

Internationale Steuerarbitrage

Georg Kofler und Herbert Kofler

1	Einleitung und Problemstellung	382
2	Kernbereiche internationaler Steuerarbitrage	388
3	Steuerpolitische Aspekte internationaler Steuerarbitrage.....	396
4	Resümee	403

1 Einleitung und Problemstellung

Selbst in globalisierten und teilweise hochintegrierten Märkten differieren die einzelnen nationalen Steuersysteme. Diese Unterschiede können zu Situationen führen, in denen grenzüberschreitend tätige Steuerpflichtige in solider Übereinstimmung mit den Vorschriften der verschiedenen Staaten agieren, aufgrund der unterschiedlichen steuerlichen Tatbestände und Rechtsfolgen aber steuerliche Vorteile erlangen, die bei rein nationaler Tätigkeit nicht zur Verfügung stehen.¹ Wenngleich die Definitionen einer derartigen „internationalen Steuerarbitrage“ im Detail variieren,² entsteht sie im Wesentlichen, „wenn dieselbe Transaktion in zwei oder mehr Steuerrechtsordnungen einer unterschiedlichen Besteuerung unterworfen wird“.³

Die steuerplanerische Nutzung dieser Divergenzen wird zwar bisweilen als „aggressive Steuerplanung“ charakterisiert,⁴ unterscheidet sich aber dennoch konzeptionell klar sowohl vom Ausnutzen eines (unfairen) Steuerwettbewerbs als auch von missbräuch-

¹ Siehe auch die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007), abrufbar unter http://rsw.beck.de/rsw/upload/FDMA/StGestAnzPflG_RefEntw.pdf, bzw die Empfehlungen der Ausschüsse zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2008 (JStG 2008), BR-Drs 544/1/07, S. 76: „Diese Situation kann von dem Steuerpflichtigen zu einer ganzen oder teilweisen Nichtbesteuerung genutzt werden – ein Vorteil, der bei Durchführung dieser Transaktion in nur einer Steuerrechtsordnung nicht bestehen würde“.

² Die erste Definition dieses Phänomens erfolgte – soweit ersichtlich – durch Philip R. West (Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards, 3 Florida Tax Review 1996, S. 147, S. 171), der auf Inkonsistenzen in der steuerlichen Behandlung von Sachverhalten hinwies und darauf basierend „cross-border tax arbitrage“ folgendermaßen umschrieb: „Where this inconsistent treatment produces tax benefits that would not be available if the transaction or item were treated consistently, it may be referred to as cross-border tax arbitrage“. Nachfolgend hat H. David Rosenbloom (International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 137, S. 142 ff) internationale Steuerarbitrage als „taking advantage of differences among country tax systems, usually differences in addressing a common question“, mit dem Resultat wirtschaftlicher Vorteile „beyond those that any single country having an interest in the transaction or situation would accord if the transaction or situation did not have a cross-border element“, charakterisiert. Mit einem gewissen Fokus auf die steuerplanerische Nutzung dieser Unterschiede definiert Reuven S. Avi-Yonah (Comment, 53 Tax Law Review 2000, S. 167) Steuerarbitrage als „exploiting differences between the tax systems of two different jurisdictions to minimize the taxes paid to either or both“. Für umfassende definitorische Untersuchungen siehe zB Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 85 ff, und Kane, M. A., Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage, 53 Emory Law Journal 2004, S. 89, S. 96 ff. Zur Abgrenzung von der (wirtschaftlichen) Arbitrage siehe zB Shaviro, D., Money on the Table?: Responding to Cross-Border Tax Arbitrage, 3 Chicago Journal of International Law 2002, S. 317, S. 321 ff; Kane, M. A., Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage, 53 Emory Law Journal 2004, S. 89, S. 101 ff.

³ Siehe die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie BR-Drs 544/1/07, S. 76.

⁴ Siehe für eine Übersicht Steiner, G., Aggressive Steuerplanung – oder wo das Geld hinfließt, SWI 2007, S. 308 ff.

lichen Gestaltungen.⁵ Während sich missbräuchliche Gestaltungen oftmals in den Grenzbereichen des gesetzten Rechts bewegen und – bisweilen ohne echte wirtschaftliche Substanz – „Schlupflöcher“ oder Ungenauigkeiten im Regelungssystem nutzen, beruht der mögliche Steuervorteil aufgrund reiner internationaler Steuerarbitrage gerade auf der Nutzbarmachung von Unterschieden im Rahmen „echter“ Wirtschaftsvorgänge bei gleichzeitiger und solider Übereinstimmung mit den Vorschriften der beteiligten Jurisdiktionen. Und im Gegensatz zum Steuerwettbewerb tritt internationale Steuerarbitrage gerade auch dann auf, wenn die involvierten Staaten komplexe Steuersysteme unterhalten, sind doch lediglich die Unterschiede zwischen den Steuersystemen, nicht aber deren Regelungsinhalt⁶ oder gar traditionelle Kategorien des Wettbewerbs (zB Steuersätze, Sonderregime etc) relevant;⁷ umgekehrt lassen sich auch die normativen Argumente zu Gunsten des Steuerwettbewerbs – etwa die Effizienzsteigerung oder die optimale Bedürfnisbefriedigung mit öffentlichen Gütern und Dienstleistungen im *Tiebout*-Modell – nicht gleichermaßen auf das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage übertragen. Hinzu tritt schließlich, dass internationale Steuerarbitrage – im Gegensatz zu wirtschaftlicher Arbitrage – nicht durch die Kräfte des Marktes beseitigt, sondern bis zum Gleichgewicht von marginalem Steuervorteil und marginaler Nicht-Steuerkosten geradezu gefördert wird.⁸

Die Erscheinungsformen – und steuerplanerischen Nutzungsmöglichkeiten⁹ – internationaler Steuerarbitrage sind daher ebenso vielfältig wie die unterschiedlich definierten Steuervorteile (zB Verlustverwertung, beschleunigte Abschreibung, Abzug von Zinszahlungen, Schachtelprivilegien etc), die in den beteiligten Steuerrechtsordnungen be-

⁵ Vgl nur Boyle, M., Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, *British Tax Review* 2005, S. 527, S. 528.

⁶ Für eine Analogie zwischen Preisindifferenz im Falle wirtschaftlicher Arbitrage und Regelindifferenz im Falle internationaler Steuerarbitrage siehe vor allem Kane, M. A., Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89, S. 109 ff.

⁷ Für einen umfassenden Vergleich zwischen Steuerwettbewerb und internationaler Steuerarbitrage und möglichen Lösungsvorschlägen siehe zB Edgar, T., Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage, 51 *Canadian Tax Journal* 2003, S. 1079 ff.

⁸ Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 106 ff; Rosenzweig, A. H., Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage, 26 *Virginia Tax Review* 2007, S. 555, S. 565 ff.

⁹ Internationale Steuerarbitrage wurde sogar als das „tax planning of the future“ bezeichnet; siehe Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 *Tax Law Review* 2000, S. 137, S. 166.

stehen.¹⁰ Steuerarbitrage bietet Steuerpflichtigen die – durchaus elegante – Möglichkeit zur Reduktion ihrer weltweiten Steuerlast ohne signifikante Änderungen in der Struktur oder Lokalisierung ihrer wirtschaftlichen Operationen. Vor einer geschickten und mit wirtschaftlicher Substanz erfolgenden Nutzbarmachung bestehender Unterschiede sind auch Staaten mit sophistizierten Steuersystemen nicht immun, zumal Arbitrage weder auf der Einschaltung von Niedrigsteuerregimen beruht, noch unter dem Gesichtspunkt missbräuchlicher Steuerplanung auf Bedenken stoßen sollte.¹¹ Steuerarbitrage kann vielmehr „zulässigerweise die Möglichkeiten nutzen, die sich aus dem fairen Steuerwettbewerb der Staaten ergeben“.¹² Internationale Steuerarbitrage tritt daher *a prima vista* als natürliches Nebenprodukt nicht harmonisierter oder koordinierter Steuersysteme in globalisierten Märkten auf,¹³ wobei selbst relativ kleine Unterschiede substantielle Arbitragemöglichkeiten bieten können.¹⁴ Diese entstehen beispielsweise dadurch, dass ein Steuersubjekt in mehreren Staaten als unbeschränkt steuerpflichtig angesehen wird (zB doppelte Konsolidierung von Verlusten),¹⁵ dass Zahlungen in mehreren Jurisdiktionen unterschiedlich eingeordnet werden (zB Unterschiede in der Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital und der entsprechenden Zahlungsströme),¹⁶ dass Gesellschaften in verschiedenen Jurisdiktionen unterschiedlich charakterisiert werden (zB Umqualifikation von Zahlungsströmen durch Einschaltung hybrider Ge-

¹⁰ Für eine Auflistung möglicher Arbitragesituationen siehe auch § 138 Abs 2 des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie die Erläuterungen in BR-Drs 544/1/07, S. 77 f.

¹¹ Siehe zB Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 137, S. 143: „The beauty of international tax arbitrage, when practiced most skillfully, is that none of the objections to aggressive or abusive tax planning should apply anywhere because, from the vantage point of any single country, there is neither aggressiveness nor abuse“. Siehe auch Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 87 f; Krahnal, A., International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization, 5 Houston Business and Tax Law Journal 2005, S. 98, S. 119; Rosenzweig, A. H., Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage, 26 Virginia Tax Review 2007, S. 555, S. 590 ff.

¹² Siehe die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007), sowie BR-Drs 544/1/07, S. 76.

¹³ So der frühere U.S. Treasury International Tax Counsel, *Hal Hicks*, wonach international Steuerarbitrage „a natural byproduct of the global economy interacting with disparate tax systems“ sei; zitiert nach Stratton, S., Tax Arbitrage not Inherently ‘Evil’, Treasury Official Says, 41 Tax Notes International, Jan. 23, 2006, S. 271.

¹⁴ Siehe zB die ausführliche Untersuchung zur divergierenden Behandlung des Disagios in den USA und Japan bei Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 90 ff; für eine Diskussion der Relevanz des Ausmaßes bestehender Unterschiede vgl auch Kane, M. A., Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage, 53 Emory Law Journal 2004, S. 89, S. 97 ff

¹⁵ Dazu Kapitel 2.2.1.

¹⁶ Dazu Kapitel 2.2.2.

sellschaften),¹⁷ oder dass Wirtschaftsgüter aufgrund unterschiedlicher Zuordnungskonzepte in mehreren Jurisdiktionen berücksichtigt werden (zB „Double-Dip-Leases“).¹⁸ Im weiteren Sinne lassen sich auch die divergierende Auslegung von Abkommensvorschriften¹⁹ oder die unterschiedliche Anwendung von Verrechnungspreisgrundsätzen²⁰ hierzu rechnen.

Erst in den letzten zwei Jahrzehnten ist das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage vermehrt in den Fokus sowohl der Wissenschaft²¹ als auch der nationalen Steuerverwaltungen und Gesetzgeber gerückt. Unklar ist freilich nach wie vor, ob bzw in welchen Situationen internationale Steuerarbitrage konzeptionell überhaupt als (steuerpolitisches) Problem anzusehen ist.²² So wirft sich bereits am Ausgangspunkt die – berechnete – Frage auf, auf Basis welcher steuerpolitischen Überlegungen ein Staat darüber besorgt sein sollte, dass ein Steuerpflichtiger oder eine nahestehende Person steuerliche Vorteile in einem anderen Staat genießt.²³ Einer möglichen Unbedenklichkeitsbescheinigung für internationale Steuerarbitrage werden allerdings verschiedene Überlegungen entgegengehalten, die von der Annahme eines Prinzips der Einmalbe-

¹⁷ Dazu Kapitel 2.2.3.

¹⁸ Dazu Kapitel 2.2.4.

¹⁹ In diesem Sinne § 138 Abs 2 Nr 5 des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007).

²⁰ Siehe dazu etwa Rosenbloom, H. D., Arbitrage and Transfer Pricing, in 2000 World Tax Report. Report of the Proceedings of the First World Tax Conference: Taxes Without Borders, hrsg. von der Canadian Tax Foundation, Toronto 2000, S. 35:1 ff, und aus volkswirtschaftlicher Sicht Choe, C./Hyde, C. E., Multinational Transfer Pricing, Tax Arbitrage and the Arm's Length Principle, 83 Economic Record 2007, S. 398 ff.

²¹ Siehe insb West, P. R., Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards, 3 Florida Tax Review 1996, S. 147; Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the "International Tax System", 53 Tax Law Review 2000, S. 137; Harter, L. G., International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?, 41 Tax Management Memorandum, Apr. 24, 2000, S. 139; Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79; Shaviro, D., Money on the Table?: Responding to Cross-Border Tax Arbitrage, 3 Chicago Journal of International Law 2002, S. 317; Kane, M. A., Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage, 53 Emory Law Journal 2004, S. 89; Shaviro, D. N., More Revenues, Less Distortion? Responding to Cross-Border Tax Arbitrage, 1 NYU Journal of Law and Business 2004, S. 113; Boyle, M., Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, British Tax Review 2005, S. 527; Rosenzweig, A. H., Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage, 26 Virginia Tax Review 2007, S. 555; Avi-Yonah, R. S., Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime, Bulletin for International Taxation 2007, S. 130 = Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 73 (January 2007); siehe auch Dell'Anese, L., Tax Arbitrage and the Changing Structure of International Tax Law, Mailand 2006.

²² Dazu Kapitel 3.

²³ Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the "International Tax System", 53 Tax Law Review 2000, S. 137 ff, insb S. 147 und S. 154; siehe auch West, P. R., Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards, 3 Florida Tax Review 1996, S. 147, S. 171 ff.

steuerung als Baustein eines „internationalen Steuerregimes“ über Argumente der Effizienz und Gerechtigkeit bis zu staatlichen Fiskalinteressen rangieren.²⁴

In der Rechtswirklichkeit ist die Reaktion der Staaten und internationalen Organisationen auf das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage beschränkt, inkonsistent und keineswegs international koordiniert.²⁵ Lediglich punktuell haben einige Staaten einzelne Arbitragevorgänge einer gesetzlichen Regelung zugeführt, freilich zumeist ohne gleichermaßen die negativen Effekte divergierender Steuersysteme und daraus resultierende Doppelbesteuerungseffekte systematisch einzubeziehen.²⁶ So erfolgte etwa in den USA bereits 1986 – freilich primär aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit amerikanischer Unternehmen²⁷ – eine legislative Reaktion auf die mögliche Verlustverwertung in zwei Jurisdiktionen durch die Einschaltung doppelt ansässiger Gesellschaften;²⁸ andere Staaten sind diesem Beispiel gefolgt.²⁹ Erst in der jüngeren Vergangenheit ist überdies die Ausnutzung von Qualifikations- und Zurechnungskonflikten – etwa im Falle hybrider Gesellschaften – in das Blickfeld gerückt und hat zu unilateralen Gegenmaßnahmen geführt;³⁰ andere Varianten internationaler Steuerarbitrage scheinen demgegenüber hingegenommen zu werden.³¹ Allerdings wird bzw wurde in mehreren

²⁴ Siehe dazu unten Kapitel 3.2.

²⁵ Zur Koordinierung einzelstaatlicher Maßnahmen finden sich lediglich vereinzelt – wenig befriedigende – Ansätze in bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen. Siehe etwa zur Behandlung hybrider und doppelansässiger Gesellschaften im DBA zwischen den USA und dem Vereinigten Königreich zB West, P. R., Highlights of the New U.S.-U.K. Tax Treaty, 92 Tax Notes, July 30, 2001, S. 663, S. 666.

²⁶ Für den Ansatz der OECD zu Doppelbesteuerungseffekten bei hybriden Gesellschaften siehe aber OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No. 6, 1999, sowie Art 23 Tz 32.1 ff OECD-MK.

²⁷ Zu den Überlegungen im Hinblick auf den möglichen Wettbewerbsvorteil ausländischer Unternehmen siehe etwa Harter, L. G., International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?, 41 Tax Management Memorandum, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 144, und Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 137, S. 144 ff.

²⁸ Siehe § 1503(d) Internal Revenue Code (IRC), und dazu unten Kapitel 2.2.1.

²⁹ Für das Vereinigte Königreich siehe § 404 Income and Corporate Tax Act und dazu beispielsweise Hardy, D. R., A Company Without a Country: The Dual Consolidated Loss Regime, 84 Tax Notes, Aug. 2, 1999, S. 747, S. 756; für Deutschland siehe § 14 Abs 1 Nr. 5 KStG und dazu beispielsweise Bogenschuetz, E./Wright, K., Change Begets More Change: The Permanent German Tax Reform, 25 Tax Notes International, Mar. 11, 2002, S. 1125, S. 1132 f.

³⁰ Siehe unten Kapitel 2.2.2. und 2.2.3. Zum Vorschlag einer weitreichenden Autorisierung der US-Finanzverwaltung zum Ergreifen von Maßnahmen gegen hybride Gesellschaften und Transaktionen siehe Treasury Department’s General Explanations of the Clinton Administration’s Revenue Proposals for Fiscal Year 1999 (Feb. 2, 1998), S. 144 ff, abrufbar unter <http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/grnbk98.pdf>.

³¹ Siehe auch Sheppard, L., Cross-Border Tax Arbitrage, ‘Hybridität,’ Mules, and Hinnies, 16 Tax Notes International, Feb. 23, 1998, S. 579, S. 581; Harter, L. G., International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?, 41 Tax Management Memorandum, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 144.

Staaten die Einführung von Meldepflichten im Hinblick auf Arbitragetransaktionen überlegt,³² wengleich diese Maßnahmen keine unmittelbaren materiellsteuerrechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen würden.³³ Vielmehr sollte es der Finanzverwaltung dadurch ermöglicht werden, „legale, jedoch unerwünschte Gestaltungen früher als bisher [zu] erkennen und entsprechende Maßnahmen auf Verwaltungsebene [zu] ergreifen oder Maßnahmen gesetzgeberischer Art“ anzulegen.³⁴ Dennoch bleibt festzuhalten, dass das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage mehr und mehr in den Fokus der nationalen Gesetzgeber rückt und Staaten wie die USA,³⁵ das Vereinigte Königreich³⁶ oder Australien³⁷ Vorreiterrollen übernommen haben; vor allem dem Joint International Tax Shelter Information Centre (JITSIC) dieser drei Staaten und Kanada wird in diesem Bereich erhebliche Bedeutung zugeschrieben.³⁸ Überdies bleibt abzuwarten, ob internationale Steuerarbitrage aufgrund ihrer in der Praxis offenbar bisweilen bestehenden Nähe zu missbräuchlichen Gestaltungen oder gar zur

³² So der deutsche Gesetzesentwurf zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie BR-Drs 544/1/07, S. 64 ff, der bei gewissen Arbitragevorgängen, die zur Vermeidung oder zum Aufschub deutscher Ertragsbesteuerung oder der Schaffung von Ansprüchen auf Steuererstattung oder Steueranrechnung führen, eine strafbewehrte Anzeigepflicht des „Vermarkters“ vorsah. Dieser Vorschlag ist aber letztlich nicht in das Jahressteuergesetz 2008 (dBGBl 2007 I S. 3150) aufgenommen worden. Vgl dazu etwa Kessler, W./Eicke, R., Anzeigepflicht für Steuergestaltungen nach § 138a AO durch das JStG 2008 – Transparente Perspektiven für die Finanzverwaltung, BB 2007, S. 2370 ff, sowie Eckhardt, Th., Germany to Strengthen Avoidance Rules, 47 Tax Notes International, Aug. 20, 2007, S. 709, S. 710 f, Ehlermann, Ch./Nakhai, K., Germany Launches Attack on Tax Planning Structures, 47 Tax Notes International, July 23, 2007, S. 316, S. 317 ff, und Kessler, W./Eicke, R., Legal but Unwanted: The German Tax Planning Disclosure Draft, 48 Tax Notes International, Nov. 5, 2007, S. 577 ff. Für einen vergleichbaren, mittlerweile aber zurückgezogenen Vorschlag in Frankreich siehe West, P. R., Antiabuse Rules and Policy: Coherence or Tower of Babel? 49 Tax Notes International, Mar. 31, 2008, S. 1161 ff. Für einen Rechtsvergleich im Hinblick auf die – eher auf missbräuchliche Gestaltungen ausgerichteten – Anzeigepflichten in den USA und im Vereinigten Königreich siehe Kessler, W./Eicke, R., Anzeigepflicht für Steuergestaltungen nach § 138a AO durch das JStG 2008 – Transparente Perspektiven für die Finanzverwaltung, BB 2007, S. 2370, S. 2375 ff.

³³ In den USA wurde das Vorliegen von Steuerarbitrage als ein mögliches Kriterium für die Offenlegungspflicht hinsichtlich gewisser „Tax Shelter“-Transaktionen erwo-gen; siehe Treas. Reg. § 1.6011-4T(b)(3)(F).

³⁴ Siehe die Begründung zu § 138a AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007), und BR-Drs 544/1/07, S. 69.

³⁵ Für Analysen siehe die Nachweise in Fußnote 21.

³⁶ Siehe etwa Boyle, M., Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, British Tax Review 2005, S. 52 ff.

³⁷ Für eine Übersicht siehe etwa King, A./McCartin, P., Developments in Cross Border Financial Transactions – Australian Tax Office Perspective, abrufbar unter http://www.ato.gov.au/content/downloads/NTLG_00100255_Cross_Border.pdf.

³⁸ Siehe abermals Boyle, M., Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, British Tax Review 2005, S. 52, S. 533 ff, sowie Nutt, A., IRS, U.K. Revue Sharing Info on Abusive Tax Arbitrage, 44 Tax Notes International, Dec. 11, 2006, S. 844.

Steuerhinterziehung vermehrt in das Blickfeld internationaler Bemühungen innerhalb der OECD rückt.³⁹

Eine umfassende Untersuchung des Phänomens der internationalen Steuerarbitrage vermag dieser Beitrag nicht zu leisten. Vielmehr sollen die kurze Charakterisierung der traditionellen Kernbereiche internationaler Steuerarbitrage (Kapitel 2) und die Überlegungen zu den steuerpolitischen Implikationen sowie möglichen Handlungsalternativen (Kapitel 3) auf Basis der weitgediehenen Überlegungen in den USA einen Anstoß zur weiteren wissenschaftlichen Diskussion dieser Thematik im deutschen Sprachraum bieten. Vorauszuschicken bleibt freilich, dass – selbst wenn man internationale Steuerarbitrage als aufzugreifendes Problem erachtet – generelle Lösungen wohl nur schwer zu finden sein werden.⁴⁰

2 Kernbereiche internationaler Steuerarbitrage

2.1 Doppelt ansässige Gesellschaften

Steuerarbitrage durch doppelt ansässige Gesellschaften beruht zunächst auf dem Umstand, dass Staaten oftmals unterschiedliche Kriterien für die steuerliche Ansässigkeit einer Gesellschaft vorsehen (zB Inkorporation, Ort der Geschäftsleitung, Kontrolle). Aus einer doppelten Ansässigkeit auf Basis dieser divergierenden Kriterien kann freilich auch die doppelte Berücksichtigung von Vorteilen in zwei Staaten resultieren.⁴¹ Der typische „Double-Dip Effekt“ entsteht vor allem dadurch, dass Verluste einer doppelt ansässigen Gesellschaft durch Einbeziehung dieser Gesellschaft in die Gruppenbesteuerung bzw Konsolidierung zweier Staaten in beiden Staaten das Einkommen der jeweiligen Gruppe und damit auch die Steuerbelastung in beiden Staaten mindert

³⁹ Siehe diesbezüglich vor allem die „Seoul Declaration“ (Sept. 2006) und das nachfolgende „Cape Town Communiqué“ (Jan. 2008), abrufbar unter www.oecd.org.

⁴⁰ Entsprechend zurückhaltend äußerte sich auch der deutsche Gesetzesentwurf zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen hinsichtlich möglicher steuerpolitischer Implikationen internationaler Steuerarbitrage: „Inwieweit auf Steuerarbitrage steuerpolitisch reagiert werden soll, hängt von dem Gewicht ab, das den verschiedenen Faktoren beigelegt wird, z.B. Herstellung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, Aufkommenswirksamkeit der Steuergestaltung usw“. Siehe die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie BR-Drs 544/1/07, S. 77.

⁴¹ Gerade auch aufgrund der Auswirkungen der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit auf das nationale Gesellschaftsrecht werden doppelt ansässige Gesellschaften in der EU in Zukunft ein zunehmendes Phänomen werden; siehe zuletzt auch die Schlussanträge *GA Poaires Maduro* 22. 5. 2008, C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*.

(sog. „Dual Consolidated Loss“);⁴² ähnliche Situationen können auch aufgrund einer doppelten Zuordnung von Aufwendungen in Betriebsstättensituationen entstehen. Explizite gesetzgeberische Reaktionen auf die Gefahr einer doppelten Verlustverwertung durch doppelt ansässige Gesellschaften finden sich beispielsweise in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland.⁴³

Bereits in den 1980er Jahren hat der amerikanische Gesetzgeber im Tax Reform Act 1986 ein „Dual Consolidated Loss Regime“ in § 1503(d) des Internal Revenue Code (IRC) als Reaktion auf die spezifischen Bedenken geschaffen, dass UK-Unternehmen durch eine doppelt ansässige Finanzierungsstruktur einen kompetitiven Vorteil im Hinblick auf die Übernahme von US-Unternehmen erlangen könnten.⁴⁴ Die Grundstruktur lief darauf hinaus, dass der UK-Übernehmer für die Zwecke der Akquisition eine Tochtergesellschaft in den USA inkorporieren würde, die nicht nur auf Basis der Inkorporation gem § 7701(a)(4) IRC in den USA, sondern auf Basis des britischen „Management and Control“-Tests auch im Vereinigten Königreich ansässig wäre. Die Tochtergesellschaft würde sodann den Erwerb fremdfinanzieren und aufgrund der Zinsaufwendungen einen Verlust erwirtschaften. Nach damaligem Recht konnte die doppelt ansässige Gesellschaft sowohl in die amerikanische Konsolidierung mit der übernommenen Gesellschaft einbezogen werden, als auch konnte die doppelt ansässige Gesellschaft nach den britischen Group Relief-Bestimmungen ihren Verlust an die britische Muttergesellschaft übertragen. Die Zinsaufwendungen wirkten sich dementsprechend in beiden Jurisdiktionen einkünftemindernd aus. Die USA haben 1986 auf derartige Strukturen – sowohl für Inbound- wie auch für Outbound-Strukturen – in § 1503(d) IRC ein Regelwerk geschaffen, das eine doppelte Verlustverwertung durch doppelansässige Gesellschaften unterbinden soll; dieses Regime wurde 1988 auf

⁴² Dazu Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 137 ff, S. 144 ff; Harter, L. G., International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?, 41 Tax Management Memorandum, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 141 f; Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 95 ff; Rosenzweig, A. H., Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage, 26 Virginia Tax Review 2007, S. 555, S. 561 f. Siehe auch die Beiträge in Hausmann, R./van Raad, K./Raupach, A./Veelken, W. (Hrsg), Steuergestaltung durch doppelt ansässige Gesellschaften?, München 1988, sowie Ebert, S., Der Ort der Geschäftsleitung in internationalen Holding-Konzernstrukturen, *ISIR* 2005, 534 ff.

⁴³ Für eine rechtsvergleichende Übersicht siehe zB Hardy, D. R., A Company Without a Country: The Dual Consolidated Loss Regime, 84 Tax Notes, Aug. 2, 1999, S. 747 ff.

⁴⁴ Siehe zB S. Rep. No. 99-313, S. 420 (1986), und dazu auch Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 137, S. 144 ff, und Harter, L. G., International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?, 41 Tax Management Memorandum, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 144.

Betriebsstätten ausgedehnt.⁴⁵ Solche Verluste können nur dann für Zwecke des US-Steuerrechts verwertet werden, wenn der Steuerpflichtige verbindlich zusichert, dass kein Teil des Verlusts im Ausland verwertet werden wird; selbst diese Einfachverwertung wird auf Basis der sog. „Mirror Legislation“-Bestimmung⁴⁶ aber dann versagt, wenn der andere Staat vergleichbare Regeln implementiert hat, zumal es aus US-Sicht als unerwünscht angesehen wurde, dass der Aufkommenseffekt aus der gesetzgeberischen Attacke auf doppelt ansässige Strukturen ausschließlich dem ausländischen Fiskus zu Gute kommen sollte.⁴⁷ Spezifische Probleme werfen sich daher in jenen Situationen auf, in denen andere Staaten ähnliche Regime implementiert haben, wie zB das Vereinigte Königreich in § 404 Income and Corporate Tax Act⁴⁸ oder Deutschland in § 14 Abs 1 Nr. 5 KStG.⁴⁹ Hier kann es dazu kommen, dass der Verlust einer doppelansässigen Gesellschaft oder einer Betriebsstätte in keinem der beteiligten Staaten Berücksichtigung finden kann – ein Ergebnis, das zumindest in Betriebsstättensituationen dem jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen zuwiderlaufen würde. Zur Vermeidung einer solchen Situation haben sich unlängst die USA und das Vereinigte Königreich auf eine generelle Lösung zur Einmalberücksichtigung von Betriebsstättenverlusten verständigt.⁵⁰

2.2 Hybride Finanzinstrumente

Internationale Steuerarbitrage durch hybride Finanzinstrumente beruht auf der unterschiedlichen Qualifikation dieser Instrumente durch die beteiligten Jurisdiktionen (Eigen- bzw Fremdkapital) mit der typischen Konsequenz, dass Zahlungen in mehreren Steuerrechtsordnungen unterschiedlich eingeordnet werden; während eine Jurisdiktion die Zahlungen als Dividenden betrachtet und allenfalls eine Begünstigung (zB Schach-

⁴⁵ § 1503(d)(3) IRC; siehe dazu im Detail zB Hardy, D. R., A Company Without a Country: The Dual Consolidated Loss Regime, 84 Tax Notes, Aug. 2, 1999, S. 747 ff, insb S. 757 ff, sowie Blessing, P., The U.S. Dual Consolidated Loss Rules: An Analysis and Reappraisal, Der Konzern 2003, S. 113 ff und S. 203 ff.

⁴⁶ Treas. Reg. § 1.1503-2(c)(15)(iv) bzw nunmehr Treas. Reg. 1.1503(d)-3(e)(1)(i-iii).

⁴⁷ Siehe etwa Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 153 f.

⁴⁸ Vgl zB Hardy, D. R., A Company Without a Country: The Dual Consolidated Loss Regime, 84 Tax Notes, Aug. 2, 1999, S. 747, S. 756.

⁴⁹ Vgl zB Bogenschuetz, E./Wright, K., Change Begets More Change: The Permanent German Tax Reform, 25 Tax Notes International, Mar. 11, 2002, S. 1125, S. 1132 f.

⁵⁰ Siehe das United Kingdom/United States Dual Consolidated Loss Competent Authority Agreement, abrufbar unter http://www.irs.gov/pub/irs-ull/uk_competent_authority_agreement_10_5_06.pdf, und den Bericht von Cussons, P., Competent Authority Agreement – UK/US Dual Consolidated Loss, British Tax Review 2007, S. 6 ff.

telprivileg, indirektes Anrechnungsguthaben) gewährt, qualifiziert sie die andere als abzugsfähige Zinszahlungen.⁵¹ Die Reaktionen auf derartige Varianten der internationalen Steuerarbitrage sind unterschiedlich,⁵² eine international akzeptierte Lösung ist nicht ersichtlich. In diese Kategorie lässt sich im weitesten Sinne auch die divergierende Behandlung im Hinblick auf die zeitliche Erfassung von Einkünften rechnen. Lässt beispielsweise der Staat des Schuldners den raterlichen Betriebsausgabenabzug für wirtschaftlich aufgelaufene Zinsen bei einer Nullkuponanleihe oder einer Anleihe mit Disagio zu, während der Staat des Gläubigers diese Zinsen erst bei Zahlung besteuert, ist eine Situation für (zeitliche) Steuerarbitrage geschaffen.⁵³

⁵¹ Für eine umfassende Diskussion siehe vor allem Duncan, J. A., Generalbericht, in: Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions, CDFI 85a, hrsg. von der International Fiscal Association, 2000, S. 51 ff, sowie Krahnal, A., International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization, 5 Houston Business and Tax Law Journal 2005, S. 98 ff; siehe auch Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the "International Tax System", 53 Tax Law Review 2000, S. 137, S. 142; Harter, L. G., International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?, 41 Tax Management Memorandum, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 148; Rosenzweig, A. H., Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage, 26 Virginia Tax Review 2007, S. 555, S. 563.

⁵² In Deutschland wird das Entstehen „weißer Einkünfte“ durch eine Versagung des – innerstaatlichen und abkommensrechtlichen – Schachtelprivilegs durch § 8b Abs 1 Satz 2 und 3 KStG in Abhängigkeit von der Einkünftewirkung bei der leistenden Körperschaft verhindert (vgl. Dallwitz, H./Mattern, O./Schnitger, A., Beeinträchtigung grenzüberschreitender Finanzierung durch das JStG 2007, *DSiR* 2007, S. 1697, S. 1701 f). In den Niederlanden wird das Schachtelprivileg nur für jene Zinszahlungen auf unilateral als Eigenkapitalfinanzierung qualifizierte Fremdfinanzierung gewährt, für die bescheinigt wird, dass die Zinszahlungen auf dieses Darlehen im Land des Darlehensnehmers steuerlich nicht abzugsfähig sind (siehe Galavazi, H., Niederlande: Steuerrechtliche Änderungen beim Schachtelprivileg, Regelungen über hybride Darlehen und weitere Eckpunkte im Tax Plan 2002-II, *IStR* 2002, S. 12, S. 14). Dänemark nimmt unter gewissen Voraussetzungen in Abhängigkeit von der Behandlung eines hybriden Finanzinstruments nach ausländischem Recht eine unilaterale Umqualifikation von Fremd- in Eigenkapital vor (siehe Bundgaard, J., Cross-Border Tax Arbitrage Using Inbound Hybrid Financial Instruments Curbed in Denmark by Unilateral Reclassification of Debt into Equity, *Bulletin for International Taxation* 2008, S. 33 ff). Für die australischen Maßnahmen gegen internationale Steuerarbitrage siehe vor allem King, A./McCartin, P., Developments in Cross Border Financial Transactions – Australian Tax Office Perspective, abrufbar unter http://www.ato.gov.au/content/downloads/NTLG_00100255_Cross_Border.pdf, und für die Bedeutung der britischen Anti-Arbitragerregeln im Hinblick auf Zinszahlungen siehe Devereux, M. P./Mokkas, S./Pennock, J./Wharrad, P., Interest Deductibility for UK Corporation Tax, Oxford University Centre for Business Taxation, December 2006, S. 20 f.

⁵³ Siehe zB die ausführliche Untersuchung zur divergierenden Behandlung des Disagios in den USA und Japan bei Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 90 ff; zur Einschränkung der Abzugsfähigkeit wirtschaftlich aufgelaufener, aber nicht bezahlter Zinsen in den USA im Verhältnis zu nahestehenden Personen siehe aber § 163(e)(3) IRC.

2.3 Hybride Gesellschaften

Von einer hybriden Gesellschaft spricht man, wenn eine Körperschaft oder Personenvereinigung in der einen Steuerrechtsordnung als Steuersubjekt und in der anderen nicht als Steuersubjekt qualifiziert wird.⁵⁴ Derartige Gebilde sind seit jeher – vor allem aber seit der Einführung des „Check-the-Box-Regimes“⁵⁵ in den USA und ähnlicher Optionsmöglichkeiten in anderen Staaten⁵⁶ – die Quelle zahlreicher Arbitragemöglichkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Umqualifikation von Zahlungsströmen.⁵⁷ Gerade die Ausnutzung von Zurechnungskonflikten im Falle hybrider Gesellschaften ist in jüngerer Zeit in das Blickfeld der nationalen Gesetzgeber gerückt und hat zu Gegenmaßnahmen zB in den USA,⁵⁸ dem Vereinigten Königreich⁵⁹ und Deutschland⁶⁰ geführt; auch auf Ebene der OECD wurde im Rahmen des Partnership Reports und der nachfolgenden Änderungen des OECD-MA und des OECD-MK die Problematik hybrider Gesellschaften explizit aufgegriffen.⁶¹

⁵⁴ Eine Übersicht zu deutsch-amerikanischen Strukturen findet sich bei Djanani, Ch./Brähler, G., Internationale Steuerplanung durch Ausnutzung von Qualifikationskonflikten – dargestellt am Verhältnis Deutschland-USA, *StuW* 2007, S. 53 ff.

⁵⁵ *Treas. Reg.* §§ 301.7701-2, -3.

⁵⁶ Siehe dazu Kessler, W./Eicke, R., Anzeigepflicht für Steuergestaltungen nach § 138a AO durch das JStG 2008 – Transparente Perspektiven für die Finanzverwaltung, *BB* 2007, S. 2370, S. 2373.

⁵⁷ Dazu zB Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 96 ff; Rosenzweig, A. H., Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage, 26 *Virginia Tax Review* 2007, S. 555, S. 562 f

⁵⁸ § 894(c) IRC und *Treas. Reg.* § 1.894 (Einschränkung von DBA-Vorteilen); siehe auch Notice 98-11 (1998-6 I.R.B. 18) betreffend Planungstechniken mit hybriden Gesellschaften zur Vermeidung der Hinzurechnungsbesteuerung, zurückgezogen durch Notice 98-35 (1998-27 I.R.B. 35), und dazu etwa Harter, L. G., International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?, 41 *Tax Management Memorandum*, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 143 f.

⁵⁹ Siehe zu den britischen Anti-Arbitrage-Regelungen betreffend „Double Dips“ etwa Elphicke, Ch., The Proposed U.K. ‘Tax Arbitrage’ Legislation, 39 *Tax Notes International*, Aug. 15, 2005, S. 623 f; Ball, S., Finance (No.2) Act Notes: Arbitrage – Sections 24-31 and Schedule 3, *British Tax Review* 2005, S. 491 ff; Boyle, M., Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, *British Tax Review* 2005, S. 527 ff; vgl auch West, P. R., Antiabuse Rules and Policy: Coherence or Tower of Babel? 49 *Tax Notes International*, Mar. 31, 2008, S. 1161 ff.

⁶⁰ Siehe den durch das Jahressteuergesetz 2007 (BGBl 2006 I S. 2878) eingefügten § 50d Abs 9 dEStG, wonach im Falle gewisser Qualifikationskonflikte die Freistellung von Einkünften auf Grund von Doppelbesteuerungsabkommen ausgeschlossen wird, wenn die Einkünfte im anderen Staat nicht besteuert werden; siehe dazu auch die auf den Arbeiten der OECD basierende Begründung in BT-Drs 16/2712, S. 61 ff, und die Analyse bei Vogel, K., Neue Gesetzgebung zur DBA-Freistellung, *IStr* 2007, S. 225 ff, und Dallwitz, H./Mattern, O./Schnitger, A., Beeinträchtigung grenzüberschreitender Finanzierung durch das JStG 2007, *DStR* 2007, S. 1697 ff.

⁶¹ Für den Ansatz der OECD zur Doppelbesteuerungseffekten bei hybriden Gesellschaften siehe OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No. 6, 1999, sowie Art 23A Abs 4 OECD-MA und Art 23 Tz 32.1 ff OECD-MK.

So hat beispielsweise der amerikanische Gesetzgeber im Taxpayer Relief Act 1997 durch Einfügung des § 894(c) IRC auf eine Form der internationalen Steuerarbitrage reagiert, bei der ausländische (insb kanadische) Unternehmen durch die Einschaltung einer hybriden Gesellschaft Wettbewerbsvorteile in der Finanzierung ihrer Tochtergesellschaften in den USA lukrieren konnten. Kanadische multinationale Unternehmen hatten ihre US-Tochtergesellschaften über eine US Limited Liability Company (LLC) finanziert, indem Eigenkapital an die LLC übertragen und dieses als Fremdkapital an die US-Tochtergesellschaft weitergeleitet wurde. Nach den Qualifikationsvorschriften der beteiligten Jurisdiktionen wurde die LLC für US-Zwecke als steuertransparentes Gebilde, für kanadische Zwecke hingegen als steuerpflichtige Gesellschaft qualifiziert. Die Zinszahlungen der US-Tochtergesellschaft an die LLC wurden daher aus amerikanischer Sicht als abzugsfähige Zinszahlungen an die kanadische Muttergesellschaft gewertet, die lediglich einer abkommensrechtlich auf 10% reduzierten Quellensteuer unterlagen, während aus kanadischer Sicht ein Dividendenfluss von der LLC an die kanadische Muttergesellschaft vorlag, der in Kanada nicht besteuert wurde.⁶² Die Einfügung des § 894(c) IRC sollte derartige Strukturen dadurch verhindern, dass Abkommensvorteile dann versagt werden, wenn – vereinfacht – aus US-Sicht der Empfänger von der anderen Jurisdiktion nicht als Zurechnungssubjekt angesehen wird, die andere Jurisdiktion das fragliche Einkommen nicht besteuert und ein Doppelbesteuerungsabkommen keine Regelungen für die Behandlung transparenter Einheiten vorsieht.⁶³

Die Bestimmung des § 894(c) IRC hat allerdings eine weitere Form der internationalen Steuerarbitrage – den Einsatz sogenannter „Domestic Reverse Hybrids“ oder „DRHs“ – nicht unmittelbar angesprochen. Bei diesen Strukturen wurde zwischen die ausländische Muttergesellschaft und die (zukünftige) US-Tochtergesellschaft eine Personengesellschaft in den USA „zwischenengeschaltet“ und mit Fremdkapital – etwa zur Akquisition der US-Tochtergesellschaft - ausgestattet. Für diese Personengesellschaft wurde in den USA auf intransparente Besteuerung auf Basis des „Check-the-Box-Regimes“⁶⁴ optiert, während sie aufgrund ihrer konkreten Strukturierung von der anderen Jurisdik-

⁶² Für Analysen dieser Struktur siehe etwa Harter, L. G., *International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?*, 41 *Tax Management Memorandum*, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 142 f; Buzanich, H., *Comparison Between the U.S. and OECD Approaches to Hybrid Entities*, 36 *Tax Notes International*, Oct. 4, 2004, S. 71 ff.

⁶³ Für eine Übersicht expliziter Bestimmungen in den Doppelbesteuerungsabkommen der USA siehe Buzanich, H., *Comparison Between the U.S. and OECD Approaches to Hybrid Entities*, 36 *Tax Notes International*, Oct. 4, 2004, S. 71, S. 80 f.

⁶⁴ *Treas. Reg.* §§ 301.7701-2, -3.

tion als steuertransparent angesehen wurde. Aus steuerlicher Sicht wurden die Zahlungen der US-Tochtergesellschaft an die – aus US-Sicht als Körperschaft qualifizierte – Personengesellschaft als Dividenden gewertet und blieben im Rahmen der konsolidierten Besteuerung unberücksichtigt. Die Zinszahlungen des DRH an die ausländische Muttergesellschaft reduzierten das Einkommen der konsolidierten Gruppe und unterlagen einer – oftmals auf 0% und damit unter den typischen Dividendensatz von 5% – reduzierten Quellensteuer. Aus Sicht des ausländischen Staates lag hingegen ein unmittelbarer Dividendenfluss von der US-Tochtergesellschaft vor, der zumeist einer begünstigten Besteuerung (zB Schachtelprivileg, indirekte Anrechnung) unterlag.⁶⁵ Auch diese Variante der internationalen Steuerarbitrage wurde als unangemessen angesehen und im Verordnungswege dahin gehend aufgegriffen, dass Zahlungen des DRH an die ausländische Muttergesellschaft unter gewissen Voraussetzungen sowohl für Zwecke des nationalen Steuerrechts als auch des jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommens in Dividenden umqualifiziert werden.⁶⁶

2.4 Hybride Transfers

Zu internationaler Steuerarbitrage durch hybride Transfers kommt es, wenn in einer grenzüberschreitenden Situation nur einer der beteiligten Staaten die Übertragung von Vermögen steuerlich anerkennt, sodass im Ergebnis ein Wirtschaftsgut in mehreren Steuerrechtsordnungen berücksichtigt wird und solcherart steuerliche Vorteile aus dem Wirtschaftsgut (zB beschleunigte Abschreibung, Investitionsbegünstigungen) in beiden Staaten genutzt werden können. Klassische Fälle solch hybrider Transfers sind „Double-Dip Leases“, bei denen eine divergierende steuerlichen Zuordnung des verletzten Wirtschaftsgutes in den beteiligten Jurisdiktionen erfolgt,⁶⁷ oder grenzüberschrei-

⁶⁵ Für Analysen dieser Struktur siehe etwa VanderWolk, J./May, Th., *The U.S. Attacks Cross-Border Tax Arbitrage: Domestic Reverse Hybrids*, 28 *Tax Planning International Review*, July 2001, S. 3 ff; Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 99 ff; Buzanich, H., *Comparison Between the U.S. and OECD Approaches to Hybrid Entities*, 36 *Tax Notes International*, Oct. 4, 2004, S. 71, S. 81 ff.

⁶⁶ Siehe *Treas. Reg. § 1.894-1(d)(2)*.

⁶⁷ Siehe vor allem Lindencrona, G./ Tolstoy, S., *Generalbericht*, in *Taxation of cross-border leasing, CDFI 75a*, hrsg. von der *International Fiscal Association*, 1990, S. 73, S. 86 ff; vgl weiters zB Rosenbloom, H. D., *International Tax Arbitrage and the "International Tax System"*, 53 *Tax Law Review* 2000, S. 137, S. 142; Harter, L. G., *International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?*, 41 *Tax Management Memorandum*, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 146; Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 93 ff; Rosenzweig, A. H., *Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage*, 26 *Virginia Tax Review* 2007, S. 555, S. 563 ff; vgl aus deutscher Sicht auch Scheffler,

tende „Stock Sale and Repurchase“-Vereinbarungen, die von einem Staat als durch die Anteile besichertes Darlehen, vom anderen Staat hingegen als Übertragung der Anteile charakterisiert werden.⁶⁸

Gestaltungen, bei denen beispielsweise ein Wirtschaftsgut erworben wird, dieses an eine ausländische Gesellschaft veräußert und in der Form zurückgeleast wird, dass das Leasing in der einen Jurisdiktion für Steuerzwecke als Finanzierungsleasing und in der anderen Jurisdiktion als „echtes“ Leasing qualifiziert wird, gelten weitgehend als eine unbedenkliche Form der internationalen Steuerarbitrage. Durch die unterschiedliche Zuordnung des Wirtschaftsgutes kann es – je nach der Verfügbarkeit beschleunigter Abschreibungen oder Investitionsbegünstigungen – zu erheblichen Steuerstundungseffekten im Vergleich zum bloßen Betriebsausgabenabzug für den aufwandswirksamen Zins- und Kostenanteil der Leasingraten kommen.⁶⁹ Derartige „Double-Dip Leases“ werden überwiegend akzeptiert;⁷⁰ auch die USA haben derartige Strukturen grundsätzlich anerkannt,⁷¹ wenngleich für das Outbound-Leasing nunmehr weniger großzügige Abschreibungsvorschriften bestehen.⁷²

W., Grenzüberschreitendes Leasing als Instrument der konzerninternen Außenfinanzierung, *ISrT* 1993, S. 538, S. 541 ff.

⁶⁸ Dazu etwa Rosenbloom, H. D., *International Tax Arbitrage and the “International Tax System”*, 53 *Tax Law Review* 2000, S. 137, S. 142; Harter, L. G., *International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?*, 41 *Tax Management Memorandum*, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 146 f; Kane, M. A., *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89, S. 156 ff. Zu einer abgestimmten Vorgehensweise im Hinblick auf derartige Transaktionen siehe insb Art 24 Abs 4 lit c des Doppelbesteuerungsabkommens zwischen dem Vereinigten Königreich und den USA und dazu West, P. R., *Highlights of the New U.S.-U.K. Tax Treaty*, 92 *Tax Notes*, July 30, 2001, S. 663, S. 666.

⁶⁹ Siehe zB Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 93 ff und Appendix, S. 174 f.

⁷⁰ Vgl Lindencrona, G./ Tolstoy, S., *Generalbericht, in Taxation of cross-border leasing*, CDFI 75a, hrsg. von der International Fiscal Association, 1990, S. 73, S. 86 f.

⁷¹ Vgl aus US-Sicht etwa das *Private Letter Ruling 9748005* (zur Zulässigkeit eines „Double-Dip Lease“ und daraus resultierende zweifacher Abschreibung durch den US-Nutzer und den japanischen zivilrechtlichen Eigentümer eines Flugzeuges); siehe zB auch Park, W. W., *Tax Characterization of International Leases: The Contours of Ownership*, 67 *Cornell Law Review* 1981, S. 103 ff, und Jerris, S. I., *The Airline Industry and the “Double Dip”*, 19 *International Tax Journal* 1993, 82.

⁷² Vgl § 168(g) IRC und dazu etwa Kane, M. A., *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89, S. 152 ff.

3 Steuerpolitische Aspekte internationaler Steuerarbitrage

3.1 Internationale Steuerarbitrage: Ein konzeptionelles Problem?

Die Frage, ob internationale Steuerarbitrage konzeptionell als (steuerpolitisches) Problem anzusehen ist, scheint weder durch nationale Gesetzgeber noch in den wissenschaftlichen Analysen abschließend geklärt. So waren beispielsweise die Reaktionen des amerikanischen Gesetzgebers überwiegend von Überlegungen im Hinblick auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit amerikanischer Unternehmen geprägt und oszillierten je nach Fallgestaltung und nationaler Interessenlage zwischen überbordenden Einzelmaßnahmen und einer *laissez faire*-Mentalität.⁷³ Am Ausgangspunkt der Analyse internationaler Steuerarbitrage steht stets das konzeptionelle Argument, dass ein Steuersystem nicht grundsätzlich darüber besorgt sein sollte, ob ein Steuerpflichtiger oder eine nahestehende Person steuerliche Vorteile in einem anderen Staat genießt.⁷⁴ Überzeugende Gegenargumente und vor allem eine dogmatisch befriedigende Grenze zwischen unbedenklicher und unerwünschter Steuerarbitrage lassen sich freilich nur schwer identifizieren.⁷⁵

Vorschläge im Schrifttum versuchen etwa, jene Fälle internationaler Steuerarbitrage als problematisch hervorzuheben, in denen dem nationalen Steuerrecht – explizit oder implizit – eine gewisse, womöglich in einem Doppelbesteuerungsabkommen zum Ausdruck kommende Erwartung im Hinblick auf die steuerliche Behandlung im anderen Staat inhärent ist.⁷⁶ Diesbezüglich mag es zwar zutreffen, dass auch unilaterale

⁷³ Siehe auch den kurzen Bericht von Stratton, S., Tax Arbitrage not Inherently ‘Evil,’ Treasury Official Says, 41 Tax Notes International, Jan. 23, 2006, S. 271, zu einer jüngeren offiziellen Sichtweise in den USA, und für eine detaillierte Untersuchung im breiteren Kontext der staatlichen Souveränität vor allem Pak, I., International Finance And State Sovereignty: Global Governance in The International Tax Regime, 10 Annual Survey of International and Comparative Law 2004, S. 165 ff.

⁷⁴ Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 137 ff, insb S. 147 und S. 154; siehe auch West, P. R., Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards, 3 Florida Tax Review 1996, S. 147, S. 171 ff. Für einen alternativen Ansatz, internationale Steuerarbitrage im Verhältnis zu Entwicklungsländern explizit zu gestatten, siehe Rosenzweig, A. H., Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage, 26 Virginia Tax Review 2007, S. 555 ff.

⁷⁵ Für Vorschläge siehe aber Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79 ff, und Kane, M. A., Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage, 53 Emory Law Journal 2004, S. 89 ff. Für eine ablehnende Diskussion siehe vor allem Rosenbloom, H. D., International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 137 ff.

⁷⁶ So West, P. R., Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards, 3 Florida Tax Review 1996, S. 147 ff; siehe auch Sheppard, L., Cross-Border Tax Arbitrage, ‘Hybridity,’ Mules, and Hinnies, 16 Tax Notes International, Feb. 23, 1998, S. 579, S. 581; kritisch dazu Harter, L. G., International Tax Arbitrage: Is It a Problem? Whose Problem Is It?, 41 Tax Management Memorandum, Apr. 24, 2000, S. 139, S. 144 f.

Maßnahmen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung (vor allem in Form der Steueranrechnung) bereits eine Berücksichtigung einer ausländischen Besteuerung darstellen und daher die Umkehrung in Form einer Versagung von Steuervorteilen auf Basis der ausländischen Besteuerung sachgerecht erscheinen könnte,⁷⁷ doch besteht ein wesentlicher Unterschied zur internationalen Steuerarbitrage doch darin, dass hier der ausländische Steuervorteil außerhalb der heimatlichen Steuerjurisdiktion liegt und prinzipiell unabhängig von der heimatlichen Besteuerung ist.⁷⁸ Selbst wenn man eine solche Analogie für zutreffend erachten würde, wäre das Abstellen auf eine – explizite oder implizite – Erwartung im Hinblick auf die steuerliche Behandlung im anderen Staat ein vages Kriterium. Es läuft auch weitgehend auf eine Diskussion über die Existenz eines „internationalen Steuerregimes“ und eines diesem inhärenten Prinzips der Einmalbesteuerung hinaus.⁷⁹ Hier gilt es allerdings zu bedenken, dass die (doppelte) Nichtbesteuerung ebensowenig als prinzipiell bedenklich zu beurteilen ist⁸⁰ wie die Nichtausübung abkommensrechtlich zugestandener Besteuerungsrechte.⁸¹

Aber auch wenn man „[e]xtreme Auffassungen [...], wonach doppelte Nichtbesteuerungen hinzunehmen seien“, in ihrer Generalität ablehnen möchte,⁸² verbleibt die ungelöste Frage, wo eine – wohl erforderliche – Grenzziehung erfolgen soll und ob sich die bisherigen legislativen Reaktionen in ihrer zu weiten oder zu engen Tatbestands-

⁷⁷ Auf dieser Linie auch die amerikanische Gesetzesbegründung zur Einführung der Dual Consolidated Loss-Regeln; siehe S. Rep. No. 99-313. S. 421 (1986); generell auch West, P. R., *Foreign Law in U.S. International Taxation: The Search for Standards*, 3 *Florida Tax Review* 1996, S. 147 ff.

⁷⁸ Siehe auch Rosenbloom, H. D., *International Tax Arbitrage and the “International Tax System”*, 53 *Tax Law Review* 2000, S. 137, S. 155.

⁷⁹ Siehe vor allem Avi-Yonah, R. S., *Comment on Rosenbloom, International Tax Arbitrage and the “International Tax System”*, 53 *Tax Law Review* 2000, S. 167; Avi-Yonah, R. S., *Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime*, *Bulletin for International Taxation* 2007, S. 130 = *Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 73* (January 2007); vgl auch Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79; kontra zB Rosenbloom, H. D., *International Tax Arbitrage and the “International Tax System”*, 53 *Tax Law Review* 2000, S. 137; Kane, M. A., *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89, S. 112 ff. Für eine Diskussion siehe auch Rosenzweig, A. H., *Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage*, 26 *Virginia Tax Review* 2007, S. 555, S. 588 f.

⁸⁰ Für eine ausführliche Analyse siehe Lang, M., *Generalbericht*, in: IFA (Hrsg.), *Double non-taxation*, CDFI 89a, 2004, S. 21 ff, und die dort abgedruckten Nationalberichte.

⁸¹ Siehe aber § 894(c) IRC und *Treas. Reg. § 1.894-1(d)* (betreffend die Einschränkung von DBA-Vorteilen sofern der DBA-Partnerstaat die fragliche Transaktion nicht erfasst); dazu bereits oben Kapitel II.C.

⁸² So zB die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuerergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie BR-Drs 544/1/07, S. 76.

gestaltung innerhalb dieser Grenze bewegen.⁸³ Sofern man nicht Arbitrage zur Gänze eliminieren oder gestatten möchte, muss eine Grenzziehung womöglich auch auf die – gleichmäßige – Behandlung von substituierbaren Transaktionen, das Bestehen außersteuerlicher Vorteile im Ausland oder das Vorhandensein anderer steuerlicher Vorteile Rücksicht nehmen.⁸⁴ Die Frage nach dem möglichen Ausmaß einer legislativen Reaktion lässt sich insofern aber auch in ihrer Umkehrung stellen, als dies allenfalls ein konsistentes System zum Schutz des Steuerpflichtigen vor negativen Effekten aufgrund von Divergenzen zwischen verschiedenen Jurisdiktionen erfordern würde, während es bisher geradezu der Regelfall ist, dass unilaterale Qualifikationsvorschriften (zB Unterkapitalisierungsregeln, Fremd- und Eigenkapitalabgrenzungen etc) in einer drohenden Doppelbesteuerung resultieren. Hier für Zwecke der Grenzziehung auf eine – wie auch immer verstandene – „Absicht“ des Steuerpflichtigen abzustellen, vermag daher nicht zu befriedigen.⁸⁵

3.2 Internationale Steuerarbitrage im Spiegel von Effizienz und Gerechtigkeit

Zumal sich die Bedenken gegen internationale Steuerarbitrage konzeptionell nur schwerlich begründen lassen, liegt der Fokus der Diskussion auf einer Analyse ihrer Effekte vor dem Hintergrund traditioneller Vorstellungen eines idealen Steuersystems – Effizienz und Gerechtigkeit.⁸⁶ Hinzu treten freilich Fiskalinteressen der beteiligten Fisci.⁸⁷ In breiter Übereinstimmung mit diesen Argumenten wurde der – letztlich nicht zum Gesetz gewordene – Vorschlag zur Einführung einer Anzeigepflicht von Steuerergänzungen in Deutschland auch folgendermaßen begründet:

⁸³ Siehe dazu die Untersuchung von Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 124 ff. Für den Versuch einer Begründung der amerikanischen Dual Consolidated Loss-Regeln im Vergleich zu anderen Formen internationaler Steuerarbitrage siehe Kane, M. A., *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89, S. 138 ff.

⁸⁴ Für eine Diskussion dieser Punkte siehe zB Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 125 ff.

⁸⁵ Siehe auch Kane, M. A., *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89, S. 99 f.

⁸⁶ Siehe aus dem Schrifttum insbesondere Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79; Kane, M. A., *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89; weiters zB Shaviro, D., *Money on the Table?: Responding to Cross-Border Tax Arbitrage*, 3 *Chicago Journal of International Law* 2002, S. 317; Shaviro, D. N., *More Revenues, Less Distortion? Responding to Cross-Border Tax Arbitrage*, 1 *NYU Journal of Law and Business* 2004, S. 113.

⁸⁷ Siehe dazu etwa Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 124.

„Steuerarbitrage kann zu unvernünftigen unternehmerischen Entscheidungen führen oder zu ungerechtfertigten Benachteiligungen von Personen in vergleichbarer Lage. Sie kann aber auch zulässigerweise die Möglichkeiten nutzen, die sich aus dem fairen Steuerwettbewerb der Staaten ergeben. Insoweit sind Steuerarbitragen erst dann problematisch, wenn aus rein steuerlichen Gründen die unterschiedlichen steuerlichen Regelungen der verschiedenen Steuerrechtsordnungen zu einer Nichtbesteuerung oder substanziellen Steuerfreistellung genutzt werden, während vergleichbare Gestaltungen in nur einem Land einer normalen Besteuerung unterworfen werden. Dieser Situation der Nichtbesteuerung muss dieselbe Aufmerksamkeit gewidmet werden, wie der Aufgabe, eine Doppel-/Mehrfachbesteuerung zu vermeiden.“⁸⁸

Nahezu unabhängig vom angelegten Maßstab – Kapitalexporthneutralität oder Kapitalimportneutralität – stößt internationale Steuerarbitrage schon deshalb auf Effizienzbedenken, weil die resultierenden steuerlichen Resultate vorteilhafter sind, als sie bei bloß nationalem Handeln in einer der involvierten Jurisdiktionen wären.⁸⁹ Dies kann schon deshalb zu einer ineffizienten weltweiten Ressourcenallokation führen, weil rein nationale Transaktionen durch grenzüberschreitende ersetzt würden, weil diese grenzüberschreitenden Transaktionen mit jenen Staaten durchgeführt würden, bei denen der Steuervorteil am größten ist, und weil eine überproportionale Konzentration auf jene Transaktionen erfolgen würde, für die Arbitragemöglichkeiten bestehen.⁹⁰ Das Risiko von Effizienzstörungen besteht insbesondere bei jenen Arbitrageformen, in denen es auf dem Markt zu keiner Gleichgewichtsbildung kommt, weil die betreffenden Transaktionen – etwa die Nutzung doppelt ansässiger oder hybrider Gesellschaften – bis zur gesetzgeberischen Intervention *ad infinitum* und unabhängig vom Verhalten anderer

⁸⁸ Siehe die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuer-gestaltungen (Stand: 25. 6. 2007).

⁸⁹ Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 102 ff. Internationale Steuerarbitrage könnte allenfalls dann als effizienzsteigernd angesehen werden, wenn man die effiziente Besteuerung von Kapital bei Null ansetzen würde; dies würde freilich Gerechtigkeitsbedenken dahin gehend eröffnen, als es zu Substitutionseffekten in Form der Höherbesteuerung von immobilien Produktionsfaktoren oder Konsum käme. Siehe allgemein zu diesen Überlegungen Graetz, M. J., Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies, 54 Tax Law Review 2001, S. 261 ff, sowie Brooklyn Journal of International Law 2001, S. 1357 ff.

⁹⁰ Siehe zB Avi-Yonah, R. S., Comment on Rosenbloom, International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 167, S. 171; Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 109; Shaviro, D., Money on the Table?: Responding to Cross-Border Tax Arbitrage, 3 Chicago Journal of International Law 2002, S. 317, S. 325.

Marktteilnehmer durchgeführt werden können.⁹¹ Bei anderen Arbitrageformen – etwa „Double-Dip-Leases“ – hängen die spezifischen Effizienzkonsequenzen von der Verteilung der Steuereffekte zwischen den Marktteilnehmern und den beteiligten Staaten ab.⁹² Allerdings kann gerade in diesen Situationen die Verfügbarkeit internationaler Steuerarbitrage zur relativen Stärkung nationaler Unternehmen im Vergleich zu jenen anderer Staaten führen und daher in staatlicher Zurückhaltung hinsichtlich allfälliger Interventionen resultieren.⁹³

Gerechtigkeitsüberlegungen im Hinblick auf die Effekte internationaler Steuerarbitrage finden sich auf mehreren Ebenen.⁹⁴ Einerseits ist offensichtlich, dass Arbitragemöglichkeiten *de facto* lediglich einer beschränkten Gruppe von Steuerpflichtigen mit Kapitalinvestitionen offen stehen⁹⁵ und im Falle weitreichender Aufkommenseffekte eine höhere Steuerlast auf immobilen Produktionsfaktoren oder die Zurücknahme staatlicher Leistungen resultieren würde;⁹⁶ auch vor dem Hintergrund politischer Verantwortlichkeit knüpfen sich daran auch Bedenken im Hinblick auf die subjektive Wahrnehmung des nationalen Steuersystems durch jene, die faktisch von den Vorteilen internationaler Steuerarbitrage ausgeschlossen sind.⁹⁷ Andererseits kann Steuerarbitrage auch dazu führen, dass ausländische Unternehmen als unfair angesehene Vorteile gegenüber nationalen Unternehmen erlangen können, denen durch einen normativen Ansatz ent-

⁹¹ Siehe auch Rosenzweig, A. H., *Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage*, 26 *Virginia Tax Review* 2007, S. 555, S. 566 f.

⁹² Für eine ausführliche Analyse diverser Arbitragevorgänge im Hinblick auf ihre Effizienzkonsequenzen siehe Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 109 ff.

⁹³ Dies ist auch der konkrete Ansatz der USA im Bereich des grenzüberschreitenden Leasinggeschäftes und der Stock Repurchase Agreements; siehe Kane, M. A., *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89, S. 149 ff und S. 156 ff.

⁹⁴ Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 120 ff.

⁹⁵ Siehe mwN Ring, D. M., *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 *Boston College Law Review* 2002, S. 79, S. 121. Vgl auch die Begründung zur Einführung der amerikanischen Dual-Consolidated-Loss Regeln des Senate Finance Committee in S. Rep. No. 99-313, S. 422 (1986): „The committee does not believe that the United States Senate wittingly agreed to an international tax system where taxpayers making cross-border investments, and only those taxpayers, could reduce or eliminate their U.S. corporate tax through self-help and gain an advantage over U.S. persons who make similar investments“.

⁹⁶ Siehe auch Boyle, M., *Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations*, *British Tax Review* 2005, S. 527, S. 530 f. Zur empirischen Bedeutung internationaler Steuerarbitrage für den Rückgang der effektiven Belastung von Kapital bei steigender Belastung von Arbeit siehe Avi-Yonah, R. S., *Comment on Rosenbloom, International Tax Arbitrage and the “International Tax System”*, 53 *Tax Law Review* 2000, S. 167, S. 172.

⁹⁷ Boyle, M., *Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations*, *British Tax Review* 2005, S. 527, S. 531.

gegengewirkt werden soll.⁹⁸ Auf einer Metaebene stellt sich sodann freilich die Folgefrage, ob die stillschweigende Akzeptanz anderer Arbitragemöglichkeiten⁹⁹ oder gar die Vereinfachung von Arbitrage¹⁰⁰ zu gleichermaßen inakzeptablen Verzerrungen führt. Man wird hier allerdings zugestehen müssen, dass die staatlichen Reaktionen auf internationale Steuerarbitrage überwiegend durch strategische Erwägungen im Hinblick auf nationale Interessen geleitet sind.¹⁰¹

3.3 Staatliche Handlungsalternativen

Materiell-rechtliche Reaktionen auf internationale Steuerarbitrage können prinzipiell in der Beseitigung bestehender Inkonsistenzen oder in der Versagung der erwarteten Vorteile bestehen. Die bisher ergriffenen unilateralen Maßnahmen bestehen dementsprechend im Wesentlichen in einer Vorteilsversagung, stoßen aber freilich nicht nur aufgrund ihrer Punktualität, sondern auch aufgrund ihrer oft überbordenden Reichweite und der inhärenten Gefahr einer Doppelbesteuerung auf Bedenken.¹⁰² Aus steuerpolitischer Sicht ist allerdings zu konstatieren, dass eine unilaterale Maßnahme – sofern das Ergreifen von Maßnahmen durch andere Staaten nicht zu befürchten ist – durchaus zur Erhöhung weltweiter Effizienz und staatlicher Einnahmen führen kann.¹⁰³ In gewissen Situationen wird freilich die Reaktion anderer Staaten zu einer Totalversagung von Steuervorteilen und damit zu einem weltweiten Effizienzverlust führen,¹⁰⁴ sodass es hier einer – zumindest – bilateralen Koordination bedürfte.¹⁰⁵

⁹⁸ Siehe zB S. Rep. No. 99-313, S. 420 (1986), wo die Einführung der amerikanischen Dual Consolidated Loss-Regelungen unter anderem damit begründet wurde, dass „Double Dipping“ ausländischen Unternehmen, die an der Übernahme amerikanischer Unternehmen interessiert sind, einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber ihren amerikanischen Mitbewerbern geben würde.

⁹⁹ Etwa im Hinblick auf die Akzeptanz von „Double Dip Leases“ in den USA; siehe dazu Rosenbloom, H. D., *International Tax Arbitrage and the “International Tax System”*, 53 *Tax Law Review* 2000, S. 137, S. 144, S. 153.

¹⁰⁰ In den USA vor allem durch die Schaffung des „Check-the-Box-Regimes“ (Treas. Reg. §§ 301.7701-2, -3) zur Wahl der steuerlichen Qualifikation einer Gesellschaft; dazu bereits oben Kapitel 2.2.2.

¹⁰¹ Dazu ausführlich Kane, M. A., *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 *Emory Law Journal* 2004, S. 89 ff.

¹⁰² Siehe bereits oben Kapitel 2.

¹⁰³ Vgl. Shaviro, D., *Money on the Table?: Responding to Cross-Border Tax Arbitrage*, 3 *Chicago Journal of International Law* 2002, S. 317, S. 326 f.

¹⁰⁴ Rosenzweig, A. H., *Harnessing the Costs of International Tax Arbitrage*, 26 *Virginia Tax Review* 2007, S. 555, S. 593 ff.

¹⁰⁵ Siehe dazu oben Kapitel 2.2.1. zu doppeltansässigen Gesellschaften.

Gerade auch vor dem Hintergrund der oftmals als unbefriedigend empfundenen nationalen Reaktionen auf internationale Steuerarbitrage werden in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung überdies Regelungskonzepte angedacht, wonach sich die nationale Behandlung einer Transaktion – generell oder in spezifischen Fällen – an der Behandlung im anderen Staat orientieren könnte¹⁰⁶ oder etwa – zur Lösung des Problems hybrider Gesellschaften – sämtliche Vehikel für Direktinvestitionen als Steuerpflichtige behandelt werden könnten.¹⁰⁷ Freilich lassen sich weder die Effizienzeffekte dieser Vorschläge noch deren Auswirkungen auf das Investitionsverhalten und den jeweiligen Wirtschaftsstandort quantifizieren. Selbst für den Fall eines – keineswegs offensichtlichen – Konsenses über die Bedenklichkeit (gewisser) Arbitragemöglichkeiten erscheint daher die Implementierung eines gesamthaften Ansatzes ebenso unwahrscheinlich, wie eine bi- oder multilaterale Koordinierung nationaler Lösungen.¹⁰⁸ Konzeptionell könnte gegen derartige Lösungen überdies eingewendet werden, dass das unilaterale Abstellen auf ausländisches Recht nicht nur auf Souveränitätsbedenken im Hinblick auf die Gestaltung des eigenen Steuerrechts stoßen würde,¹⁰⁹ sondern auch Bedenken im Hinblick auf mögliche Reaktionen anderer Jurisdiktionen, Effizienzverluste und den denkbaren Vorwurf, es sei nicht Sache eines Staates „to police the tax systems of other countries“;¹¹⁰ hervorrufen könnte.¹¹¹ Aus juristischer Sicht wären in der Europäischen Union zudem die Vorgaben des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts und solcherart das Prinzip der Nichtdiskriminierung grenzüberschreitender Wirtschaftsvorgänge zu beachten.¹¹²

¹⁰⁶ Siehe Avi-Yonah, R. S., Comment on Rosenbloom, International Tax Arbitrage and the “International Tax System”, 53 Tax Law Review 2000, S. 167, S. 173 ff („Matching Principle“); Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 141 ff („Soak-up Rule“).

¹⁰⁷ Edgar, T., Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage, 51 Canadian Tax Journal 2003, S. 1079 ff.

¹⁰⁸ Für eine Analyse dieses Ansatzes siehe etwa Shaviro, D., Money on the Table?: Responding to Cross-Border Tax Arbitrage, 3 Chicago Journal of International Law 2002, S. 317, S. 330 f.

¹⁰⁹ Dazu Ring, D. M., One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage, 44 Boston College Law Review 2002, S. 79, S. 128 ff.

¹¹⁰ Siehe zu dieser Reaktion auf die britischen Anti-Arbitrage-Regelungen insb Boyle, M., Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, British Tax Review 2005, S. 527, S. 537 f.

¹¹¹ So wurde beispielsweise die Einführung des § 14 Abs 1 Nr 5 dKStG als Reaktion auf die amerikanischen Dual-Consolidated-Loss-Regeln auch damit begründet, dass es zu verhindern gelte, dass Verluste „aufgrund entsprechender nationaler Regelungen ausländischer Staaten (z. B. in den USA) stets zu Lasten der Bundesrepublik Deutschland berücksichtigt werden“ (siehe BT-Drs 14/6882, S. 37).

¹¹² Zu den gemeinschaftsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die britischen Anti-Arbitrage-Regelungen siehe Boyle, M., Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, British Tax Review 2005, S. 527, S. 540; vgl allgemein auch Schammo, P., Arbitrage and Abuse of Rights in the EC Legal System, 14 European Law Journal 2008, S. 351. Auch der deutsche

4 Resümee

Internationale Steuerarbitrage stellt nationale Gesetzgeber vor spezifische Probleme. Obgleich dogmatisch klar von der Ausnutzung (unfairen) Steuerwettbewerbs und missbräuchlichen Gestaltungen abgrenzbar, werden die Effekte einer Steuerplanung, die auf der Ausnutzung einer unterschiedlichen Besteuerung derselben Transaktion in zwei oder mehr Steuerrechtsordnungen beruht, von den nationalen Fiscis teilweise als problematisch angesehen. Die Frage, ob bzw wie darauf (legistisch) reagiert werden sollte, entzieht sich freilich einer Generallösung. Denn selbst wenn man gewisse Formen der internationalen Steuerarbitrage als konzeptionell und – aufgrund ihrer Effekte im Hinblick auf die Effizienz und Gerechtigkeit des Steuersystems – als aus Sicht der Konsequenzen bedenklich einstufen möchte, lässt sich ein sinnvoller Pfad für gesetzgeberische Reaktionen nur schwer identifizieren. Wohl aus diesem Grund war die Reaktion der Staaten und internationalen Organisationen auf das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage beschränkt, inkonsistent und nicht international koordiniert. Dementsprechend vage hat sich auch der deutsche Gesetzesvorschlag zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen geäußert, wonach die Reaktion auf internationale Steuerarbitrage, „von dem Gewicht ab[hänge], das den verschiedenen Faktoren beigelegt wird, z.B. Herstellung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, Aufkommenswirksamkeit der Steuergestaltung usw.“¹¹³ Zu konstatieren bleibt freilich, dass nationale Gesetzgeber und Finanzverwaltungen zunehmend mit dem Phänomen der internationalen Steuerarbitrage befasst sind und von einigen hochentwickelten Steuerjurisdiktionen bereits Maßnahmen gegen einzelne Arbitragevorgänge ergriffen werden.¹¹⁴

Gesetzesentwurf zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie BR-Drs 544/1/07, S. 72 ff, enthielt eine gemeinschaftsrechtliche Analyse; siehe dazu Kessler, W./Eicke, R., Anzeigepflicht für Steuergestaltungen nach § 138a AO durch das JStG 2008 – Transparente Perspektiven für die Finanzverwaltung, BB 2007, S. 2370, S. 2374 f.

¹¹³ Siehe die Begründung zu § 138a Abs 2 AO des Gesetzesentwurfs zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25. 6. 2007) sowie BR-Drs 544/1/07, S. 77.

¹¹⁴ Für einen kursorischen Überblick siehe bereits oben Kapitel 2 und abermals zu den – inhaltlich weiten, aber in ihrer Anwendung von einer Einzelmitteilung der Finanzverwaltung abhängenden – britischen Regelungen betreffend „Double Dips“ insb Ball, S., Finance (No.2) Act Notes: Arbitrage – Sections 24-31 and Schedule 3, British Tax Review 2005, S. 491 ff, und Boyle, M., Cross-Border Tax Arbitrage – Policy Choices and Political Motivations, British Tax Review 2005, S. 527 ff. Zum Vorschlag einer weitreichenden Autorisierung der US-Finanzverwaltung zum Ergreifen von Maßnahmen gegen hybride Gesellschaften und Transaktionen siehe auch die Treasury Department’s General Explanations of the Clinton Administration’s Revenue Proposals for Fiscal Year 1999 (Feb. 2, 1998), S. 144 ff, abrufbar unter <http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/grnbk98.pdf>, wobei nachfolgend aber der Fokus auf hybride Gesellschaften in Abkommenssituationen gelegt wurde; dazu oben Kapitel 2.2.3.