrei. Eine gewerbesteuerliche Hinzurechnung erfolgt nicht, da die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG vorliegen. Mithin ergibt sich eine Steuerbelastung von 1,455 (= 97 * 5 % * 30 %) auf Ebene der deutschen Muttergesellschaft. Handelt es sich stattdessen um eine US-amerikanische Muttergesellschaft (Variante b), ist die Ausschüttung in Deutschland nach Art. 10 Abs. 3 DBA-USA steuerfrei. Finden USA wird die Ausschüttung grundsätzlich nach Sec. 245A IRC ebenfalls zu 100 % steuerfrei gestellt, allerdings liegt hier ein Fall der Sec. 245A(c) IRC vor; der Teil der Ausschüttung an die US-amerikanische Muttergesellschaft, der auf die Ausschüttungen der US-amerikanischen Tochtergesellschaften entfällt, ist daher nicht von Sec. 245A IRC begünstigt. Dieser Teil fällt jedoch unter Sec. 245(a) IRC, sodass letztlich auch dieser Teil steuerbefreit ist.

▶ 2. Zwischenholding in den USA

Die Ausschüttungen der deutschen Tochtergesellschaften an die US-amerikanische Zwischenholding sind in Deutschland nach Art. 10 Abs. 3 DBA-USA steuerfrei; bei der US-amerikanischen Zwischenholding sind die Ausschüttungen ebenfalls zu 100 % steuerfrei nach Sec. 245A IRC. Die Ausschüttungen der US-amerikanischen Tochtergesellschaften sind gemäß Sec. 243(a)(3) IRC ebenfalls zu 100 % steuerfrei. Das $taxable\ income$ der US-amerikanischen Zwischenholding beläuft sich somit auf 0 (= 0 + 0).

Der ausgeschüttete Gewinn von 100 ist bei der deutschen Muttergesellschaft (Variante a) effektiv zu 95 % steuerfrei. Mithin ergibt sich eine Steuerbelastung von 1,5 (= $100 \times 5 \% \times 30 \%$) auf Ebene der deutschen Muttergesellschaft. Handelt es sich stattdessen um eine USamerikanische Muttergesellschaft (Variante b), ist die Ausschüttung zu 100 % steuerfrei.

- Zu Praxisproblemen bei Beteiligungserwerb durch eine eigens dafür errichtete Erwerberkapitalgesellschaft Schimpfky in Bösl/Schimpfky/von Beauvais, Fremdfinanzierung für den Mittelstand, 2014, 113 f.
- 52 Somit können die Dividendenerträge statt zu 50 % bzw. zu 65 % lediglich zu einem Anteil von (1/2) * (1 AIP) bzw. (65/100) * (1 AIP), jeweils mit AIP = (auf die Beteiligung entfallende Verbindlichkeiten) / (Buchwert der Beteiligung) steuerfrei vereinnahmt werden.
- 53 Nicht für sog. portfolio stocks. Sec. 246A(b)(1) IRC stellt klar, dass die Norm nicht auf qualifizierte Dividenden im Konzern (affiliated group i.S.v. Sec. 1504(a) IRC) anwendbar ist. In diesen Fällen dürften aber regelmäßig schon keine portfolio stocks vorliegen.
- 54 Die Dividende stammt aus bereits auf Ebene der Tochtergesellschaft versteuertem Einkommen.
- 55 In Deutschland muss die Erwerberin allerdings bereits mit dem fingierten 5%igen Betriebsausgabenabzugsverbot leben.
- 56 Die Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 3 DBA-USA sind erfüllt, da die Muttergesellschaft börsennotiert ist, zu 100 % an der Zwischenholding beteiligt ist und die Anteile seit zwölf Monaten hält.
- 57 So auch Endres/Freiling, PIStB 2018, 74 (77).
- Annahmegemäß wurde ein Antrag nach § 50d Abs. 2 EStG gestellt.

3. Gesamtbelastungvergleich bei Ausschüttung

	Zwischenholding in Deutschland		Zwischenholding in den USA	
	Deutsche Töchter	US- Töchter	Deutsche Töchter	US- Töchter
Ausschüttung	100	100	100	100
Steuerbelastung Quellenstaat	-	-	-	-
Steuerbelastung Empfängerstaat	1,5	1,5	-	-
Summe Steuerbelastung	3		0	
Weiterausschüttung	97		100	
	a) Deutsche Mutter	b) US- Mutter	a) Deutsche Mutter	b) US- Mutter
Steuerbelastung Quellenstaat	-	-	-	-
Steuerbelastung Empfängerstaat	1,455	-	1,5	-
Gesamtsteuerbelastung	4,455	3	1,5	0

Im Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass die USA sowohl aus Sicht einer deutschen Muttergesellschaft als auch aus Sicht einer US-amerikanischen Muttergesellschaft der steuerlich günstigere Standort für eine Zwischenholding mit Blick auf die Behandlung von Gewinnausschüttungen sind.

2. Aperiodische Besteuerung

Hinsichtlich der aperiodischen Besteuerung ist zwischen der Behandlung von Veräußerungsgewinnen und der Behandlung von Veräußerungsverlusten zu differenzieren. Während Deutschland im Fall von Veräußerungsgewinnen der steuerlich günstigere Standort für eine Zwischenholding ist, sind die USA im Fall von Veräußerungsverlusten der steuerlich günstigere Standort.

a) Behandlung von Veräußerungsgewinnen

aa) Zwischenholding in Deutschland

Veräußert eine in Deutschland ansässige Zwischenholding in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft Anteile an einer anderen Kapitalgesellschaft, so bleibt ein daraus resultierender Gewinn bei der Ermittlung des Einkommens der Zwischenholding unabhängig von der Beteiligungshöhe außer Ansatz, § 8b Abs. 2 S. 1 KStG. Indes werden nicht abzugsfähige Betriebsausgaben i.H.v. 5 % dieses Gewinns fingiert, § 8b Abs. 3 S. 1 KStG. Daraus ergibt sich im Ergebnis eine 95%ige objektive⁵⁹ Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne. Mithin differenziert das deutsche Recht - jedenfalls ab einer Beteiligungshöhe von 10 %, § 8b Abs. 4 S. 1 KStG - weder systematisch, noch im wirtschaftlichen Ergebnis zwischen aperiodischen und periodischen Beteiligungserträgen. Die rechtlich gleiche Behandlung reflektiert die wirtschaftliche Gleichartigkeit der Vorgänge.60 Ebenso wenig wird danach differenziert, ob die Beteiligung an einer im Inland oder im Ausland ansässigen Kapitalgesellschaft besteht.61

bb) Zwischenholding in den USA

Das US-amerikanische Recht nimmt hingegen durchaus eine Differenzierung zwischen periodischen und aperiodischen Beteiligungserträgen vor. Im wirtschaftlichen Ergebnis kommt es aber bei Auslandsbeteiligungen regelmäßig und bei Inlandsbeteiligungen ausnahmsweise zu einer Annäherung der Besteuerungssituation. Diese wird technisch durch eine Umqualifizierung (qua Fiktion) aperiodischer in periodische Beteiligungserträge erreicht.

i. Inlandsbeteiligung

Erzielt⁶² die Zwischenholding einen Veräußerungsgewinn⁶³, so ist dieser als income⁶⁴ steuerbar. Veräußerungsgewinn ist dabei grundsätzlich die Differenz zwischen der erhaltenen Gegenleistung (amount received) und den fortgeführten Anschaffungskosten (adjusted basis), Sec. 1001(a) IRC. Einen der Freistellung von Dividendenerträgen entsprechenden Befreiungstatbestand für Veräußerungsgewinne enthält der IRC nicht; vielmehr sind Veräußerungsgewinne grundsätzlich voll steuerpflichtig.⁶⁵

Wirtschaftlich wie eine Steuerbefreiung wirkt aber die Umqualifizierung eines Veräußerungsgewinns in eine Dividende, die dann wiederum einer Steuerbefreiung (der dividends received deduction gem. Sec. 243 IRC) unterliegt. Eine solche Umqualifizierung ist bei Inlandsbeteiligungen nur ausnahmsweise vorgesehen und erfolgt durch die Sondervorschrift der Sec. 304 IRC für konzerninterne Transaktionen:

Werden zwei corporations vom selben Personenkreis (im Folgenden "Muttergesellschaft") beherrscht,66 und veräußert die Muttergesellschaft einen Anteil der einen Gesellschaft (im Folgenden "Target") an die andere Gesellschaft (im Folgenden "Erwerberin"), so wird gem. Sec. 304(b)(2) IRC eine Dividende der Erwerberin an die Muttergesellschaft in Höhe der bei der Erwerberin vorliegenden ausschüttbaren Gewinne⁶⁷ (earnings and profits) bis maximal zur Höhe des Kaufpreises fingiert. Übersteigt der Kaufpreis die earnings and profits der Erwerbe-

- 59 Statt aller Hey in Tipke/Lang, § 11 Rz. 39.
- In BFH, Urt. v. 21.1.2008 I R 101/06, DStR 2008, 862 (863) heißt es plastisch und zutreffend, der Veräußerungsgewinn trete im "wirtschaftlichen Ergebnis gewissermaßen aufgesummt an die Stelle der anderweitig verdienten oder zukünftig 'verdienbaren' Dividenden".
- § 8b Abs. 2 KStG gilt auch für Anteile an ausländischen Körperschaften, BFH, Urt. v. 13.10.2010 - I R 79/09, BStBl. II 2014, 943 = FR 2011, 475 m. Anm. Kanzler; Rengers in Blümich/Heuermann/Brandis, EStG/KStG/ GewStG, § 8b KStG Rz. 213 (Mai 2016).
- Es gilt das Realisationsprinzip; der bloße Wertzuwachs ist nicht steuerbar, Graetz/Schenk, Federal Income Taxation, 2001, 133 f.; vgl. bereits Doyle v. Mitchell Brothers Co., 247 U.S. 179 (1918).
- Zum Veräußerungsbegriff Graetz/Schenk, Federal Income Taxation, 2001, 613 ff.
- Ordinary income oder capital gains, dazu ausführlich unten II.2.b)bb).
- Vgl. Ditsch/Meier-Holzgräbe in Endres/Schreiber (Hrsg.), Investitionsund Steuerstandort USA, 2008, 76.
- Beherrschung im Sinne der Sec. 304 IRC liegt gem. Sec. 304(c) IRC bei Inhaberschaft von mindestens 50 % der Stimmrechte oder Geschäftsanteile vor. Anteile nahestehender Personen sind zusammenzurechnen; mittelbare Anteilsinhaberschaft genügt, Sec. 304(c)(3)(A) IRC i.V.m. Sec. 318(a) IRC.
- Zum Begriff und zu gesellschaftsrechtlichen Grenzen der Ausschüttung Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2013 Rz. 576 ff.

Kessler/Egelhof/Probst - Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb

rin, so erhöht sich die fingierte Ausschüttung um die earnings and profits des Targets bis maximal zur Höhe des Kaufpreises.

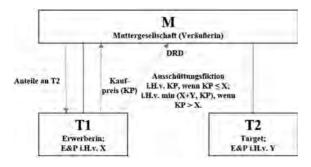


Abb. 2

Bestanden Sinn und Zweck der Vorschrift ursprünglich darin, Gestaltungen zu unterbinden, infolge derer - bei natürlichen Personen als capital gains begünstigte⁶⁸ – Veräußerungsgewinne generiert werden, wo wirtschaftlich Dividendenzahlungen gewollt waren,69 kann die Vorschrift gleichsam unter umgekehrten Vorzeichen genutzt werden, um Veräußerungsgewinne gerade zu vermeiden und Dividendenerträge zu erzielen, die bei corporations wegen der dividends received deduction begünstigt sind.⁷⁰

Ist die Erwerberin im Ausland ansässig, ist einschränkend bei der Berechnung der Höhe der Dividende nur auf die earnings and profits des in den USA ansässigen Targets abzustellen, Sec. 304(a)(5)(A) IRC.71

Kommt eine Umqualifizierung in Dividendenerträge nicht in Betracht (Regelfall), können die Veräußerungsgewinne das ordinary income der Holding erhöhen oder aber capital gains darstellen. Diese Unterscheidung wirkt sich - anders als bei natürlichen Personen, die capital gains präferentiell versteuern⁷² - bei corporations zwar auf den anwendbaren Steuersatz nicht aus; dieser beträgt gem. Sec. 11(b) IRC nunmehr 21 %. Es bestehen aber wichtige Unterschiede im Hinblick auf die Verrechnung mit ggf. vorliegenden Verlusten (dazu unten II.2.b) bb)ii.).

Für den Fall der Veräußerung einer Inlandsbeteiligung sind die deutschen Vorschriften mithin regelmäßig günstiger.

ii. Auslandsbeteiligung

Eine Steuerbefreiung im technischen Sinne besteht auch nicht für Gewinne aus der Veräußerung von Auslandsbeteiligungen. Indes ordnet Sec. 1248(a) IRC eine partielle Umqualifizierung von Veräußerungsgewinnen in Dividendenerträge an,⁷³ die dann bei der Holding der besonderen dividends received deduction für Dividenden aus Auslandsbeteiligungen (Sec. 245A IRC) unterliegen.74

Um in den Genuss der Umqualifizierung zu kommen, muss der in den USA ansässige Veräußerer unmittelbar oder nach näherer Maßgabe von Sec. 958(a),(b) IRC mittelbar fünf Jahre lang mindestens 10 % der Stimmrechte oder der Geschäftsanteile an einer sog. controlled foreign corporation (im Folgenden "CFC") auf sich vereinigen. Eine CFC liegt gem. Sec. 957 IRC vor, wenn mehr als 50 % der Stimmrechte oder Anteile der im Ausland ansässigen Gesellschaft von einer in den USA ansässigen Gesellschaft⁷⁵ (wiederum unmittelbar oder mittelbar) gehalten werden. Liegen diese Voraussetzungen vor, sind die Veräußerungsgewinne insoweit als Dividende zu behandeln, als auf den veräußerten Anteil earnings and profits der CFC entfallen, Sec. 1248(a)(2) IRC.

Bei Auslandsbeteiligungen wird so im wirtschaftlichen Ergebnis eine Annäherung periodischer und aperiodischer Beteiligungserträge erreicht. Zu einer völligen Gleichstellung kommt es hingegen nicht; die Beschränkung der Umqualifizierung auf earnings and profits macht deutlich, dass die § 8b Abs. 2 S. 1 KStG zugrunde liegende und u.E. zutreffende Vorstellung, der Veräußerungsgewinn entspreche wertungsmäßig gleichsam der Summe nicht nur der bereits "verdienten", sondern auch der noch "verdienbaren" Dividenden,⁷⁶ vom US-amerikanischen Gesetzgeber offenbar nicht geteilt wird.

Fallen Veräußerungsgewinne an, bietet das deutsche Recht damit für Auslandsbeteiligungen < 10 %77 generell und für Auslandsbeteiligungen ≥ 10 % in aller Regel die günstigere Regelung. Etwas anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise (i) die Voraussetzungen einer CFC erfüllt sind und (ii) ein so großer Teil des Veräußerungsgewinns durch auf die Beteiligung entfallende earnings and profits gedeckt ist, dass die resultierende Steuerbelastung unter der Belastungswirkung durch die Fiktion der 5 % nicht abzugsfähigen Betriebsausgaben nach § 8b Abs. 3 S. 1 KStG zurückbleibt.78

b) Behandlung von Veräußerungsverlusten

Deutliche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen zeigen sich im Umgang mit Veräußerungsverlusten.

- Dazu näher unten B.II.2.b).
- So insbesondere die ältere Rechtsprechung, s. Radnitz v. U.S., S.D.N. Y.1960, 187 F.Supp. 952, affirmed 294 F.2d 577; U.S. v. Collins, C.A.1 (Mass.) 1962, 300 F.2d 821.
- Siehe dazu die Beispiele bei Ditsch/Meier-Holzgräbe in Endres/Schreiber (Hrsg.), Investitions- und Steuerstandort USA, 2008, 175 f.
- Eine noch weitergehende Einschränkung sieht Sec. 304(a)(5)(B) IRC vor, wenn die Erwerberin im Ausland ansässig ist, mehr als 50 % der fiktiven Dividenden (durch die Muttergesellschaft) steuerfrei vereinnahmt werden können und auch nicht zu den earnings and profits einer CFC als veräußernden Gesellschaft rechnen.
- Sec. 1(h) IRC unterwirft bei natürlichen Personen capital gains in Abhän-72 gigkeit von der Art des capital gain insgesamt fünf verschiedenen Steuersätzen (0 %/15 %/20 %/25 %/28 %); der allgemeine Steuersatz bei natürlichen Personen ist einkommensabhängig progressiv und hängt darüber hinaus vom Familienstand des Steuerpflichtigen ab, s. Sec. 1(a)-(d) IRC. In der Regel ist es für natürliche Personen aber günstiger, capital gains zu versteuern.
- Vgl. Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127.
- Anders als bei der fiktiven Dividendenbesteuerung nach der älteren Sec. 304 IRC war bei der fiktiven Dividendenbesteuerung durch Sec. 1248 IRC im Rahmen des TCJA eine begünstigende Wirkung für corporations gerade gewollt.
- Oder natürlichen Person, s. Sec. 953(c)(1)(A) IRC i.V.m. Sec. 7701(a)(1)
- BFH, Urt. v. 21.1.2008 I R 101/06, DStR 2008, 862 (863). 76
- Die Umqualifizierung nach Sec. 245A IRC setzt eine mindestens 10%ige 77 Beteiligung voraus.
- Es ergibt sich eine Steuerbelastung von ca. 1,5 % (Produkt der 5%igen Steuerlast und des ca. 30%igen Steuersatzes).

aa) Zwischenholding in Deutschland

Vermeintlich als Kehrseite⁷⁹ der umfassenden Steuerbefreiung durch § 8b Abs. 2 S. 1 KStG bleiben im deutschen Recht Gewinnminderungen im Zusammenhang mit dem von der Zwischenholding gehaltenen Anteil außer Ansatz, § 8b Abs. 3 S. 3 KStG. Mithin scheidet eine Berücksichtigung von Veräußerungsverlusten generell aus. ⁸⁰ Dies gilt für Inlands- wie Auslandsbeteiligungen.

Durch die Nichtberücksichtigung von Veräußerungsverlusten soll eine doppelte Verlustnutzung auf Körperschafts- und Anteilseignerebene ausgeschlossen werden. ⁸¹ Während diese grundsätzliche Idee hinter § 8b Abs. 3 S. 3 KStG nachvollziehbar ist, zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass die Regelung in vielen Fällen überschießende Wirkung entfaltet ⁸². So können auf Ebene der Untergesellschaft entstandene Verluste nach einer Veräußerung zumeist nicht mit zukünftigen Gewinnen verrechnet werden, da nach § 8c Abs. 1 S. 2 KStG bei einem Anteilseignerwechsel der vollständige Verlustuntergang droht. ⁸³ Auch im Fall der Liquidation der Untergesellschaft gehen die Verluste ungenutzt unter. Der Gesetzgeber erreicht in diesen Fällen anstatt der angestrebten Einmalberücksichtigung von Verlusten eine "doppelte" Nichtberücksichtigung. ⁸⁴

bb) Zwischenholding in den USA

i. Inlandsbeteiligungen

Einen dem deutschen Recht diametral entgegengesetzten Standpunkt nimmt insoweit das US-amerikanische Recht ein: Korrespondierend mit der grundsätzlichen Steuerpflicht von Veräußerungsgewinnen sind Veräußerungsverluste grundsätzlich abzugsfähig, Sec. 165 IRC. Die Verlustberücksichtigung erfolgt allerdings nur schedulenmäßig: Während *ordinary losses* ohne weiteres mit *ordinary income* verrechnet werden können, können *capital losses* nur mit *capital gains* verrechnet werden. Veräußerungsverluste (Veräußerungsgewinne) in den hier untersuchten Konstellationen sind *capital losses (capital gains)*.

Denn solche liegen immer dann vor, wenn ein capital asset mit Verlust (Gewinn) veräußert wird. Capital assets werden in Sec. 1221 IRC mittels einer negativen Abgrenzung umschrieben. Nach dem Wortlaut der Norm sind im Grundsatz sämtliche Wirtschaftsgüter capital assets, die nicht von einem Katalog von Ausnahmetatbeständen erfasst werden. Als Ausnahmevorschrift zu den allgemeinen Besteuerungsvorschriften wird die Norm von den Gerichten allerdings seit jeher eng ausgelegt;85 zudem ist der Ausnahmenkatalog sehr umfangreich und weit gefasst. Infolgedessen ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis de facto umgekehrt und es liegen regelmäßig keine capital assets vor. So sind insbesondere Wirtschaftsgüter, die primär zum Verkauf gehalten werden (Sec. 1221(a)(1) IRC), Wirtschaftsgüter, die der Abschreibung unterliegen (Sec. 1221(a)(2) IRC) und viele selbstgeschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter (Sec. 1221(a)(3) IRC) keine capital assets.86

Beteiligungen einer gewöhnlichen Zwischenholding lassen sich dem Ausnahmekatalog der Sec. 1221(a) IRC jedoch nicht zuordnen und ihre Einordnung als *capital assets* steht nicht im Widerspruch zum Zweck der Norm, Gewinne (und Verluste) aus der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit von Wertveränderungen von Wirtschaftsgütern abzugrenzen,⁸⁷ die über einen län-

geren Zeitraum hinweg eintreten. Eine frühere Rechtsprechung, nach der es darauf ankommen soll, ob eine Holding die Beteiligung als reines Investment oder im Zusammenhang mit ihrer gewöhnlichen Geschäftstätigkeit erwirbt, hat der Supreme Court verworfen Wird die Beteiligung nun veräußert und dabei ein Verlust erzielt, liegt ein *capital loss* i.S.v. Sec. 165(f) IRC vor.

Ein solcher kann gem. Sec. 1211(a) IRC nur mit capital gains, d.h. mit Gewinnen aus der Veräußerung anderer capital assets verrechnet werden. Übersteigen in einem Steuerjahr die capital losses die capital gains, liegt insoweit ein net capital loss (Sec. 1222(11) IRC) vor. Net capital losses können gem. Sec. 1212(a) IRC drei Steuerjahre zurück- und fünf Steuerjahre

- 79 So *Hey* in Tipke/Lang, § 11 Rz. 41.
- 80 Dies gilt nicht für Anteile, die bei Kreditinstituten im Handelsbestand gehalten werden, § 8b Abs. 7 KStG. Aus Abs. 7 resultierender Gestaltungsspielraum wurde durch dessen Neufassung i.R.d. BEPS-Umsetzungsgesetzes I beseitigt.
- 81 Hey in Tipke/Lang, § 11 Rz. 41; IFSt-Arbeitsgruppe, IFSt-Schrift Nr. 471, 2011, 47 f.
- 82 Vgl. dazu ausführlich Kessler, FR 2011, 754.
- 83 Zur Verfassungswidrigkeit auch des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG FG Hamburg, Beschl. v. 29.8.2017 – 2 K 245/17, FR 2017, 1134 m. Anm. Suchanek = DStR 2017, 2377 m. Anm. Kessler/Egelhof/Probst; zuvor bereits Kessler/ Egelhof/Probst, DStR 2017, 1289.
- 84 Insoweit verstößt die Regelung des § 8c KStG gegen das objektive Nettoprinzip.
- 85 Statt vieler Corn Products Refining Co. v. Comissioner, 350 U.S. 46 (1955).
- 86 Die augenscheinlich einfache Abgrenzung der Sec. 1221 IRC wird in praxi durch eine überbordende Kasuistik verunklart. Dazu heißt es in Byram v. U.S., 705 F.2d 1418 (1983) humoristisch zugespitzt: "If a client asks you in any but an extreme case whether, in your opinion, his sale will result in capital gain, your answer should probably be "I don't know, and no one else in town can tell you."", per Judge Gee.
- 87 Malat v. Riddell, 383 U.S. 569 (1966).
- 88 Dieser grundlegende Rechtsgedanke, über einen längeren Zeitraum eingetretene Wertveränderungen anders zu behandeln als "normales" Einkommen, ist dem deutschen Recht nicht ganz fremd, wie § 23 EStG zeigt, wenngleich sich dieser nur auf das Privatvermögen bezieht. Dazu ausführlich aus ökonomischer und rechtsdogmatischer Sicht Mirbach/Egelhof, BFuP 2018, 136.
- 89 So noch Campbell Taggart, Inc. v. U.S., C.A.5 (Tex.) 1984, 744 F.2d 442 unter Bezugnahme auf die Entscheidung Corn Products Refining Co. v. Comissioner, 350 U.S. 46 (1955), der das Gericht diese Wertung entnahm ("Corn Products Doktrin"); dazu ausführlich Gustafsson, A Holding Company's Stock in a Subsidiary: A Capital or Ordinary Asset, 65 Tex. L. Rev. 1029 (1987).
 - Arkansas Best Co. v. Commissioner, 485 U.S. 212 (1988); der Supreme Court trat in dieser Entscheidung einem weiten Verständnis der Corn Products Doktrin (s. vorherige Fußnote) wie noch in Campbell Taggart vertreten, entgegen, ohne aber Corn Products förmlich aufzuheben. Vielmehr wollte der Supreme Court Corn Products fortan (lediglich) als weite Auslegung des Ausnahmetatbestandes für zum Verkauf vorgehaltene Wirtschaftsgüter (Sec. 1221(a)(1) IRC) verstanden wissen. Jüngere Entscheidungen zitieren Arkansas Best zustimmend, legen aber Wert darauf, dass Gestaltungen, die zu einer Umqualifizierung von ordinary income zu capital gains führen, unzulässig bleiben (so etwa Lattera v. Commissioner, 437 F. 3d 399 (3rd Cir. 2006)). Dieses Problem stellt sich bei Anteilsveräußerungen von Holdings indes regelmäßig nicht, da der Gestaltungsimpuls gerade in die andere Richtung geht. Vielmehr wurde im Anschluss an Arkansas Best und in deutlicher Abkehr von der ursprünglichen Corn Products Doktrin etwa im Fall Cenex, Inc. v. U.S., 156 F.3d 1377 (Fed.Cir.1998) ein Anteil eines Händlers raffinierter Kraftstoffe an einer Raffineriegesellschaft als capital asset eingeordnet, obwohl der Anteil zum Zweck der Sicherung der Belieferung mit Raffinerieprodukten erworben wurde und mithin einen klaren Zusammenhang zur gewöhnlichen Geschäftstätigkeit des Erwerbers aufwies. Wie Cenex zeigt, ist die Rechtsprechung wieder zu einem eher objektiven Verständnis der Sec. 1221 IRC zurückgekehrt; der Wortlaut der Norm legt ein solches u.E. auch nahe.

vorgetragen werden. Ein dann nicht verbrauchter Verlustvortrag geht unter. ⁹¹ Veräußerungsgewinne können hingegen nach einer Mindesthaltedauer von einem Jahr ⁹² als sog. *long term capital gains* nicht nur mit (*long term* und *short term*) capital losses, sondern auch mit *ordinary losses* verrechnet werden ⁹³

Daraus ergibt sich eine bemerkenswerte Schlechterstellung von *corporations* gegenüber natürlichen Personen im US-amerikanischen Recht: *Corporations* unterliegen gem. Sec. 1211(a) IRC ähnlich wie natürliche Personen (s. Sec. 1211(b)(2) IRC) schedulenmäßigen Abzugsbeschränkungen im Hinblick auf Verluste aus der Veräußerung von *capital assets*; von den günstigeren Steuersätzen,⁹⁴ die natürliche Personen auf die entsprechenden Veräußerungsgewinne entrichten, profitieren *corporations* hingegen nicht. Diese Problematik wurde durch die Absenkung des allgemeinen Steuersatzes für *corporations* etwas entschärft.

ii. Auslandsbeteiligungen

Auslandsbeteiligungen behandelt das US-amerikanische Recht im Hinblick auf die Berücksichtigung von Veräußerungsverlusten im dogmatischen Ausgangspunkt nicht anders als Inlandsbeteiligungen. Indes verbietet Sec. 961(d) IRC im Ergebnis den Abzug von Veräußerungsverlusten, soweit eine im Inland ansässige Gesellschaft Dividenden empfangen hat, die nach Sec. 254A IRC einer Steuerbefreiung unterlagen. Dies wird technisch umgesetzt, indem für Zwecke der Berechnung des Veräußerungsverlusts der Buchwert der veräußerten Beteiligung im Wege einer Fiktion um die empfangenen steuerbefreiten Dividenden vermindert wird. Der Veräußerungsverlust (als Differenz zwischen dem Buchwert der Beteiligung und dem Veräußerungspreis) wird durch den so fiktiv verminderten Buchwert niedriger.

Insoweit wird – ähnlich dem deutschen Recht – ein Bemühen des Gesetzgebers erkennbar, eine Symmetrie zwischen der Einmalbesteuerung von Erträgen und der Einmalberücksichtigung von Verlusten (und *vice versa*) herzustellen.

Beispiel

Teillösung 2 zu Beispiel 1:

▶ 1. Zwischenholding in Deutschland

Die Gewinne aus den Veräußerungen der deutschen Tochtergesellschaften sind – genauso wie die Gewinne aus den Veräußerungen der US-amerikanischen Tochtergesellschaften – bei der deutschen Zwischenholding nach \$ 8b Abs. 2 i.V.m. \$ 8b Abs. 3 KStG effektiv zu 95 % steuerfrei. Das z.v.E. der deutschen Zwischenholding beläuft sich somit auf 50 [= 2 * (250 * 5 % + 250 * 5 %)]. Die Steuerlast beträgt folglich 15 [= 50 * 30 %].

Entsteht indes aus zwei der Veräußerungen ein Verlust, so bleibt dieser gem. § 8b Abs. 3 S. 3 KStG außer Ansatz. Das z.v.E. beträgt mithin 25 [= 2 * (250 * 5 %)] und die Steuerlast 7,5 [= 25 * 30 %].

▶ 2. Zwischenholding in den USA

Die Veräußerungsgewinne, die auf die deutschen Tochtergesellschaften entfallen, sind gemäß Sec. 1248(a)(2) IRC in Höhe der *earnings* and profits von jeweils 50 als Dividende zu behandeln. Dieser Teil ist

mithin nach Sec. 245A IRC steuerfrei. Der verbleibende Teil von 400 [= $2 * (250 \ \text{J.} 50)$] ist jedoch voll steuerpflichtig. Die Gewinne aus den Veräußerungen der US-amerikanischen Tochtergesellschaften unterliegen ebenfalls der vollen Besteuerung. Folglich ergibt sich eine Steuerlast von 234 [= 400 * 26 % + 500 * 26 %].

Entsteht indes bei den Veräußerungen der US-amerikanischen Tochtergesellschaften einmal ein Verlust, so kann dieser vollständig mit den bestehenden Veräußerungsgewinnen verrechnet werden. Der Veräußerungsverlust, der auf die deutsche Tochtergesellschaft entfällt, könnte grundsätzlich ebenfalls mit den bestehenden Veräußerungsgewinnen verrechnet werden. Allerdings führt die Methodik des Sec. 961(d) IRC zur Beschränkung des Abzugs von Veräußerungsverlusten, soweit die Dividenden der Steuerbefreiung nach Sec. 254A IRC unterlagen. Mithin ist der Veräußerungsverlust, der auf die deutsche Tochtergesellschaft entfällt, nicht abzugsfähig [500 ./. 14 * 50 < 0].

3. Belastungsvergleich der Veräußerung

a) Gewinnfall

	Zwischenholding in Deutschland		Zwischenholding in den USA		
	Deutsche Töchter	US- Töchter	Deutsche Töchter	US- Töchter	
Veräußerungs- gewinn	500	500	500	500	
davon steuer- pflichtig	25	25	400	500	
z.v.E.	50		900		
Steuerlast	15		234		

- 91 Zu den vorliegend nicht einschlägigen Verlustverrechnungsbeschränkungen bei *passive losses* i.S.v. Sec. 469 IRC s. *Graetz/Schenk*, Federal Income Taxation, 2001, 408 ff.
- 92 Bei der Berechnung der Haltefrist ist der Tag des Anteilserwerbs nicht mitzurechnen; der Tag der Anteilsveräußerung hingegen schon; Bruchteile von Tagen müssen so nicht ermittelt werden, *Caspe v. United States*, 82-1 U.S.T.C. ¶ 9247 (S.D.Iowa 1982).
- 93 Ditsch/Meier-Holzgräbe in Endres/Schreiber (Hrsg.), Investitions- und Steuerstandort USA, 2008, 77.
- 94 Siehe Fn. 72.
- 95 Eine weitere Beschränkung der Verlustverrechnung enthält Sec. 91 IRC. Die Norm sieht vor, dass dem income einer in den USA ansässigen corporation, die im Wesentlichen alle Wirtschaftsgüter einer ausländischen Betriebsstätte in eine controlled foreign corporation überführt, ein Betrag hinzugerechnet wird, welcher der Höhe nach bestimmten zuvor in der Betriebsstätte angefallenen Verlusten entspricht.

Abhandlungen

b) Verlustfall

	Zwischenholding in Deutschland			Zwischenholding in den USA				
	Deutsche Tochter I	Deutsche Tochter II	US- Tochter I	US- Tochter II	Deutsche Tochter I	Deutsche Tochter II	US- Tochter I	US- Tochter II
Veräußerungsge- winn/-verlust	./. 500	250	./. 500	250	./. 500	250	./. 500	250
davon steuerpflichtig bzw. berücksichti- gungsfähig	0	12,5	0	12,5	0	200	./. 500	250
z.v.E.	25			./. 50				
Steuerlast	7,5			0 (./. 13)*				

f Die Nutzung des Steuervorteils aus dem Veräußerungsverlust setzt voraus, dass in zukünftigen Perioden capital gains entstehen, mit denen der Veräußerungsverlust verrechnet werden kann. Da in dem Beispiel keine Aussagen über den Planungshorizont von 15 Jahren hinaus getroffen wurden, wird dieser Vorteil hier nicht weiter

Es zeigt sich, dass Deutschland im Fall eines Veräußerungsgewinns der steuerlich günstigere Standort ist, während die USA im Fall eines Veräußerungsverlusts der steuerlich günstigere Standort für eine Zwischenholding sind, da die USA - im Gegensatz zu Deutschland die Verrechnung bzw. den Rück-/Vortrag des Veräußerungsverlusts ermöglichen.

▶ 4. Gesamtsteuerbelastungsvergleich über Investitionszeitraum*

a) Gewinnfall

	Zwischenholding in Deutschland		Zwischenholding in den USA	
	a) Deutsche Mutter	b) US- Mutter	a) Deutsche Mutter	b) US- Mutter
Gesamtsteuerbe- lastung Ausschüt- tung pro Jahr	4,455	3	1,5	0
Gesamtsteuerbe- lastung Ausschüt- tung über Investiti- onszeitraum ⁹⁶	62,37	42	21	0
Steuerbelastung Veräußerung	15	15	234	234
Steuerbelastung Ausschüttung des Veräußerungsge- winns	14,775	14,775	0	0
Gesamtsteuerbe- lastung über Investitions- zeitraum ⁹⁷	92,145	71,775	255	234

^{*} Eine Diskontierung der Werte unterbleibt aus Gründen der besseren Darstellbarkeit.

Für eine deutsche Muttergesellschaft ist Deutschland als Standort einer Zwischenholding mithin günstiger als die USA [92,145 < 255]. Für eine US-Muttergesellschaft ist Deutschland ebenfalls der steuerlich günstigere Standort für eine Zwischenholding [71,775 < 234]. Dieses Ergebnis ist im Beispiel auf den hohen Veräußerungsgewinn zurückzuführen.

b) Verlustfall

	Zwischen in Deuts	U	Zwischenholding in den USA		
	a) Deutsche Mutter	b) US- Mutter	a) Deutsche Mutter	b) US- Mutter	
Gesamtsteuerbe- lastung Ausschüt- tung pro Jahr	4,455	3	1,5	0	
Gesamtsteuerbe- lastung Ausschüt- tung über Investiti- onszeitraum ⁹⁸	62,37	42	21	0	
Steuerbelastung Veräußerung	7,5	7,5	0	0	
Gesamtsteuerbe- lastung über Investitions- zeitraum ⁹⁹	69,87	49,5	21	0	

^{*} Eine Diskontierung der Werte unterbleibt aus Gründen der besseren Darstellbarkeit.

Sowohl für eine deutsche Muttergesellschaft als auch für eine US-amerikanische Muttergesellschaft sind die USA bei einem Veräußerungsverlust der steuerlich günstigere Standort für eine Zwischenholding.

3. Zwischenfazit

Welcher der beiden Staaten der steuerlich günstigere Standort für eine Zwischenholding ist, hängt sowohl von der laufenden Besteuerung als auch von der Behandlung aperiodischer Beteiligungserträge ab.

- a) Hinsichtlich der laufenden Besteuerung ist zwischen der Behandlung der Ausschüttung an die Zwischenholding und der Weiterausschüttung an die Muttergesellschaft zu unterscheiden. Darüber hinaus ist die Behandlung von Finanzierungsaufwand zu berücksichtigen.
- aa) Ausschüttungen inländischer Tochtergesellschaften werden bei einer Beteiligung ab 15 % und bis unter 80 % in Deutsch-

Der Investitionszeitraum soll laut Sachverhalt 15 Jahre betragen. Im Jahr der Veräußerung soll jedoch keine Gewinnausschüttung mehr erfolgen, daher wurde mit 14 Gewinnausschüttungen gerechnet.

Wie Fn. 96.

Wie Fn. 96.

Wie Fn. 96

land geringer besteuert als in den USA. Umgekehrt verhält es sich bei einer Beteiligung zwischen 0 % und 15 % sowie ab einer Beteiligung von 80 %. Hier ist die Besteuerung in den USA günstiger. Ausschüttungen ausländischer Tochtergesellschaften werden in beiden Staaten unter bestimmten Voraussetzungen (fast) vollständig von der Besteuerung ausgenommen. Dabei sind die Voraussetzungen für die Freistellung zwar nach USamerikanischem Steuerrecht restriktiver als nach deutschem, dafür ist die Regelung aber rechtsfolgenseitig großzügiger.

- bb) Weiterausschüttungen an eine ausländische Muttergesellschaft werden in Deutschland günstiger besteuert als in den USA. Ausschüttungen an eine in einem Drittstaat ansässige Muttergesellschaft besteuert Deutschland im Regelfall mit 25 % bzw. 15 %, während die USA mit 30 % besteuern. Ausschüttungen an im EU-Ausland ansässige Muttergesellschaften werden in Deutschland nicht besteuert, wohingegen die USA grundsätzlich 5 % (DBA-Fall) erheben. Befindet sich die Muttergesellschaft im DBA-Ausland, ergibt sich kein Unterschied, da beide Länder in diesem Fall regelmäßig mit 5 % besteuern.
- cc) Der fremdfinanzierte Beteiligungserwerb ist wegen der körperschaftsteuerlich vollen Abzugsfähigkeit und "nur" 25%igen gewerbesteuerlichen Hinzurechnung in Deutschland für Minderheitsbeteiligungen steuerlich günstiger. ¹⁰⁰ Für Mehrheitsbeteiligungen bieten die USA das steuerlich günstigere Umfeld bezogen auf den fremdfinanzierten Beteiligungserwerb, da Finanzierungsaufwand für Mehrheitsbeteiligungen voll abzugsfähig ist.
- b) Im Rahmen der aperiodischen Besteuerung ist die Vorteilhaftigkeit des Standorts hauptsächlich davon abhängig, ob Veräußerungsgewinne oder -verluste anfallen.
- aa) Fallen Veräußerungsgewinne an, ist Deutschland regelmäßig der günstigere Standort. In Deutschland können Veräußerungsgewinne im Ergebnis zu 95 % steuerfrei vereinnahmt werden, während in den USA zwischen Inlands- und Auslandsbeteiligungen differenziert wird. Veräußerungsgewinne aus Inlandsbeteiligungen sind regelmäßig voll steuerpflichtig. Veräußerungsgewinne aus Auslandsbeteiligungen können im Fall qualifizierter Beteiligungen steuerfrei vereinnahmt werden, soweit auf den Veräußerungsgewinn earnings and profits entfallen.
- bb) Werden indes Veräußerungsverluste realisiert, sind die USA regelmäßig der günstigere Standort. In Deutschland bleiben Veräußerungsverluste vollständig außer Ansatz. Das USamerikanische Recht differenziert wiederum zwischen Inlandsund Auslandsbeteiligungen: Veräußerungsverluste aus Inlandsbeteiligungen können innerhalb eines Schedulensystems verrechnet werden. Veräußerungsverluste aus Auslandsbeteiligungen werden berücksichtigt, soweit nicht zuvor periodische Beteiligungserträge steuerfrei vereinnahmt worden sind.

III. Attraktivität als Standort einer operativ tätigen Tochtergesellschaft

Beispiel

Sachverhalt zu Beispiel 2:

Ein Konzern ist auf der Suche nach einem geeigneten Standort für eine Produktionskapitalgesellschaft. Die Gesellschaft soll im Jahr 2019 gegründet werden. Nach Berücksichtigung aller außersteuerlichen Gründe verbleiben als mögliche Standorte Deutschland und die USA.

Zwischen diesen beiden Alternativen soll nun die steuerlich günstigere gewählt werden. Von folgenden Annahmen kann bei der Wahl ausgegangen werden (alle Angaben in Mio. GE):

Umsatz	1500
Materialaufwand	800
Zahlungen an Muttergesellschaft für:	
- Darlehen	200
- Lizenzen	200
- Managementleistungen	200
Vorläufiges steuerliches Einkommen	100

Die den Lizenzzahlungen gegenüberstehenden Einnahmen werden bei der Muttergesellschaft aufgrund einer Lizenzbox-Regelung¹⁰¹ nur mit 10 % besteuert.

- a) Die Eigenkapitalquote der Tochtergesellschaft unterschreitet diejenige des Konzerns um zehn Prozentpunkte (30 %).
- b) Die Eigenkapitalquote der Tochtergesellschaft entspricht derjenigen des Konzerns (40 %).

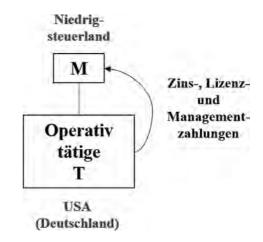


Abb. 3

1. Reguläre Besteuerung

Eine operativ tätige Kapitalgesellschaft unterliegt in Deutschland sowohl der Körperschaftsteuer (plus Solidaritätszuschlag) als auch der Gewerbesteuer, sodass sich je nach Hebesatz eine Gesamtsteuerbelastung von ca. 23 $\%^{102}$ bis zu ca. 47 $\%^{103}$ ergibt. Im Mittel beträgt die Steuerbelastung einer Körperschaft in Deutschland ca. 30 $\%^{.104}$

- 100 In Deutschland muss die Erwerberin allerdings bereits mit dem fingierten 5%igen Betriebsausgabenabzugsverbot leben.
- 101 Die Voraussetzungen des OECD Nexus-Approach (Kapitel 4 des Abschlussberichts 2015 zu Aktionspunkt 5, OECD, dazu ausführlich Martínez, IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht, 2017, 176 ff.) seien nicht erfüllt.
- 102 Bei einem Hebesatz von 200 % (bspw. Rögnitz (2017)) ergibt sich eine Gesamtsteuerbelastung von 22,825 %.
- 103 Bei einem Hebesatz von 900 % (bspw. Dierfeld (2017)) ergibt sich eine Gesamtsteuerbelastung von 47,325 %.
- 104 Bei einem Gewerbesteuerhebesatz von 400 % (entspricht dem durchschnittlichen Hebesatz des Jahres 2016, vgl. Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes vom 21.8.2017 287/17) beträgt die Gesamtsteuerbelastung auf Ebene der Körperschaft 29,825 %.

Eine US-amerikanische Kapitalgesellschaft unterliegt der 21%igen Körperschaftsteuer des Bundes (federal tax) sowie (falls vorhanden) der Körperschaftsteuer des Bundestaates (state tax) und gegebenenfalls einer kommunalen Körperschaftsteuer (local tax). Die state tax beträgt zwischen 0 % und 12 % 105 und ist gemäß Sec. 164 IRC von der Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer des Bundes abzugsfähig. 106 Die Gesamtbelastung mit Körperschaftsteuer liegt somit – abhängig von der Höhe der bundesstaatlichen und kommunalen Körperschaftsteuer – zwischen 21 % und 30 %. 107 Angesichts der durchschnittlichen state tax von 6 % und unter Vernachlässigung der local taxes beläuft sich die durchschnittliche Gesamtbelastung mit Körperschaftsteuer auf 25,74 %. 108

Neben dem niedrigeren Steuersatz besteht in den USA nach Sec. 168(k) IRC die Möglichkeit, bestimmte neu angeschaffte materielle Wirtschaftsgüter (ausgenommen Immobilien) sofort voll abzuschreiben. Diese Möglichkeit wurde im Rahmen des TCJA¹⁰⁹ neu geschaffen; zuvor war lediglich eine 50%ige Sofortabschreibung möglich.¹¹⁰ Die Regelung kann für Wirtschaftsgüter in Anspruch genommen werden, deren Nutzungsdauer weniger als 20 Jahre beträgt und die nach dem 27.9.2017 bis einschließlich zum 31.12.2022 angeschafft wurden.¹¹¹ Der Prozentsatz der Sofortabschreibung mindert sich ab dem Jahr 2023 um jährlich 20 Prozentpunkte, sodass ab dem Jahr 2027 keine Sofortabschreibung mehr vorgenommen werden kann (Sec. 168(k)(6) IRC).¹¹²

Im Rahmen des TCJA wurde in das US-Steuerrecht außerdem eine Mindestgewinnbesteuerung eingeführt (Sec. 172 IRC). Danach können Verluste nur noch i.H.v. 80 % des zu versteuernden Einkommens geltend gemacht werden. Verluste können aber nunmehr wie in Deutschland zeitlich unbegrenzt vorgetragen werden. ¹¹³ Die Möglichkeit eines Verlustrücktrags wurde indes im Zuge des TCJA grundsätzlich abgeschafft (Sec. 172(b) (1)(A) IRC). ¹¹⁴ Hier ist eine Wechselwirkung mit der Sofortabschreibung nach Sec. 168(k) IRC zu beachten: Führt die Sofortabschreibung zu Verlusten, so kann dieser Verlust nur in den Grenzen der Mindestgewinnbesteuerung genutzt werden.

Mithin bleibt festzuhalten, dass die durchschnittliche Steuerbelastung laufender Einkünfte in den USA nominell um ca. vier Prozentpunkte niedriger ist als in Deutschland. Hinsichtlich der Mindestgewinnbesteuerung unterscheiden sich die Regelungen zum einen darin, dass in den USA kein Freibetrag existiert, bis zu dessen Höhe eine vollständige Verrechnung mit dem Verlustvortrag möglich wäre, zum anderen darin, dass in Deutschland nur eine Verrechnung i.H.v. 60 % des Gesamtbetrags der Einkünfte möglich ist, während in den USA bis zur Höhe von 80 % des zu versteuernden Einkommens verrechnet werden kann.

2. Fremdfinanzierung und Ausstattung mit immateriellen Wirtschaftsgütern

a) Tochtergesellschaft in Deutschland

aa) Zinsschranke

Wird eine deutsche Tochterkapitalgesellschaft mit Fremdkapital ausgestattet, ist die Zinsschranke zu beachten. Nach § 4h EStG sind Zinsaufwendungen, die den Zinsertrag übersteigen, nur bis zur Höhe des verrechenbaren EBITDA abziehbar. Bei

dem verrechenbaren EBITDA handelt es sich nach § 4h Abs. 1 S. 2 EStG i.V.m. § 8a Abs. 1 S. 1 KStG um 30 % des steuerlichen Einkommens ohne Berücksichtigung von Zinserträgen, Zinsaufwendungen und Abschreibungen. Von der Abzugsbeschränkung bestehen drei Ausnahmen: die Freigrenze von drei Mio. Euro, die Stand-alone-Klausel und die Escape-Klausel. 115 Übersteigen die Zinsaufwendungen die Zinserträge um weniger als drei Mio. Euro, greift die Zinsschranke nicht, § 4h Abs. 2 S. 1 lit. a EStG. Es handelt sich hierbei um eine Freigrenze und nicht um einen Freibetrag. Folglich unterliegt der gesamte negative Zinssaldo der Zinsschranke, sofern der negative Zinssaldo drei Mio. Euro übersteigt. Nach der Stand-alone-Klausel (§ 4h Abs. 2 S. 1 lit. b EStG) greift die Zinsschrankenregelung nicht ein, wenn der Betrieb nicht oder nur anteilmäßig zu einem Konzern gehört. Die Escape-Klausel (§ 4h Abs. 2 S. 1 lit. c EStG) lässt den Zinsabzug zu, wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs gleich hoch oder höher ist als die des Konzerns. Von der Stand-alone-Klausel und der Escape-Klausel ist in § 8a Abs. 2 und 3 KStG jeweils eine Rückausnahme normiert. Danach kommen die Ausnahmen nicht zur Anwendung, wenn eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung vorliegt.

bb) Lizenzschranke

Nutzt die deutsche Tochterkapitalgesellschaft immaterielle Wirtschaftsgüter, z.B. Patente, Lizenzen oder Markenrechte einer ausländischen Konzerngesellschaft, ist § 4j EStG zu beachten. Unterliegen die korrespondierenden Einnahmen bei der ausländischen Konzerngesellschaft einer präferentiellen¹¹⁶ Niedrigbesteuerung, kann dies zu einer Begrenzung der Abzugsfähigkeit der Betriebsausgaben bei der inländischen Tochtergesellschaft führen. Zu beachten ist dabei, dass § 4j EStG nicht zur Anwendung gelangt, wenn die Einnahmen bei der ausländischen Gesellschaft einer generellen Niedrigbesteuerung unterliegen: Die Norm soll ausschließlich Länder mit Lizenzoder Patentboxen treffen.¹¹⁷ Entspricht die Lizenz- oder Patentbox dem Nexus-Approach der OECD,¹¹⁸ hängt die Steuer-

- 105 Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127 (127); Maywald/Miethe in Mennel/Förster, Steuern in Europa, Amerika und Asien, USA Rz. 217 (113. Lieferung 2017).
- 106 Dazu Jarass/Tokman/Wright, IStR 2018, 143 (144).
- $107\ \textit{Jarass/Tokman/Wright}, IStR\ 2018,\ 143\ (146); \textit{Linn}, DStR\ 2018,\ 321\ (322).$
- 108 Maywald, DB 2018, 279 (279 f.); die 25,74 % ergeben sich, wenn die Bemessungsgrundlage der state tax als identisch mit derjenigen der federal tax angenommen wird; dies mit der Maßgabe, dass die state tax gemäß Sec. 164 IRC von der Bemessungsgrundlage der federal tax abgezogen wird.
- 109 Sec. 13201 TCJA.
- 110 Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127 (128).
- 111 Loose/Engel, Ubg 2018, 77 (78).
- 112 Eine Ausnahme gilt für bestimme Wirtschaftsgüter, deren Herstellung länger dauert. Für diese Wirtschaftsgüter mindert sich der Prozentsatz ab dem Jahr 2024 (anstatt 2023) um jährlich 20 %.
- 113 Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127 (127).
- 114 Eine Ausnahme besteht für farming losses (Sec. 172(b)(1)(B) IRC).
- 115 Dazu *Heuermann* in Blümich/Heuermann/Brandis, EStG/KStG/GewStG, § 4h EStG Rz. 1 (Mai 2016).
- 116 Zum Begriff Moser, RIW 2018, 348.
- 117 BT-Drucks. 18/11233.
- 118 Allgemein zum Nexus-Approach der OECD Martinez, IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht, 2017, 176 ff.; Pohl in Blümich/Heuermann/

Kessler/Egelhof/Probst - Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb

vergünstigung also vom Umfang der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit der ausländischen Konzerngesellschaft ab, bleibt die volle Abzugsfähigkeit erhalten, § 4j Abs. 1 S. 4 EStG.

cc) Gewerbesteuerliche Hinzurechnung

Des Weiteren unterliegen sowohl die Zinszahlungen als auch die Lizenzzahlungen der 25%igen gewerbesteuerlichen Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 KStG, soweit die Summe der Zahlungen 100.000 € übersteigt. In diese Summe gehen Zinszahlungen vollständig (§ 8 Nr. 1 lit. a GewStG) und Lizenzzahlungen zu 25 % ein (§ 8 Nr. 1 lit. f GewStG). Insoweit sind Zinsund Lizenzzahlungen, selbst wenn weder die Zins- noch die Lizenzschranke greift, nicht vollständig abzugsfähig.¹¹⁹

b) Tochtergesellschaft in den USA

aa) Zinsschranke

Im Zuge des TCJA wurde in den USA eine Zinsschranke nach deutschem Vorbild eingeführt. Nach Sec. 163(j) IRC sind Zinsaufwendungen in Höhe der Zinserträge abzugsfähig und darüber hinaus nur i.H.v. 30 % des *adjusted taxable income*. Das *adjusted taxable income* bezeichnet das steuerliche Einkommen ohne Berücksichtigung von Zinserträgen, Zinsaufwendungen, Abschreibungen und Verlustabzügen. Es ist mit dem steuerlichen EBITDA vergleichbar. Ab dem Jahr 2022 wird die Regelung dahingehend verschärft, dass der Netto-Zinsaufwand nur noch i.H.v. 30 % des steuerlichen EBIT abziehbar sein wird. 121

Im Gegensatz zur deutschen Zinsschranke, in deren sachlichen Anwendungsbereich sämtliche Zinsaufwendungen des Betriebs fallen, erfasst die US-amerikanische Zinsschranke nur Zinszahlungen im Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit (trade and business) des Unternehmens (business interest);¹²² Zinsen, die im Rahmen der Finanzierung von Finanzinvestitionen anfallen (investment interest), werden indes nicht erfasst.¹²³ Zur Abgrenzung zwischen business interest und investment interest verweist Sec. 163(j)(5) IRC auf Sec. 163(d) IRC¹²⁴. Da Körperschaften nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Sec. 163(d) IRC fallen, stellen Zinsaufwendungen von Körperschaften immer¹²⁵ in voller Höhe business interest dar.¹²⁶ Zinsaufwendungen von Körperschaften fallen folglich – wie auch im Rahmen der deutschen Zinsschranke – vollumfänglich in den sachlichen Anwendungsbereich der Abzugsbeschränkung.

Eine Ausnahme von der Zinsschrankenregelung ist für kleine Unternehmen vorgesehen, deren Umsatz in den vorangegangenen drei Jahren durchschnittlich höchstens 25 Mio. Dollar pro Jahr betragen hat. Weitere Ausnahmen enthält die US-amerikanische Zinsschranke – anders als ihr deutsches Vorbild – indes nicht. Nichtabziehbarer Zinsaufwand geht als Zinsvortrag in den Zinsaufwand des Folgejahres ein. Insoweit ergibt sich mithin kein Unterschied zur deutschen Regelung. Allerdings kann ungenutztes adjusted taxable income nicht in zukünftige Perioden vorgetragen werden. EBITDA-Vortrag existiert folglich nicht. In Interessante Wechselwirkungen bestehen mit der Subpart F-Hinzurechnungsbesteuerung und der neugeschaffenen GILTI-Hinzurechnungsbesteuerung: Prima facie scheinen auch diese in

das *adjusted taxable income* einzugehen¹³¹ und sich so – ausnahmsweise – zugunsten des Steuerpflichtigen auszuwirken.

Bedeutende Unterschiede zwischen der deutschen und der USamerikanischen Zinsschranke bestehen mit Blick auf die Ausnahmen. Beide Regelungen wollen kleine und mittlere Unternehmen aus ihrem Anwendungsbereich ausnehmen. Die deutsche Regelung erreicht dies durch eine Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs (Freigrenze des Nettozinsaufwands von drei Mio. Euro), die US-amerikanische durch eine Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs (Umsatzgrenze).¹³² Allerdings erscheint der US-amerikanische Ansatz, die Ausnahme anhand der Umsatzhöhe vorzunehmen, deutlich besser mit diesem Zweck vereinbar, denn der Nettozinsaufwand allein sagt per se nichts über die Größe eines Unternehmens aus.

Insgesamt erscheint die deutsche Zinsschranke jedoch viel besser auf den Sinn und Zweck der Regelung – die Minderung der inländischen Bemessungsgrundlage durch als exzessiv befundene Fremdfinanzierung zu verhindern – abgestimmt. Es verwundert doch sehr, dass weder die Stand-alone-Klausel noch die Escape-Klausel in die US-amerikanische Regelung Eingang gefunden haben. Zudem wäre es dem US-amerikanischen Gesetzgeber auch ohne weiteres möglich gewesen, den sachlichen Anwendungsbereich auf Zinszahlungen in das Ausland zu beschränken; denn im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber muss dieser sich nicht an unionsrechtliche Vorgaben halten. Die US-amerikanische Zinsschranke ist mithin deutlich restriktiver als die deutsche. Auch vor dem Hintergrund der BEAT

Brandis, EStG/KStG/GewStG, § 4j EStG Rz. 66 ff. (März 2018); dezidiert zu Problemen beim Abstellen auf den Nexus-Approach, mit Praxisbeispiel, *Jochimsen/Zinowsky/Schraud*, IStR 2017, 593 (598).

- 119 Loose, PIStB 2018, 44 (45).
- 120 Loose, PIStB 2018, 44 (49); Loose/Engel, Ubg 2018, 77 (78).
- 121 Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127 (129).
- 122 So auch *Jochimsen*, ISR 2018, 91 (92).
- 123 Sec. 163(j)(1) IRC i.V.m. Sec. 163(j)(5) IRC. Auf Antrag qualifizieren nach Sec. 163(j)(7)(A) IRC bestimmte Immobiliengeschäfte, landwirtschaftliche Betriebe und bestimmte Energieversorger nicht als *trade and business, Jochimsen*, ISR 2018, 91 (92).
- 124 Nach Sec. 163(d)(A) IRC umfasst investment interest grundsätzlich alle Zinsen, die im Rahmen der Finanzierung von Finanzinvestitionen (property held for investment) entstehen. Property held for investment untergliedert sich in Beteiligungen an einer gewerblichen Tätigkeit (trade and business), die keine passive Tätigkeit darstellt und an welcher der Steuerpflichtige nicht wesentlich partizipiert, und in Eigentum, das Einkommen i.S.d. Sec. 469(e)(1) IRC generiert. Sec. 469 IRC enthält eine Abzugsbeschränkung für Verluste aus passiver Tätigkeit (vgl. dazu Graetz/Schenk, Federal Income Taxation, 2001, 408). Zu den Einkünften i.S.d. Sec. 469(e)(1) IRC zählen insbesondere Zinsen, Dividenden, Annuitäten und Lizenzzahlungen, die nicht im Rahmen der üblichen Geschäftstätigkeit anfallen (vgl. IRS vom 2.5.2010, 201005016, 2).
- 125 Abgesehen von den in der Fn. 123 genannten Ausnahmeregelungen.
- 126 House of Representatives, Conference Report to Accompany H.R. 1, Report 115-466, 2017, 386, Fn. 688.
- 127 Sec. 163(j)(3) i.V.m. Sec. 448(c) IRC. Ebenfalls ausgenommen sind unter bestimmten Voraussetzungen die Zinszahlungen für Kredite von Autound Boothändlern, Sec. 163(j)(1)(C) i.V.m. Sec. 163(j)(9) IRC.
- 128 So auch Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127 (129).
- 129 Maywald, DB 2018, 279 (281).
- 130 Schönfeld/Zinowsky/Rieck, IStR 2018, 127 (129).
- 131 Offenlassend Maywald, DB 2018, 279 (281).
- 132 § 4h Abs. 2 S. 1 lit. a EStG, s. dazu BT-Drucks. 16/4841, 48 bzw. Sec. 163 (j)(3) IRC.

(dazu sogleich), die sich ebenfalls gegen die Minderung der inländischen Bemessungsgrundlage wendet und auch auf Zinszahlungen Anwendung findet, erscheint mehr als fraglich, ob es der Einführung der Zinsschranke in dieser Form überhaupt bedurft hätte.

bb) BEAT

i. Anwendungsbereich und Funktionsweise

Neben der Zinsschranke ist bei der Finanzierung bzw. Ausstattung mit immateriellen Wirtschaftsgütern einer US-amerikanischen Tochtergesellschaft die BEAT (Base Erosion Anti-Abuse Tax) zu beachten (Sec. 59A IRC). Sinn und Zweck der BEAT ist es, eine als übermäßig geltende Minderung der inländischen Bemessungsgrundlage durch Zahlungen in das Ausland zu vermeiden. 133 Die Wirkungsweise der Regelung entspricht der einer Mindeststeuer. 134 In den persönlichen Anwendungsbereich der Norm fallen Kapitalgesellschaften ab einem Jahresumsatz von 500 Mio. Dollar nach dem Durchschnitt der letzten drei Jahre¹³⁵ und einer base erosion percentage von mindestens 3 % (Sec. 59A(e)(1) IRC). 136 Eine base erosion percentage von mindestens 3 % liegt vor, wenn der steuerliche Gesamtaufwand zu mindestens 3 % auf den base erosion tax benefit entfällt. Der base erosion tax benefit ergibt sich auf Grundlage der base erosion payments. In einem ersten Schritt ist mithin die Summe der base erosion payments zu bestimmen.

Base erosion payments sind nach Sec. 59A(d)(1) IRC grundsätzlich alle steuerlich abzugsfähigen Zahlungen an im Ausland ansässige verbundene Personen. Als verbundene Personen gelten insbesondere Personen, zu denen ein mindestens 25%iges Beteiligungsverhältnis besteht.¹³⁷ Zu den base erosion payments zählen - trotz mangelnder Abzugsfähigkeit - Kaufpreiszahlungen für abschreibbare Wirtschaftsgüter¹³⁸ und bestimmte Rückversicherungszahlungen¹³⁹. Zahlungen für Dienstleistungen, die ohne Gewinnaufschlag berechnet werden, gelten indes nicht als base erosion payments (Sec. 59A(d)(5) IRC). Ebenso stellen Kosten des Wareneinsatzes (costs of goods sold, im Folgenden "COGS") und bestimmte Derivatezahlungen keine base erosion payments dar (Sec. 59A(d)(4) IRC).140 Da Zinszahlungen grundsätzlich auch als base erosion payments qualifizieren können, stellt sich die Frage nach dem Anwendungsvorrang von Zinsschranke und BEAT. Aus Sec. 59A(c)(3) IRC ergibt sich implizit, dass die Zinsschranke zuerst anzuwenden ist. 141 Denn darin wird festgelegt, dass nach der Zinsschranke nicht abzugsfähiger Zinsaufwand vorrangig als Zinsaufwand an unabhängige Dritte gilt. Der US-amerikanische Gesetzgeber hat mithin die maximal mögliche Abzugsbeschränkung für Zinsaufwand gewählt.

Auf Grundlage der base erosion payments ist sodann der base erosion tax benefit zu ermitteln. Alle base erosion payments, die steuerlich abzugsfähig sind, stellen grundsätzlich base erosion tax benefit dar. Folgerichtig stellt die Kaufpreiszahlung für ein abschreibbares Wirtschaftsgut selbst keinen base erosion tax benefit dar; die spätere Abschreibung gilt jedoch als base erosion tax benefit. Nicht in den base erosion tax benefit gehen base erosion payments ein, auf die Quellensteuer einbehalten wurde. 144

Liegen die Anwendungsvoraussetzungen der BEAT vor (umfasst der *base erosion tax benefit* mindestens 3 % des steuerlichen Gesamtaufwands), ist im nächsten Schritt die Bemessungsgrundlage der BEAT – das *modified taxable income* – zu

berechnen. Das modified taxable income entspricht dem steuerlichen Einkommen, erhöht um den base erosion tax benefit (Sec. 59A(c)(1)(A) IRC) und erhöht um den Teil eines geltend gemachten Verlustvortrags, welcher der base erosion percentage entspricht (Sec. 59A(c)(1)(B) IRC).

Indem das *modified taxable income* mit dem BEAT-Prozentsatz von 5 % (bzw. 10 % für Wirtschaftsjahre, die ab 2019 beginnen und 12,5 % für Wirtschaftsjahre ab 2026) multipliziert wird, ergibt sich die *base erosion minimum tax amount* (kurz: BEMTA) (Sec. 59A(b)(1) bzw. (2) IRC).¹⁴⁵ Übersteigt die BEMTA die reguläre Steuerlast, schuldet der Steuerpflichtige nicht die reguläre Steuer, sondern die BEMTA.

ii. Kritische Würdigung

Die Steuerbelastung durch die BEAT entspricht nicht dem $\rm BEAT\text{-}Prozentsatz,^{146}$ denn die Kernsteuerwirkung der $\rm BEAT$ ist das Betriebsausgabenabzugsverbot. 147 Um die Steuerbelastung zu ermitteln, die durch die BEAT entsteht, muss die BEM-TA durch das reguläre zu versteuernde Einkommen (und nicht das modified taxable income) dividiert werden. In Abhängigkeit von der Höhe des base erosion tax benefit kann sich so eine Steuerbelastung ergeben, die deutlich über dem regulären Körperschaftsteuersatz von 21 % liegt. Zu einer Mehrbelastung durch die BEAT kommt es, wenn der base erosion tax benefit um mindestens 3,2 mal höher ist als das reguläre zu versteuernde Einkommen (ab 2019: 1,1; ab 2026: 0,68).148 Oder anders formuliert: Der base erosion tax benefit darf höchstens 76,19 % des Einkommens vor base erosion tax benefit betragen, wenn durch die BEAT keine Mehrbelastung entstehen soll (ab 2019: 52,38 %; ab 2026: 40,48 %).149 D.h. ab 76,19 % base erosion tax benefit ist eine weitere base erosion nachteilig.

- 133 Linn, DStR 2018, 321 (324); Maywald, DB 2018, 279 (281); Sheppard, Tax Notes Intl' 2018, Vol. 89, No. 10, 887 (888).
- 134 Loose/Engel, Ubg 2018, 77 (80); Sheppard, Tax Notes Intl' 2018, Vol. 89, No. 10, 887 (888).
- 135 Gsödl/Schmid, Die US-Steuerreform, der Brexit und deren Auswirkungen auf Deutschland, ifst-Schrift Nr. 524, 2018, 22.
- 136 Bei Banken und Wertpapierhändlern: 2 % (Sec. 59A(e)(1)(C) i.V.m. Sec. 59A(b)(3)(B) IRC. Ausgenommen von der Regelung sind Real Estate Investment Trusts (REITs), Regulated Investment Companies (RICs) und S Corporations.
- 137 Durch Sec. 59A(g)(1)(B) und (C) IRC wird der Anwendungsbereich erweitert, vgl. *Jochimsen*, ISR 2018, 91 (94).
- 138 Sec. 59A(d)(2) IRC.
- 139 Sec. 59A(d)(3) IRC.
- 140 Watrin, Ubg 2018, 1 (2).
- 141 Im Ergebnis ebenso Fuller/Neumann, Tax Notes Intl^c 2018, Vol. 89, No. 10, 903 (904).
- 142 Sec. 59A(c)(2)(A)(i) IRC.
- 143 Sec. 59A(c)(2)(A)(ii) IRC.
- 144 Sec. 59A(c)(2)(B) IRC.
- 145 Für Banken und Wertpapierhändler sind die Prozentsätze jeweils einen Prozentpunkt höher (Sec. 59A(b)(3) IRC).
- 146 Linn, DStR 2018, 321 (324).
- 147 So wohl auch Linn, DStR 2018, 321 (324).
- 148 *Linn*, DStR 2018, 321 (325); Lösung der folgenden Gleichung: (z.v.E. + *base erosion tax benefit*) * a = z.v.E. * 0,21, a = {0,05; 0,1; 0,125}.
- 149 Lösung der folgenden Gleichung: (z.v.E. vor base erosion tax benefit base erosion tax benefit) * 0,21 = z.v.E. vor base erosion tax benefit * a, a = {0,05; 0,1; 0,125}.

Kessler / Egelhof / Probst - Deutschland und die USA im steuerlichen Standortwettbewerb

Weiterhin ist fraglich, wie mit Dienstleistungen zu verfahren ist, die mit Gewinnaufschlag in das Ausland belastet werden. ¹⁵⁰ Dabei sind zwei Möglichkeiten denkbar: (1) die gesamte Zahlung gilt als *base erosion payment*; (2) nur der Gewinnaufschlag gilt als *base erosion payment*. ¹⁵¹ Systematisch zutreffend ist jedoch nur die zweite Lösung. Denn es ist kein Grund ersichtlich, wieso der lediglich kostendeckende Teil der Zahlung, der nicht zu einer Verschiebung von Bemessungsgrundlagen in das Ausland führt, als *base erosion payment* angesehen werden sollte. ¹⁵² Zudem verdeutlicht der Fall, in dem zwei verschiedene Unternehmen die gleiche Dienstleistung einmal ohne und einmal mit einem geringen Gewinnaufschlag beziehen, dass die Qualifikation der gesamten Dienstleistung mit Gewinnaufschlag als *base erosion payment* zu unsystematischen Ergebnissen führt.

Kritisch anzumerken ist ferner, dass die BEAT keine gegenläufigen Zahlungen berücksichtigt. Erhält die US-Gesellschaft Zahlungen von nahestehenden Personen aus dem Ausland, wirkt sich dies nicht auf die Höhe der BEAT aus – selbst dann nicht, wenn die Zahlungen aus dem Ausland die Zahlungen in das Ausland überkompensieren. ¹⁵³

Die BEAT kann zu einer erheblichen Steuermehrbelastung führen, die den Steuersatzvorteil der USA gegenüber Deutschland sogar umkehren könnte. Insbesondere ab 2019 bzw. 2026 dürfte die Mehrbelastung durch die BEAT beträchtlich ansteigen. Die deutsche Lizenzschranke ist mit der BEAT nur äußerst eingeschränkt vergleichbar. Denn die Lizenzschranke soll ausschließlich Zahlungen an Lizenzboxen für die Nutzungsüberlassung immaterieller Wirtschaftsgüter erfassen. Die BEAT erstreckt sich hingegen auf sämtliche Zahlungen an ausländische verbundene Personen, unabhängig von der Besteuerungssituation im Ausland. Auch ein Äquivalent zum Nexus-Approach der OECD kennt die BEAT nicht. 154

Beispiel

Lösung Beispiel 2:

▶ 1. Deutschland

In Deutschland ist zunächst die Zinsschranke zu beachten. Das verrechenbare EBITDA beläuft sich auf 90 [= 0,3 * (z.v.E. + Zinsaufwand) = 0,3 * (100 + 200)]. Folglich sind grundsätzlich nur Zinsaufwendungen i.H.v. 90 abzugsfähig (Variante a)). Allerdings greift in Variante b) die Escape-Klausel des § 4h Abs. 2 S. 1 lit. c EStG; der gesamte Zinsaufwand i.H.v. 200 bleibt abzugsfähig. Da die Lizenzzahlung bei der Muttergesellschaft einer präferentiellen Besteuerung unterliegen und die Voraussetzungen des § 4j Abs. 1 S. 4 EStG (Nexus-Approach) nicht vorliegen, sind die Lizenzzahlungen bei der deutschen Tochtergesellschaft nur zu 60 % [= (25 % -10 %) / 25 %] und somit nur i.H.v. 120 [= 60 % * 200] abzugsfähig. Mithin ergibt sich in Variante a) ein z.v.E. von 290 [= 100 + 110 + 80] und in Variante b) ein z.v.E. von 180 [= 100 + 80]. Die Belastung mit Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag beträgt somit in Variante a) ca. 46,4 [= 290 * 16 %] und in Variante b) ca. 28,8 [= 180 * 16 %]. Gewerbesteuerlich sind die Hinzurechnungen nach § 8 Nr. 1 GewStG zu beachten. 155 Der Gewerbeertrag beläuft sich somit in Variante a) auf 320 [= 290 + 0,25 * (90 + 0,25 * 120)] und in Variante b) auf 237,5 [= 180 + 0,25 * (200 + 0.25 * 120)]. Die Gewerbesteuer beträgt folglich in Variante a) 44,8 [= 320 * 14 %] und in Variante b) 33,25 [= 237,5 * 14 %]. Die Gesamtsteuerbelastung beträgt folglich in Variante a) 91,2 und in Variante b) 62,05.

2. USA

In den USA ist ebenfalls zunächst die Zinsschranke zu beachten. In beiden Varianten (a und b) sind folglich nur Zinsaufwendungen i.H.v. 90 abzugsfähig. Die reguläre Steuerschuld beträgt folglich 54,6 [= 26~% * 210]. Zusätzlich ist zu prüfen, ob die BEAT greift. Das *modified taxable income* beläuft sich auf 610 = [100 + 200 + 200 + 110]. Die BEAT beträgt somit 61 [= 10~% * 610]. Mithin schuldet die US-amerikanische Tochtergesellschaft die BEAT [61 > 54,6].

3. Belastungsvergleich

	Deutschland		USA	
Variante	a)	b)	a)	b)
Vorläufiges z.v.E.	100	100	100	100
Steuerlast	91,2	62,05	61	61

In beiden Varianten sind mithin die USA der steuerlich günstigere Standort

3. Zwischenfazit

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die laufende Besteuerung einer operativ tätigen Tochtergesellschaft in den USA zwar grundsätzlich günstiger ist als in Deutschland. Insbesondere ist die nominelle Steuerbelastung im Mittel um vier Prozentpunkte niedriger und auch die Mindestgewinnbesteuerung ist etwas großzügiger ausgestaltet. Allerdings werden diese positiven Effekte durch eine deutlich restriktivere Zinsschranke sowie die Mindeststeuer in Form der BEAT konterkariert, sodass sich dieser Vorteil bei hoher Fremdfinanzierung und hohen Zahlungen an ausländische verbundene Gesellschaften umkehrt.

IV. Fazit

Die Untersuchung hat systematische Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen aufgezeigt, die geeignet sind, die Entscheidung der Standortwahl zu beeinflussen. Aufgegliedert nach Fallgruppen können die folgenden Aussagen getroffen werden.

- 1. Für eine Zwischenholding ist zwischen periodischen und aperiodischen Beteiligungserträgen wie folgt zu differenzieren:
- a) Im Rahmen der periodischen Besteuerung der Zwischenholding hängt die Vorteilhaftigkeit des Standorts von der Höhe

¹⁵⁰ Sullivan, Tax Notes Intl' 2018, Vol. 89, No. 7, 487 (490); Velarde, Tax Notes Intl' 2018, Vol. 89, No. 7, 418 (418).

¹⁵¹ Velarde, Tax Notes Intl' 2018, Vol. 89, No. 7, 418 (418).

¹⁵² So auch Sullivan, Tax Notes Intl' 2018, Vol. 89, No. 7, 487 (488 f.).

¹⁵³ Sullivan, Tax Notes Intl' 2018, Vol. 89, No. 7, 487 (490).

¹⁵⁴ Die BEAT kann auch nicht als Reaktion auf das BEPS-Projekt der OECD angesehen werden, Linn, DStR 2018, 321 (328). Die Bundesregierung bezweifelt vor diesem Hintergrund die Vereinbarkeit der BEAT mit dem Fremdvergleichsgrundsatz und den Verrechnungspreisregelungen der OECD, Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drucks. 19/2088, 3.

¹⁵⁵ Der Freibetrag von 100.000 € wurde vernachlässigt.

- der Beteiligung und davon, ob es sich um eine Auslands- oder Inlandsbeteiligung handelt, ab.
- aa) Ausschüttungen inländischer Tochtergesellschaften an die Zwischenholding werden bei einer Beteiligung ab 15 % und bis unter 80 % in Deutschland geringer besteuert als in den USA. Umgekehrt verhält es sich bei einer Beteiligung zwischen 0 % und 15 % sowie ab einer Beteiligung von 80 %; hier ist die Besteuerung in den USA günstiger. In Deutschland nachteilig ist indes die temporäre Belastung mit Kapitalertragsteuer.
- bb) Ausschüttungen ausländischer Tochtergesellschaften an die Zwischenholding unterliegen in den USA nur unter restriktiveren Voraussetzungen als in Deutschland der Freistellung, da das US-amerikanische Recht insoweit eine Mindesthaltedauer vorsieht. Indes ist die US-amerikanische Regelung rechtsfolgenseitig großzügiger, da eine 100%ige und nicht nur eine effektiv 95%ige Freistellung gewährt wird.
- cc) Weiterausschüttungen der Zwischenholding an ihre ausländische Muttergesellschaft werden in Deutschland günstiger besteuert als in den USA.
- dd) Der fremdfinanzierte Beteiligungserwerb ist wegen der körperschaftsteuerlich vollen Abzugsfähigkeit und "nur" 25%igen gewerbesteuerlichen Hinzurechnung in Deutschland für Minderheitsbeteiligungen steuerlich günstiger. Für Mehrheitsbeteiligungen bieten die USA das steuerlich günstigere Umfeld bezogen auf den fremdfinanzierten Beteiligungserwerb, da Finanzierungsaufwand für Mehrheitsbeteiligungen voll abzugsfähig ist.
- b) Im Rahmen der aperiodischen Besteuerung hängt die Vorteilhaftigkeit des Standorts hauptsächlich davon ab, ob Veräußerungsgewinne oder -verluste anfallen.

- aa) Fallen Veräußerungsgewinne an, ist Deutschland regelmäßig der günstigere Standort. In Deutschland können Veräußerungsgewinne im Ergebnis zu 95 % steuerfrei vereinnahmt werden; Veräußerungsverluste bleiben demgegenüber vollständig außer Ansatz. Dies gilt für Auslands- wie für Inlandsbeteiligungen.
- bb) Fallen Veräußerungsverluste an, sind die USA regelmäßig der günstigere Standort. Das US-amerikanische Recht differenziert wie folgt zwischen Auslands- und Inlandsbeteiligungen: Veräußerungsgewinne aus Inlandsbeteiligungen sind regelmäßig voll steuerpflichtig; Veräußerungsverluste können innerhalb eines Schedulensystems verrechnet werden. Veräußerungsgewinne aus Auslandsbeteiligungen können im Fall qualifizierter Beteiligungen steuerfrei vereinnahmt werden; Veräußerungsverluste von Auslandsbeteiligungen werden grundsätzlich ebenso berücksichtigt wie solche von Inlandsbeteiligungen, soweit nicht periodische Beteiligungserträge zuvor steuerfrei vereinnahmt worden sind.
- 2. Für operativ tätige Tochtergesellschaften scheinen die USA durch den TCJA prima facie zum günstigeren Standort geworden zu sein; dies vor allem wegen der im Vergleich zu Deutschland im Mittel um vier Prozentpunkte niedrigeren Steuerbelastung und der etwas großzügiger ausgestalteten Mindestgewinnbesteuerung. Als deutlich restriktiver erweist sich in den USA indes die Zinsschranke; überdies können zusätzliche Belastungen aus dem als Mindeststeuer wirkenden Instrument BEAT resultieren. Demgemäß kehrt sich der Vorteil bei hoher Fremdfinanzierung und hohen Zahlungen an ausländische Konzerngesellschaften um.

Christoph Pleil, Ulm*

Die Vertreterbetriebsstätte im Internationalen Steuerrecht

Eine rechtsvergleichende Analyse zur Vermeidung von Qualifikationskonflikten im Verhältnis Deutschland – USA unter Beachtung von Entscheidungsharmonie und Qualifikationsverkettung

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Vertreterbetriebsstätte aus nationaler und abkommensrechtlicher Perspektive
 - 1. Einbettung der Vertreterbetriebsstätte in das Betriebsstättenprinzip
 - $2. \ Nationaler \ und \ abkommens rechtlicher \ Betriebsst\"{a}ttenbegriff$
 - a) Tatbestandsmerkmale nach nationalem Recht
 - b) Abkommensrechtliche Tatbestandsmerkmale
 - 3. Widersprüche bei der Auslegung von Vertreterbetriebsstätten im deutsch-amerikanischen Verhältnis
- III. Vermeidung von Qualifikationskonflikten
 - 1. Ausschluss der Methode der Qualifikationsverkettung
 - 2. Bestimmung des anwendbaren Zivilrechts über Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts
 - 3. Überwindung von Widersprüchen durch Entscheidungsharmonie
 - a) Entscheidungsharmonie als Auslegungsmethode
 - Reichweite und Grenzen der harmonischen Auslegung bei Vertreterbetriebsstätten im deutsch-amerikanischen Verhältnis

IV. Fazit

Die Qualifikation von Vertreterbetriebsstätten ist national und international mit großen Unsicherheiten behaftet. Zwar strebt die OECD im Rahmen des BEPS-Projekts über das Multilaterale Instrument eine Änderung des Wortlauts des Art. 5 Abs. 5, 6 OECD-MA für geltende DBA an um diese Unsicherheiten zu beseitigen, jedoch werden die Änderung im Verhältnis zu den USA nicht wirksam. Der folgende Beitrag ordnet zunächst die Vertreterbetriebsstätte in das Betriebsstättenprinzip ein, bevor ihre Tatbestandsmerkmale rechtsvergleichend im deutsch-amerikanischen Verhältnis gewürdigt werden. Im Anschluss werden der Grundsatz der Entscheidungsharmonie und die Methode der Qualifikationsverkettung diskutiert und ihre Anwendbarkeit auf das DBA-USA geprüft sowie Lösungsansätze zur Vermeidung von Qualifikationskonflikten entwickelt.

The qualification of agent permanent establishments is subject to great uncertainties. Even though the OECD seeks to overcome these uncertainties by a revision of the wording of Art. 5(5) and (6) OECD-MC for existing DTCs via the Multilateral Instrument of the BEPS project, these changes however will not be applicable in relation to the U.S. The following contribution initially will place the agent permanent establishment in the context of the PE-principle and assess its interpretation on a comparative basis for Germany and the U.S. Subsequently the principle of Common Interpretation and the New Approach to Art. 23 A/B OECD-MC are discussed, their applicability on the DTC with the U.S. is evaluated and approaches to overcome conflicts of qualification are developed.

I. Einleitung

Nach dem Betriebsstättenprinzip knüpfen sowohl die Begründung von Besteuerungsansprüchen im nationalen Recht als auch deren Ausübung nach Abkommensrecht an das Bestehen einer Betriebsstätte an. 1 Eine sich zwischen den Vertragsstaaten widersprechende Betriebsstättenqualifikation kann daher zur vollständigen Nichtbesteuerung oder Doppelbesteuerung von Betriebsstätteneinkünften führen. Die Gefahr eines solchen Qualifikationskonflikts ist insbesondere dort gegeben, wo sich bereits die zivilrechtlichen Grundlagen in den Vertragsstaaten unterscheiden - wie dies für die Vertreterbetriebsstätte nach Art. 5 Abs. 5 und 6 OECD-MA in kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsordnungen und damit auch zwischen Deutschland und den USA der Fall ist.² Dabei begründet gem. Art. 5 Abs. 5, 6 OECD-MA eine Person, die weder Makler, Kommissionär noch anderer unabhängiger Vertreter im Sinne von Abs. 6 ist oder ausschließlich Vorbereitungsund Hilfstätigkeiten nach Abs. 4 ausführt, für ein ausländisches Unternehmen eine Betriebsstätte im Inland, wenn sie für das Unternehmen im Quellenstaat tätig wird und dabei eine Voll-

- M.Sc. Christoph Pleil ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachgebiet Wirtschafts- und Steuerrecht, Institut für Rechnungswesen und Wirtschaftsprüfung an der Universität Ulm. Der Verfasser dankt Prof. Dr. iur. Heribert M. Anzinger für wertvolle Anmerkungen und M.Sc. Stefan Schwibinger für seine Diskussionsbereitschaft sowie der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die Bewilligung von Forschungsmitteln (AN 1154/2-1), aus denen dieser Aufsatz hervorgegangen ist.
- Zur Entstehung und Rechtfertigung des Betriebsstättenprinzips s. Reimer, Permanent Establishments in the OECD Model Tax Convention in Reimer/Schmid/Orell, Permanent Establishments, 5. Aufl. 2016, Part 1 Rz. 32 ff. Reformvorschläge für das Betriebsstättenprinzip bietet Schön, WTJ 2009, 67, 103 ff.; Schön, StuW 2012, 213, 219.
- 2 Siehe Gliederungspunkt II. 2. b) cc).

Abhandlungen

Pleil - Die Vertreterbetriebsstätte im Internationalen Steuerrecht

macht besitzt, Verträge im Namen das Unternehmens abzuschließen und diese Vollmacht gewöhnlich ausübt.

Vor dem Hintergrund bestehender Unterschiede bei der Auslegung von Vertreterbetriebsstätten und dem zunehmenden Einsatz von Kommissionärsstrukturen zur Vermeidung einer steuerlichen Präsenz im Quellenstaat hat die OECD im Rahmen des BEPS-Projekts (Base Erosion and Profit Shifting) am 5.10.2015 ihren Abschlussbericht zur "Verhinderung der künstlichen Umgehung des Status als Betriebsstätte" vorgelegt.3 Zentraler Bestandteil des Berichts ist eine Neufassung des in Art. 5 Abs. 5 und 6 OECD-MA enthaltenen Begriffs der Vertreterbetriebsstätte sowie des zugehörigen Musterkommentars.⁴ Diese Änderungen haben Eingang in den OECD-MA 2017 gefunden und sollen über das am 24.11.2016 vorgestellte und am 4.6.2017 unterzeichnete Multilaterale Instrument (MLI)⁵ erstmals auch für bestehende Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) umgesetzt werden.⁶ Dabei steht es den Vertragsstaaten frei zu entscheiden, welche DBA sie in das MLI einbeziehen und welche Änderungen sie vornehmen möchten.⁷ Deutschland wird zunächst 35 Abkommen in das MLI einbringen, darunter auch das DBA mit den USA.8 Die geplanten Änderungen zur Definition der Vertreterbetriebsstätte wird Deutschland jedoch nicht umsetzen.⁹ Die USA auf der anderen Seite haben das MLI nicht unterzeichnet. Dementsprechend wird es weder zu einer generellen Änderung des DBA-USA kommen, noch werden für andere deutsche DBA, zumindest über das MLI, die Tatbestandsmerkmale zur Begründung einer Vertreterbetriebsstätte neu gefasst.

Mit dem Grundsatz der Entscheidungsharmonie und der Methode der Qualifikationsverkettung stehen zwei bekannte Ansätze zur Vermeidung von Qualifikationskonflikten zur Verfügung, mit denen geprüft werden soll, ob bestehende Widersprüche bei der Qualifikation von Vertreterbetriebsstätten im deutsch-amerikanischen Verhältnis trotz grundlegender zivilrechtlicher Unterschiede der nationalen Vertreterbegriffe vermieden werden könnten. Während der Grundsatz der Entscheidungsharmonie eine einheitlich-autonome Abkommensauslegung herzustellen sucht, 10 geht die Methode der Qualifikationsverkettung einen Schritt weiter, indem sie in Fällen, in denen aufgrund der Bezugnahme auf innerstaatliches Recht gem. Art. 3 Abs. 2 OECD-MA eine solche Qualifikation nicht erreicht werden kann, den Ansässigkeitsstaat an die Qualifikation des Quellenstaats bindet.11 Im Folgenden wird zunächst die Vertreterbetriebsstätte in das Betriebsstättenprinzip eingeordnet bevor Unterschiede und Gemeinsamkeiten bei der Auslegung der nationalen und abkommensrechtlichen Tatbestandsmerkmale rechtsvergleichend gewürdigt werden. Abschließend werden die Anwendbarkeit der Methode der Qualifikationsverkettung und des Grundsatzes der Entscheidungsharmonie auf das DBA-USA geprüft sowie Lösungsansätze zur Überwindung bestehender Unterschiede im deutsch-amerikanischen Verhältnis bei der Qualifikation von Vertreterbetriebsstätten entwickelt.

II. Die Vertreterbetriebsstätte aus nationaler und abkommensrechtlicher Perspektive

1. Einbettung der Vertreterbetriebsstätte in das Betriebsstättenprinzip

Vertreterbetriebsstätten stehen im internationalen Steuerrecht schon seit langem in der Diskussion.¹² Teilweise werden sie als unbekannte Wesen beschrieben;13 teilweise sehen sie sich ganz grundsätzlicher Kritik ausgesetzt, indem ihre Vereinbarkeit mit dem Betriebsstättenprinzip bezweifelt und daraus abgeleitet ihre Abschaffung gefordert wird. 14 Die Besteuerung von Aktivitäten eines Vertreters ohne feste Geschäftseinrichtung beruht jedoch auf einem internationalen Konsens, welcher sowohl Eingang in die frühen Musterabkommen des Völkerbunds¹⁵ als auch in die aktuellen Musterabkommen der OECD 16 und UN 17

- OECD, BEPS Action 7 Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, 2015.
- Vgl. für die Änderungen Collier, TNI 2015, 61; Bendlinger, IStR 2016, 914; Cunningham, TNI 2016, 503; Kraft/Weiß, ISR 2016, 30; Schoppe/Reichel, BB 2016, 1245,
- OECD, Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion, 2016. Siehe: http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measuresto-prevent-beps.htm.
- Vgl. Reimer, IStR 2015, 1; Bendlinger, SWI 2017, 2; Benz/Böhmer, ISR 2017, 27; Grotherr, FR 2017, 767; Haase, IWB 2017, 16; Reimer, IStR 2017, 1 sowie speziell in Bezug auf Betriebsstätten Bendlinger, RdW 2017, 359; Grotherr, Ubg 2017, 125 und 188; de Wilde, Intertax 2017, 556. Aus amerikanischer Sicht Avi-Yonah/Xu, A Global Treaty Override? The new OECD Multilateral Tax Instrument and Its Limits, University of Michigan Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 542, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2934858. Zur Auslegung des MLI s. M. Lang, SWI 2017, 11.
- Grotherr, Ubg 2017, 125, 127 f.; Van der Ham/Retzer, ISR 2017, 131,
- Siehe Federal Republic of Germany, Status of List of Reservations and Notifications at the Time of Signature, S. 2 f. abrufbar unter http://www. oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-germany.pdf.
- Ebenda, S. 24.
- Vogel, StuW 1982, 111, 122 f.; Vogel, Über Entscheidungsharmonie in Klein/Stihl/Wassermeyer, FS Flick, 1997, S. 1043; Schönfeld/Häck in Schönfeld/Ditz, DBA, 2013, Systematik Rz. 92; Lehner in Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Grundlagen Rz. 114 ff.
- Siehe grundlegend Lehner (Fn. 10) Grdl Rz. 157 ff. sowie OECD-MK 2017 zu Art. 23 A/B Rz. 32.1 ff.
- Siehe exemplarisch Lavin/Wyatt, Rev. Jur. Thémis 1969, 219, 241; Williams, Tax Lawyer 1976, 277, 337 ff.; Nitikman, Int'l Tax J. 1989, 257; Sidney, Intertax 1993, 396 und 488; Madole, Tax Mgmt. Int'l J. 1994, 281; Endres, IStR 1996, 1; Sieker, BB 1996, 981; Baranowski, IWB 1997, 369; Wichmann, Aktuelle Tendenzen der OECD-Arbeiten zur Betriebsstätte, insbesondere bei Vertretern und Dienstleistungen, StbJb. 2004/05, S. 93; Seltenreich, IWB 2006, 247; Vann, BTR 2006, 345; Rasch/Dotterweich, ISR 2014, 65.
- Piltz, IStR 2004, 181; Loukota, SWI 2017, 70 sowie in Bezug auf Betriebsstätten allgemein Wassermeyer, Die Betriebsstätte - ein in vieler Hinsicht unbekanntes Wesen in Drenseck/Seer in FS Kruse, 2001, S. 589.
- Vgl. Görl, Die Vertreterbetriebsstätte der Doppelbesteuerungsabkommen - ein Geburtsfehler des Art. 5 OECD-Musterabkommen in Strunk/Wassermeyer/Kaminski in FS Krüger, 2006, S. 113, 118 ff.; Bendlinger, ÖStZ 2010, 145; Wassermeyer, SWI 2010, 505, 508, 512; Ditz, SWI 2017, 282,
- 15 League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion, Technical Experts, 1925, S. 31; League of Nations Fiscal Committee, London and Mexico Model Tax Convention Commentary and Text, 1946, S. 15 f.
- Art. 5 Abs. 5, 6 OECD-MA 2014. Vgl. zu den geplanten Änderungen des Wortlauts die Nachweise in Fn. 3 f.
- Art. 5 Abs. 5-7 UN-MA 2011.

gefunden hat.¹⁸ Dabei ist nach allen Musterabkommen das Bestehen einer Betriebsstätte die entscheidende Voraussetzung um Einkünfte aus einer Unternehmenstätigkeit und des einer solchen Tätigkeit dienenden Vermögens im Quellenstaat besteuern zu dürfen. 19 Grundgedanke der Regelung ist, dass eine unternehmerische Tätigkeit erst dann von einem ausländischen Staat besteuert werden darf, wenn sie zu einer intensiven wirtschaftlichen Bindung an diesen Staat geführt hat.²⁰ Lediglich lockere wirtschaftliche Beziehungen zum Ausland sollen dagegen weiterhin vom Ansässigkeitsstaat des Unternehmens besteuert werden.²¹ Das Betriebsstättenprinzip bildet somit einen Schwellenwert, der auf folgenden Überlegungen beruht.²² Zunächst führt die Besteuerung im Quellenstaat bei einer hinreichend intensiven wirtschaftlichen Betätigung im Ausland zu einer gerechten Aufteilung des Steueraufkommens, da die ausländische Infrastruktur sowie das Rechtssystem samt öffentlicher Sicherheit und Ordnung in Anspruch genommen werden.²³ Daher ist es unter äquivalenztheoretischen Gesichtspunkten angemessen diese Leistungen der öffentlichen Hand mit den der Betriebsstätte zuzurechnenden Steuerzahlungen zu finanzieren,²⁴ da als Maßstab für die gerechte Verteilung des Steuersubstrats zwischen verschiedenen Staaten im Internationalen Steuerrecht vorrangig das Äquivalenzprinzip dient, während sich das Postulat der Besteuerung des Welteinkommens aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip ableitet.²⁵ Des Weiteren zielt das Betriebsstättenprinzip darauf ab, Neutralität zwischen den verschiedenen Niederlassungsformen im Ausland herzustellen;26 auch indem Art. 24 Abs. 3 OECD-MA ein Diskriminierungsverbot von Betriebsstätten gegenüber ansässigen Unternehmen vorsieht.²⁷ Zuletzt spielen administrative und ökonomische Erwägungen eine Rolle, Einkünfte erst ab einer nachhaltigen Betätigung im Quellenstaat zu besteuern. Eine uneingeschränkte Besteuerung würde sowohl die Finanzbehörden vor erhebliche Probleme stellen sämtliche Steueransprüche festzusetzen und einzutreiben,28 als auch den internationalen Wirtschaftsaustausch hemmen, indem bereits bei kurzfristigen Aktivitäten im Ausland Kosten durch das Erfüllen von Steuererklärungspflichten anfallen würden.²⁹ Das Absenken der Betriebsstättenschwelle könnte damit dazu führen, dass Unternehmen von einem Engagement im Ausland absehen, anstatt dass ihnen, wie ursprünglich vorgesehen, ein einfacher Marktzugang gewährt wird.30

In den Fokus der Diskussion über Vertreterbetriebsstätten sind in jüngerer Zeit vor allem Kommissionärsstrukturen gerückt; auch indem durch Aktionspunkt 7 des OECD-BEPS Projekt versucht wird, die, nach Auffassung der OECD künstliche, Vermeidung einer Betriebsstätte zu verhindern.³¹ Kommissionärsstrukturen sind dabei vielfach mit dem Ziel den Ausnahmetatbestand des Art. 5 Abs. 6 OECD-MA für unabhängige Vertreter zu verwirklichen als Gestaltungselement eingesetzt worden um einer Besteuerung im Quellenstaat zu entgehen.³²

2. Nationaler und abkommensrechtlicher Betriebsstättenbegriff

Zur Beantwortung der Frage ob die Aktivitäten eines Vertreters im Quellenstaat besteuert werden können, ist es notwendig zwischen dem Betriebsstättenbegriff nach innerstaatlichem und Abkommensrecht zu unterscheiden.³³ Der in Art. 5 OECD-MA verwendete Ausdruck "Betriebsstätte" ist ausschließlich abkommensrechtlich zu verstehen. Er erfährt eine eigenständi-

ge Definition, die weder auf das innerstaatliche Steuerrecht der Vertragsstaaten übertragen werden darf, noch sich aus diesem ableitet.³⁴ Dies gilt ungeachtet dessen, dass der Betriebsstättenbegriff ursprünglich deutschem Recht entstammt und prägend auf das Abkommensrecht eingewirkt hat.³⁵ Gleiches gilt für die USA,³⁶ auch wenn dort das nationale Verständnis durch den abkommensrechtlichen Betriebsstättenbegriff geprägt ist.³⁷ Das nationale Recht und das Abkommensrecht bilden unterschiedliche Rechtskreise und sind grundsätzlich getrennt voneinander zu betrachten, da sie andere Ziele verfolgen.³⁸ Während die nationalen Betriebsstättendefinitionen einen Besteuerungsanspruch begründen, regelt der abkommensrechtliche Betriebsstättenbegriff ob dieser Besteuerungsanspruch ausgeübt werden darf. Der innerstaatliche Betriebsstättenbegriff dient damit dem

- Siehe zur historischen Entwicklung des Betriebsstättenbegriffs Skaar, Permanent Establishment Erosion of a Treaty Principle, 1991, S. 65 ff. sowie speziell zur Vertreterbetriebsstätte Avery Jones/Ward, ET 1993, 154, 163 ff.; Oyama, TNI 2014, 1163, 1165 ff.
- 19 Görl in Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 5 Rz. 2. Siehe für das OECD-MA Hruschka in Schönfeld/Ditz, DBA, 2013, Art. 5 Rz. 1, 7 sowie mit historischem Bezug Reimer in Reimer/Rust, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4. Aufl. 2014, Art. 5 Rz. 2.
- 20 Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 6; Bendlinger, Die Betriebsstätte in der Praxis des internationalen Steuerrechts, 3. Aufl. 2016, S. 64 sowie Wassermeyer/Kaeser in Wassermeyer, DBA, Art. 5 MA Rz. 8 (Stand Mai 2017) unter Verweis auf die Tendenz die Intensitätsschwelle weiter abzusenken. Kritisch zur Funktion der Betriebsstätte als Schwellenwert Schön, WTJ 2009, 67, 103 ff.; Schön, StuW 2012, 213, 219.
- 21 BFH v. 21.4.1999 I R 99/97, BStBl. II 1999, 694 = FR 1999, 1197 m. Anm. Kempermann.
- 22 Vgl. Arnold, BIFD 2003, 476, 482 f.
- 23 Görl (Fn. 14) S. 113, 116 f.
- 24 Ebenda.
- 25 Siehe grundlegend Valta, Das Internationale Steuerrecht zwischen Effizienz, Gerechtigkeit und Entwicklungshilfe, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Band 12, 2014, S. 18 ff. sowie aus amerikanischer Sicht Fleming/Peroni/Shay, Fla. Tax Rev. 2001, 299; Dodge, Tax L. Rev. 2005, 399. Vgl. jeweils m.w.N. Schönfeld, Neue Entwicklungen zur Betriebsstätte im Internationalen Steuerrecht: Betriebsstättenbegriff in Achatz, DStJG 36: Internationales Steuerrecht, 2013, S. 233, 238 f.; Schön, StuW 2012, 213, 214 f.
- 26 Reimer (Fn. 1) Part 1, Rz. 39.
- 27 Vgl. Rust in Vogel/Lehner, DBA, 6. Aufl. 2015, Art. 24 Rz. 93 ff.
- 28 Arnold, BIFD 2003, 476, 482.
- 29 Görl (Fn. 14) S. 113, 117
- 30 Siehe UN, Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries, 2003, S. 72 f. in Bezug auf Bau-Betriebsstätten.
- 31 OECD, BEPS Action 7 Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, 2015.
- 32 Pleijsier, Intertax 2001, 218, 219 f.; Darby, Pract. Eu. Tax Strat. 2006, 2, 2; OECD, Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings, 2010, S. 4; Oyama, TNI 2014, 1163, 1164 f.; Eisenbeiss, Intertax 2016, 481, 483 ff.; Kofler/Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 2 f.
- 33 Vgl. auch für die feste Geschäftseinrichtung Kahle/Ziegler, DStZ 2009, 833; Rautenstrauch/Binger, Ubg 2009, 619.
- 34 Vgl. Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 1; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 8; Rehfeld in G/K/G, DBA-Kommentar, Art. 5 OECD-MA Rz. 15 (Stand 2015); Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 8.
- 35 Avery Jones u.a., BIT 2006, 220, 233 f.; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 8.
- 36 Vgl. Dale, Tax L. Rev. 1987, 689, 734 ff.; Madole, Tax Mgmt. Int'l J. 1994, 281, 288
- 37 Senate. Rep. No. 1707, 89th Cong., 2d Sess., Foreign Investors Tax Act of 1966, 11.10.1966, S. 20 f.
- 38 BFH v. 28.6.1972 I R 35/70, BStBl. II 1972, 785, 789; BFH v. 20.7.2016 I R 50/15, BFHE 254, 365. Vgl. aus amerikanischer Sicht Madole, Tax Mgmt. Int'l J. 1994, 281, 288.

Abhandlungen

Zweck, inländische bzw. ausländische Einkünfte von nicht inbzw. ausländischen Einkünften abzugrenzen, während der abkommensrechtliche Begriff über die Zuweisung von Besteuerungsrechten einen Ausgleich zwischen den Steuerinteressen der Vertragsstaaten herzustellen vermag.³⁹ Nichtsdestotrotz kann für die im Abkommen zur Definition einer Betriebsstätte verwendeten Hilfsbegriffe, die sich nicht aus dem Abkommen

erklären lassen, über die Verweisung in Art. 3 Abs. 2 OECD-

a) Tatbestandsmerkmale nach nationalem Recht

MA auf innerstaatliches Recht zurückgegriffen werden.⁴⁰

aa) Ständiger Vertreter nach § 13 AO

In Deutschland wird ein Besteuerungsanspruch für inländische Einkünfte aus Gewerbebetrieb im Sinne der beschränkten Einkommens- und Körperschaftssteuerpflicht gem. § 1 Abs. 4 EStG und § 2 Nr. 1 KStG begründet, wenn "im Inland eine Betriebsstätte unterhalten wird oder ein ständiger Vertreter bestellt ist" (§ 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. a EStG).⁴¹ Der innerstaatliche Vertreterbegriff ist dabei gesetzlich definiert:⁴² gem. § 13 AO ist ein ständiger Vertreter eine Person, die nachhaltig die Geschäfte eines Unternehmens besorgt und dabei dessen Sachweisungen unterliegt. Als ständiger Vertreter gilt insbesondere wer entweder für ein Unternehmen nachhaltig Verträge abschließt oder vermittelt bzw. Aufträge einholt oder einen Bestand von Gütern oder Waren unterhält und davon Auslieferungen vornimmt.

Der ständige Vertreter wird damit nach überzeugenderer Ansicht gegenüber der Betriebsstätte nach § 12 AO abgegrenzt. AM Maßgeblich für die personelle Anknüpfung gem. § 13 AO ist die nachhaltige Tätigkeit des Vertreters, nicht die sachliche Anknüpfung über eine feste Geschäftseinrichtung. Dies hat einerseits Auswirkungen auf die ertragsteuerliche Behandlung: im Gegensatz zu einer inländischen Betriebsstätte begründet ein ständiger Vertreter gem. § 2 Abs. 1 S. 3 GewStG keine Gewerbesteuerpflicht. Andererseits kann durch das Handeln eines Vertreters der innerstaatliche Steuerzugriff früher erfolgen als beim Handeln des Unternehmers selbst. 44

Als Vertreter kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen sowie Personengesellschaften in Betracht, wenn sie nachhaltig die Geschäfte eines Unternehmens besorgen und dessen Sachweisungen unterliegen.⁴⁵ Einzelunternehmer können jedoch weder selbst Vertreter sein, noch sich selbst als solchen bestellen, da der Begriff des Vertreters voraussetzt, dass eine andere Person vertreten und anstelle dieser anderen Person gehandelt wird.46 Dabei kommt es darauf an, dass der Vertreter in wirtschaftlich relevantem Umfang für den Unternehmer tätig wird. Unerheblich ist, ob der Vertreter Dritten gegenüber im eigenen oder fremden Namen handelt oder ob er für ein oder mehrere Unternehmen tätig wird.⁴⁷ Eine Vollmacht oder gesetzliche Vertretungsbefugnis im zivilrechtlichen Sinne nach §§ 164 ff. BGB ist nicht erforderlich.⁴⁸ Der Vertreter muss lediglich im Interesse und auf Rechnung des Vertretenen tätig werden und dessen Unternehmenszweck nachhaltig fördern.⁴⁹ Nachhaltigkeit setzt dabei voraus, dass Unternehmer und Vertreter ihre Beziehung über den Einzelfall hinaus geregelt haben⁵⁰ und dass die Geschäftsbesorgung mit einer gewissen Planmäßigkeit erfolgt.⁵¹ Die bloße Wiederholung oder Wiederholungsabsicht ist nicht ausreichend, da Planmäßigkeit auf ei-

nem vorgefassten und die Wiederholungsabsicht einschließenden Willensbeschluss beruht.⁵² Erst die zur Wiederholungsabsicht hinzukommende Planmäßigkeit macht die Geschäftsbesorgung "ständig".53 Eine gewisse Zeitdauer schreibt das Gesetz nicht vor, jedoch hat der BFH einen Inlandsaufenthalt des Vertreters von unter 60 Tagen pro Jahr nicht genügen lassen⁵⁴ und im Schrifttum wird überwiegend eine Tätigkeitsdauer des Vertreters für das Unternehmen von über 6 Monaten gefordert.55 Umstritten ist, ob Organe einer Gesellschaft deren ständiger Vertreter sein können, da gem. § 13 AO ein ständiger Vertreter für ein Unternehmen handeln muss. Nach einer in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansicht, ist das Organhandeln hiervon nicht erfasst, da gemäß der aus dem Gesellschaftsrecht stammenden Organtheorie⁵⁶ Geschäftsführer und Vorstände gerade nicht "für" das Unternehmen handeln sondern juristische Personen "durch" ihre Organe tätig werden.⁵⁷ Somit wird das Handeln eines Organs unmittelbar der

- 39 Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 8.
- 40 Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 1; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 8; a.A. Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 8.
- 41 Über die Verweisung in \S 8 Abs. 1 S. 1 KStG gilt \S 49 EStG auch für Körperschaftssteuersubjekte, wie ausländische Kapitalgesellschaften.
- 42 Siehe zur Entstehungsgeschichte von § 13 AO Wassermeyer, SWI 2010, 505, 505 f.; Musil in HHSp, AO/FGO, § 13 AO Rz. 1 f. (Stand März 2013).
- 43 In diesem Sinne Buciek in Beermann/Gosch, AO/FGO, § 13 AO Rz. 4 (Stand Mai 2011); Leisner-Egensperger, IStR 2013, 889, 894; Musil (Fn. 42) § 13 AO Rz. 5c; Roth in H/H/R, EStG, § 49 EStG Rz. 226 (Stand Juni 2014); Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 13 AO Rz. 1 (Stand Januar 2016); Gosch in Kirchhof, EStG, 16. Aufl. 2017, § 49 EStG Rz. 14. A.A. Kaligin in Lademann, EStG, § 49 EStG Rz. 748 (Stand Januar 2017); Loschelder in Schmidt, EStG, 36. Aufl. 2017, § 49 EStG Rz. 30; Schaumburg in Schaumburg, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2017, Rz. 6.178.
- $44 \quad Roth \; (Fn. \; 43) \; \S \; 49 \; Rz. \; 226; \; Kofler/Schmidt/Simonek, \; IStR-Beih \; 2017, \; 1, \; 7.$
- 45 Musil (Fn. 42) § 13 AO Rz. 5c; Drüen (Fn. 43) § 13 AO Rz. 2. Siehe für juristische Personen BFH v. 14.9.1994 I R 116/93, BStBl. II 1995, 238 = FR 1995, 238 m. Anm. Kempermann.
- 46 BFH v. 18.12.1990 X R 82/89, BFHE 163, 360. = FR 1991, 244 Vgl. m.w.N. Kofler/Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 6.
- 47 Drüen (Fn. 43) § 13 AO Rz. 3, 6.
- 49 Musil (Fn. 42) § 13 AO Rz. 7 f. Vgl. zum Begriff des ständigen Vertreters nach § 16 Abs. 2 Nr. 2 StAnpG BFH v. 14.7.1971 – I R 127/68, BStBl. II 1971, 776
- 50 BFH v. 27.11.1963 I 335/60 U, BStBl. III 1964, 76.
- 51 FG München v. 28.5.1998 7 V 1/98, EFG 1998, 1491.
- 52 Buciek (Fn. 43) § 13 AO Rz. 8; Drüen (Fn. 43) § 13 AO Rz. 7; a.A. Musil (Fn. 42) § 13 AO Rz. 9.
- 53 Drüen (Fn. 43) § 13 AO Rz. 7.
- 54 Vgl. BFH v. 3.8.2005 I R 87/04, BStBl. II 2006, 220 in Bezug auf Art. 5 Abs. 5 DBA-Portugal.
- 55 Siehe m.w.N. Musil (Fn. 42) § 13 AO Rz. 10.
- 56 Siehe in aller Kürze Ellenberger in Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, § 31 BGB Rz. 1.
- 57 FG Nds. v. 4.7.1991 VI 480/89, RIW 1991, 1055; FG Rheinland-Pfalz v. 18.9.1997 4 K 2438/95, EFG 1998, 576; FG Düsseldorf v. 16.1.2003 15 K 8624/99 K, EFG 2003, 1125; FG Rheinland-Pfalz v. 16.3.2005 1 K 2073/02, juris; FG Rheinland-Pfalz v. 15.6.2016 1 K 1685/14, EFG 2016, 1324 (anhängig beim BFH I R 54/16). Siehe für das Schrifttum Boergen, IStR 2003, 798, 801; Heinsen in Löwenstein/Looks/Heinsen, Betriebsstättenbesteuerung, 2. Aufl. 2011, Rz. 107; Mössner in Mössner u.a., Steuerrecht international tätiger Unternehmen, 4. Aufl. 2012, Rz. 2.166; Roth (Fn. 43) § 49 Rz. 232; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 115 in Bezug auf Art. 5 OECD-MA; Drüen (Fn. 43) § 13 AO Rz. 3; Gersch in Klein, AO, 13. Aufl. 2016, Rz. 2.

Gesellschaft zugerechnet.⁵⁸ Für das Steuerrecht ist es in Übereinstimmung mit der zur Organtheorie im Widerstreit stehenden Vertretertheorie⁵⁹ jedoch überzeugender, Organe als mögliche Vertreter anzuerkennen⁶⁰ um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Zum einen kann es auf die sachliche Weisungsbefugnis nicht ankommen, wenn der Vertreter aufgrund seiner Organstellung in der Lage ist, den für die Geschäftsführung maßgeblichen Willen der Gesellschaft zu bilden.⁶¹ Zum anderen kann die Qualifikation eines Angestellten als ständiger Vertreter nicht anders bewertet werden, wenn dieser mit Geschäftsführungsbefugnissen ausgestattet wird, da gerade in diesem Fall eine Präsenz im Inland begründet wird, die neben einer möglichen Geschäftsleitungsbetriebsstätte, eine Besteuerung im Inland rechtfertigt.⁶² Das Handeln eines Geschäftsführers sollte daher einen nationalen Besteuerungsanspruch begründen.

bb) Abhängiger Vertreter nach § 864(c)(5)(A) IRC

Das US-amerikanische Steuerrecht verwendet nicht explizit den Begriff der Betriebsstätte als Anknüpfungspunkt für die Besteuerung inländischer Einkünfte ausländischer Steuerpflichtiger.63 Vielmehr sieht § 882(a)(1) des Internal Revenue Codes (IRC) vor, dass ausländische Gesellschaften, die einer Geschäftstätigkeit in den USA nachgehen mit allen Einkünften steuerpflichtig sind, die dieser Geschäftstätigkeit zugerechnet werden können.64 In Bezug auf den Einsatz von Vertretern, knüpft das amerikanische Recht an diese Regelung an, indem gem. § 864(c)(5)(A) IRC ein abhängiger Vertreter einer inländischen Geschäftstätigkeit nachgeht, wenn der Vertreter die Vollmacht besitzt im Namen des fremden Unternehmens Verträge abzuschließen und dies regelmäßig tut oder einen Warenbestand unterhält und daraus im Auftrag des ausländischen Unternehmens regelmäßig Bestellungen erfüllt.65 Von entscheidender Bedeutung ist, dass der Vertreter, in Übereinstimmung mit dem abkommensrechtlichen Verständnis, nicht als unabhängiger Vertreter handelt.66 Die amerikanische Verwaltungspraxis erkennt dabei in jedem "general commission agent, broker, or other agent of an independent status acting in the ordinary course of his business in that capacity" einen unabhängigen Vertreter.⁶⁷ Die Abhängigkeit des Vertreters setzt voraus, dass dieser die Geschäftsinteressen seines Prinzipals verfolgt und nicht auf eigene Rechnung tätig wird, 68 sondern vielmehr als innerstaatlicher Stellvertreter des ausländischen Unternehmens handelt.⁶⁹ Unerheblich für die Beurteilung der Abhängigkeit ist, ob zwischen dem Vertreter und seinem Prinzipal ein unmittelbares oder mittelbares Beteiligungsverhältnis besteht.⁷⁰ Die Zahl an Vertretungsverhältnissen, die ein Vertreter unterhält, kann jedoch Einfluss auf seine Abhängigkeit haben.⁷¹ Sollte ein ansonsten als unabhängig zu qualifizierender Vertreter ausschließlich oder fast ausschließlich für einen Prinzipal tätig sein, ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob weiterhin von der Unabhängigkeit des Vertreters ausgegangen werden kann.⁷² Zu beachten ist weiterhin, dass der Vertreter seine Vollmacht, Verträge zu verhandeln und abzuschließen regelmäßig ausübt oder Aufträge für seinen ausländischen Prinzipal regelmäßig ausführt, indem er mit einer gewissen Häufigkeit über einen zusammenhängenden Zeitraum tätig wird.⁷³ Dabei ist auf die Gesamtumstände des Einzelfalls, unter Beachtung der Art der Geschäftsbeziehung und der Branchenüblichkeit abzustellen.⁷⁴ Im Hinblick auf den Tätigkeitsumfang des

Vertreters sind die Kriterien der Häufigkeit und Stetigkeit der Geschäftsbesorgung gemeinsam zu werten.⁷⁵ Gelegentliche oder zufällige Geschäftsabschlüsse sind nicht ausreichend. Ebenso ist es nicht ausreichend, wenn sich die Vollmacht des Vertreters nur auf unübliche Geschäftsbesorgungen erstreckt oder alle Transaktionen formal durch den ausländischen Prinzipal bestätigt werden müssen.⁷⁶

b) Abkommensrechtliche Tatbestandsmerkmale

Gemäß des DBA-USA, sowie des US-MA, der DE-VG und Art. 5 Abs. 5, 6 OECD-MA 2014 begründet eine Person, die weder Makler, Kommissionär noch anderer unabhängiger Vertreter im Sinne von Abs. 6 ist oder ausschließlich Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten nach Abs. 4 ausführt, für ein ausländisches Unternehmen eine Betriebsstätte im Inland, wenn sie für das Unternehmen im Quellenstaat tätig wird und dabei eine Vollmacht besitzt, Verträge im Namen das Unternehmens

- 58 Vgl. zum organschaftlichen Handeln Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 254 f.
- 59 Siehe für den Streit zwischen der Organ- und der Vertretertheorie Schmidt (Fn. 58) S. 250 ff. Vgl. auch Buck, Wissen und juristische Personen, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen Band 89, 2001, S. 212.
- 60 FG München v. 10.9.1997 7 V 3061/97, DStRE 1998, 177; FG München v. 28.5.1998 7 V 1/98, DStRE 1998, 800; FG Nds. v. 28.5.2003 11 K 335/99, EFG 2003, 1626; Sächsisches FG v. 26.2.2009 8 K 428/06, juris. Siehe für das Schrifttum Sieker in Piltz/Schaumburg, Internationale Betriebsstättenbesteuerung, 2001, 85, 96; Heußner, IStR 2004, 161, 163; Puls, RIW 2004, 172, 176; Ott, Die Vertreterbetriebsstätte nach OECD-MA, Finanz- und Steuerrecht in Deutschland und Europa Band 6, 2009, S. 26 ff.; Buciek (Fn. 43) § 13 AO Rz. 7.1; Musil (Fn. 42) § 13 AO Rz. 5a; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 201b in Bezug auf den abkommensrechtlichen Vertreterbegriff; Weber, IStR 2017, 165, 168 ff.
- 61 Musil (Fn. 42) § 13 AO Rz. 5a.
- 62 Ebenda
- 63 Penn/Nauheim/Rinke in Reimer/Schmid/Orell, Permanent Establishments, 5. Aufl. 2016, United States Rz. 1. Siehe zur Besteuerung ausl. Gesellschaften nach amerikanischem Recht Tittle, Permanent Establishments in the United States, 2007, S. 27 ff.
- 64 Siehe zur beschränkten Steuerpflicht Madole, Tax Mgmt. Int'l J. 1994, 281, 287 ff.; Tittle (Fn. 63) S. 32 ff.; Waltrich, Cross-Border Taxation of Permanent Establishments, Series on International Taxation Vol. 59, 2016, S. 65 ff. Siehe sowohl historisch als auch zum jetzigen Ansatzes über den "effectively connected income" Dale, Tax L. Rev. 1987, 689.
- 65 Vgl. Holland, ITPJ 2011, 33, 34 f.
- 66 Madole, Tax Mgmt. Int'l J. 1994, 281, 288. Die Vertretereigenschaft bejahend: Lewenhaupt v. Commissioner, 20 TC 151 (1953), aff'd 221 F.2d 227 (1955); Handfield v. Commissioner, 23 TC 633 (1955); De Amodio v. Commissioner, 34 TC 894 (1960), aff'd 299 F.2d 623 (1962); Inverworld Inc. v. Comm'r, 71 T.C.M. 3231 (1996).
- 67 Treas. Reg. 1.864-7(d)(3)(i). Siehe zur Anwendbarkeit *Inverworld Inc. v. Comm'r*, 71 T.C.M. 3231 (1996), 3237-20 f.
- 68 Treas. Reg. 1.864-7(d)(1)(i).
- 69 Tittle (Fn. 63) S. 48 f.; Parada, TNI 2013, 59, 61.
- 70 Treas. Reg. 1.864-7(d)(3)(ii). Vgl. hierzu *Madole*, Tax Mgmt. Int'l J. 1994, 281, 288.
- 71 Siehe Madole, Tax Mgmt. Int'l J. 1994, 281, 288; Holland, ITPJ 2011, 33, 35; Parada, TNI 2013, 59, 62 m.w.N.
- 72 Vgl. Treas. Reg. 1.864-7(d)(3)(iii). Siehe rechtsvergleichend Avery Jones/ Ward, ET 1993, 154, 171.
- 73 Treas. Reg. 1.864-7(d)(1)(ii). Vgl. hierzu Parada, TNI 2013, 59, 62 sowie Pinchot v. Commissioner, 113 F.2d 718, 719 (1940).
- 74 Siehe Rev. Rul. 88-3, 1988-1 C.B. 268. Vgl. auch *Holland*, ITPJ 2011, 33, 34, Rev. Proc. 2010-7, Sec. 4.01(3), 2010-1 IRB 231.
- 75 Treas. Reg. 1.864-7(d)(1)(ii).
- 76 Ebenda.

abzuschließen und diese Vollmacht gewöhnlich ausübt. Im Folgenden soll sowohl das deutsche als auch das amerikanische Verständnis der einzelnen Tatbestandsmerkmale analysiert werden. Dabei wird sich zeigen, dass einige Begriffe abkommensautonom auszulegen sind, während für andere ein Rückgriff auf nationales Recht über die Verweisung in Art. 3 Abs. 2 OECD-MA notwendig ist.

aa) Person des Vertreters

Ausgangspunkt im deutsch-amerikanischen Verhältnis ist zunächst, dass sich der in Art. 5 Abs. 5 verwendete Begriff "Person" nach Art. 3 Abs. 1 lit. d DBA-USA bestimmt.⁷⁷ Zwar sieht Art. 3 Abs. 1 lit. d DBA-USA in Abweichung zum OECD-MA vor, dass "u.a." natürliche Personen und Gesellschaften als Personen anzusehen sind, während "Personenvereinigungen" nicht genannt werden, jedoch sind damit keine wesentlichen Unterschiede zum Personenbegriff nach OECD-MA verbunden.⁷⁸ Die Vertragsstaaten legen Art. 3 Abs. 1 lit. d einvernehmlich dahin aus, dass neben natürlichen und juristischen Personen auch Personengesellschaften sowie US-Nachlässe und Trusts zu den Personen nach DBA-Recht gehören.⁷⁹ Insbesondere Konzerngesellschaften können daher den Vertretertatbestand nach Art. 5 Abs. 5 erfüllen.⁸⁰

Im Unterschied zum deutschen Verständnis, geht die amerikanische Finanzverwaltung, zumindest gemäß älterer Verwaltungspraxis, ⁸¹ in Übereinstimmung mit Stimmen aus dem Schrifttums⁸² davon aus, dass ein Einzelunternehmer, in Abhängigkeit der Frequenz seiner Geschäftsbesorgung und der Dauer seiner Aufenthalte sein eigener Vertreter sein kann. In Deutschland wird dies von Rechtsprechung und Schrifttum unter dem Hinweis darauf, dass keine Personenidentität zwischen dem Unternehmer und dem Unternehmen vorliegen darf überzeugenderweise verneint.⁸³

Weiterhin kann es zu Auslegungsdifferenzen bei der Frage kommen, ob Geschäftsführer und Vorstände von Kapitalgesellschaften und vertretungsberechtigte Gesellschafter von Personengesellschaften eine Vertreterbetriebsstätte begründen können, indem sie entweder für die Gesellschaft handeln oder aber ihr Handeln dem der Gesellschaft gleichzustellen ist. Insbesondere in Deutschland ist umstritten ob Organe von Kapitalgesellschaften deren Vertreter sein können, da juristische Personen durch ihre Organe tätig werden.⁸⁴ Wie auch im nationalen Recht ist die Vertretungsberechtigung von Geschäftsführern und Vorständen von Kapitalgesellschaften für das Abkommensrecht entgegen der zivilrechtlichen Wertung zu bejahen um Wertungswidersprüche zu vermeiden.85 Die Qualifikation eines Angestellten als Vertreter muss insbesondere dann weiterhin gelten, wenn er mit Geschäftsführungsbefugnissen ausgestattet wird und damit in die Lage versetzt wird den für die Geschäftsführung maßgeblichen Willen der Gesellschaft zu bilden.86 Für Personengesellschaften wird die Vertretungsberechtigung ihrer Gesellschafter hingegen aufgrund der Gleichstellung mit dem Einzelunternehmer überzeugenderweise generell verneint.87

In den USA ist die Diskussion größtenteils auf die Vertretungsberechtigung von Gesellschaftern einer Personengesellschaften beschränkt, wobei diese zumindest für Personengesellschaften US-amerikanischer Prägung angenommen wird,⁸⁸ da jeder Gesellschafter kraft Gesetz⁸⁹ sowohl Vertreter für alle anderen Ge-

sellschaftern ist als auch gegenüber der Gesellschaft bevollmächtigt wird. Nach den Grundsätzen des Common Law ist die Frage ob Organe einer Kapitalgesellschaft deren Vertreter sein können ebenfalls positiv zu beantworten, ⁹¹ da Geschäftsführer Verträge mit Wirkung für die Gesellschaft abschließen, ohne dass diese der Gesellschaft direkt zugerechnet werden. ⁹²

bb) Tätigkeit für ein Unternehmen

Der Vertreter muss für ein Unternehmen tätig sein. Dabei bestehen keine wesentlichen Unterschiede in der Beurteilung dieses Tatbestandsmerkmals im deutsch-amerikanischen Verhältnis. Der Gegenstand der Geschäftsbesorgung kann sich auf jede Form wirtschaftlichen Handelns beziehen, muss aber grundsätzlich einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Unternehmens aufweisen und dessen Betrieb fördern. Dabei muss der Vertreter die Erzielung von Einkünften für das Unternehmen am Markt anhand subjektiver und objektiver Kriterien zum Ziel haben. Hicht ausreichend ist, dass der Vertreter lediglich organisatorisch oder administrativ für das Unternehmen tätig wird, beispielsweise durch das Einstellen von Personal oder das Erbringen von Dienstleistungen. Dienses Verständnis leitet sich aus dem Be-

- 77 Wolff in Wassermeyer, DBA, Art. 5 USA Rz. 46 (Stand Mai 2009). Siehe ohne Bezug auf das DBA-USA Nitikman, Int'l Tax J. 1989, 257, 258; Tittle (Fn. 63) S. 120.
- 78 Wolff in Wassermeyer, DBA, Art. 3 USA Rz. 8 (Stand Mai 2009).
- 79 Ebenda.
- 80 Nitikman, Int'l Tax J. 1989, 257, 269 ff.; Piltz, IStR 2004, 181, 182; Tittle (Fn. 63) S. 122, 128; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 130; Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 134; Kofler/Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 9; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 197.
- 81 Rev. Rul. 56-165, 1956-1 C.B. 849; Rev. Rul. 60-249, 1960-2 C.B. 264, modified, Rev. Rul. 70-53, 1970-2 C.B. 172.
- 82 Williams, Tax Lawyer 1976, 277, 341; Pleijsier, Intertax 2001, 167, 168 f.
- 83 Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 131; Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 134; Kofler/ Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 9; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 197.
- 84 I.S.d. Vertretungsberechtigung Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 130; Reimer (Fn. 1) Part 2 Rz. 322; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 201b. Ablehnend Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 115; Kofler/Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 9.
- 85 Vgl. Gliederungspunkt II. 2. a) aa).
- 86 Vgl. im nationalen Kontext Musil (Fn. 42) § 13 AO Rz. 5a. Siehe in Bezug auf das Abkommensrecht Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 201b.
- 87 Piltz, IStR 2004, 181, 183; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 131; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 114; Kofler/Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 9.
- 88 Donroy, Ltd v. United States, 301 F.2d 200 (1962).
- 89 Siehe section 9 des Uniform Partnership Act.
- Williams, Tax Lawyer 1976, 277, 341 ff.; Nitikman, Int'l Tax J. 1989, 257, 261; Avery Jones/Ward, ET 1993, 154, 163; Huston/Williams, Permanent Establishments a planning primer, 1993, S. 100 ff.; Hynes/Löwenstein, Agency, Partnership, and the LLC, 9. Aufl. 2015, S. 541 ff.; Reimer (Fn. 1) Part 2 Rz. 323 f.
- 91 $\textit{Avery Jones/Ward}, \texttt{ET 1993}, \texttt{154}, \texttt{160}; \textit{Wolff} (\texttt{Fn. 77}) \; \texttt{Art. 5 USA Rz. 49}.$
- 92 Vgl. *Hannigan*, Company Law, 3. Aufl. 2012, Rz. 8–12 ff.; *Davis/Worthington*, Gower's Principles of Modern Company Law, 10. Aufl. 2016, Rz. 7–16.
- 93 Huston/Williams (Fn. 90) S. 87; IRS, Technical Explanation to the 2006 US Model, Art. 5(5); Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 135; Reimer (Fn. 1) Part 2 Rz. 327; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 202.
- 94 Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 135.
- 95 Nitikman, Int'l Tax J. 1989, 257, 264; Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 135; Penn/Nauheim/Rinke (Fn. 63) United States Rz. 58; Wassermeyer/Kaeser

triebsstättenprinzip ab. Eine Betriebsstätte ohne feste Geschäftseinrichtung kann ausschließlich durch rechtsgeschäftliches Handeln entstehen,⁹⁶ indem die durch den Markteintritt des Vertreters erwirtschafteten Erträge des Unternehmens ein Besteuerungsrecht im Quellenstaat begründen, welche das Unternehmen auch ohne den Vertreter selbstständig hätte erwirtschaften können.⁹⁷ Tätigkeiten außerhalb dieses Kernbereichs wirtschaftlichen Handelns vermögen es daher nicht das Überschreiten der Betriebsstättenschwelle zu rechtfertigen.⁹⁸

cc) Vollmacht, im Namen des Unternehmens Verträge abzuschließen

Des Weiteren sieht Art. 5 Abs. 5 OECD-MA vor, dass der Vertreter eine Vollmacht besitzt im Namen des Unternehmens Verträge abzuschließen. Was dabei unter dem Begriff der Vollmacht zu verstehen ist, wird abkommensrechtlich nicht definiert, weshalb gem. Art. 3 Abs. 2 OECD-MA auf nationales Recht zurückzugreifen ist. Protz des an sich klaren Wortlauts bestehen erhebliche Unsicherheiten bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals – auch aufgrund zivilrechtlicher Unterschiede der nationalen Vollmachtsbegriffe. Im Zuge der Abkommensauslegung kommt diesen Unterschieden gesteigerte Bedeutung zu, da sie, anders als im nationalen Kontext, ursächlich für das Entstehen von Qualifikationskonflikten sind.

(1) Zivilrechte Unterschiede und das Handeln im eigenen/fremden Namen

Eine Vollmacht nach deutschem Recht ist sowohl die gem. § 166 Abs. 2 i.V.m. § 167 Abs. 1 BGB durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht als auch die unter das Institut der Rechtsscheinvollmacht zu fassende Duldungs- und Anscheinsvollmacht,100 wobei die durch den Vertreter im fremden Namen abgegebene Willenserklärung nach § 164 Abs. 1 BGB unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken. Entsprechend handelt derjenige nicht kraft Vollmacht sondern mit Wirkung für sich selbst, der eine Willenserklärung im eigenen Namen abgibt – es gilt der sog. Offenheitsgrundsatz. 101 Durchbrochen wird der Grundsatz der Offenheit lediglich, wenn es für die Vertragsschließenden ohne Belang ist, zwischen wem der Vertrag geschlossen wird, wie dies beim Geschäft für den, den es angeht der Fall ist. 102 Anders im US-amerikanischen Recht: 103 hier ist das Ausüben einer Vollmacht grundsätzlich nicht an das erkennbare Handeln im fremden Namen gebunden. Ein Vertreter, der im Rahmen seiner rechtsgeschäftlichen Vollmacht handelt, schließt gemäß des Rechtsinstituts des "undisclosed principal" auch dann verbindliche Verträge mit Wirkung für und gegen das Unternehmen ab, wenn er nicht in dessen Namen handelt.¹⁰⁴ Begründet wird ein solches Verständnis vor allem mit einer Vereinfachungswirkung für den Geschäftsverkehr und unter Verweis darauf, dass die Gegenpartei das Handeln für einen nicht benannten Prinzipal vertraglich ausschließen kann. 105

Aufgrund der zivilrechtlichen Unterschiede der nationalen Vollmachtsbegriffe würde sich nach wörtlicher Auslegung des Art. 5 Abs. 5 aus US-amerikanischer Perspektive ergeben, dass ein Vertreter nach US-Recht keine Betriebsstätte begründet, obwohl er das vertretene Unternehmen rechtskräftig bindet aber eben nicht im fremden Namen handelt. Ein solches Aus-

legungsergebnis entspricht weder dem US-amerikanischen Verständnis¹⁰⁶ noch dem Sinn und Zweck der Regelung oder dem historischen Willen der OECD.¹⁰⁷ Als entscheidendes Kriterium kommt es darauf an, dass der Vertreter das Unternehmen durch sein Handeln rechtlich bindet, weshalb im Ergebnis das Handeln im fremden Namen und das Handeln mit Bindungswirkung gleichzusetzen sind.¹⁰⁸

(2) Formal zivilrechtliche Ausübung der Abschlussvollmacht

Neben der Frage, ob der Vertreter wörtlich im fremden Namen handeln muss, ist ebenfalls umstritten ob die Vollmacht formal zivilrechtlich ausgeübt werden muss oder ob eine wirtschaftliche Betrachtung ausreichend ist. 109 Kern des Streits ist, ob das Tatbestandsmerkmal der Vollmacht erfüllt ist, wenn die Person zwar nicht zivilrechtlich bevollmächtigt ist, die von ihr ausgehandelten Verträge aber routinemäßig von dem Unternehmen akzeptiert werden. Während ein Teil des deutschen und amerikanischen Schrifttums 110 sowie der OECD Kommentar 111 dies bejahen um Missbrauch zu vermeiden, fordert ein anderer Teil des Schrifttums das Vorliegen einer zivilrechtlich wirksamen Vollmacht. 112 Dieser zweiten Ansicht ist zuzustimmen. Zum einen ist der Wortlaut der Vorschrift in dieser Hinsicht

- (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 202. Vgl. allgemein OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 33.
- 96 Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 135; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 202.
- 97 Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 135.
- 98 Siehe *Rehfeld* (Fn. 34) Art. 5 Rz. 135 sowie allgemein OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 32.
- 99 Pleijsier, Intertax 2001, 167, 171.
- 100 Siehe zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht Schilken in Staudinger, BGB, 2014, § 167 BGB Rz. 28 ff.; Ellenberger (Fn. 56) § 172 BGB Rz. 6 ff., sowie zu ihrer Wirkung Schilken (Fn. 100), § 167 BGB Rz. 29b; Ellenberger (Fn. 56) § 172 BGB Rz. 11.
- 101 Vgl. Schilken (Fn. 100), § 164 BGB Rz. 1 ff.; Ellenberger (Fn. 56) § 164 BGB Rz. 1 ff.
- 102 Vgl. Schilken (Fn. 100), § 164 BGB Rz. 19 f.; Ellenberger (Fn. 56) § 164 BGB Rz. 8.
- 103 Siehe überblicksartig zu den Unterschieden Obuoforibo, In the Name of Clarity: Defining a Dependent Agent Permanent Establishment in Gutiérrez/Perdelwitz, Taxation of Business Profits in the 21st Century, IBFD Publications 2013. S. 59 ff.
- 104 Siehe *ALI*, Restatement Third, Agency, 2005, § 6.03; *Hynes/Löwenstein* (Fn. 90) S. 343 ff. sowie zu den Rechten und Pflichten aus dem Vertretungsverhältnis S. 73 ff.
- 105 ALI (Fn. 104), § 6.03, comment b.
- 106 Holland, ITPJ 2011, 33, 35 mit Verweis auf das US Technical Explanation, 2006, Art. 5(5).
- 107 Siehe OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 32.1. Für eine Analyse zum historischen Verständnis der OECD s. Avery Jones/Ward, BTR 1993, 341; Roberts, Intertax 1993, 396 und 488; Pijl, BIT 2013, 3 und 62.
- 108 US Technical Explanation, 2006, Art. 5(5); OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 32.1. Vgl. Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 201a.
- 109 Siehe überblicksartig Ott (Fn. 60) S. 36 ff.
- Sheppard, TNI 2010, 18, 21; Heinsen (Fn. 57) Rz. 162 f.; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 134; Reimer (Fn. 19) Art. 5 Rz. 331; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 118; Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Aufl. 2016, S. 333; Penn/Nauheim/Rinke (Fn. 63) United States Rz. 59; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 204.
- 111 OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 32.1.
- 112 Piltz, IStR 2004, 181, 183 f.; Buss/Hryck/Rothman, Taxes 2006, 11, 13; Arnold, United States in CDFI 94a, 2009, S. 667, 683; Ott (Fn. 60) S. 45 f.; Rasch, IStR 2011, 6, 10 ff.; Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 136 f.

eindeutig, zum anderen kann es nur darauf ankommen, ob der Kunde im Streitfall einen Erfüllungsanspruch der durch den Vertreter ausgehandelten Verträge gegen das Unternehmen hat. Diese Frage beantwortet sich über die Verweisung in Art. 3 Abs. 2 OECD-MA aus dem Zivilrecht der Vertragsstaaten, wobei es nicht darauf ankommt, nach dem Recht welchen Staates die Vollmacht erteilt wurde. 113 Aus deutscher Perspektive genügt diesem Kriterium eine Vollmacht in allen Varianten, einschließlich der im Sinne des Rechtsscheins wirksamen Duldungs- und Anscheinsvollmacht.114 Dies gilt ebenso für das US-amerikanische Recht, welches ebenfalls zwischen einer tatsächlichen Vollmacht (actual authority) mit den Unterkategorien der ausdrücklichen und konkludenten Vollmacht (express and implied authority) und der Duldungs- und Anscheinsvollmacht (apparent or ostensible authority) unterscheidet.¹¹⁵ Die Fälle, in denen Verträge automatisch akzeptiert werden, lassen sich dabei insbesondere unter die konkludente, Duldungs- oder Anscheinsvollmacht subsumieren. 116

dd) Gewöhnliche Ausübung der Abschlussvollmacht in einem Vertragsstaat

Das Tatbestandsmerkmal der gewöhnlichen Ausübung der Abschlussvollmacht im Quellenstaat weißt sowohl einen territorialen als auch einen zeitlichen Bezug auf. IT Zunächst muss der Vertreter seine Tätigkeit im Quellenstaat ausüben, d.h. der Vertreter muss körperlich in diesem Staat anwesend sein. Nicht ausreichend für die Begründung einer Betriebsstätte ist, wenn der Vertreter seine Tätigkeiten mithilfe moderner Kommunikationsmittel aus einem anderen Staat ausübt. IB Dabei ist es unerheblich, ob der Vertreter im Quellenstaat ansässig ist oder nicht.

Des Weiteren muss der Vertreter seine Tätigkeit gewöhnlich ausüben. Dies ist eine Frage von Ausmaß und Häufigkeit und setzt voraus, dass der Vertreter wiederholt und nicht nur gelegentlich tätig wird,120 wobei auf die Art der Geschäftstätigkeit abzustellen ist. 121 Während es bei Großaufträgen durchaus zu einer Dauer von mehreren Monaten bis zu einem Vertragsabschluss kommen kann, ist bei Massengeschäften eine höhere Frequenz zu fordern. 122 Gemäß einer weit verbreiteten Ansicht kommt es darauf an, ob die Tätigkeit von vornherein für längere Zeit geplant ist oder ob sie nur vorübergehend ausgeübt werden soll.¹²³ Aus praktischen Erwägungen heraus wird sowohl von der OECD124 als auch dem Großteil des deutschen Schrifttums¹²⁵ und der Rechtsprechung¹²⁶ empfohlen, sich in Zweifelsfällen an dem Intensitätserfordernis für feste Geschäftseinrichtungen und damit an einer Zeitdauer von mehr als sechs Monaten zu orientieren. 127 Eine andere Auffassung hingegen möchte lediglich anhand objektiver Indizien, wie dem wiederholten Abschluss von Verträgen, die innere Tatsache beurteilen, ob der Vertreter beabsichtigt mit Wiederholungsabsicht am Markt tätig zu werden. 128 Deutschland hat zudem in einer Anmerkung zum OECD-Kommentar festgestellt, dass dem Bedürfnis der Mindestdauer der Vertretung besondere Bedeutung zukommen soll, wenn der Vertreter im Quellenstaat weder ansässig ist, noch eine feste Geschäftseinrichtung unterhält. 129 Nach US-amerikanischer Auffassung hingegen wird argumentiert, dass in Zweifelsfällen eine Vertreterbetriebsstätte regelmäßig erst ab einer zwölfmonatigen Tätigkeitsdauer begründet werden soll. 130

Im Ergebnis kann es damit zu Unterschieden im deutsch-amerikanischen Verhältnis bei der Auslegung des Tatbestands-

merkmals der gewöhnlichen Ausübung der Abschlussvollmacht kommen. Zwar wird in beiden Rechtsordnungen vornehmlich auf den Einzelfall abgestellt, jedoch erfolgt in Zweifelsfällen eine Orientierung an unterschiedlichen zeitlichen Intensitätserfordernis. ¹³¹ Auf der anderen Seite können allgemeine Regeln nur anhand des Einzelfalls entschieden werden. ¹³² Umso wichtiger wäre es, in Zweifelsfällen ein gemeinsames objektives Kriterium anzuwenden. In Übereinstimmung mit der Auffassung der OECD ist es daher vorzugswürdig, sich an dem allgemeinen Intensitätserfordernis für feste Geschäftseinrichtungen von sechs Monaten zu orientieren.

ee) Negativkatalog: Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten

Nachdem das Betriebsstättenprinzip vorsieht, dass ein Besteuerungsrecht im Quellenstaat erst ab einer bestimmten Mindestaktivität begründet werden soll, darf sich die Tätigkeit eines Vertreters, ebenso wie die einer festen Geschäftseinrichtung, nicht ausschließlich auf Vorbereitungs- und Hilfstätigkeiten i.S.v. Art. 5 Abs. 4 OECD-MA beschränken¹³³ – unabhängig davon ob der Vertreter Abschlussvollmacht besitzt oder

- 113 Piltz, IStR 2004, 181, 183 f.
- 114 Piltz, IStR 2004, 181, 183; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 134. Siehe zu den Vollmachtsbegriffen Schilken (Fn. 100), § 167 BGB Rz. 1 ff.; Ellenberger (Fn. 56) § 167 BGB Rz. 1.
- 115 Nitikman, Int'l Tax J. 1989, 257, 261. Siehe für die Vollmachten ALI (Fn. 104), § 2.01 ff. sowie überblicksartig m.w.N. Parada, TNI 2013, 59, 60. Siehe anhand von Beispielen und Urteilen Gregory/Hurst/Williams, Unincorporated Business Associations, 4. Aufl. 2010, S. 183 ff.; Hynes/Löwenstein (Fn. 90) S. 261 ff.
- 116 Siehe für das deutsche Recht *Piltz*, IStR 2004, 181, 184 sowie aus US-amerikanischer Sicht *Huston/Williams* (Fn. 90) S. 87 f.
- 117 Piltz, IStR 2004, 181, 185; Ott (Fn. 60) S. 54; Reimer (Fn. 19) Art. 5 Rz. 334 f.
- 118 Piltz, IStR 2004, 181, 185.
- 119 Heußner, IStR 2004, 161, 166. Vgl. allgemein OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tr. 32
- 120 Huston/Williams (Fn. 90) S. 90; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 138; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 120.
- 121 Nitikman, Int'l Tax J. 1989, 257, 262 f.; Huston/Williams (Fn. 90) S. 90 mit Verweis auf Vogel, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 2. Aufl. 1991, S. 246; Tittle (Fn. 63) S. 156. Vgl. allgemein OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 33.1.
- 122 Vgl. Skaar (Fn. 18) S. 526.
- 123 Huston/Williams (Fn. 90) S. 90; Heußner, IStR 2004, 161, 166; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 120; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 19. A.A. Ott (Fn. 60) S. 64 ff.
- 124 OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 33.1.
- 125 Siehe exemplarisch Ott (Fn. 60) S. 59 ff.; Ehlermann/Castelon, ISR 2016, 386, 388; Jacobs (Fn. 110), S. 330; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 19.
- 126 BFH v. 3.8.2005 I R 87/04, BStBl. II 2006, 220.
- 127 Vgl. OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 6.
- 128 Heußner, IStR 2004, 161, 165 f.
- 129 OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 45.9.
- 130 Tittle (Fn. 63) S. 156 unter Bezug auf die Verwaltungspraxis in Rev. Rul. 67-321, 1967-2 C.B. 470; Rev. Rul. 67-322, 1967-2 C.B. 469. Pleijsier, Intertax 2001, 167, 178 argumentiert ebenfalls für einen Zwölf-Monats-Zeitraum
- 131 Vgl. zusammenfassend Ott (Fn. 60) S. 54 ff. Siehe für die USA Tittle (Fn. 63) S. 156.
- 132 Ebenso *Piltz*, IStR 2004, 181, 185 mit Verweis auf *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 288, 293.
- 133 *Hruschka* (Fn. 19) Art. 5 Rz. 139; *Görl* (Fn. 19) Art. 5 Rz. 123. Vgl. aus amerikanischer Sicht *Williams*, Tax Lawyer 1976, 277, 347 ff.

nicht.¹³⁴ Maßgeblich ist der Umfang der tatsächlich vom Vertreter ausgeübten Tätigkeiten und nicht die Reichweite der Abschlussvollmacht.¹³⁵ Die Möglichkeit Geschäfte, die über die in Abs. 4 genannten Tätigkeiten hinausgehen, abzuschließen ist dabei solange nicht von Bedeutung, wie von ihr kein Gebrauch gemacht wird.¹³⁶ Sollte der Vertreter jedoch neben seinen Haupttätigkeiten für das Unternehmen im Quellenstaat noch weitere Hilfs- und Nebentätigkeiten unter den sonstigen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 5 erfüllen, so sind diese Nebentätigkeiten von der Vertreterbetriebsstätte mitumfasst.¹³⁷

ff) Rückausnahme: Unabhängiger Vertreter

Schließlich sieht Art. 5 Abs. 6 vor, dass ein Unternehmen nicht deshalb so behandelt wird als habe es eine Betriebsstätte, wenn es erstens seine Tätigkeit im anderen Vertragsstaat durch einen Makler, Kommissionär oder einen anderen unabhängigen Vertreter ausübt und zweitens sich dessen Tätigkeit im Rahmen seiner ordentlichen Geschäftstätigkeit bewegt. Während es nach kontinentaleuropäischem Recht überflüssig ist den Makler und Kommissionär zu erwähnen, da beide ohnehin keine Abschlussvollmacht nach Abs. 5 besitzen, 138 ist es nach dem Recht des Common Law, und damit auch der USA, bedeutsam, beide explizit als unabhängige Vertreter aufzuführen, 139 da z.B. ein *commission agent* ein selbständig tätiger Vertreter ist, der auch dann im Rahmen einer Abschlussvollmacht handelt, wenn er nicht im eigenen Namen auftritt. 140

Die Auslegung des Begriffs der Unabhängigkeit bereitet dabei aufgrund vorwiegend abstrakter Kriterien sowohl nach deutschem als auch US-amerikanischem Verständnis einige Schwierigkeiten. 141 Unumstritten ist zunächst, dass gem. Art. 5 Abs. 7 OECD-MA ein Beherrschungsverhältnis für sich nicht zur Abhängigkeit eines Vertreters führt. 142 Rechtlich entscheidend ist vielmehr der sich aus dem Innenverhältnis ergebende Entscheidungsspielraum des Vertreters. 143 In Deutschland wird dabei von einem Teil der Literatur¹⁴⁴ in Anlehnung an die Rechtsprechung des BFH145 zwischen sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit unterschieden. Ein anderer Teil der Literatur¹⁴⁶ spricht hingegen in Übereinstimmung mit dem OECD-MK147 von rechtlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit und stellt dabei auf das Ausmaß der Verpflichtung des Vertreters gegenüber dem Unternehmen ab. Unklar bleibt, welche Unterschiede zwischen beiden Begriffspaaren bestehen sollen. 148 Für Zwecke des Abkommensrechts ist es daher vorzugswürdig die Terminologie des OECD-MK zu übernehmen,149 wie dies nach US-amerikanischem Verständnis der Fall ist. 150

Einigkeit besteht im Ergebnis sowohl in Deutschland als auch den USA darüber, dass die sachliche bzw. rechtliche Weisungsgebundenheit des Vertreters nicht ausreicht, um seine Abhängigkeit zu begründen. Während nach deutschem Verständnis argumentiert wird, dass Vertreter typischerweise an Weisungen gebunden sind und die Regelung andernfalls ihren Sinn verliert,¹⁵¹ ist nach amerikanischem Verständnis von Bedeutung, dass der Vertreter zwar nicht im täglichen Geschäftsablauf¹⁵² jedoch im Hinblick auf das Arbeitsergebnis¹⁵³ an weitreichende Handlungsanweisungen gebunden sein darf. Größeres Gewicht kommt hingegen der Prüfung nach der persönlichen bzw. wirtschaftlichen Abhängigkeit des Vertreters zu. ¹⁵⁴ Dabei kommt es darauf an, ob dem Vertreter ein eigenständiger Entscheidungsspielraum von gewissem wirtschaftlichem Gewicht zu-

kommt und er unternehmerische Risiken übernimmt. ¹⁵⁵ Kriterien die andererseits für die Abhängigkeit des Vertreters sprechen, sind eingehende Weisungen und umfassende Aufsicht durch das Unternehmen, ¹⁵⁶ das Tätigwerden für nur einen Auftraggeber ¹⁵⁷ sowie eine Vergütung, die, so das deutsche Verständnis, ¹⁵⁸ weitgehend erfolgsunabhängig ist oder nach amerikanischem Verständnis ¹⁵⁹ nicht dem Fremdvergleichsgrundsatz entspricht. ¹⁶⁰

Größere Unterschiede im deutsch-amerikanischen Verhältnis bestehen bei der Auslegung des Kriteriums der Ausübung der Abschlussvollmacht innerhalb der ordentlichen Geschäftstätigkeit des unabhängigen Vertreters. Das US-amerikanische Verständnis entspricht dabei der Auffassung der OECD,¹⁶¹ indem

- 134 OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 28, 33.
- 135 Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 209.
- 136 Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 123.
- 137 Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 209.
- 138 Ott (Fn. 60) S. 68; Reimer (Fn. 19) Art. 5 Rz. 356; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 144.
- 139 Ward/Avery Jones, BTR 1993, 341, 354 ff.
- 140 Wolff (Fn. 77) Art. 5 USA Rz. 56 m.w.N.
- 141 Siehe f
 ür Deutschland Ott (Fn. 60) S. 68. Vgl. f
 ür die USA IRS (Fn. 93) Art. 5(6).
- 142 National Carbide Corp. v. Commissioner, 336 US 422 (1949); Nitikman,
 Int'l Tax J. 1989, 257, 269 f.; Huston/Williams (Fn. 90) S. 131; Kroppen/Hüffmeier, IWB 1995, 999, 1000; BMF v. 24.12.1999 IV B 4 1300 111/99, BStBl. I 1999, 1076, Rz. 1.2.2; Pleijsier, Intertax 2001, 218, 223; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 133; OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 38.1.
- 143 Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 225.
- 144 Rasch, IStR 2011, 6, 9; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 133; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 145.
- 145 BFH v. 30.4.1975 I R 152/73, BFHE 115, 504; BFH v. 14.9.1994 I R 116/93, BFHE 176, 125 = FR 1995, 238 m. Anm. Kempermann.
- 146 Kroppen/Hüffmeier, IWB 1995, 999, 1001; Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 140; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 225.
- 147 OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 37.
- 148 Vgl. Ott (Fn. 60) S. 68 f.
- 149 Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 225.
- 150 Siehe für den leading case *Taisei Fire & Marine Ins. Co.*, *Ltd*, 104 TC 535 (1995) sowie eine Besprechung dess. *Schwartz*, J. Int'l Tax. 1995, 292. Siehe auch *Arnold* (Fn. 112), S. 667, 682; *Holland*, ITPJ 2011, 33, 35 f.; *IRS* (Fn. 93) Art. 5(6).
- 151 BFH v. 30.4.1975 I R 152/73, BFHE 115, 504; Ott (Fn. 60) S. 69; Hrusch-ka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 133; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 225.
- 152 Tittle, TNI 2007, 597, 605 f.; Pleijsier, Intertax 2001, 167, 180; Penn/Nauheim/Rinke (Fn. 63) United States Rz. 55.
- 153 Donroy, Ltd v. United States, 301 F.2d 200 (1962); Huston/Williams (Fn. 90) S. 132.
- 154 Vgl. Ott (Fn. 60) S. 69.
- 155 Siehe für Deutschland exemplarisch Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 225. Siehe für die USA Pleijsier, Intertax 2001, 167, 181; Tittle, TNI 2007, 597, 606; Penn/Nauheim/Rinke (Fn. 63) United States Rz. 56; IRS (Fn. 93) Art. 5(6).
- 156 Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 225.
- 157 Siehe für Deutschland Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 133, sowie für die USA Huston/Williams (Fn. 90) S. 134; Tittle, TNI 2007, 597, 606; Penn/ Nauheim/Rinke (Fn. 63) United States Rz. 57; IRS (Fn. 93) Art. 5(6) sowie allgemein OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 38.6.
- 158 Prinz, FR 1996, 479, 483 f.; Endres, IStR 1996, 1, 5; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 133.
- 159 Pleijsier, Intertax 2001, 167, 181; Penn/Nauheim/Rinke (Fn. 63) United States Rz. 57.
- 160 Siehe für einen umfassenden Kriterienkatalog Tittle, TNI 2007, 597, 609 sowie Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 141.
- 161 OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 38.7 f.

Abhandlungen

lichen Unterschieden der nationalen Vollmachtsbegriffe und der in Common Law Staaten geltenden Rechtslage verbindliche Verträge für den Prinzipal auch im eigenen Namen abschließen

zu können.172

das bisherige geschäftliche Betätigungsfeld des Vertreters mit seiner jetzigen Vertretertätigkeit verglichen wird. ¹⁶² Während ein Teil des deutschen Schrifttums ebenfalls auf die konkrete Geschäftstätigkeit als Vergleichsmaßstab abstellt, ¹⁶³ bezieht sich der BFH ¹⁶⁴ sowie ein anderer Teil des Schrifttums ¹⁶⁵ darauf, was nach der Lage des Einzelfalls als verkehrsüblich anzusehen sei oder nach der Verkehrsanschauung für die jeweilige Berufsgruppe gelte. Letztlich wird vertreten, dass ein Vertreter immer dann im Rahmen seiner ordentlichen Geschäftstätigkeit handelt, wenn er mit Gewinnerzielungsabsicht am Markt auftritt. ¹⁶⁶

Bei der Entscheidung ob bestimmte Tätigkeiten in den Rahmen der ordentlichen Geschäftstätigkeit fallen ist es vorzugswürdig die konkrete Geschäftstätigkeit des Vertreters mit den Tätigkeiten zu vergleichen, die der Vertreter üblicherweise als Makler, Kommissionär oder anderer unabhängiger Vertreter ausführt. Zum einen gestaltet sich ein externer Fremdvergleich anhand der Branchenüblichkeit in vielen Fällen schwierig, da zunächst eine Vergleichsgruppe zu identifizieren ist. 167 Zum anderen spricht auch der Wortlaut des OECD-MA und die Änderung des OECD-MK von "in the ordinary course of this business" zu "in the ordinary course of his business" für einen Bezug auf die in der Person des Vertreters tatsächlich begründete Geschäftstätigkeit. 168 Zusammenfassend ist es nicht sachgerecht, dass eine Betriebsstätte angenommen wird, wenn der unabhängige Vertreter innerhalb des Rahmens seiner ordentlichen Geschäftstätigkeit handelt, da er in diesen Fällen primär eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt. 169

3. Widersprüche bei der Auslegung von Vertreterbetriebsstätten im deutsch-amerikanischen Verhältnis

Die Auslegung der nationalen und abkommensrechtlichen Tatbestandsmerkmale der Vertreterbetriebsstätte ist, wie dargestellt, sowohl in Deutschland als auch den USA teils stark umstritten. Hieraus ergibt sich nicht nur eine gesteigerte Rechtsunsicherheit bei der Qualifikation von Vertreterbetriebsstätten, zusätzlich wird für das DBA-USA das Auftreten von Qualifikationskonflikten, welche in Doppelbesteuerung bzw. doppelter Nichtbesteuerung münden können, befördert. Konkrete Widersprüche im bilateralen Verständnis treten dabei bei mehreren abkommensrechtlichen Tatbestandsmerkmalen auf.

Zu Auslegungsdifferenzen kann es zunächst bei der Frage kommen ob ein Einzelunternehmer sein eigener Vertreter sein kann. In Deutschland wird dies aufgrund der Personenidentität zwischen Unternehmer und Vertreter einheitlich von Rechtsprechung und Schrifttum verneint, während in den USA die Verwaltungspraxis vereinzelt ein Vertretungsverhältnis bejaht hat.¹⁷⁰ Darüber hinaus besteht Konfliktpotential bei der Frage ob Organe einer Gesellschaft deren Vertreter sein können – sowohl im Hinblick auf Gesellschafter von Personengesellschaften, als auch für Geschäftsführer und Vorstände von Kapitalgesellschaften.¹⁷¹

Weiterhin können sich trotz des an sich eindeutigen Wortlauts, dass der Vertreter eine Vollmacht besitzt Verträge im Namen des Unternehmens abzuschließen, im deutsch-amerikanischen Verhältnis Qualifikationskonflikte in Bezug auf die Reichweite der Vollmacht ergeben. Diese resultieren aus den zivilrecht-

Letztlich kann es zu einer unterschiedlichen Auslegung in Bezug auf die Ausübung der Abschlussvollmacht kommen. Zum einen erfolgt in Zweifelsfällen eine Orientierung an unterschiedlichen Intensitätserfordernissen bei der gewöhnlichen Ausübung der Abschlussvollmacht,¹⁷³ zum anderen ist umstritten, ob es für die Ausübung der Abschlussvollmacht innerhalb der ordentlichen Geschäftstätigkeit des Vertreters auf dessen konkrete Tätigkeit oder auf einen abstrakten Vergleich anhand des jeweiligen Berufsbilds ankommt.¹⁷⁴

III. Vermeidung von Qualifikationskonflikten

Lösungen für die aufgezeigten Konfliktfelder bei der Qualifikation von Vertreterbetriebsstätten im deutsch-amerikanischen Verhältnis könnten die von der OECD angestrebten Änderungen des Wortlauts von Art. 5 Abs. 5, 6 OECD-MA sowie der Grundsatz der Entscheidungsharmonie und die Methode der Qualifikationsverkettung bieten. Allerdings wird es über das MLI zu keiner Neufassung der Tatbestandsmerkmale der Vertreterbetriebsstätte im DBA-USA kommen, da Deutschland Vorbehalte gegen diese Änderungen eingebracht hat und die USA das MLI nicht unterzeichnet haben. Im Folgenden soll daher geprüft werden ob der Grundsatz der Entscheidungsharmonie und die Methode der Qualifikationsverkettung auf das DBA-USA anwendbar sind und Lösungsansätze zur Vermeidung von Qualifikationskonflikten entwickelt werden.

Ausschluss der Methode der Qualifikationsverkettung

In Fällen, in denen es aufgrund der Bezugnahme über Art. 3 Abs. 2 OECD-MA auf innerstaatliches Recht zu Qualifikationskonflikten kommt, sieht die Methode der Qualifikationsverkettung vor, den Ansässigkeitsstaat an die Qualifikation des Quellenstaats zu binden.¹⁷⁵ Gegenüber dem Grundsatz der Entscheidungsharmonie, welcher eine einheitlich-autonome Ab-

- 162 Vgl. Treas. Reg. 1.864-7(d)(3)(i). Siehe auch Tittle, TNI 2007, 597, 607 ff.; Wolff (Fn. 77) Art. 5 USA Rz. 62; Penn/Nauheim/Rinke (Fn. 63) United States Rz. 57. A.A. Avery Jones/Ward, ET 1993, 154, 173.
- 163 Reimer (Fn. 19) Art. 5 Rz. 364; Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 142; Haase in Haase, AStG/DBA, 3. Aufl. 2016, Art. 5 MA Rz. 187.
- 164 BFH v. 30.4.1975 I R 152/73, BFHE 115. 504; BFH v. 23.9.1983 III R
 76/81, BFHE 139, 411; BFH v. 14.9.1994 I R 116/93, BFHE 176, 125 = FR 1995, 238 m. Anm. Kempermann.
- 165 Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 146; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 150.
- 166 Ott (Fn. 60) S. 79; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 231.
- 167 Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 142.
- 168 Vgl. Reimer (Fn. 19) Art. 5 Rz. 364.
- 169 OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 36; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 229.
- 170 Vgl. Gliederungspunkt II. 2. b) aa).
- 171 Siehe ebenda.
- 172 Siehe Gliederungspunkt II. 2. b) cc).
- 173 Vgl. Gliederungspunkt II. 2. b) dd).
- 174 Siehe Gliederungspunkt II. 2. b) ff).
- 175 OECD-MK 2000 zu Art. 23 A/B Rz. 32.1 ff.

kommensauslegung herzustellen sucht, geht die Methode der Qualifikationsverkettung damit einen Schritt weiter. Die Maßgeblichkeit der Qualifikation des Quellenstaats leitet sich aus dem Wortlaut des Methodenartikels "[...], which, in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, [...]" ab, welcher die Entlastung im Ansässigkeitsstaat davon abhängig macht, dass die Einkünfte nach dem Abkommen im anderen Vertragsstaat besteuert werden können.¹⁷⁶ Entscheidende Voraussetzung für die Freistellung oder Anrechnung ist demnach, dass der Quellenstaat nach Auslegung des DBA zu dem Ergebnis kommt, seinen Besteuerungsanspruch abkommensrechtlich ausüben zu dürfen. Sofern beide Vertragsstaaten eine Qualifikation nach nationalem Recht gem. Art. 3 Abs. 2 für maßgeblich erklären, ergeben sich Qualifikationskonflikte nicht aus einer abweichenden Abkommensauslegung sondern aus nicht harmonisierbaren Unterschieden des nationalen Rechts. In diesen Fällen ist es geboten den Ansässigkeitsstaat an die Qualifikation des Quellenstaats zu binden.

Grundsätzlich besteht damit die Möglichkeit Qualifikationskonflikte zu vermeiden, die sich aus den unterschiedlichen zivilrechtlichen Vollmachtsbegriffen der Vertragsstaaten ergeben, wobei zunächst zu prüfen ist, ob die Methode der Qualifikationsverkettung auf das DBA-USA angewendet werden kann. In den OECD Musterkommentar wurde die Methode im Jahr 2000 aufgenommen, 177 wobei sie bereits ein Jahr zuvor Eingang in den Partnership Report der OECD gefunden hat,¹⁷⁸ und damit – auch ohne Rückgriff auf eine dynamische Auslegung¹⁷⁹ – auf das DBA-USA in der Fassung des Änderungsprotokolls 2006 angewendet werden könnte. Jedoch gilt es, den spezifischen Wortlaut des Art. 23 DBA-USA zu beachten. Die USA gewähren zur Vermeidung von Doppelbesteuerung eine Anrechnung, verweisen gem. Art. 23 Abs. 1 DBA-USA dabei aber auf ihre im Anrechnungszeitpunkt nach nationalem Recht geltende Anrechnungsmethode. Aufgrund des zum OECD-MA abweichenden Wortlauts ergibt sich nicht nur, dass die Methode der Qualifikationsverkettung nicht angewendet werden kann, vielmehr bleiben Fragen der Abkommensauslegung und -anwendung grundsätzlich ohne Bedeutung, da sich die Anrechnung nach US-Recht richtet.¹⁸⁰ Aus deutscher Sicht ist festzustellen, dass die Finanzverwaltung die Methode der Qualifikationsverkettung zwar auf alle deutschen DBA anwendet, jedoch nur solange in Fällen von Qualifikationskonflikten keine Switch-over-Klausel einen Wechsel von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode vorsieht.¹⁸¹ Eine solche Klausel ist für das DBA-USA in Art. 23 Abs. 4 vereinbart. 182 Die Vertragsstaaten bringen damit ihren expliziten Willen zum Ausdruck, Qualifikationskonflikte nicht über die Methode der Qualifikationsverkettung lösen zu wollen. 183 Damit ist die Methode der Qualifikationsverkettung auf das DBA-USA nicht anwendbar.

2. Bestimmung des anwendbaren Zivilrechts über Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts

Die Bestimmung des maßgeblichen Vollmachtsbegriffs kann jedoch über die Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts erfolgen. Die Verweisung auf nationales Recht in Art. 3 Abs. 2 DBA-USA erlaubt es auf die Vorschriften des Internationalen Privatrechts zurückzugreifen und damit eine Zuordnung des anwendbaren Zivilrechts zu erreichen. 184 Das deutsche IPR sieht gem. Art. 3, 4 der ROM-I-Verordnung 185 zu-

nächst die freie Rechtswahl vor. Bei fehlender Rechtswahl hingegen, ist das Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Handelsvertreters maßgeblich, unabhängig davon, ob man Handelsvertreterverträge unter Art. 4 Abs. 1 lit. b) oder f) ROM-I-VO subsumiert.¹⁸⁶ In den USA gilt bei Vertretungsverhältnissen ebenfalls freie Rechtswahl, 187 wobei wie bei allen anderen Verträgen vernünftige Gründe für die getroffen Wahl sprechen müssen um Missbrauch zu vermeiden. 188 Bei fehlender Rechtswahl kommt es maßgeblich auf den Ort der bedeutendsten Beziehung an,189 wobei sich dieser anhand verschiedener Faktoren, wie dem Sitz der Vertragsparteien, dem Erfüllungsort oder dem Ort des Leistungserfolgs bestimmt. 190 Ziel dieser Regelung ist es, über den bewussten Verzicht auf eine vorbestimmte Gewichtung der Faktoren, den Interessen der Vertragsparteien und Nationalstaaten Rechnung zu tragen, indem es zu einer Harmonisierung der zwischenstaatlichen Beziehungen und einer Angleichung der nationalen Kollisionsrechte kommt.191 Im Ergebnis bleibt es aber dabei, dass jeder Vertragsstaat sein nationales IPR anwendet und Qualifikationskonflikte nicht zwingend vermieden werden.

3. Überwindung von Widersprüchen durch Entscheidungsharmonie

a) Entscheidungsharmonie als Auslegungsmethode

Der Grundsatz der Entscheidungsharmonie verlangt, diejenige Auslegung einer Abkommensnorm zu wählen, die die größte Aussicht hat, in beiden Vertragsstaaten akzeptiert zu werden. ¹⁹² Ziel von Entscheidungsharmonie ist es DBA im Konsens zwi-

- 176 Vgl. für Wesensmerkmale, Ursprung, Dogmatik und Anwendungsgrundsätze m.w.N. Pleil/Schwibinger, StuW 2016, 15, 23 ff.
- 177 OECD-MK 2000 zu Art. 23 A/B Rz. 32.1 ff.
- $178\;$ OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, 1999, S. 38 f.
- 179 Vgl. m.w.N. Pleil/Schwibinger, StuW 2016, 15, 26 f.
- 180 Wolff in Wassermeyer, DBA, Art. 23 USA Rz. 23 f., 317 (Stand März 2014). Siehe grundsätzlich Avery Jones u.a., ET 1996, 118, 120 ff.
- 181 BMF v. 26.9.2014, IV B 5 S 1300/09/10003, BStBl. I 2014, 1258, Tz. 4.1.3.2.
- 182 Vgl. Wolff (Fn. 180), Art. 23 USA Rz. 286 ff.
- 183 Schönfeld/Häck in Schönfeld/Ditz, DBA, 2013, Art. 23A/B Rz. 94; Stefaner in Wassermeyer, DBA, Art. 28 Österreich Rz. 1 (Stand August 2014); Wolff (Fn. 180), Art. 23 USA Rz. 159; a.A. Lehner (Fn. 10) Grdl. Rz. 164a.
- 184 Vgl. Pleijsier, Intertax 2001, 167, 171; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 134.
- 185 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 v. 17.6.2008, ABl. EU 2008 Nr. L 177, 6.
- 186 Magnus in Staudinger, BGB, 2016, Rom-I-VO Art. 4 Rz. 71. Siehe exemplarisch für eine Einordnung unter lit. b) Martiny in MünchKomm/BGB, 6. Aufl. 2015, Bd. 10, Einl. IPR, Rom-I-VO Art. 4 Rz. 140. Für eine Einordung unter lit. f) Thorn in Palandt, BGB, 76. Aufl. 2017, Rom I 4 (IPR) Rz. 19; Ansgar Staudinger in Schulze, BGB, 9. Aufl. 2017, Rom I Art. 4 Rz. 7.
- 187 Siehe m.w.N. Hay/Müller-Freienfels, Am. J. Comp. L. 1979, 1, 9.
- 188 ALI, Restatement Second, Conflict of Laws, 1971, § 291 i.V.m. § 187, comment (c).
- 189 ALI (Fn. 188), § 291.
- 190 ALI (Fn. 188), § 188. Vgl. Hay/Müller-Freienfels, Am. J. Comp. L. 1979, 1, 9 ff.; Anderson, U.S.F. Mar. L.J. 2010, 42, 50 ff.
- 191 ALI (Fn. 188), § 6, comment (d). Vgl. Anderson, U.S.F. Mar. L.J. 2010, 42, 53
- 192 Vogel/Prokisch, Generalbericht in CDFI 78a, 1993, S. 19, 28 f.; Prokisch, SWI 1994, 52, 58.

Abhandlungen

Pleil - Die Vertreterbetriebsstätte im Internationalen Steuerrecht

schen beiden Vertragsstaaten einheitlich auszulegen, 193 indem der Rechtsanwender die im anderen Vertragsstaat vertretene Rechtsposition zur Kenntnis nimmt¹⁹⁴ und diese neben der Systematik und Historie als weiteren Auslegungsmaßstab im Rahmen der teleologischen Auslegung zur Einengung des Wortlauts berücksichtigt. In der Rechtsprechung des BFH wird der Grundsatz der Entscheidungsharmonie mit dieser eigenständigen Funktion anerkannt. 195 US-amerikanische Gerichte verweisen nicht ausdrücklich auf ein Institut der Entscheidungsharmonie, beziehen ausländische Quellen aber regelmäßig in ihre Urteile ein. 196 Zu den durch den US Supreme Court aufgestellten Grundsätzen der amerikanischen Abkommensauslegung gehört es, dass der Ansicht des anderen Vertragsstaates erhebliches Gewicht zukommt¹⁹⁷ und Abkommen in Übereinstimmung mit den gemeinsamen Erwartungen der Vertragsstaaten auszulegen sind,198 wobei eine einheitliche Abkommensauslegung angestrebt wird. 199 Im deutsch-amerikanischen Verhältnis ist der Grundsatz der Entscheidungsharmonie somit anwendbar und bietet die Möglichkeit Qualifikationskonflikte, die sich aus einem unterschiedlichen abkommensautonomen Verständnis ergeben, zu lösen. Bezogen auf die z.T. unterschiedlichen Auffassungen zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Vertreterbetriebsstätte gebietet es der Grundsatz der Entscheidungsharmonie die andere Rechtsposition aktiv zur Kenntnis zu nehmen, die nationale Perspektive zu erweitern und der überzeugenderen Auffassung begründet zu folgen um im bilateralen Verhältnis zu einer symmetrischen Auslegung gelangen zu können.

Besonders im Steuerrecht stellt sich bei der Anwendung des Grundsatzes der Entscheidungsharmonie die Frage nach dem Referenzsystem im anderen Staat, wenn die maßgeblichen Rechtsquellen nicht eindeutig identifiziert werden können. Dabei sollte die Berücksichtigung der ausländischen Rechtsauffassung in Abhängigkeit des Rangs des Bezugsobjekts sowie der Übertragbarkeit und Überzeugungskraft der vorherrschenden Auslegung erfolgen,200 wobei das Rangverhältnis der einzelnen Rechtsquellen für jede Rechtsordnung gesondert zu bestimmen ist.²⁰¹ Ausländische Rechtsprechung ist nach der Überzeugungskraft eines Urteils, dem Ansehen und Rang des Gerichts und der Bindungswirkung seiner Urteile in der jeweiligen Rechtsordnung zu werten.²⁰² Entsprechendes gilt für die Verwaltungspraxis. Während in Deutschland die Kompetenz der Rechtsprechung zur letztverbindlichen Auslegung über den Einzelfall hinaus durch die Verwaltungspraxis anhand von Nicht-Anwendungserlassen bestritten wird,203 ist diese für die USA anerkannt, indem über das Rechtsinstitut des stare decisis höherrangigen Gerichtsentscheidungen Präzedenzwirkung zukommt.²⁰⁴ Verglichen mit Deutschland hat die Verwaltungspraxis der US-amerikanischen Finanzbehörde allerdings erheblichen Einfluss auf die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen.²⁰⁵ Gemäß der sog. Chevron deference kommt der Verwaltungsauffassung zwar keine bindende Wirkung zu, jedoch werden Gerichte der Position der Finanzverwaltung folgen, solange diese weder willkürlich ist noch offensichtlich im Widerspruch zu geltendem Recht steht.²⁰⁶ Weitere Prognosemittel einer harmonischen Auslegung können das ausländische Schrifttum, Parallelabkommen sowie der OECD-Musterkommentar sein.

Im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Entscheidungsharmonie sind aufgrund der Berücksichtigung ausländischer Rechtsquellen bei der Auslegung von DBA im amerikanischen Schrifttum vereinzelt Souveränitätseinschränkungen befürchtet worden.²⁰⁷ Diese Bedenken beschränken sich jedoch auf den Fall, dass Gerichte in den USA an die ausländische Rechtssauffassung gebunden wären. Hieraus abgeleitet wird argumentiert, dass US-amerikanische Gerichte der Verwaltungsauffassung erhebliches Gewicht zukommen lassen um den Einfluss der Exekutive bei der Durchführung von auswärtigen Angelegenheiten zu wahren.²⁰⁸ Aufgrund der Unvereinbarkeit mit den in einem DBA vereinbarten, gemeinsamen Erwartungen der Vertragspartner hat der Federal Circuit des Court of Appeals in der Entschei-

- 193 Vgl. für Wesensmerkmale, dogmatischen Ursprung und Bedeutung Pleil/ Schwibinger, StuW 2016, 15, 16 ff.
- 194 Vogel in Vogel/Lehner, DBA, 5. Aufl. 2008, Einl. Rz. 115. So auch schon Bühler, Prinzipien des Internationalen Steuerrechts, 1964, S. 77 f. m.w.N. auch für den RFH, ohne den Begriff der Entscheidungsharmonie zu ver-
- 195 BFH v. 9.10.1985 I R 128/80, BFHE 145, 341 = FR 1986, 136; BFH v. 2.9.2009 - I R 90/08, BFHE 226, 267 = FR 2010, 244; BFH v. 28.4.2010 - I R 81/09, BFHE 229, 252 = FR 2010, 903 m. Anm. Buciek; BFH v. 4.5.2012 - II R 51/09, BFHE 233, 517; BFH v. 6.6.2012 - I R 6, 8/11, BFHE 237, 346; BFH v. 13.6.2012 - I R 41/11, BFHE 237, 360; BFH v. 11.12.2013 - I R 4/13, BFHE 244, 1; BFH v. 25.11.2015 – I R 50/14, FR 2016, 861 m. Anm. Wassermeyer = BFH/NV 2016, 667. Für weitere Urteile s. auch Lehner (Fn. 10) Grdl. Rz. 114 f.
- 196 Donroy Ltd. v. United States, 301 F.2d 200 (1962); Riley v. Comm'r, 74 T. C. 414 (1980); United States v. Vetco Inc., 691 F.2d 1281 (1981); Taisei Fire & Marine Ins. Co. v. Comm'r, 104 T.C. 535 (1995); The North West Life Assurance Company of Canada v. Comm'r, 107 T.C. No. 19 (1996); National Westminster Bank v. United States, 512 F.3d 1347 (2008); Eshel v. Comm'r, 142 T.C. 197 (2014).
- 197 Abbot v. Abbot, 560 U.S. ___ (2010); El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tsui Yuan Tseng, 525 U. S. 155, 176 (1999); Air France v. Saks, 470 U. S. 392, 404 (1985): "[i]n interpreting any treaty ,[t]he ,opinions of our sister signatories' ... are ,entitled to considerable weight"". Siehe auch Eastern Airlines Inc. v. Floyd, 499 U.S. 530, 550 (1991).
- 198 Olympic Airways v. Husain, 540 U.S. 644, 650 (2004); Air France v. Saks, 470 U.S. 392, 399 (1985): "read [a] treaty in a manner ,consistent with the shared expectations of the contracting parties". Siehe auch Maximov v. United States, 373 U.S. 49, 52 (1963); Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano, 457 U.S. 176, 185 (1982); National Westminster Bank v. United States, 512 F.3d 1347 (2008) sowie ALI, Federal Income Tax Project -International Aspects of United States Income Taxation II, 1992, S. 26 f.
- 199 Donroy Ltd. v. United States, 301 F.2d 200 (1962); Olympic Airways v. Husain, 540 U.S. 644, 660 (2004); Sanchez-Llamas v. Oregon, 548 U.S. 331, 383 (2006); Abbot v. Abbot, 560 U.S. _ __ (2010). Siehe auch ALI, Restatement Third, Foreign Relations Law of the United States, 1987, § 325, comment d).
- 200 Vgl. für mögliche Bezugsobjekte *Pleil/Schwibinger*, StuW 2016, 15, 19 f.
- 201 Ebenda, 20.
- 202 Lord Diplock in Fothergill v. Monarch Airlines [1981] A.C. 251, 284 (= [1980] 2 All E.R. 696, [1980] 3 W.L.R. 209), House of Lords; Vogel (Fn. 10) S. 1043, 1055 f.
- 203 Desens, Bindung der Verwaltung an die Rechtsprechung Bedingungen und Grenzen für Nichtanwendungserlasse, 2011, S. 96 ff.; Jachmann, Die Rechtsprechung des BFH als Ausübung der dritten Staatsgewalt, in Mellinghoff/Schön/Viskorf, Steuerrecht im Rechtsstaat, FS Spindler, 2011, S. 121 ff.
- 204 Siehe grundlegend Alstine, Duke L. J. 2012, 941, 950-964. Vgl. für den Befund, dass die Rechtsprechung DBAs letztverantwortlich auslegt Nitikman, Int'l Tax J. 1989, 159, 159 f.
- "[A]lthough not conclusive, the meaning attributed to treaty provisions by the Government agencies charged with their negotiation and enforcement is entitled to great weight." United States v. Stuart, 489 U.S. 353, 369 (1989). Siehe auch ALI (Fn. 199), § 326(2).
- 206 Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837, 104 S.Ct. 2778 (1984), 843-844.
- 207 Yoo, Cal. L. Rev. 2002, 1305, 1335-1339.
- Vgl. Alstine, U. Pa. L. Rev. 1998, 687, 707 f. Siehe für eine historische Analyse zur Bedeutung der Verwaltungsauffassung Bederman, U. Colo. L. Rev. 1999, 1439, 1465; Chesney, Iowa L. Rev. 2007, 1723; Sloss, N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 2007, 497.

dung NatWest III der Auffassung der Finanzverwaltung jedoch lediglich sehr eingeschränktes Gewicht eingeräumt.²⁰⁹ In Deutschland wiederrum sind von Teilen des Schrifttums ebenfalls Sorgen vor einem Souveränitätsverlust geäußert worden, 210 während sich ein anderer Teil des Schrifttums gerade wegen der vereinheitlichenden Wirkung für die Anwendung von Entscheidungsharmonie ausspricht.²¹¹ Die Berücksichtigung der ausländischen Rechtsauffassung als weiteren Auslegungsmaßstab innerhalb der Grenzen des Wortlauts stellt jedoch keinen Eingriff in die nationale Souveränität dar. Qualifikationskonflikte können überwunden werden, sofern sich die ausländische Rechtsauffassung in den nationalen Kanon der Abkommensauslegung integrieren lässt und im Rahmen einer teleologischen Auslegung zu überzeugenden Auslegungsergebnissen kommt - auch indem Doppelbesteuerung und doppelter Nichtbesteuerung vermieden werden. Hinzu kommt, dass insbesondere vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Entscheidung des Grundgesetzes zur internationalen Zusammenarbeit²¹² die Notwendigkeit die ausländische Rechtsauffassung zur Kenntnis zu nehmen kein tragfähiges Argument gegen die Anwendung des Grundsatzes der Entscheidungsharmonie ist.

b) Reichweite und Grenzen der harmonischen Auslegung bei Vertreterbetriebsstätten im deutsch-amerikanischen Verhältnis

Die Methode der Qualifikationsverkettung ist, wie bereits gezeigt, auf das DBA-USA nicht anwendbar. Der Grundsatz der Entscheidungsharmonie bietet jedoch die Möglichkeit eine einheitliche Auslegung von Vertreterbetriebsstätten im deutschamerikanischen Verhältnis zu verwirklichen. Im Folgenden soll daher für bestehende Konfliktfelder aufgezeigt werden ob anhand der nationalen Auslegungsmethoden Schnittmengen zwischen dem deutschen und amerikanischen Auslegungsverständnis erreicht werden können, welche dann gemäß des Grundsatzes der Entscheidungsharmonie wechselseitig anzuerkennen wären.

aa) Einzelunternehmer als Vertreter

Zu Auslegungsdifferenzen kann es bei der Frage kommen, ob ein Einzelunternehmer sein eigener Vertreter sein kann. Während die amerikanische Finanzverwaltung dies gemäß älterer Verwaltungspraxis in Abhängigkeit der Frequenz der Geschäftsbesorgung und der Dauer des Aufenthalts im Inland in Einzelfällen bejaht hat,²¹³ geht die deutsche Rechtsprechung und Literaturmeinung einheitlich davon aus, dass dies aufgrund der Personenidentität zwischen Unternehmer und Vertreter nicht möglich ist.²¹⁴ Dieser zweiten Ansicht ist zuzustimmen. Art. 5 Abs. 5 DBA-USA verlangt, dass eine Person für ein Unternehmen tätig wird und dabei eine Vollmacht besitzt Verträge in Namen des Unternehmens abzuschließen. Das Handeln im Rahmen einer Vollmacht setzt dabei einerseits die Übertragung der Vertretungsbefugnis durch Rechtsgeschäft oder Gesetz voraus und andererseits, dass der Vertreter anstelle des durch die Handlungen verpflichteten Unternehmens tätig wird.²¹⁵ Entsprechend müssen Vertreter und Vertretener personenverschieden sein und ein Einzelunternehmer kann auch bei anhaltender Tätigkeit im Quellenstaat keinen Besteuerungsanspruch begründen,²¹⁶ sofern er nicht über eine feste Geschäftseinrichtung verfügt oder sich gewöhnlich im Quellenstaat aufhält.

Trotz der bestehenden Unterschiede ist es möglich über den Grundsatz der Entscheidungsharmonie zu einem gemeinsamen Auslegungsverständnis zu gelangen. Zwar kommt der Verwaltungsauffassung in den USA gesteigertes Gewicht bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen zu, jedoch beschränkt sich der Einfluss im vorliegenden Fall aufgrund der als Revenue Ruling erlassenen Praxis auf die sog. Scidmore deference,217 welche weniger weitreichend als die Chevron deference²¹⁸ ist und eine Berücksichtigung in Abhängigkeit der Überzeugungskraft der Verwaltungspraxis vorsieht.²¹⁹ Des Weiteren haben amerikanische Gerichte deutlich gemacht, dass sie der Verwaltungspraxis bei der Auslegung von DBA lediglich eingeschränktes Gewicht beimessen, wenn diese nicht den Erwartungen der anderen Vertragspartei entspricht.²²⁰ Da bislang kein amerikanisches Obergericht über die Vertretungsberechtigung eines Einzelunternehmers entschieden hat, ist ein einheitliches Auslegungsergebnis im Sinne der deutschen Rechtsprechung möglich und die amerikanische Finanzverwaltung sollte in Anlehnung an den Wortlaut der Regelung die deutsche Rechtsauffassung anerkennen und Einzelunternehmer generell nicht als Vertreter qualifizieren.

bb) Organe einer Gesellschaft als Vertreter

Weiteres Konfliktpotential besteht bei der Frage ob Organe einer Gesellschaft deren Vertreter sein können. In Deutschland ist dies höchstrichterlich bislang nicht entschieden und im Schrifttum stark umstritten, da Geschäftsführer und Vorstände nach der aus dem Gesellschaftsrecht stammenden Organtheorie nicht "für" ein Unternehmen handeln sondern juristische Personen "durch" ihre Organe tätig werden.²²¹ Für die USA ist ein Vertretungsverhältnis für Organe von Kapitalgesellschaften hingegen anzuerkennen, da Geschäftsführer Verträge mit Wir-

- 209 National Westminster Bank v. United States, 512 F.3d 1347 (2008), 1359.
- 210 Gloria, Das steuerliche Verständigungsverfahren und das Recht auf diplomatischen Schutz, 1998, S. 74; Lampert, Doppelbesteuerungsrecht und Lastengleichheit, 2010, S. 73.
- 211 *Mössner*, Zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen in FS *Seidl*-Hohenverldrn, 1988, 403, 406 f.; *Graziano*, RIW 2014, 473, 486.
- 212 Vogel, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964.
- 213 Siehe Rev. Rul. 56-165, 1956-1 C.B. 849; Rev. Rul. 60-249, 1960-2 C.B. 264, modified, Rev. Rul. 70-53, 1970-2 C.B. 172 sowie Williams, Tax Lawyer 1976, 277, 341; Pleijsier, Intertax 2001, 167, 168 f.; Piltz, IStR 2004, 181, 183.
- 214 BFH v. 18.12.1990 X R 82/89, BFHE 163, 360 = FR 1991, 244; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 131; Rehfeld (Fn. 34) Art. 5 Rz. 134; Kofler/Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 9; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 197.
- 215 Vgl. BFH v. 18.12.1990 X R 82/89, BFHE 163, 360 = FR 1991, 244 im nationalen Kontext sowie *Hruschka* (Fn. 19) Art. 5 Rz. 131.
- 216 Buciek, Kann ein Organ einer Kapitalgesellschaft deren "ständiger Vertreter" sein? in Gocke/Gosch/Lang, FS Wassermeyer, 2005, S. 289, 290.
- 217 Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134, 65 S.Ct. 161, 89 L.Ed 124 (1944).
- 218 Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc., 467 U.S. 837 at 843–844, 104 S.Ct. 2778 (1984).
- 219 Siehe für einen Vergleich Merrill/Hickman, Chevron's Domain, 89 Geo. L. J. 833, 854-56 (2001) sowie zum Streit, welcher Art von deference revenue rulings unterliegen Hickman, Unpacking the Force of Law, 66 Vand. L. Rev. 465, 507-509 (2013).
- 220 National Westminster Bank v. United States, 512 F.3d 1347 (2008), 1359.
- 221 Verneinend Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 115; Kofler/Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 9. Bejahend Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 130; Reimer (Fn. 1) Part 2, Rz. 322; Wassermeyer/Kaeser (Fn. 20) Art. 5 MA Rz. 201b.

allgemeinen Intensitätserfordernis für feste Geschäftseinrich-

tungen von sechs Monaten zu orientieren.²³⁰

kung für die Gesellschaft abschließen, ohne dass diese der Gesellschaft direkt zugerechnet werden und damit für das Unternehmen handeln.²²² Im Hinblick auf US-amerikanische Kapitalgesellschaften besteht damit bereits ein gemeinsames Auslegungsverständnis, welches gemäß des Grundsatzes der Entscheidungsharmonie wechselseitig anzuerkennen ist. Für Kapitalgesellschaften deutscher Prägung bildet der Grundsatz der Entscheidungsharmonie ein weiteres Argument Geschäftsführer und Vorstände, bei Vorliegen aller weiteren Voraussetzungen, als Vertreter zu qualifizieren. Ein solches Verständnis ermöglicht es Qualifikationskonflikte und damit Doppelbesteuerung sowie doppelte Nichtbesteuerung im bilateralen Verhältnis zu vermeiden und wahrt den völkergewohnheitsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz (effet utile).223 Für Zwecke des Steuerrechts ist es wenig überzeugend auf die aus dem deutschen Gesellschaftsrecht stammende Organtheorie zurückzugreifen. Vielmehr ist eine abkommensautonome Auslegung vorzugswürdig, welche Wertungswiedersprüche überwindet, indem die Qualifikation eines Angestellten als Vertreter auch dann fortbesteht, wenn dieser mit Geschäftsführungsbefugnissen ausgestattet wird und damit den für die Gesellschaft maßgeblichen Willen bestimmt.²²⁴

Für Gesellschafter von Personengesellschaften ist zu differenzieren ob es sich um eine Personengesellschaft deutscher oder US-amerikanischer Prägung handelt. Während für transparente Personengesellschaften deutscher Prägung die Qualifikation als Vertreter aufgrund der Personenidentität von Prinzipal und Vertreter verneint wird,²²⁵ ist eine Vertretung bei Personengesellschaften US-amerikanischer Prägung möglich, da die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft bevollmächtigt sind.²²⁶ In Übereinstimmung mit den Ergebnissen zur Behandlung von Einzelunternehmern sollte für transparente Personengesellschaften deutscher Prägung wechselseitig keine Vertretungsberechtigung angenommen werden, während für US-amerikanische Personengesellschaften danach zu unterscheiden ist, ob diese für Zwecke des Steuerrechts gemäß des "check-thebox"-Verfahrens²²⁷ als Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften behandelt werden. Lediglich für intransparente Gesellschaften, bei denen die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft bevollmächtigt sind, ist die Vertretungsberechtigung anzuerkennen.

cc) Gewöhnliche Ausübung der Abschlussvollmacht

Zu Qualifikationskonflikten kann es ebenfalls bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der gewöhnlichen Ausübung der Abschlussvollmacht kommen. Zwar entspricht es sowohl der deutschen als auch der US-amerikanischen Auffassung vornehmlich auf den Einzelfall abzustellen, in Zweifelsfällen erfolgt jedoch eine Orientierung an unterschiedlichen zeitlichen Intensitätserfordernis.²²⁸ Während in Deutschland von Schrifttum und Rechtsprechung im Zweifel eine sechsmonatige Tätigkeit gefordert wird, geht das US-amerikanische Schrifttum erst ab einer Dauer von zwölf Monaten von der gewöhnlichen Ausübung einer Abschlussvollmacht aus.²²⁹ Da der Wortlaut der Vorschrift keine Mindestdauer vorsieht, ist es zur Vermeidung von Auslegungsdifferenzen gerade in Zweifelsfällen geboten, ein gemeinsames objektives Kriterium anzuwenden um eine einheitliche Auslegung zu erreichen. In Übereinstimmung mit der Auffassung der OECD ist es vorzugswürdig, sich an dem

In Bezug auf den Einfluss des OECD-Musterkommentars als Mittel zur Auslegung von DBA besteht sowohl in den USA als auch in Deutschland Einigkeit darüber, dass dieser berücksichtigt werden kann. Sofern der Abkommenswortlaut als authentischer Ausdruck des Parteiwillens nicht eindeutig ist und objektive Anzeichen dafür sprechen, dass die Vertragsparteien eine Auslegung im Sinne des Musterkommentars wünschen, stellt dieser ein relevantes Auslegungsmittel dar, um Sinn und Zweck des Vertrags zu ermitteln.²³¹ Der genaue Stellenwert des Musterkommentars im Zuge der Abkommensauslegung ist jedoch umstritten. Während ein Teil des Schrifttums den Musterkommentar als primäres Auslegungsmittel i.S.d. Art. 31 WÜRV ansieht,²³² möchte ein anderer Teil des Schrifttums ihm lediglich einen subsidiären Charakter i.S.d. Art. 32 WÜRV beimessen und ihn erläuternd oder unterstützend für eine sich bereits nach Art. 31 ergebende Auslegungsvariante zu Rate ziehen.²³³ In der deutschen und amerikanischen Rechtsprechung wird der OECD-MK regelmäßig als Auslegungsmittel verwendet zumeist um ein Auslegungsergebnis zu bekräftigen.²³⁴ Der Musterkommentar ist daher geeignet um Qualifikationskonflikte im deutsch-amerikanischen Verhältnis zu vermeiden und die Frage ob die Abschlussvollmacht eines Vertreters gewöhnlich ausgeübt wird sollte, aufgrund des identischen Wortlauts

- 222 Avery Jones/Ward, ET 1993, 154, 160; Wolff (Fn. 77) Art. 5 USA Rz. 49.
- 223 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 13. Aufl. 2012, § 7 Rz. 84; Heintschel von Heinegg in Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 12 Rz. 16.
- 224 Siehe Gliederungspunkt II. 2. a) aa).
- 225 Piltz, IStR 2004, 181, 183; Hruschka (Fn. 19) Art. 5 Rz. 131; Görl (Fn. 19) Art. 5 Rz. 114; Kofler/Schmidt/Simonek, IStR-Beih 2017, 1, 9.
- Williams, Tax Lawyer 1976, 277, 341 ff.; Avery Jones/Ward, ET 1993, 154,
 163; Huston/Williams (Fn. 90) S. 100 ff.; Hynes/Löwenstein (Fn. 90)
 S. 541 ff.; Reimer (Fn. 1) Part 2, Rz. 323 f.
- 227 Das amerikanische Steuerrecht gewährt für bestimmte in- und ausländische Rechtsformen ein Einordnungswahlrecht, das im Formular 8832 (Entity Classification Election) ausgeübt werden kann.
- 228 Vgl. zusammenfassend Ott (Fn. 60) S. 54 ff. Siehe für die USA Tittle (Fn. 63) S. 156.
- 229 Vgl. Gliederungspunkt II. 2. b) dd).
- 230 OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 33.1 mit Verweis auf Tz. 6.
- 231 Vgl. für die USA *ALI* (Fn. 198), S. 38, 54. Siehe für Deutschland m.w.N. *Wassermeyer* in Wassermeyer, DBA, Vor Art. 1 MA Rz. 31 ff. (Stand Oktober 2016)
- 232 Vogel/Prokisch (Fn. 192), S. 19, 30 f.; Ault, Intertax 1994, 144, 146 f.; Prokisch, SWI 1994, 52, 58 f.; Vogel, BIFD 2000, 612, 616; Avery Jones, BIFD 2002, 102 f.; Schnitger, IStR 2002, 407, 408; Weggenmann, IStR 2002, 614, 622 f.; Ditz, IStR 2005, 37, 41; Wassermeyer (Fn. 231), Vor Art. 1 MA Rz. 44; Jankowiak, Doppelte Nichtbesteuerung im Internationalen Steuerrecht, 2009, S. 143; Arnold, BIT 2010, 2, 13; M. Lang, The Interpretation of Tax Treaties and Authentic Languages in FS Ward, 2013, S. 15, 27 ff.; Lehner (Fn. 10) Grdl. Rz. 126b; Schaumburg (Fn. 43) Rz. 19.76.
- 233 Gloria (Fn. 210), S. 91; Engelen, Interpretation of Tax Treaties under International Law, 2004, S. 460; Gosch, ISR 2013, 87, 91 f.; Drüen in Tipke/Kruse, AO/FGO, § 2 AO Rz. 42 (Stand Mai 2014).
- Vgl. für die USA The North West Life Assurance Company of Canada v. Comm'r, 107 T.C. No. 19 (1996); National Westminster Bank, PLC v. United States, 512 F.3d 1347, 1354-1357, 1359, 1361 (2008); Topsnik v. Comm'r, 143 T.C. 240, 259-261 (2014) mit Verweis auf Podd v. Comm'r, T.C. Memo. 1998-418 (1998). Siehe für Deutschland BFH v. 26.2.1992 I R 85/91, BFHE 168, 52; BFH v. 14.9.1994 I R 116/93, BFHE 176, 125 = FR 1995, 238 m. Anm. Kempermann; BFH v. 9.6.2010 I R 94/09, BFHE 230, 321 = FR 2011, 290; BFH v. 8.12.2010 I R 92/09, BFHE 232, 137 = FR 2011, 723; BFH v. 22.6.2011 I R 103/10, BFHE 234, 174 = FR 2011, 1180.

zwischen Art. 5 Abs. 5, 6 DBA-USA und dem OECD-MA, sowohl in den USA als auch in Deutschland nach den Intensitätserfordernissen des OECD-MK entschieden werden.

dd) Ordentliche Geschäftstätigkeit des Vertreters

Zuletzt bestehen Unterschiede in der Auslegung darin, ob es für die Ausübung der Abschlussvollmacht innerhalb der ordentlichen Geschäftstätigkeit des Vertreters auf dessen konkrete Tätigkeit oder auf einen abstrakten Vergleich anhand des jeweiligen Berufsbilds ankommt. Während die amerikanische Finanzverwaltung in Anlehnung an den OECD-MK auf die konkrete Tätigkeit des Vertreters abstellt,235 bezieht sich der BFH²³⁶ sowie ein Teil des deutschen Schrifttums²³⁷ darauf, was nach der Lage des Einzelfalls als verkehrsüblich anzusehen ist. Vorzugswürdig ist es, auf die konkrete Geschäftstätigkeit des Vertreters als Vergleichsmaßstab abzustellen,²³⁸ da sich dieses Verständnis besser mit dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift vereinbaren lässt und der OECD-MK eine gemeinsame Basis für eine einheitliche Auslegung darstellt.²³⁹ Entsprechend sollte die amerikanische Rechtsauffassung zur Verwirklichung von Entscheidungsharmonie anerkannt werden.

Allerdings ist fraglich ob aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des BFH ein einheitliches Auslegungsverständnis über den Grundsatz der Entscheidungsharmonie erreicht werden kann. Zwar bezieht sich der BFH in seiner bisherigen Rechtsprechung auf bereits revidierte DBA,240 in denen die Betriebsstättendefinition in Art. 2 des jeweiligen Abkommens enthalten ist, jedoch entsprechen diese DBA in ihrem Wortlaut dem aktuellen DBA-USA und sehen vor, dass unabhängige Vertreter keine Betriebsstätte begründen, solange sie "im Rahmen ihrer ordentlichen Geschäftstätigkeit handeln". In seinen Urteilen erkennt der BFH an, dass der Wortlaut dieser Vorschrift nicht eindeutig ist und sich auch auf die konkrete Tätigkeit des Vertreters beziehen könnte,²⁴¹ kommt aber zu der Überzeugung auf die Branchenüblichkeit der Tätigkeit abzustellen, da die Qualifikation einer Vertreterbetriebsstätte ansonsten von der bisherigen individuellen Geschäftsgestaltung des Vertreters abhängig wäre und damit keinem objektiv abstrakten Vergleichsmaßstab folgen würde.²⁴² Letztlich ist daher fraglich ob der BFH vor dem Hintergrund des mittlerweile anerkannten Grundsatzes der Entscheidungsharmonie²⁴³ und in Anlehnung an die Auffassung der OECD und der USA im bilateralen Verhältnis zu einer Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechungslinie kommen würde.

IV. Fazit

Die Qualifikation von Vertreterbetriebsstätten ist national und international mit großen Unsicherheiten behaftet. Zwar strebt die OECD im Rahmen des BEPS Projekts eine Änderung des Wortlauts des Art. 5 Abs. 5 und 6 OECD-MA für bestehende DBA durch das Multilaterale Instrument an, für die deutschen DBA wird es hierdurch jedoch zu keiner Änderung kommen, da die Bundesregierung Vorbehalte gegen eine Anpassung in das MLI eingebracht hat. Für die Auslegung der Vertreterbetriebsstätte wird es daher zunächst bei der jetzigen Rechtslage bleiben mit der Folge, dass die bestehende Rechtsunsicherheit zu Auslegungsdifferenzen führt.

Der Grundsatz der Entscheidungsharmonie ist geeignet über die Kenntnisnahme der fremden Rechtposition bestehende Auslegungsdifferenzen im deutsch-amerikanischen Verhältnis zu überwinden. Während der BFH den Grundsatz der Entscheidungsharmonie in seinen Urteilen anerkennt, verweisen amerikanische Gerichte nicht ausdrücklich auf das Institut der Entscheidungsharmonie, beziehen ausländische Quellen aber regelmäßig in ihre Urteilsbegründungen mit ein. Für die strittige Frage ob ein Einzelunternehmer sein eigener Vertreter sein kann, sollte die deutsche Auffassung wechselseitig anerkannt werden, welche gestützt auf den Wortlaut der Regelung keine Personalidentität zulässt. In Bezug auf die gewöhnliche Ausübung der Abschlussvollmacht sollte in Zweifelsfällen als gemeinsames, objektives Kriterium das allgemeine Intensitätserfordernis der OECD für feste Geschäftseinrichtungen von sechs Monaten anerkannt werden. Hingegen sollte in Anlehnung an die amerikanische Auffassung für die Ausübung der Abschlussvollmacht innerhalb der ordentlichen Geschäftstätigkeit des Vertreters auf die konkrete Tätigkeit des Vertreters abgestellt werden, da sich dieses Verständnis besser mit dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Regelung vereinbaren lässt. Fraglich ist jedoch, ob in diesem Punkt ein gemeinsames Auslegungsergebnis erreicht werden kann, da der BFH in seiner bisherigen Rechtsprechung auf das objektive Berufsbild des jeweiligen Vertretungsverhältnisses abgestellt hat. Für die Frage ob Organe einer Gesellschaft deren Vertreter sein können, ist zwischen Kapital- und Personengesellschaften zu unterscheiden. Während eine Vertretungsberechtigung für Kapitalgesellschaften auch von deutschen Rechtsanwendern anerkannt werden sollte, ist bei der Beurteilung von Personengesellschaften auf ihre jeweilige Prägung abzustellen. Aufgrund der Analogie zum Einzelunternehmer sollten Gesellschafter transparenter Personengesellschaften nicht als deren Vertreter qualifiziert werden. Gesellschafter intransparenter US-amerikanischer Personengesellschaften hingegen können deren Vertreter sein, da die Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft bevollmächtigt

Auslegungsdifferenzen über die Reichweite der Abschlussvollmacht, wie sie sich typischerweise aus den zivilrechtlichen Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischen und anglo-ame-

²³⁵ Vgl. Treas. Reg. 1.864-7(d)(3)(i); OECD-MK 2014 zu Art. 5, Tz. 38.7 f. Siehe auch *Tittle*, TNI 2007, 597, 607 ff.; Wolff (Fn. 77), Art. 5 USA Rz. 62; Penn/Nauheim/Rinke (Fn. 63), United States Rz. 57.

²³⁶ BFH v. 30.4.1975 – I R 152/73, BFHE 115, 504; BFH v. 23.9.1983 – III R 76/81, BFHE 139, 411; BFH v. 14.9.1994 – I R 116/93, BFHE 176, 125 = FR 1995, 238 m. Anm. Kempermann.

²³⁷ Hruschka (Fn. 19), Art. 5 Rz. 146; Görl (Fn. 19), Art. 5 Rz. 150.

²³⁸ Reimer (Fn. 19), Art. 5 Rz. 364; Rehfeld (Fn. 34), Art. 5 Rz. 142; Haase in Haase, AStG/DBA, 3. Aufl. 2016, Art. 5 MA Rz. 187.

²³⁹ Siehe Gliederungspunkt II. 2. b) ff).

²⁴⁰ Vgl. Fn. 236

²⁴¹ Vgl. BFH v. 14.9.1994 – I R 116/93, BFHE 176, 125 = FR 1995, 238 m. Anm. Kempermann, Rz. 18 f.

²⁴² BFH v. 14.9.1994 – I R 116/93, BFHE 176, 125 = FR 1995, 238 m. Anm. Kempermann, Rz. 19.

²⁴³ BFH v. 9.10.1985 – I R 128/80, BFHE 145, 341 = FR 1986, 136; BFH v. 2.9.2009 – I R 90/08, BFHE 226, 267 = FR 2010, 244; BFH v. 28.4.2010 – I R 81/09, BFHE 229, 252 = FR 2010, 903 m. Anm. Buciek; BFH v. 4.5.2012 – II R 51/09, BFHE 233, 517; BFH v. 6.6.2012 – I R 6, 8/11, BFHE 237, 346; BFH v. 13.6.2012 – I R 41/11, BFHE 237, 360; BFH v. 11.12.2013 – I R 4/13, BFHE 244, 1; BFH v. 25.11.2015 – I R 50/14, FR 2016, 861 m. Anm. Wassermeyer = BFH/NV 2016, 667.

rikanischen Rechtsordnungen ergeben, indem das Ausüben einer Vollmacht entweder das Handeln im fremden Namen erfordert oder der Vertreter seinen Prinzipal auch beim Handeln im eigenen Namen rechtsverbindlich bindet, würden sich über die Methode der Qualifikationsverkettung lösen lassen, indem das Recht des Quellenstaats für maßgeblich erklärt wird. Auf das DBA-USA ist die Methode der Qualifikationsverkettung jedoch nicht anwendbar. Die USA, wie viele andere Common Law Staaten, haben im DBA mit Deutschland die Anrechnungsmethode vereinbart, verweisen aber entgegen dem Wort-

laut des OECD-MA auf ihre nationalen Anrechnungsvorschriften. Aus deutscher Sicht verhindert die vereinbarte Switchover-Klausel, als explizite Vorschrift zur Vermeidung von Qualifikationskonflikten die Anwendung der Qualifikationsverkettung. Eine Zuordnung des anwendbaren Zivilrechts kann jedoch über die Verweisung in Art. 3 Abs. 2 OECD-MA durch die nationalen Kollisionsnormen des Internationalen Privatrechts erfolgen; auch wenn jeder Vertragsstaat auf sein nationales IPR zurückgreift.

Aus der internationalen Diskussion

Ausgewählt am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen

Andrew Blair-Stanek: Crises And Tax (Duke Law Journal, Vol. 67, S. 1155-1217)

Andrew Blair-Stanek, Professor of Law, University of Maryland Carey School of Law, erörtert in seinem Artikel in drei gedanklichen Schritten die Frage, wie das Recht bestmöglich die negativen Auswirkungen von Naturkatastrophen, Epidemien und Bankencrashs, mithin Krisen verschiedenster Art, abmildern kann. Dazu bedient er sich eines rechtsökonomischen Analyseansatzes und bewertet anhand des Konzeptes der "property" und "liability rules" insbesondere die steuerrechtlichen Maßnahmen der US-amerikanischen Bundessteuerbehörde Internal Revenue Service (IRS) zur Bekämpfung der Banken- und Finanzkrise der Jahre 2008-09.

Im ersten Teil seiner Arbeit erläutert Blair-Stanek die theoretischen Grundlagen des rechtsökonomischen Konzeptes der "property" und "liability rules" und legt die Unterschiede dieser beiden verschiedenen Typen von Rechtsnormen dar. Das genannte Konzept wurde erstmals von den beiden Rechtsprofessoren Guido Calabresi und Douglas Melamed in ihrem im Jahr 1972 publizierten bahnbrechenden Artikel Property Rules, Liability Rules and Inalienability1 vorgestellt und in die rechtswissenschaftliche Diskussion eingeführt. Es geht in seinem intellektuellen Ausgangspunkt auf die Kernaussagen zweier bedeutender US-amerikanischer Urteile² von Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts aus dem Bereich des Deliktsrechts zurück. "Property rules" schützen den Anspruchsinhaber mittels drastischer Rechtsfolgen wie Haft, einstweiliger Anordnung, Ausschluss aus einer Gesellschaft oder Gewinnabschöpfung. Sie erzielen beim Normadressaten eine abschreckende Wirkung. "Liability rules" räumen dem Anspruchsinhaber hingegen nur einen Kompensationsanspruch in Geld wegen der Pflichtverletzung bzw. des Gesetzesverstoßes ein. Beide Arten von Normen unterscheiden sich demnach hinsichtlich ihrer Rechtsfolge. Sie ordnen aber nicht völlig verschiedene Arten von Rechtsfolgen an, sondern diese erstrecken sich auf einer an der Schwere der Rechtsfolge orientierten Skala von keiner Entschädigung bis zur Entschädigung in potentiell unbegrenzter Höhe. Sie divergieren also in der Intensität und nicht in der Art der angeordneten Rechtsfolge. Das Steuerrecht stellt die Befolgung seiner Vorgaben durch die Steuerpflichtigen mithilfe beider Arten von Rechtsnormen sicher. Ein exaktes terminologisches Äquivalent für beide Begriffe findet sich im deutschen Recht nicht. Der Autor weist darauf hin, dass der Begriff "property rules" insofern irreführend bzw. sinnverkürzend ist, als die mit diesem Terminus beschriebenen Rechtsnormen weit mehr als nur Eigentumsansprüche schützen.3 Er erläutert dann die dritte Kategorie der sog. "pliability rules". Dieser Typus Rechtsnorm entspricht im Ausgangspunkt einer "property rule". Infolge bestimmter auslösender Ereignisse ordnet die entsprechende Vorschrift jedoch eine einer "liability rule" entsprechende Rechtfolge an. Dieser Mechanismus ist vor allem in folgendem spezifischen Szenario gesamtökonomisch sinnvoll: wenn es sich um rapide und grundlegend ändernde Umstände, also um eine Krise handelt. Dann wirken "property rules" mit ihren drastischen Rechtsfolgen krisenverstärkend. "Pliability rules" ermöglichen einen Ausgleich divergierender und konkurrierender Interessen und dienen darüber hinaus besser als "property rules" dem Allgemeinwohl. Deshalb sind sie aus rechtsökonomischer Perspektive eine hervorragende Antwort auf Krisenszenarien verschiedenster Art.

Im zweiten Teil seiner Arbeit untersucht und bewertet der Autor die zentralen Reaktionen des IRS auf die Banken- und Finanzkrise der Jahre 2008-09. Er untermauert seine Argumentation mithilfe zahlreicher illustrativer Beispiele. Allen vom IRS eingesetzten Mitteln lag dabei eine zentrale Einsicht der rechtsökonomischen Forschung zugrunde: "property rules" wirken aufgrund ihrer strikten und in ihren Auswirkungen bisweilen drastischen Rechtsfolgen krisenverstärkend. Sie sollten deshalb während Krisen nicht angewendet und durchgesetzt werden. Demnach verblieben dem IRS zwei Optionen: "property rules" temporär nicht durchzusetzen oder aber zeitweilig eine andere Rechtsfolge anzuordnen, etwa statt einer drakonischen Strafe eine umfangsmäßig geringere Kompensationspflicht. Erstere Vorgehensweise führte in den untersuchten Fällen dazu, dass Normverstöße schlicht nicht sanktioniert wurden. Die Normadressaten kamen in den Genuss unerwarteter und ungerechtfertigter Vorteile. Dadurch schuf der IRS ineffiziente Anreize und kreierte letztlich Moral Hazard Probleme. Letztere Vorgehensweise bot den Vorteil, dass sie einerseits negative Externalitäten vermied, damit die Schäden für die gesamte Volkswirtschaft gering hielt und nicht krisenverstärkend wirkte, während sie andererseits die betroffenen Steuerzahler nicht ungerechtfertigt bevorteilte und einen Anreiz zur Normbefolgung bot. Die Analyse der vom IRS zur Bekämpfung der Finanzkrise getroffenen Maßnahmen zeigt also deutlich, dass der temporäre Übergang von "property rules" zu "liability rules" im Gegensatz zur vollständigen Nichtdurchsetzung von "property rules" die schädlichen Auswirkungen von Krisen am effektivsten minimiert und ungewollte Anreize vermeidet. Diese Vorgehensweise bietet Vorteile, wenn sie ad hoc erfolgt. Größer ist der positive Effekt hingegen, wenn bereits generell, vor Eintritt einer bestimmten Krise, im Gesetz solche an strenge Voraussetzungen gebundenen Möglichkeiten vorgesehen sind. Die Behörden können dann im Ernstfall schneller reagieren, Moral

Guido Calabresi/A. Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harvard Law Review 1089, 1092 (1972).

² Ploof v. Putnam, 71 A. 188 (Vt. 1908); Vincent v. Lake Erie Transport Co., 124 N.W. 221 (Minn. 1910).

³ Blair-Stanek schlägt stattdessen den Begriff der "deterrence rule" vor, welcher sich wohl am ehesten mit Abschreckungsregel übersetzen lässt. Er verwendet aber im Folgenden, um der Konsistenz mit der bisherigen Literatur willen, weiterhin den Begriff der "property rules".

Hazard wird a priori unterbunden sowie Transparenz für die Normadressaten geschaffen.

Im dritten Teil zeigt *Blair-Stanek*, dass die Schlussfolgerungen aus der oben beschriebenen Analyse auf andere Rechtsgebiete außerhalb des Steuerrechts übertragbar sind und sich mittels dieser Einsichten auch mithilfe anderer Rechtsgebiete, wie beispielsweise Insolvenz-, Patent- und Verfassungsrecht, Krisen effektiver und besser bekämpfen lassen. Er argumentiert, dass seine Erkenntnisse vor allem deswegen verallgemeinerungsfähig und auf andere Rechtsgebiete übertragbar seien, weil "property" und "liability rules" in allen Rechtsgebieten vorkommen und die ökonomischen Folgen der Anwendung nicht von den Spezifika einzelner Rechtsgebiete abhängen.

Der Autor richtet sich zuletzt mit einem konkreten Appell an den Gesetzgeber, sich diese Erkenntnisse zu vergegenwärtigen und postuliert, präventiv die Möglichkeit eines temporären Wechsels von "property" zu "liability rules" gesetzlich zu verankern, um in Zukunft schneller und flexibler auf nicht vorhersehbare, aber unausweichlich drohende Krisen reagieren zu können

Der Wert des anregenden Beitrags von *Blair-Stanek* liegt neben der Weiterentwicklung des rechtsökonomischen Konzeptes der "property" und "liability rules" insbesondere darin, dass er weit über das im Ausgangspunkt betrachtete Szenario der Reaktion des Steuerrechts auf die Finanzkrise hinausgehende, wertvolle und rechtsökonomisch fundierte Erkenntnisse zur Reaktion des Rechts auf Krisen verschiedenster Natur und deren effektive Bekämpfung bietet.

Julian Pröbstl

Jason S. Oh: Are Progressive Tax Rates Progressive Policy? (New York University Law Review, Vol. 92, S. 1909–1976)

Jason S. Oh, Assistant Professor of Law, UCLA School of Law, geht in seinem Artikel der Frage nach, inwiefern progressive Steuertarife Ausdruck einer progressiven Politik sind. Nahezu jedes Land hat heute ein gesetzliches Einkommensteuertarifsystem etabliert, dessen Grundgedanke es ist, dass jeder zusätzlich verdiente Dollar einer höheren steuerlichen Belastung ausgesetzt ist. Dabei gehen die Politik und ein Großteil der aktuellen Literatur davon aus, dass eine ideale Umverteilung zugunsten der ärmeren Bevölkerungsschicht dadurch erreicht wird, dass der Spitzensteuersatz erhöht und der Eingangssteuersatz gesenkt wird. Damit sei angeblich auch den Interessen der unterschiedlichen Einkommensgruppen bestmöglich gedient, die sich lapidar dahingehend beschreiben lassen, dass die Unterschicht sich ein Steuersystem wünsche, welches den reicheren Teil der Bevölkerung stärker belaste, während die Oberschicht schlicht weniger Steuern zahlen wolle.

Ob eine solche Steuerpolitik tatsächlich eine Entlastung für den Niedriglohnsektor bewirkt, oder ob hierdurch nicht vielmehr einzig den Wünschen der Mittel- und Oberschicht entsprochen wird, während der ärmere Teil der Bevölkerung das Nachsehen hat, stellt eines der Kernanliegen dieses Beitrags dar. Anstelle die Progressivität eines Steuersystems darauf zu beschränken, dass der Eingangssteuersatz reduziert und der Spitzensteuersatz

erhöht wird, sollte man die Anliegen aller Einkommensschichten über die bloße Höhe der Steuerlast hinaus berücksichtigen und das Steuersystem dementsprechend anpassen. Führt man sich nämlich vor Augen, dass eine Senkung des Eingangssteuersatzes unter Anbetracht der Folgewirkungen die "Progressivität" des Steuertarifsystems eigentlich verringert, müssten Steuererhöhungen in diesem Bereich demzufolge einen Anstieg der "Progressivität" herbeiführen. Inwiefern flachere Steuersätze eine progressivere Steuerpolitik darstellen sollen, erklärt der Autor dadurch, dass Steuererhöhungen des Eingangs- und der unteren Grenzsteuersätze den Niedriglohnsektor zwar auf den ersten Blick stärker belasten, da sich die Steuerlast vergrößert. Allerdings gilt dasselbe auch für die Steuerlast der Mittel- und Oberschicht, so dass hierdurch ein weit größerer Einkommenszuwachs des Staates generiert wird, als dies durch eine schlichte Erhöhung des Spitzensteuersatzes der Fall wäre. Diese zusätzlichen Staatseinnahmen können anschließend für eine tatsächliche Umverteilung genutzt werden, indem beispielsweise das Bildungssystem verbessert und die Sozialhilfe¹ großzügiger gestaltet wird. Hinzu kommt, dass die unterste Einkommensschicht ohnehin aufgrund von Steuerfreibeträgen größtenteils von der Steuerlast befreit ist, so dass eine Erhöhung des Eingangssteuersatzes für diese Gruppe irrelevant wäre. Betrachtet man die Progressivität nicht schlicht vor dem Hintergrund der Steuerbelastung, sondern bezieht die Folgewirkungen, also die aus Steuererhöhungen/-senkungen resultierenden zusätzlichen bzw. geringeren Staatseinnahmen, in die Überlegung mit ein, ergibt sich demnach ein anderes Bild. Derartige Zusammenhänge zu erkennen ist jedoch oftmals überaus kompliziert, weshalb die leicht zu vermittelnde Senkung des Eingangssteuersatzes ein nach wie vor beliebtes politisches Instrument bleibt.

Die Verlierer einer solchen Steuerpolitik, die auf eine Senkung des Eingangssteuersatzes sowie der unteren Grenzsteuersätze ausgelegt ist, sind nach Jason S. Oh die aktuelle Unterschicht sowie die künftigen Steuerzahler. Warum diese Politik, die den Interessen eines Großteils der Bevölkerung zuwiderläuft, dennoch aktiv betrieben wird, erklärt der Autor anhand eines dreistufigen politischen Mechanismus: Eine Senkung der unteren Grenzsteuersätze, insbesondere des Eingangssteuersatzes, begünstigt vorrangig den reichen Teil der Bevölkerung. Infolgedessen heißt dieser reiche Bevölkerungsteil eine solche Steuerpolitik gut und kann sie letztlich durch seine überproportionale politische Repräsentation auch konsequent durchsetzen ("The rich usually get their way"). Einen Ausweg aus diesem Dilemma erblickt Jason S. Oh in einem optimalen Steuersystem, welches sich aus einer Kombination aus flach verlaufenden Steuertarifen und großzügigen staatlichen Zuschüssen und Förderungen zusammensetzt. Demnach benötigt eine funktionierende Regierung zwar eine Einkommensteuer, die für alle Bürger gilt, um zunächst ein Minimum an Einnahmen zu generieren. Alle darüber hinausgehenden steuerlichen Einnahmen sind jedoch anschließend gerecht an die Bürger mittels Zuschüssen und Förderungen² zu verteilen. Einen weiteren wesentlichen Vorteil

Der Autor bezieht sich insoweit auf das in den USA geltende "EITC" (Earned Income Tax Credit), ein System der Lohnauffüllung zwecks Armutsbekämpfung.

² Der Autor spricht in diesem Zusammenhang von sog. "demogrants", was eine Zusammensetzung aus "demographic" und "grant" ist, also ein an demografischen Faktoren ausgerichteter Zuschuss.

eines solchen abgeflachten Steuertarifsystems sieht der Verfasser in den sonst mit Steuererhöhungen einhergehenden Verzerrungen des Arbeitsverhaltens von Personen und verdeutlicht dies an folgendem Beispiel: Angenommen eine Person leitet ihre eigene Rechtsanwaltskanzlei und verdient eine Million Dollar im Jahr. Die Überlegung, ob die Person künftig zusätzliche 50.000 Dollar jährlich verdienen möchte, hängt jedenfalls auch von steuerlichen Erwägungen ab. Die Entscheidung darüber, ob mehr Arbeit und demzufolge mehr Verdienst sich lohnen, vollzieht sich dabei aber unabhängig von dem Steuersatz, der auf die ersten 25.000 Dollar des Einkommens entfällt. Ausschlaggebend für diese Entscheidungsfindung ist vielmehr einzig die Höhe des auf die zusätzlichen 50.000 Dollar erhobenen Spitzensteuersatzes. Würde die Regierung demzufolge denjenigen Steuersatz erhöhen, der auf die ersten 25.000 Dollar anfällt (also den Eingangssteuersatz und die unteren Grenzsteuersätze), hätte dies kaum negative Auswirkungen auf die Entscheidung einer Person, ihre Arbeitskraft samt zu versteuerndem Einkommen zu erhöhen. Da aber ein Großteil der Bevölkerung ein jährliches zu versteuerndes Einkommen von mehr als 25.000 Dollar hat, würde eine derartige Steuererhöhung einen immensen Einnahmezuwachs des Staates zur Folge haben, während nur geringfügige Verzerrungen des Arbeitsverhaltens zu befürchten wären. Eine Erhöhung des Spitzensteuersatzes hätte hingegen den exakt gegenteiligen Effekt. Es käme zu gravierenden Verzerrungen des Arbeitsverhaltens der Bevölkerung, während der Staat aufgrund der geringeren Anzahl der von der Steuererhöhung betroffenen Personen vergleichsweise weniger Einnahmen zu verzeichnen hätte.

Der Beitrag soll also ein dahingehendes Umdenken in der Bevölkerung bewirken, als dass die Progressivität eines Steuertarifsystems nicht einzig auf eine Erhöhung des Spitzensteuersatzes und Senkung des Eingangssteuersatzes beschränkt wird, sondern das Tarifsystem ganzheitlicher betrachtet wird. Insbesondere die Auswirkungen der Senkung des Eingangssteuersatzes müssen neu überdacht und an die Interessen der Bevölkerung, allen voran der ärmeren, angepasst werden.

Christian Groeneveld



Flick/Wassermeyer/Kempermann

Doppelbesteuerungsabkommen Deutschland – Schweiz Kommentar. Herausgegeben und bearbeitet von RA/StB Prof. Dr. Dr. h.c. Franz Wassermeyer, RiBFH a.D. Dr. Michael Kempermann, RA/StB Dr. Johannes Baßler und RA/FAStR Dr. Nils Häck sowie 11 weiteren herausragenden Autoren. Loseblatt, rd. 4.000 Seiten in 3 Ordnern. 158,− € bei einem Abonnement für mindestens zwei Jahre. Ergänzungslieferungen etwa zweimal im Jahr. ISBN 978-3-504-26010-1

Das Doppelbesteuerungsabkommen ist die wichtigste Vereinbarung zwischen Deutschland und der Schweiz, nicht zuletzt wegen der traditionell sehr engen bilateralen Wirtschaftsbeziehungen. Dass es auch künftig nicht an Bedeutung verlieren wird, zeigen die laufenden Verhandlungen über seine Revision.

Hellwach bleiben Sie mit dem *Flick/Wassermeyer/Kempermann*: Ausgewiesene Experten aus beiden Ländern versorgen Sie mit topaktuellem Wissen, u. a. zu den Artikeln 9, 10, 15, 15a und 24 DBA-Schweiz sowie zu spezifisch schweizerischen Themen wie der revidierten Expatriates-Verordnung.

Starten Sie mit dieser ausgezeichneten Wortlautkommentierung bestens gerüstet in Ihre Beratungsarbeit. Leseprobe und Bestellung unter **www.otto-schmidt.de/dba**



Endlich Klarheit.





Weitemeyer/Schauhoff/Achatz

Umsatzsteuerrecht für den

Nonprofitsektor MwStSystRL,
deutsches und österreichisches UStG

Herausgegeben von Prof. Dr. Birgit

Weitemeyer, Prof. Dr. Stephan Schauhoff
und Univ.-Prof. Dr. Markus Achatz.

Bearbeitet von mehr als 20 Experten
aus Wissenschaft, Rechtsprechung,
Verwaltung und Praxis. 2018, ca. 1.500

Seiten Lexikonformat, gbd. ca. 160,-€.

Erscheint im Herbst.

ISBN 978-3-504-24008-0.

Karitative Einrichtungen und Institutionen sind ein Beratungsgebiet mit großem Wachstums- und wirtschaftlichem Potenzial.

Dieses neue Handbuch bietet eine umfassende Analyse des geltenden Mehrwertsteuerrechts für die Organisationen im Nonprofitsektor sowie die sie beratenden Fachleute und schafft Rechtssicherheit für die Praxis. Es berücksichtigt das deutsche und österreichische Umsatzsteuergesetz sowie die nationale und europäische Rechtsprechung.

Das Projekt wurde von der Robert Bosch Stiftung gefördert.

Direkt bestellen unter www.otto-schmidt.de/wug

otto**schmidt**

Minimieren Sie Ihr Risiko!



Das Werk zeigt die gesetzlichen Rahmenbedingungen für jede Steuerart und erläutert die jeweiligen Risiken und Gefahren. Fragen zur Schadensabwehr, Rechteverfolgung und zum Schadensausgleich schließen sich an. Musteraufbau für Compliance-Richtlinien im Unternehmen und für ein Compliance-Mandatsangebot sorgen für direkten Praxisbezug. Neu in der 3. Auflage: Tax Compliance in der Umstrukturierung, sämtliche Neuerungen bei der Betriebsprüfung, der Erbschaft- und Schenkungsteuer sowie dem Zollrecht (UZK).

Streck/Mack/Schwedhelm **Tax Compliance** Risikominimierung durch Pflichtenbefolgung und Rechteverfolgung. Von der Partnerschaft Streck/Mack/Schwedhelm. 3. Auflage 2018, ca. 700 Seiten Lexikonformat, gbd. ca. 150,– €. ISBN 978-3-504-25377-6.

Am besten gleich bestellen unter www.otto-schmidt.de/sst3

otto**schmidt**



JETZT 4 WOCHEN GRATIS NUTZEN!

Aktionsmodul Steuerrecht



- Herrmann/Heuer/Raupach Ertragsteuerrecht
- > Rau/Dürrwächter Umsatzsteuerrecht
- > Tipke/Kruse AO/FGO
- > Kapp/Ebeling Erbschaftsteuerrecht
- > Steuerberater-Center

Ihre Online-Bibliothek mit mehr als 30 Prozent Preisvorteil

5 Module, 3 Nutzer, 1 Preis: nur 169 EUR mtl./zzgl. MwSt. statt 280 EUR

Jetzt 4 Wochen gratis nutzen: otto-schmidt.de/aks

otto**schmidt** online























> Herrmann/Heuer/Raupach Ertragsteuerrecht

Ihre umfangreiche Online-Bibliothek mit unverzichtbaren Standardwerken zum Ertragsteuerrecht:

- Wertvoller Großkommentar von Herrmann/Heuer/Raupach zum Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, sechsmal im Jahr umfassend aktualisiert
- · Jährlich aktualisierter Kommentar von Kirchhoff zum Einkommensteuergesetz
- · Garantierte Rechtssicherheit und Zitierfähigkeit
- · Praktische Suchfunktionen nach Themen und Dokumenttypen
- ·Inklusive Selbststudium mit Zertifikat nach § 15 FAO

Jetzt 4 Wochen gratis nutzen: otto-schmidt.de/hhr-modul

Nur 79 EUR mtl./zzgl. MwSt. für 3 Nutzer

Auch im Aktionsmodul Steuerrecht enthalten.

