

Veröffentlichungen der Deutschen
Steuerjuristischen Gesellschaft e.V.

DStJG Band 33

Steuergestaltung im Europäischen und Internationalen Recht

Prof. DDr. *Georg Kofler*, LL. M. (NYU)
Johannes Kepler Universität Linz

Inhaltsübersicht

<p>I. Einleitung und Abgrenzung der Themenstellung</p> <p>II. „Directive Shopping“</p> <ul style="list-style-type: none">1. Das „Einkaufen“ in die Mutter-Tochter-Richtlinie2. „Missbräuche“ i. S. d. Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL3. Implementierung im nationalen Steuerrecht	<p>III. Internationale Steuerarbitrage</p> <ul style="list-style-type: none">1. Steuerplanung durch die Nutzung von Unterschieden nationaler Steuerrechtsordnungen2. Kernbereiche internationaler Steuerarbitrage3. Steuerpolitische Aspekte internationaler Steuerarbitrage <p>IV. Resümee</p>
---	---

I. Einleitung und Abgrenzung der Themenstellung

Auch eine nur ansatzweise Untersuchung sämtlicher Fragen im Umfeld der „Steuergestaltung im Europäischen und Internationalen Recht“ vermag dieser Beitrag nicht zu leisten. Allein die Diskussion im Gemeinschaftsrecht zur Abgrenzung von Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmisbrauch hat in den vergangenen Jahren monumentale Dimensionen angenommen.¹ Die Rechtsprechung des EuGH hat hier einen langen Weg zur Herausarbeitung eines gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchsansatzes hinter sich, der mittlerweile sowohl das harmonisierte Steuerrecht als auch die Dogmatik der Grundfreiheiten durchdringt. Der Gerichtshof bezieht sich hier mittlerweile gar auf einen „allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“.² Zumal jedoch eine optimierende Steuerplanung in der Gemeinschaft unstrittig erlaubt ist, die Grenzen des Missbrauchskonzepts schwer festzumachen sind und nicht zuletzt Rechtssicherheitsargumente eine tragende Rolle spielen, nähert sich der EuGH diesen Fragen mit einiger Zurückhaltung.³

1 S. aus jüngerer Zeit z. B. *De Broe*, International Tax Planning and Prevention of Abuse, 2008, S. 745 ff.; *De la Feria*, CML Rev. 2008, 395 ff.; *Schön* in Kirchhof/Nieskens (Hrsg.), FS Reiß, 2008, S. 571 ff.; *Thömmes* in Gocke/Gosch/Lang (Hrsg.), FS Wassermeyer, 2008, S. 207 ff.; *Englisch*, StuW 2009, 3 ff.

2 EuGH v. 5.7.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 38; für eine detaillierte Analyse s. *de la Feria*, CML Rev. 2008, 395 (433 ff.).

3 S. auch *Terra/Wattel*, European Tax Law, 5. Aufl. 2008, S. 557 f.; für eine ausführliche Analyse der Position des EuGH im dogmatischen Ringen zwischen selbst-erhaltender Interpretation und dem Erfordernis eines aufsentheoretischen Miss-

Die neuere Rechtsprechung des EuGH nahm ihren Ausgang in jenen Bereichen des harmonisierten Rechts, die die Eigenmittel der Gemeinschaft betreffen. Beginnend im Zollrecht in *Emsland-Stärke*⁴ und kulminierend im Mehrwertsteuerrecht in *Halifax*⁵ und *Part Service*⁶ hat der Gerichtshof dargelegt, dass die Vermeidung des Missbrauchs ein vom Gemeinschaftsrecht anerkanntes Ziel ist.⁷ Die Akzeptanz eines allgemeinen Missbrauchskonzepts in diesen Bereichen des indirekten Steuerrechts ist offenbar dazu ange-
tan, gemeinschaftsrechtliche Steuersysteme vor Transaktionen zu schützen, die auf eine missbräuchliche Inanspruchnahme gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen hinauslaufen und ihre Zielsetzung unterwandern würden („Gesetzeserschleichung“), ohne dass es darauf ankomme, ob im entsprechenden Sekundärrecht eine entsprechende explizite Missbrauchsklausel enthalten ist.⁸ Die Problemstellung liegt somit im Grunde gänzlich anders als im Bereich der Grundfreiheiten, wo der EuGH – kulminierend in *Cadbury Schweppes*⁹ und *Thin Cap Group Litigation*¹⁰ – anerkannt hat, dass prinzipiell diskriminierende nationale Steuervorschriften unter gewissen Voraus-
setzungen dadurch gerechtfertigt werden können, dass sie der Missbrauchs-
vermeidung dienen,¹¹ wodurch einer missbräuchlichen Umgehung des nationalen Steuerrechts unter Berufung auf die Grundfreiheiten vorgebeugt werden soll („Gesetzesumgehung“). Wiederum anders gelagert sind die Fra-
gestellungen im direkt-steuerlichen Richtlinienrecht, zumal hier angesichts explizit vorgesehener Anti-Missbrauchsklauseln der Fokus primär auf der Frage liegt, ob nationale Anti-Missbrauchsbestimmungen mit den Standards des Richtlinienrechts übereinstimmen.¹² Angesichts dieser unterschiedlichen Perspektiven sind die vom EuGH gesetzten Nuancen demensprechend (noch) unterschiedlich.¹³ Der EuGH scheint aber jedenfalls um die Schaffung eines einheitlichen, abstrakten Missbrauchskonzepts bemüht,¹⁴ was aufgrund

brauchskonzepts s. z. B. *Lang*, SWI 2006, 273 (274 ff.), und *Fischer* in FS Reiß (Fn. 1), S. 621 (634 ff.).

4 EuGH v. 14.12.2000 – Rs. C-110/99 (Emsland-Stärke), Slg. 2000, I-1569.

5 EuGH v. 21.2.2006 – Rs. C-255/02 (Halifax), Slg. 2006, I-1609.

6 EuGH v. 21.2.2008 – Rs. C-425/06 (Part Service), Slg. 2008, I-897.

7 Dazu ausführlich *Henze* in Seer (Hrsg.), Umsatzsteuer im Europäischen Binnen-
markt, DStJG 32 (2009), S. 246 (246 ff.).

8 S. EuGH v. 8.11.2007 – Rs. C-251/06 (Ing. Auer), Slg. 2007, I-9689, Tz. 40–41, und
EuGH v. 7.6.2007 – C-178/05 (Kommission/Griechenland), Slg. 2007, I-4185,
Tz. 32 (betreffend die KapitalansammlungsRL).

9 EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes), Slg. 2006, I-7995.

10 EuGH v. 13.3.2007 – Rs. C-524/04 (Thin Cap Group Litigation), Slg. 2007, I-2107.

11 S. zu dieser Rechtsprechung z. B. *Thömmes* in FS Wassermeyer (Fn. 1), S. 207
(215 ff.).

12 *Schön* in FS Reiß (Fn. 1), S. 571 (572).

13 S. z. B. auch *Vanistendael*, EC Tax Rev. 2006, 192 (192 ff.); *de la Feria*, CML Rev.
2008, 395 (395 ff.); *Schön* in FS Reiß (Fn. 1), S. 571 (593 f.).

14 Deutlich auch Schlussanträge GA *Kokott* v. 16.7.2009 – Rs. C-352/08 (Zwijnen-
burg), Tz. 39.

der unterschiedlichen Zielsetzungen der Gemeinschaftsrechtsakte allerdings nicht auf eine Identität in der konkreten Anwendung hinauslaufen muss.¹⁵ Umgekehrt scheint es auch vom jeweiligen Rechtsgebiet und dem erreichten Harmonisierungsgrad abzuhängen, ob die Mitgliedstaaten zur Bekämpfung des Missbrauchs bloß berechtigt oder aber gar gezwungen sind.¹⁶

Diese Dynamik kann freilich nicht verwundern, gilt es doch, sich beständig einer Balance zwischen der zulässigen und erwünschten Ausübung der Freiheiten und der Nutzung des gemeinschaftsinternen Steuerwettbewerbs durch die Steuerpflichtigen einerseits und den berechtigten Interessen der Mitgliedstaaten andererseits anzunähern. Dass dieses Unterfangen durchaus Schwierigkeiten bereitet, liegt auf der Hand, ist doch das Konzept des Missbrauchs bzw der Steuerumgehung in den 27 Mitgliedstaaten auch vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Rechtstraditionen weder einheitlich noch unumstritten. Auch ein Blick auf das internationale Steuerrecht kann diesen Eindruck nur verstärken. So ist beispielsweise das oftmals bemühte Konzept des „Abkommensmissbrauchs“ ebenso schillernd wie unbestimmt, impliziert es doch, dass der zulässige „Gebrauch“ eines Doppelbesteuerungsabkommens stets klar identifiziert werden könnte. Gerade vor dem Hintergrund dieser evidenten Unklarheit in einer an steuerlicher Komplexität zunehmenden Wirklichkeit ist diese Thematik in den vergangenen Jahren auch von der OECD¹⁷ und der UNO¹⁸ erhebliches Augenmerk geschenkt worden. Fokussiert man hier exemplarisch den Bereich des typischen „Treaty Shoppings“, hängt die Frage, ob ein solches „Einkaufen“ in ein vorteilhaftes Doppelbesteuerungsabkommen durch die Errichtung einer juristischen Person zum quellensteueroptimalen Bezug von Dividenden, Zinsen oder Lizenzgebühren gelingt, maßgeblich von der Beurteilung ab, ob die zwischengeschaltete Gesellschaft als „Nutzungsberechtigte“ angesehen werden kann. Dieses Konzept wurde bereits 1977 die Art. 10, 11 und 12 des OECD-MA aufgenommen und liegt – zumindest retrospektiv – in der Vermeidung des Abkommensmissbrauchs durch die Zwischenschaltung eines Vertreters oder sonstigen Beauftragten begründet.¹⁹ Trotz der 2003 erfolgten

15 S. auch *Tumpel/Prechtl* in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg.), *Die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Internationalen Steuerrecht*, 2009, S. 67 (74 f.); weiters Schlussanträge GA Kokott v. 16.7.2009 – Rs. C-352/08 (Zwijnenburg), Tz. 60 ff.

16 Dazu *Weber*, LIEI 2004, 43 (54 f.); *Englisch*, StuW 2009, 3 (21).

17 S. die Berichte „*Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*“ (in *Issues in International Taxation* No. 1, Paris 1987), „*Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*“ (1986), und „*Restricting the Entitlement to Treaty Benefits*“ (in *Issues in International Taxation* No. 8, Paris 2002).

18 S. z. B. den Bericht des Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, E/C.18/2008/CRP.2/Add.1 (17.10.2008).

19 S. nunmehr Art. 1 Tz. 10 OECD-MK, und *Walser* in IFA (Hrsg.), *The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties*, IFA Congress Seminar Series Vol. 23a, 2000, S. 15 (16).

Änderungen im OECD-MK²⁰ und der Einbeziehung von „Durchlaufgesellschaften“ ist weiterhin zu konstatieren, dass bislang keine Einigkeit über die Auslegung dieses Konzeptes erzielt werden konnte.²¹ Auch die existierende Rechtsprechung hinterlässt in der praktischen Anwendung einen gemischten Eindruck, oszilliert sie doch zwischen einer restriktiven und damit der Steuerplanung zuträglichen Auslegung²² über eine „Durchlaufbetrachtung“²³ bis hin zu einem Verständnis als allgemeines Missbrauchsvermeidungskonstrukt²⁴.

Als Gegenstück zum international-steuerrechtlichen „Treaty Shopping“ kann im europäischen Binnenmarkt wiederum das „Directive Shopping“ angesehen werden, bei dem sich ein Steuerpflichtiger durch das Zwischen-schalten einer juristischen Person in Richtlinienvorteile „einzukaufen“ versucht. Diesem bisher weniger diskutierten Phänomen soll am Beispiel der Mutter-Tochter-RL auch der erste Teil dieses Beitrages gewidmet sein.²⁵ Abseits dieser geradezu klassischen „Missbrauchsfrage“ darf jedoch nicht übersehen werden, dass sich gerade im internationalen Steuerrecht durchaus Planungspotentiale bestehen, die aus dem Blickwinkel der Abgrenzung von Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmisbrauch auf den ersten Blick keine besondere Beachtung verdienen würden. Angesprochen sind hier Gestaltungen, in denen der Steuerpflichtige in seiner grenzüberschreitenden Aktivität bewusst Unterschiede zwischen den Steuersystemen nutzbar macht und solcherart Vorteile genießt, die die bei rein nationaler Tätigkeit nicht zur Verfügung ständen. Dieses – auch und vor allem rechtspolitische – Problem der

20 Dies hat freilich die Frage aufgeworfen, inwieweit die 2003 erfolgten Änderungen des OECD-MK auf bestehende Abkommen Anwendung finden können; s. zu dieser Diskussion z. B. *Prokisch* in *Vogel/Lehner* (Hrsg.), DBA, 5. Aufl. 2008, Art. 1 Rz. 120a; *Matteotti*, *Intertax* 2005, 336 (336 ff.); *Kandev/Wiener*, 54 *Tax Notes Int'l* 667 (667 ff.) (May 25, 2009).

21 S. dazu ausführlich *Avery Jones et al.*, BTR 2006, 695 (695 ff.); *De Broe* (Fn. 1), S. 653 ff.; *Canete/Staringer* in *Lang/Schuch/Staringer* (Fn. 15), S. 169 (171 ff.).

22 S. Niederländischer Hoge Raad 1994 – *Royal Dutch*, Fall Nr. 28638, BNB 1994/217, und Tax Court of Canada 2008 – *Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2008 TCC 231, bestätigt durch Federal Court of Appeal v. 26.2.2009 – *The Queen v. Prévost Car Inc.* 2009 FCA 57.

23 S. Eidgenössische Steuerrechtskommission v. 28.2.2001 – V. SA, SRK 200–055, und England and Wales Court of Appeal v. 2.3.2006 – *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N. A. London Branch* [2006] EWCA Civ 158, zuvor anders England and Wales High Court v. 7.10.2005 – *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N. A. London Branch* [2005] EWHC 2103 (Ch.).

24 *Conseil d'Etat* v. 29.12.2006 – *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Socété Bank of Scotland*, No. 283314, zuvor anders Cour Administrative d'Appel de Paris v. 23.5.2005 – *Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Socété Bank of Scotland*, 01PA04068.

25 Kapitel II.

„internationalen Steuerarbitrage“ soll im zweiten Teil dieses Beitrages aufgegriffen werden.²⁶

II. „Directive Shopping“

1. Das „Einkaufen“ in die Mutter-Tochter-Richtlinie

Das Phänomen des „Directive Shopping“²⁷ betrifft unter anderem Gestaltungen, bei denen sich ein durch die Richtlinie nicht Berechtigter (zB eine natürliche Person, eine nicht-qualifizierte Muttergesellschaft oder eine Drittstaatsgesellschaft) der Zwischenschaltung einer Gesellschaft in einem EU-Mitgliedstaat bedient, um beispielsweise in den Genuss der Quellensteuerbefreiung nach der Mutter-Tochter-RL zu gelangen.²⁸ Diese 1990²⁹ verabschiedete Richtlinie hat die Problematik der juristischen und wirtschaftlichen Doppelbesteuerung von Ausschüttungen zwischen qualifizierten Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten durch ein Verbot der Quellenbesteuerung im Staat der Tochtergesellschaft (Art. 5) bei gleichzeitiger Anrechnungs- oder Freistellungsverpflichtung im Staat der Muttergesellschaft gelöst (Art. 4). Vor dem Hintergrund der formalen Definition ihres Anwendungsbereiches enthält die Mutter-Tochter-RL – ebenso wie andere Richtlinien im direkten Steuerrecht³⁰ – eine „Anti-Missbrauchsklausel“. So steht sie nach ihrem Art. 1 Abs. 2 „*der Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bestimmungen zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Mißbräuchen nicht entgegen*“.

Die Frage nach der Zulässigkeit von „Directive Shopping“ durch die Zwischenschaltung von Gesellschaften erweist sich aus europarechtlicher Sicht aus mehreren Perspektiven als interessant. Ein rein grundfreiheitsrechtlicher Ansatz greift mE jedoch zu kurz. Möchte man nämlich mit der hA³¹ – auch im Lichte des europarechtlich geprägten Judikaturwechsels des BFH zu

26 Kapitel III.

27 Zum Begriff zuerst Knobbe-Keuk, Intertax 1992, 485 (490).

28 Thömmes in Haarmann (Hrsg.), Grenzen der Gestaltung im Internationalen Steuerrecht, 1994, S. 27 (35); Thömmes in FS Wassermeyer (Fn. 1), S. 207 (226 f.); De Broe (Fn. 1), S. 23 f.

29 Richtlinie des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (90/435/EWG), ABl. L 225/6 ff. (20.8.1990), berichtigt in ABl. L 266/20 (28.9.1990), und in ABl. L 16/98 (18.1.1997), geändert unter anderem durch die Richtlinie 2003/123/EG, ABl. L 7/41 ff. (13.1.2004).

30 S. Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL, Art. 15 Abs. 1 der kodifizierten FusionenRL (früher: 11 Abs. 1); Art. 5 der Zinsen-Lizenzegebühren-RL; s. auch Art. 8 Abs. 1 der Schiedskonvention und Art. 4 der AmtshilfeRL.

31 S. speziell zu § 50d Abs. 3 dESTG Stoschek/Peter, IStR 2002, 656 (662); Ritzer/Stangl, FR 2005, 1063 (1067); Kessler/Eicke, IStR 2006, 577 (580 f.); Kessler/Eicke, DStR 2007, 781 (782); Korts, IStR 2007, 663 (663 ff.).

Basisgesellschaften, der mittlerweile implizit auch auf Fälle des (vermeintlichen) Directive Shopping ausgedehnt wurde³² – einen „gespaltenen Missbrauchs begriff“ aus grundfreiheitsrechtlichen Überlegungen ablehnen, läuft die Frage auf eine diskriminierungsfreie Besteuerung von Hinausausschüttungen im Vergleich zu Inlandsausschüttungen hinaus. Allerdings wäre die daraus erfließende allgemeine Wirkung der Grundfreiheiten im Unterschied zur Quellensteuerbefreiung nach Art. 5 der Mutter-Tochter-RL dennoch in zweifacher Weise eingeschränkt: Einerseits kann auf Basis einer Nichtdiskriminierungsüberlegung nur eine Gleichbehandlung mit dem Inlandsfall erwirkt werden, was sowohl in Deutschland wie auch in Österreich allenfalls in einer Erstattbarkeit, nicht jedoch einer Quellenentlastung münden könnte.³³ Andererseits kann nach der Rechtsprechung selbst eine prinzipiell diskriminierende Quellensteuerung beibehalten werden, sofern im Ansässigkeitsstaat eine Anrechnung dieser Steuer und solcherart eine „Neutralisierung“ erfolgt,³⁴ während das unbedingte Quellenentlastungsgebot des Art. 5 der Mutter-Tochter-RL unter keinem derartigen Vorbehalt steht.

2. „Missbräuche“ i. S. d. Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL

Die konkrete Bedeutung der wohl gültigen,³⁵ aber hochgradig undefinierten Klausel des Art. 1 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL erschließt sich auch aus der Rechtsentwicklung nicht. Weder war eine vergleichbare Bestimmung im ursprünglichen Richtlinievorschlag enthalten, noch finden sich Hinweise

32 S. BFH v. 29.1.2008 – I R 26/06, BFHE 220, 392, BStBl. 2008 II, 978 (SOPARFI), wo hinsichtlich der Substanzanforderungen die Anforderungsgleichheit bei in- und ausländischen Gesellschaften betont wird.

33 Auf Drängen der Kommission (IP/07/1152 vom 23.7.2007) wurde in Österreich durch das BudgetbegleitG 2009 (BGBI. 2009 I, 52) dementsprechend in § 21 Abs. 1 Z. 1a öKStG eine Erstattbarkeit der Dividendenquellensteuer an EU- und qualifizierte EWR-Gesellschaften gesetzlich vorgesehen, „*soweit die Kapitalertragsteuer nicht auf Grund eines Doppelbesteuerungsabkommens im Ansässigkeitsstaat ange-rechnet werden kann*“. Deutschland hat sich hingegen bei durchaus vergleichbarer Rechtslage dem Druck der Kommission bislang nicht gebeugt; die Kommission hat dementsprechend Klage wegen der deutschen diskriminierenden Besteuerung von Hinausausschüttungen erhoben (anhängig als Rs. C-284/09; s. dazu IP/09/435 v. 19.3.2009), während der BFH unlängst keine Bedenken gegen die deutsche Rechtslage hegte (BFH v. 22.4.2009 – I R 53/07, IStR 2009, 551 m. Anm. Wassermeyer und Schön).

34 EuGH v. 14.12.2006 – Rs. C-170/05 (Denkavit Internationaal), Slg. 2006, I-11949, Tz. 45 ff.; EuGH v. 8.11.2007 – Rs. C-379/05 (Amurta), Slg. 2007, I-9569, Tz. 79 ff.

35 Zweifel an der Gültigkeit könnten auftreten, weil aufgrund der späten Einfügung des Art. 1 Abs. 2 (s. Fn. 36) dieser weder begründet wurde noch es zu einer Befassung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Europäischen Parlaments gekommen ist. Da Art. 1 Abs. 2 aber nur einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts konkretisiert (s. EuGH v. 5.7.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 38, zur FusionsRL), wird von seiner Gültigkeit ausgegangen werden können (s. zu den entsprechenden Kriterien EuGH v. 25.9.2003 – Rs.

auf entsprechende Diskussionen im Rahmen der Verhandlungen.³⁶ Es steht jedoch zu vermuten, dass die Mitgliedstaaten Art. 1 Abs. 2 als „Allheilmittel“ gegen steuerstrafrechtlich zwar nicht relevante, aber zu missbilligende Verhaltensweisen des Steuerpflichtigen anlegen wollten.³⁷ Insofern mag auch bezweifelt werden, ob sich die Bedeutung des Art. 1 Abs. 2 tatsächlich in einer Klarstellung dahingehend erschöpft, auf eine methodisch korrekte Interpretation der Richtlinienbestimmungen hinzuweisen.³⁸

Der konkrete Missbrauchs begriff des Art. 1 Abs. 2 muss freilich im systematischen Kontext der gesamten Richtlinie, ihrem Wortlaut und ihrer Zielsetzung gesehen werden.³⁹ Insofern ist ihm auch ein gemeinschaftsrechtlicher

C-58/01 (Océ van der Grinten), Slg. 2003, I-9809, Tz. 90 ff., zu Art. 7 der Mutter-Tochter-RL).

36 Erst im Finale der Verhandlungen brachte die französische Delegation vor, dass sie eine Ergänzung des Richtlinienvorschlages begrüßen würde, „wonach bestimmte Steuerabzüge an der Quelle nicht entfallen, wenn dies zur Folge hätte, dass Mutter- und Tochtergesellschaft verschiedener Mitgliedstaaten vollständig befreit würden“ (s. Dok. 9774/88 FISC 109 (5.12.1988), 3). Der Text der Richtlinie solle dementsprechend dahingehend ergänzt werden, dass ein Mitgliedstaat die „Anwendung dieser Richtlinie teilweise oder vollständig verweigern“ könne, „wenn die Gründung, der Erwerb oder das Aufrechterhalten der betreffenden Gesellschaften bzw. die Führung ihrer Geschäfte als Hauptziel oder als eines ihrer Hauptziele dem Betrug bzw. der Steuerflucht dienen“ (Dok. 9774/88 FISC 109 (5.12.1988), 3). Die Kommission hatte hingegen vorgezogen, Art. 1 Abs. 2 so zu formulieren, dass die Mutter-Tochter-RL der „Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bestimmungen zur Verhinderung von Steuerhinterziebungen und Missbräuchen nicht entgegen“ steht (Dok. 9774/88 FISC 109 (5.12.1988), 3, und nachfolgend Dok. 4769/89 FISC 24 (22.2.1989), 2 und Anl I), worüber ohne weitere Begründung oder inhaltliche Ausfüllung Ende April 1989 auch Einvernehmen erzielt wurde (Dok. 6219/89 FISC 62 (28.4.1989), 6).

37 So war beispielsweise bei der Diskussion um das In-Kraft-Treten der Richtlinie von Spanien und Portugal beantragt worden, Art. 8 der Stammfassung durch eine Bestimmung zu ergänzen, „wonach die Richtlinie nur für Dividenden gilt, die auf nach ihrem Inkrafttreten erzielte Gewinne ausgeschüttet werden“ (s. Dok. 9774/88 FISC 109 (5.12.1988), 17, Dok. 4769/89 FISC 24 (22.2.1989), 5, sowie Dok. 6771/89 FISC 78 (25.5.1989), 9). Dass dieser Vorschlag letztlich nicht umgesetzt wurde, beruht darauf, dass sich die Kommission und mehrere Mitgliedstaaten gegen eine solche Änderung aussprachen, „weil jedes Problem, das bei der Ausschüttung der Dividenden auf vor der Anwendung dieser Richtlinie erzielte Gewinne auftreten könnte, mit Hilfe der neuen Missbrauchsklausel (Artikel 1) gelöst werden könnte“ (s. Dok. 4769/89 FISC 24 (22.2.1989), 6, sowie Dok. 6219/89 FISC 62 (28.4.1989), 12).

38 S. allgemein auch Englisch, StuW 2009, 3 (10 m. w. N.).

39 EuGH v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95 (Leur-Bleum), Slg. 1997, I-4161, Tz. 45, und Schlussanträge GA Kokott v. 16.7.2009 – Rs. C-352/08 (Zwijnenburg), Tz. 51; s. weiters die Mitteilung der Kommission KOM(2007) 785 endg., 5; ebenso z. B. Farmer, ET 1994, 314 (314); Schön in FS Reiß (Fn. 1), S. 571 (576); Tumpel/Prechtl in Lang/Schuch/Staringer (Fn. 15), S. 67 (81 f.); Englisch, StuW 2009, 3 (10 m. w. N.).

Inhalt beizumessen,⁴⁰ der trotz eines gewissen Ermessensspielraumes nicht gänzlich in der Definitionskompetenz der Mitgliedstaaten liegt,⁴¹ sondern an dem nationales Recht zu messen ist⁴² und der in die Auslegungskompetenz des EuGH fällt.⁴³ Dies wird auch darin deutlich, dass – wie in den anderen Sprachfassungen der Mutter-Tochter-RL deutlich hervortritt⁴⁴ – die Maßnahme zur Verhinderung von Missbräuchen „erforderlich“ sein muss und solcherart eine „willkürliche“ Einschränkung des Anwendungsbereiches der Richtlinie unzulässig ist.⁴⁵ Dies steht wiederum im Einklang mit der Rechtsprechung, wonach Abweichungen von einer Grundregel eng auszulegen sind⁴⁶ und spiegelt sich etwa auch darin wider, dass ungeachtet des Art. 1 Abs. 2 dem Quellensteuerverbot des Art. 5 vom EuGH – in Übereinstimmung mit der hA im Schrifttum⁴⁷ – unmittelbare Wirkung zugesprochen wurde.⁴⁸ Denn nur solcherart lässt sich sicherstellen, dass – anders als bei einem rein nationalen Missbrauchsverständnis – die Gefahr einer voneinander divergierenden Rechtspraxis in den jeweiligen Mitgliedsstaaten vermieden wird.⁴⁹

⁴⁰ Für ein autonomes Verständnis z. B. *Knobbe-Keuk*, Intertax 1992, 485 (488 f.); *Knobbe-Keuk*, EuZW 1992, 336 (339 ff.); *Maisto*, Intertax 1992, 502 (504); *Farmer/Lyal*, EC Tax Law, 1994, S. 258; *Farmer*, ET 1994, 314 (314); *Timpel*, Harmonisierung der direkten Unternehmensbesteuerung in der EU, 1994, S. 286; *Schön*, IStR 1996, Beihefter zu Heft 2, 6 ff.; *Weber*, EC Tax Rev. 1996, 63 (64); *Weber*, EC Tax Rev. 1997, 22 (24); *Hoenjet*, EC Tax Rev. 1997, 206 (213); *Züger* in Gassner/Lang (Hrsg.), FS 30 Jahre Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien, 1998, S. 549 (553 ff.); *Bullinger*, IStR 2004, 406 (410 f.); *Bron*, DB 2007, 1273 (1273 f.); *Thömmes* in FS Wassermeyer (Fn. 1), S. 207 (229); *De Broe* (Fn. 1), S. 996 f.; offen in BFH v. 20.3.2002 – I R 38/00, BFHE 198, 514, BStBl. 2002 II, 819 (Hilversum I).

⁴¹ So aber z. B. *Vanstendael*, 5 Tax Notes Int'l 599 (602) (Sept. 21, 1992); *Raby*, EC Tax Rev. 1992, 216 (220); *van der Geld*, EC Tax Rev. 1992, 224 (225 f.); s. auch *Terra/Wattel* (Fn. 3), S. 508 f.

⁴² S. zu Art. 1 Abs. 2 z. B. *Bataillon* in Campbell (Hrsg.), International Tax Planning, 1995, S. 45 (60); *Weber*, EC Tax Rev. 1996, 63 (64); *Hoenjet*, EC Tax Rev. 1997, 206 (213 f.); *Bron*, DB 2007, 1273 (1274); *Schön* in FS Reiß (Fn. 1), S. 571 (572).

⁴³ S. z. B. auch *Stoscheck/Peter*, IStR 2002, 656 (662 f.); *Thömmes* in FS Wassermeyer (Fn. 1), S. 207 (223).

⁴⁴ In der englischen Sprachfassung ist z. B. von Vorschriften „required for the prevention of fraud or abuse“ die Rede.

⁴⁵ *Schön*, IStR 1996, Beihefter zu Heft 2, 6; *Züger* in Gassner/Lang (Fn. 40), S. 549 (554).

⁴⁶ S. EuGH v. 17.10.1996 – Rs. C-283/94, C-291/94 und C-292/94 (Denkavit), Slg. 1996, I-5063, Tz. 27 (zur Mindestbehaltezeit nach Art. 3 Abs. 2 der Mutter-Tochter-RL), und Schlussanträge GA Kokott v. 16.7.2009 – Rs. C-352/08 (Zwijnenburg), Tz. 68 (zur Missbrauchsverordnung der FusionsRL); ebenso speziell zu Art. 1 Abs. 2 bereits *Farmer/Lyal* (Fn. 40), S. 260.

⁴⁷ So z. B. *van der Geld*, EC Tax Rev. 1992, 224 (225); *Weber*, EC Tax Rev. 1997, 22 (24); s. im Hinblick auf Art. 1 Abs. 2 auch *Raby*, EC Tax Rev. 1992, 216 (223).

⁴⁸ EuGH v. 17.10.1996 – Rs. C-283/94, C-291/94 und C-292/94 (Denkavit), Slg. 1996, I-5063, Tz. 37 ff.

⁴⁹ Zu diesem Risiko bereits *Schonewille*, Intertax 1992, 13 (13); *Mavraganis*, Intertax 1994, 129 (130); *Knobbe-Keuk*, Intertax 1992, 485 (488); *Schön*, IStR 1996, Beihef-

Neben der Binnenmarktorientierung der Mutter-Tochter-RL als überwölbende Zielsetzung bietet sie selbst durch die Definition ihres Anwendungsbereiches einen ersten Anhaltspunkt für die Feststellung des konkreten Missbrauchskonzepts des Art. 1 Abs. 2: So dient beispielsweise das Erfordernis der Steuerpflicht in Art. 2 Abs. 1 lit. c der Vermeidung einer doppelten Nichtbesteuerung;⁵⁰ der Ausschluss von abkommensrechtlich in Drittstaaten ansässigen Gesellschaften in Art. 2 Abs. 1 lit. c soll sicherstellen, dass eine Quellenentlastung nicht effektiv zum Vorteil eines Drittstaates gereicht; und die optionale Mindestbehaltedauer des Art. 3 Abs. 2 soll verhindern, „daß das System der Steuervergünstigung durch eine rasche Wiederveräußerung der erworbenen oder gezeichneten Filialanteile zweckentfremdet wird“.⁵¹ Umgekehrt wurde explizit von der Einführung wirtschaftlicher Kriterien zur Definition des Mutter-Tochter-Verhältnisses abgesehen; ein entsprechender Vorstoß wurde aufgrund des ohnehin bestehenden Erfordernisses einer Mindestbeteiligung ausdrücklich abgelehnt.⁵² Auch ein Abstehen auf den Gesellschafterkreis zur Definition qualifizierter EU-Gesellschaften findet sich in der Richtlinie nicht.⁵³ Die Systematik der Richtlinie erzwingt weiters, außerhalb des Art. 2 Abs. 1 lit. c das Steuerniveau im Staat der Muttergesellschaft als irrelevant zu erachten; denn einerseits ist es gerade der Zweck der Richtlinie, eine wirtschaftliche Doppelbesteuerung unter anderem durch die Befreiungsmethode zu verhindern, andererseits zeigt die Rechtsentwicklung deutlich, dass allenfalls sogar eine gänzliche Nichtbesteuerung der Empfängerköperschaft nach nationalem Recht hinzunehmen ist.⁵⁴

Vor diesem Hintergrund und mangels expliziter „Tätigkeitserfordernisse“ scheint es auch nicht abwegig, eine „reine“ Holdinggesellschaft unabhängig vom ausländischen Steuerniveau als prinzipiell von der Richtlinie begünstigt anzusehen.⁵⁵ Gerade der häufig anzutreffende Fall der Bündelung von EU-Beteiligungen in einer Europa-Holding sollte daher im Lichte des Art. 1 Abs. 2 anzuerkennen sein.⁵⁶ Angesichts der sorgfältig definierten Anwendungsvoraussetzungen der Richtlinie scheint es auch undenkbar, jedes Verhalten, das ausschließlich den Zweck hat, in den Anwendungsbereich der Richtlinie zu gelangen, als missbräuchlich zu betrachten. Ganz im Gegenteil:

ter zu Heft 2, 7; *Weber*, EC Tax Rev. 1996, 63 (64); s. auch BFH v. 20.3.2002 – I R 38/00, BFHE 198, 514, BStBl. 2002 II, 819 (Hilversum I).

50 Deutlich *Thömmes* in Haarmann (Fn. 28), S. 27 (34 f.).

51 Vorschlag einer Richtlinie des Rates über das gemeinsame Steuersystem für Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, KOM(69)6 endg., 6.

52 S. dazu die Diskussionen in Dok. R/1599/73 FIN 378 (3.7.1973), Anl I, 4, Dok. R/129/74 FIN 38 (25.1.1974), 4, sowie Dok. 6446/84 FISC 42 (18.4.1984), 2.

53 Dazu auch *Thömmes* in Haarmann (Fn. 28), S. 27 (36).

54 S. z. B. *Tumpel* (Fn. 40), S. 252 ff.

55 Offen gelassen in BFH v. 20.3.2002 – I R 38/00, BFHE 198, 514, BStBl. 2002 II, 819 (Hilversum I).

56 So bereits *Knobbe-Keuk*, Intertax 1992, 485 (490).

Gerade wenn etwa – von der Richtlinie nicht erfasste – indirekte in direkte Beteiligungen umstrukturiert werden oder eine formwechselnde Umwandlung in eine von der Richtlinie begünstigte Rechtsform erfolgt, ist der Förderungsziel der Richtlinie erreicht und sind die Richtlinienbegünstigungen zu gewähren.⁵⁷ Weniger klar erscheint die Situation allerdings dann, wenn etwa zur Erlangung von Richtlinienvorteilen im Falle einer der Höhe nach nicht qualifizierten Beteiligung eine 100 %ige Holding-Tochtergesellschaft „zwischengeschaltet“ wird⁵⁸ oder eine natürliche Person eine Zwischengesellschaft zum steuerfreien Bezug ausländischer Dividenden errichtet.⁵⁹

Eine Annäherung an den Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 2 kann solcherart darin bestehen, dass aus der Sicht des Quellenstaates traditionell jene Situationen kritisch betrachtet wurden, in denen der „ultimate shareholder“ keine qualifizierte EU-Gesellschaft ist, die EU-Zwischengesellschaft also von einer Person „kontrolliert“ wird, die selbst nicht zur Inanspruchnahme der Richtlinienbegünstigungen berechtigt wäre.⁶⁰ Diesen Fall griff auch die Kommission auf und wies darauf hin, dass

„[d]ie Körperschaftssteuerrichtlinien [...] nur für in den Mitgliedstaaten niedergelassene Unternehmen [gelten], und ihr Hauptziel darin [besteht], innerhalb der Gemeinschaft analoge Bedingungen zu denen eines Binnenmarkts zu schaffen, indem sie steuerliche Hindernisse für grenzübergreifende Unternehmensumstrukturierungen und für die Zahlung von Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren beseitigen. Daher sollte es nicht in ihrem Geltungsbereich liegen, beispielsweise Konstruktionen zur Umgehung von Quellensteuern auf Zahlungen an nichteuropäische Einrichtungen zu erleichtern, wenn solche Konstruktionen keine kommerziellen Zwecke verfolgen.“⁶¹

Diese auch von einigen Mitgliedstaaten im nationalen Recht implementierte Überlegung wirkt zwar auf den ersten Blick bestechend, stößt in dieser Breite jedoch sogleich auf systematische Bedenken.⁶² Die Richtlinie nimmt nämlich – auch in Übereinstimmung mit Art. 55 VAEU (ex-Art. 294 EG)

57 S. zu diesen Beispielen *Knobbe-Keuk*, Intertax 1992, 485 (488 f.), und *Knobbe-Keuk*, EuZW 1992, 336 (339 f.); die Lösung offengelassen bei *Vanistendael*, 5 Tax Notes Int'l 599 (602 f.) (Sept. 21, 1992).

58 Dies als missbräuchlich ansehend *Weber*, EC Tax Rev. 1996, 63 (66); gegenteilig wohl *Rousselle/Liebman*, ET 2006, 559 (563); generell einschränkend *Knobbe-Keuk*, Intertax 1992, 485 (489), und *Knobbe-Keuk*, EuZW 1992, 336 (340), die Art. 1 Abs. 2 lediglich in Drittstaatsituationen Bedeutung beimisst; ebenso jüngst *Picq*, ET 2009, 471 (475).

59 Eine Begünstigung versagend FG Köln v. 8.8.2001 – 2 K 6630/99, EFG 2002, 541 m. Anm. *Herlinghaus*.

60 *De Hosson*, Intertax 1990, 414 (427); *Terra/Wattel* (Fn. 3), S. 509.

61 Mitteilung der Kommission betreffend Anwendung von Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung im Bereich der direkten Steuern (innerhalb der EU und im Hinblick auf Drittländer), KOM(2007)785 endg., 10.

62 S. auch *Knobbe-Keuk*, Intertax 1992, 485 (489); *Knobbe-Keuk*, EuZW 1992, 336 (340); *Farmer/Lyal* (Fn. 40), S. 259; *Rädler*, ET 1994, 311 (313); *Schön*, IStR 1996, Beiheft zu Heft 2, 4 und 13.

und der Rechtsprechung⁶³ – keinen Bezug auf die Anteilseigner der Muttergesellschaft, sodass grundsätzlich auch Anteilseigner, auf welche die Richtlinie nicht anwendbar ist, mittelbar von den Begünstigungen profitieren können.⁶⁴ Es besteht daher im Grunde Einigkeit, dass die Ansässigkeit des „ultimate shareholders“ für sich genommen kein Grund ist, Richtlinienvorteile zu versagen.⁶⁵ Die Kommission nähert sich dementsprechend der Grenze zum Missbrauch iSd Art. 1 Abs. 2 auf Basis der vom EuGH zu den Grundfreiheiten entwickelten Kriterien,⁶⁶ sodass es auch im Rahmen der Mutter-Tochter-RL auf die „Künstlichkeit“ der Gestaltung ankommen soll.⁶⁷ Zu den Grundfreiheiten stellt der EuGH diesbezüglich auf eine „tatsächliche Ansiedelung“ mit dem Zweck, „wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeiten“ nachzugehen, ab,⁶⁸ wobei dies aus Anhaltspunkten wie dem Vorhandensein von „Geschäftsräumen, Personal und Ausrüstungsgegenständen“ deduziert werden könnte,⁶⁹ eine „Briefkastenfirma“ oder eine „Strohfirma“ zähle – soweit sie überhaupt Einkünftezurechnungssubjekt ist⁷⁰ – solcherart jedenfalls zur *familia suspecta*.⁷¹ Gerade die literarische Diskussion über die Anforderungen an eine solche Marktintegration⁷² zeigt deren Schwächen, zumal das Abstellen auf die physische Existenz von Räumlichkeiten, Personal und Ausrüstungsgegenständen natürlich insofern unbefriedigend ist, als der Verlagerungsproblematik in – notgedrungen substanzschwachen – Vermögensverwaltungssituationen nur unzureichend Rechnung getragen wird.⁷³ Im Detail besteht dementsprechend im hier interessierenden Bereich

63 S. z. B. EuGH v. 14.10.2004 – Rs. C-299/02 (Kommission/Niederlande), Slg. 2004, I-9761.

64 *Knobbe-Keuk*, Intertax 1992, 485 (489); *Tumpel* (Fn. 40), S. 290.

65 So zur Missbrauchsvorschrift des Art. 5 der Zinsen-Lizenzgebühren-RL der Bericht der Kommission KOM(2009)179 endg., 10; ebenso z. B. *Knobbe-Keuk*, EuZW 1992, 336 (340); *Farmer/Lyal* (Fn. 40), S. 259; *De Broe* (Fn. 1), S. 1013 f.

66 Implizit auch EuGH v. 5.7.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 38; s. auch Schlussanträge GA *Kokott* v. 8.2.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 57; Schlussanträge GA *Kokott* v. 16.7.2009 – Rs. C-352/08 (Zwijnenburg), Tz. 45 und Tz. 61.

67 KOM(2009)179 endg., 10; ebenso bereits *Farmer/Lyal* (Fn. 40), S. 260; *Weber*, EC Tax Rev. 1996, 63 (65).

68 EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes), Slg. 2006, I-7995, Tz. 65 f.

69 EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes), Slg. 2006, I-7995, Tz. 67

70 S. auch *Leclercq*, BIFD 2007, 235 (243); *Schön* in FS Reiß (Fn. 1), S. 571 (589 m. Fn. 76).

71 EuGH v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 (Cadbury Schweppes), Slg. 2006, I-7995, Tz. 68; ebenso *Kokott*, FR 2008, 1041 (1042); *De Broe* (Fn. 1), S. 1014 ff.

72 S. zur Diskussion *Schön* in FS Reiß (Fn. 1), S. 571 (587 ff.).

73 S. zu Überlegungen speziell im Hinblick auf Kapitalanlage- und Finanzierungsfunktionen BFH v. 29.1.2008 – I R 26/06, BFHE 220, 392, BStBl. 2008 II 978 (SO-PARFI); für den Vorschlag eines Proportionalitätstests s. *Leclercq*, BIFD 2007, 235 (243).

des „Directive Shoppings“ in der Mutter-Tochter-RL jedoch erheblicher Klärungsbedarf. Deshalb betont die Kommission auch Folgendes:

„Die Aufdeckung einer rein künstlichen Konstruktion entspricht damit im Grunde einem Vergleich zwischen Substanz und Form. Bei den einschlägigen Prüfungen im Zusammenhang mit dem im EG-Vertrag gewährten Freiheiten und von Körperschaftsteuerrichtlinien müssen deren Ziele und Zwecke mit denen der Konstruktionen verglichen werden, die die voraussichtlich Begünstigten (die Steuerpflichtigen) vorgesehen haben. Im Zusammenhang mit der Niederlassung eines Unternehmens ist es immer schwierig, den Grad der wirtschaftlichen Präsenz und die realen kommerziellen Elemente zu beurteilen. Objektive Faktoren für die Feststellung, ob eine angemessene Substanz vorhanden ist, umfassen nachprüfbare Kriterien wie den tatsächlichen Ort der Unternehmensführung und die konkrete Präsenz der Niederlassung wie auch das von ihr tatsächlich eingegangene Wirtschaftsrisiko. Allerdings ist nicht völlig sicher, wie diese Kriterien z. B. auf Finanzdienste innerhalb einer Unternehmensgruppe oder auf Holdings anzuwenden sind, deren Tätigkeiten nicht unbedingt eine physische Präsenz erfordern.“⁷⁴

Zudem ist im steuerlichen Richtlinienrecht zu beachten, dass – anders als im Bereich der Grundfreiheiten – das Streben nach steuerlichen Vorteilen nicht prinzipiell schützenswert erscheint.⁷⁵ Gerade zur Mutter-Tochter-RL hat der EuGH einerseits deutlich gemacht, dass Gestaltungen, die „nur zu dem Zweck, von den vorgesehenen Steuervergünstigungen zu profitieren“ gewählt werden, den Missbrauchstatbestand erfüllen.⁷⁶ Eine Steuerersparnis ist jedoch andererseits dann legitim, wenn „dieser Zweck tatsächlich aus einer Entscheidung zwischen unterschiedlichen Steuerregelungen folgt, die der Gemeinschaftsgesetzgeber absichtlich zur Verfügung gestellt hat“.⁷⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint es auch bemerkenswert, dass der EuGH nicht nur zwischen dem allgemeinen Missbrauchsgrundsatz und den spezifischen Regelungen der Richtlinien,⁷⁸ sondern auch innerhalb einer Richtlinie eine Hierarchie herleitet. Solcherart tritt auch die allgemeine Missbrauchsklausel des Art. 1 Abs. 2 zumindest in jenen Fällen zurück, in denen die Richtlinie – wie zB hinsichtlich der Mindestbehaltezeit in Art. 3 Abs. 2 – eine spezielle Missbrauchsvorschrift enthält.⁷⁹ Somit erscheint es aber auch nicht möglich,

74 Mitteilung der Kommission KOM(2007)785 endg., 5.

75 EuGH v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95 (Leur-Bleum), Slg. 1997, I-4161, Tz. 40 und Tz. 46 f. (zur Erlangung eines horizontalen Verlustausgleichs durch Fusion nach der FusionsRL); Schlussanträge GA Kokott v. 8.2.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 59 (FusionsRL); s. dazu auch Zalasiński, Intertax 2008, 156 (165); Schön in FS Reiß (Fn. 1), S. 571 (594).

76 EuGH v. 17.10.1996 – Rs. C-283/94, C-291/94 und C-292/94 (Denkavit), Slg. 1996, I-5063, Tz. 31.

77 Schlussanträge Poires Maduro v. 7.4.2005 – Rs. C-255/02 (Halifax), Slg. 2006, I-1609, Tz. 88.

78 S. nur Schlussanträge GA Kokott v. 8.2.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 67; Schlussanträge GA Kokott v. 16.7.2009 – Rs. C-352/08 (Zwijnenburg), Tz. 62.

79 EuGH v. 17.10.1996 – Rs. C-283/94, C-291/94 und C-292/94 (Denkavit), Slg. 1996, I-5063, Tz. 31; s. z. B. auch Knobbe-Keuk, EuZW 1992, 336 (339 ff.); van der Geld, EC Tax Rev. 1992, 224 (226); Tumpel (Fn. 40), S. 264 f.; Weber, EC Tax Rev. 1996,

außerhalb des Art. 3 Abs. 2 (vermeintlich) missbräuchlichen Gestaltungen in Form von kurzfristigen Beteiligungsübertragungen zu begegnen.⁸⁰ Wendet man sich von dieser Perspektive wiederum der Problematik des „Directive Shoppings“ durch Drittstaatgesellschaften zu, tritt freilich Art. 2 Abs. 1 lit. b der Mutter-Tochter-RL ins Blickfeld, der doppelt ansässige Gesellschaften vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausschließt, wenn sie aufgrund eines Doppelbesteuerungsabkommens in einem Drittstaat als ansässig gelten. Insofern wird auch argumentiert, dass eine von der Richtlinie akzeptierte Doppelansässigkeit niemals eine missbräuchliche Struktur darstellen könne.⁸¹ Treibt man diese Überlegungen auf die Spitze und misst Art. 2 Abs. 1 lit. b die Bedeutung einer abschließenden und spezifischen Anti-Missbrauchsregelung für all jene Fälle zu, in denen Richtlinienvorteile letztlich Drittstaatgesellschaften zu Gute kommen, wäre außerhalb ihres (engen) Anwendungsbereiches eine (zusätzliche) Berufung auf Art. 1 Abs. 2 nicht möglich und solcherart die hier diskutierten Formen des „Directive Shopping“ durch die Richtlinie „mitgedacht“ und akzeptiert.

Trotz der bestehenden materiellen Unschärfen bleibt stets zu beachten, dass vom EuGH – auch und gerade für das Richtliniengericht – eine globale Untersuchung aller Umstände des konkreten Einzelfalles gefordert wird, die der gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Diese zur FusionsRL entwickelte Judikatur⁸² hat unzweifelhaft auch im Bereich der Mutter-Tochter-RL Bedeutung.⁸³ Pauschale, unwiderlegliche Missbrauchsvermutungen sind unzulässig.⁸⁴ Überdies gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass dem Steuerpflichtigen Richtlinienvorteile „nur insoweit versagt werden, als dies erforderlich ist, um eine drohende Steuerumgehung zu verhindern oder eine bereits eingetretene Steuerumgehung auszugleichen“⁸⁵ Es ist daher stets sorgfältig abzuwägen, ob die Nichtanwendung der Richtlinie ein geeignetes Mittel zur Missbrauchsbekämpfung darstellt.⁸⁶

63 (68 f.); *Weber*, EC Tax Rev. 1997, 22 (25); *Thömmes/Eicker*, ET 1999, 9 (12); *Panayi*, ET 2006, 139 (153); *Terra/Wattel* (Fn. 3), S. 509; *Englisch*, StuW 2009, 3 (14).

80 *Weber*, EC Tax Rev. 1996, 63 (68 f.); *Panayi*, ET 2006, 139 (153).

81 So *Bergmann* in *Hofstätter/Plansky* (Hrsg.), Dual Residence in Tax Treaty Law and EC Law, 2009, S. 457 (465).

82 EuGH v. 17.7.1997 – Rs. C-28/95 (Leur-Bleum), Slg. 1997, I-4161, Tz. 41 ff. (FusionsRL); EuGH v. 11.12.2008 – Rs. C-285/07 (A.T.), BStBl. 2009 II, 940 ff., Tz. 31 (FusionsRL); s. auch Schlussanträge GA *Kokott v. 8.2.2007* – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 60 (FusionsRL).

83 Ebenso *Weber*, EC Tax Rev. 1996, 63 (66 f.); *Schelpe*, EC Tax Rev. 1997, 17 (21); *Hoenjet*, EC Tax Rev. 1997, 206 (212 f.).

84 Dazu ausführlich *Zalasiński*, ET 2007, 571 (574 f.).

85 Schlussanträge GA *Kokott v. 16.7.2009* – Rs. C-352/08 (Zwijnenburg), Tz. 67 (zur Frage, ob die Umgehung einer Verkehrssteuer zur Versagung der Vorteile der FusionsRL führen kann).

86 Ebenso *Bullinger*, IStR 2004, 406 (410).

3. Implementierung im nationalen Steuerrecht

Richtlinien bedürfen der Umsetzung in das nationale Recht, wobei etwa die Mutter-Tochter-RL den Mitgliedstaaten lediglich Mindeststandards der zu begünstigenden Strukturen vorgibt. Da es den Mitgliedstaaten somit frei steht, günstigere Regelungen vorzusehen, erscheint es auch konsequent, dass sich ein Mitgliedstaat gegenüber dem Steuerpflichtigen nicht auf die Existenz des Art. 1 Abs. 2 oder gar auf ein generelles Prinzip des Gemeinschaftsrechts zur Missbrauchsvermeidung stützen kann, sofern das nationale Recht trotz richtlinienkonformer Auslegung keinerlei Umsetzung⁸⁷ enthält.⁸⁸

Sowohl Österreich und Deutschland haben jedoch diesbezügliche Missbrauchsvermeidungsmechanismen vorgesehen. So wurde die Quellenentlastung in Österreich in § 94a öEStG implementiert.⁸⁹ Allerdings bleibt es nach § 94a Abs. 2 öEStG iVm der diesbezüglichen Verordnung⁹⁰ in gewissen Fällen zunächst beim Kapitalertragsteuerabzug, die ausländische Muttergesellschaft wird auf ein Rückerstattungsverfahren verwiesen. Dieser Methodenwechsel durch Umstieg von der Kapitalertragsteuerbefreiung auf das Rückerstattungsverfahren greift unter anderem, wenn „*Umstände vorliegen, die für die Annahme eines Mißbrauchs im Sinne des § 22 der Bundesabgabenordnung sprechen und ein Mißbrauch von dem zum Abzug Verpflichteten zu vertreten wäre*“. Ein Missbrauch ist dabei „*von dem zum Abzug Verpflichteten nur dann nicht zu vertreten, wenn er über eine schriftliche Erklärung der die Kapitalerträge empfangenden Gesellschaft verfügt*“, aus der hervorgeht, dass die Gesellschaft eine Betätigung entfaltet, die über die bloße Vermögensverwaltung hinausgeht, eigene Arbeitskräfte beschäftigt und über eigene Betriebsräumlichkeiten verfügt, und er an der Richtigkeit der Angaben nicht zweifeln musste.

87 Diese „Umsetzung“ kann aber auch in einer allgemeinen Missbrauchsklausel und sogar in ungeschriebenen, richterrechtlichen Doktrinen bestehen kann; EuGH v. 5.7.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 44 ff. (zur FusionsRL); s. auch *Terra/Wattel* (Fn. 3), S. 549; *Zalasiński*, ET 2007, 571 (574); a. A. zuvor z. B. *Maisto*, ET 2002, 287 (291). Damit sind auch allgemeine Vorschriften wie § 42 AO oder § 22 BAO angesprochen; s. bereits *De Hosson*, Intertax 1990, 414 (427); *Thömmes* in Haarmann (Fn. 28), S. 27 (37).

88 EuGH v. 5.7.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 40 ff.; Schlussanträge GA *Kokott* v. 8.2.2007 – Rs. C-321/05 (Kofoed), Slg. 2007, I-5795, Tz. 66; Schlussanträge GA *Kokott* v. 16.7.2009 – Rs. C-352/08 (Zwijnenburg), Tz. 60 ff.; ebenso z. B. *Hoensel*, EC Tax Rev. 1997, 206 (213); *Zalasiński*, ET 2007, 571 (573 f.); *Zalasiński*, Intertax 2008, 156 (164 und 166); *Schön* in FS Reiß (Fn. 1), S. 571 (574); *Lohse* in FS Reiß (Fn. 1), S. 645 (662); *De Broe* (Fn. 1), S. 1029 ff.; *Englisch*, StuW 2009, 3 (21 m. w. N.); a. A. z. B. *Rousselle/Liebman*, ET 2006, 559 (562); *de la Feria*, CML Rev. 2008, 395 (438).

89 EU-AnpG, öBGBI 1994/681.

90 öBGBI 1995/56.

Zweck dieser Bestimmung ist die Verhinderung von „Directive Shopping“: Die Zwischenschaltung von „Briefkastengesellschaften“, „deren man sich gerne für internationale Steuerumgehungsstrategien bedient“, sollen von der Quellenentlastung des § 94a Abs. 1 EStG ausgeschlossen werden,⁹¹ eine steuerfreie Ableitung von Gewinnen durch die Zwischenschaltung funktionsloser Gesellschaften soll unterbunden werden.⁹² Solcherart wird durch § 94a Abs. 2 öESTG auch keine eigener Missbrauchstatbestand geschaffen.⁹³ Der Wechsel von der Befreiung zur Rückerstattung stellt vielmehr eine „Vorbeugemaßnahme“⁹⁴ dar: Kommt es wegen eines vertretbaren Missbrauchsverdachts zum Kapitalertragsteuerabzug, ist im nachfolgenden Rückerstattungsverfahren das tatsächliche Vorliegen eines Missbrauchs nach § 22 BAO zu beurteilen. Die Anwendung der allgemeinen Missbrauchsbestimmung des § 22 BAO muss sich dabei freilich innerhalb der Zielsetzung der Richtlinie sowie innerhalb der Grundfreiheiten bewegen.⁹⁵ Kann die Muttergesellschaft den Missbrauchsverdacht entkräften, hat eine gänzliche Erstattung der Kapitalertragsteuer zu erfolgen. Dieser Methodenwechsel wird im österreichischen Schrifttum als durchwegs gemeinschaftsrechtskonform angesehen.⁹⁶ In materieller Hinsicht scheint die Rechtsprechung überdies davon auszugehen, dass – der außentheoretisch verstandene – § 22 BAO und die dort gewonnenen Auslegungsgrundsätze uneingeschränkt auch auf Fälle des „Directive Shopping“ im Rahmen der Mutter-Tochter-RL Anwendung findet.⁹⁷ Wann aber die vom VwGH für das Vorliegen eines Missbrauchs geforderte „rechtliche Gestaltung, die im Hinblick auf den angestrebten wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich und unangemessen ist und ihre Erklärung nur in der Absicht der Steuervermeidung findet“,⁹⁸ vorliegt, entzieht sich letztlich einer allgemeingültigen Beantwortung. Auch der der höchstgerichtliche Ansatz, „zu prüfen, ob der gewählte Weg noch sinnvoll erscheint, wenn man den Abgaben sparenden Effekt wegdenkt, oder ob er ohne das Resultat als Steuerminderung einfach unverständlich wäre“,⁹⁹ bietet letztlich in Grenzbereichen keine trennscharfe Abgrenzung. Allerdings kann nach der Rechtsprechung des UFS auch eine Holding ohne Per-

91 Vgl auch die ErlRV 1701 BlgNR XVIII. GP, 6

92 EAS 672 = SWI 1995, 329; EAS 1464 = SWI 1999, 322 = ÖStZ. 1999, 49; EAS 1550 = SWI 2000, 51; s. auch UFS Wien v. 23.8.2006 – RV/1915-W/04

93 UFS Salzburg v. 11.4.2007 – RV/0323-S/06.

94 EAS 635 = SWI 1995, 211; EAS 652 = SWI 1995, 287.

95 UFS Salzburg v. 11.4.2007 – RV/0323-S/06.

96 S. z. B. *Marschner* in Jakom, 2. Aufl. 2009, § 94a EStG Rz. 22.

97 Zumindest in diese Richtung z. B. VwGH v. 10.8.2005 – 2001/13/0018, ÖStZ. B. 2006/65, 86 (Dublin Docks II); VwGH v. 22.9.2005 – 2001/14/0188, ÖStZ. B. 2006/195, 249 (Jersey I); VwGH v. 24.7.2007 – 2007/14/0029, ÖStZ. B. 2007/520, 704 (Jersey II); s. auch *Zorn* in Beiser/Kirchmayer/Mayr/Zorn (Hrsg.), FS Doralt, 2007, S. 527 (527 ff.).

98 S. z. B. VwGH v. 19.1.2005 – 2000/13/0176, ÖStZ. B. 2005/308 (Dublin Docks II).

99 S. z. B. VwGH v. 22.9.2005 – 2001/14/0188, ÖStZ. B. 2006/195, 249 (Jersey I).

sonal und Betriebsräumlichkeiten „*sinnvolle Funktionen innehaben*“.¹⁰⁰ Die Praxis bewahrt hier durchaus Augenmaß: Stehen zB hinter einer EU-Holding operative EU-Großmuttergesellschaften, bestehen gegen eine steuerentlastete Ausschüttung von Gewinnen grundsätzlich keine Bedenken, zumal auch beim direkten Dividendenbezug durch die Großmuttergesellschaften das österreichische Besteuerungsrecht erloschen wäre.¹⁰¹

Im Gegensatz zu Österreich hat Deutschland die Problematik des „Directive Shoppings“ durch eine spezielle Anti-Missbrauchsklausel aufgegriffen: Solcherart steht die auf der Mutter-Tochter-RL basierende Entlastung nach § 43b dEStG dann nicht zu, wenn § 50d Abs. 3 dEStG eingreift. Die ursprüngliche Fassung des § 50d Abs. 3¹⁰² war mit Wirkung ab 1994 – vor dem Hintergrund des *Monaco-Urteils*¹⁰³ – eingeführt worden und sollte konkretisieren, „*daß bilaterale Abkommen und Maßnahmen supranationaler Organisationen unter einem Umgehungsvorbehalt stehen*“.¹⁰⁴ Der Quellensteuervorteil wurde einer ausländischen Gesellschaft verweigert, soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Steuerentlastung bei direkter Einkünftezielung nicht zusteht, und für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen und sie keine eigene Wirtschaftstätigkeit entfaltet. Die deutsche Finanzgerichtsbarkeit¹⁰⁵ und der BFH¹⁰⁶ haben – in Überstimmung mit Teilen des Schrifttums¹⁰⁷ – einen Verstoß des früheren § 50d Abs. 3 dEStG gegen die

100 UFS Salzburg v. 11.4.2007 – RV/0323-S/06; s. aber auch EAS 2787 = SWI 2007, 148 = ÖSTz. 2008/437, 215, zum österreichisch-deutschen Verhältnis, und dazu sogleich unten.

101 EAS 652 = SWI 1995, 287; EAS 672 = SWI 1995, 329; EAS 746 = SWI 1996, 3; EAS 871 = SWI 1996, 330; EAS 1072 = SWI 1997, 332; EAS 1756 = SWI 2001, 4; EAS 1803 = SWI 2001, 52; EAS 2606; s. auch UFS Wien v. 23.8.2006 – RV/1915-W/04; anders womöglich EAS 611 = SWI 1995, 202

102 Als § 50d Abs. 1a dEStG eingefügt durch das StMBG, dBGBI I 1993, 2310 (mit Wirkung ab VZ 1994), inhaltlich unverändert in § 50 Abs. 3 dEStG überführt durch das StÄG 2001, dBGBI. I 2001, 3794.

103 So der ausdrückliche Hinweis der BT-Drucks. 12/5764, 26, auf BFH v. 29.10.1981 – IR 89/80, BFHE 134, 245, BStBl. 1982 II, 150, ausdrücklich aufgegeben durch BFH v. 29.10.1997 – IR 35/96, BFHE 184, 476, BStBl. 1998 II, 235; s. zu diesem Hintergrund auch BFH v. 31.5.2005 – IR 74/04, BFHE 210, 117 = BStBl. 2006 II, 118 (Hilversum II).

104 BT-Drucks. 12/5764, 26. S. zur damaligen Regelung z. B. *Rädler*, ET 1994, 311 (313); *Rädler* in Lindencrona/Lodin/Wiman (Hrsg.), *Liber Amicorum Leif Mutén*, 1999, S. 297 (297 ff.); *Haug*, 29 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1996, 191 (270 ff.); *Stoscheck/Peter*, IStR 2002, 656 (657 ff.).

105 FG Köln v. 22.6.2001 – 2 K 5087/95, EFG 2001, 1378; FG Köln v. 8.8.2001 – 2 K 6630/99, EFG 2002, 541 m. Anm. *Herlinghaus*.

106 BFH v. 20.3.2002 – IR 38/00, BFHE 198, 514, BStBl. 2002 II 819 (Hilversum I); kritisch zur Nichtvorlage z. B. *Stoscheck/Peter*, IStR 2002, 656 (661 ff.); *Thömmes* in FS Wassermeyer (Fn. 1), S. 207 (229).

107 S. tendenziell *Schön*, IStR 1996, Beifehfter zu Heft 2, 13; *Höppner*, IWB 1996/3, Fach 3 Gr. 3, 1153 (1164); *Bron*, DB 2007, 1273; *Thömmes/Eicker*, ET 1999, 9 (13);

Mutter-Tochter-RL verneint. Implizite Nebenbedingung dieser Sichtweise war jedoch, dass die Tatbestandsmerkmale der wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Gründe in gemeinschaftsrechtskonformer Weise ausgelegt werden können.¹⁰⁸ Trotz der erheblichen Auslegungsunsicherheiten¹⁰⁹ ließ sich hier durchaus ein mittelbarer Effekt der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in der zunehmend einschränkenden Interpretation des früheren § 50d Abs. 3 dEStG ausmachen.¹¹⁰ Denn einerseits wurde das kumulative Vorliegen der Kriterien gefordert,¹¹¹ andererseits wurde die Ausübung einer Holdingfunktion als wesentlicher Grund für die Einschaltung einer ausländischen Gesellschaft anerkannt,¹¹² was in einer Konzerngesamt betrachtung auch dahingehend konkretisiert wurde, dass es einen wirtschaftlichen oder sonst beachtlichen Grund iSd § 50d Abs. 3 dEStG für die Zwischenschaltung darstellt, wenn der Unternehmenszweck des Haltens der Beteiligungen an ausländischen Kapitalgesellschaften auf eigene Rechnung, dauerhaft und eigenwirtschaftlich betrieben wird.¹¹³

Thömmes in FS Wassermeyer (Fn. 1), S. 207 (227); a. A. *Rädler* in Liber Amicorum Leif Mutén (Fn. 104), S. 297 (305 f.); *Kischel*, IWB 1997/16, Fach 11a, 207 (216); *Stoschek/Peter*, IStR 2002, 656 (661 ff.).

108 S. nur *Bron*, DB 2007, 1273 (1275); *Thömmes* in FS Wassermeyer (Fn. 1), S. 207 (227).

109 S. einerseits BFH v. 20.3.2002 – IR 38/00, BFHE 198, 514, BStBl. 2002 II, 819 (Hilversum I) (ein Missbrauch ist „offensichtlich und nach jedem denkbaren Verständnis gegeben“) und andererseits diese Ansicht für eine vergleichbare Konstellation revidierend BFH v. 31.5.2005 – IR 74/04, BFHE 210, 117, BStBl. 2006 II, 118 (Hilversum II).

110 So auch die Einschätzung von *Wagner* in Blümich, EStG, KStG, GewStG, Loseblatt (102. Lfg. 2009), § 50d EStG Rz. 57. Deutlich auch – wenngleich ohne Bezugnahme auf die Mutter-Tochter-RL – der Hinweis des BFH v. 29.1.2008 – IR 26/06, BFHE 220, 392, BStBl. 2008 II, 978 (SOPARFI), auf EuGH v. 12.9.2006 – C-196/04 (Cadbury Schweppes), Slg. 2006, I-7995, Tz. 55.

111 BFH v. 31.5.2005 – IR 74/04, BFHE 210, 117, BStBl. 2006 II, 118 (Hilversum II); BFH v. 29.1.2008 – IR 26/06, BFHE 220, 392, BStBl. 2008 II, 978 (SOPARFI); FG Köln v. 16.3.2006 – 2 K 1139/02, EFG 2006, 896 m. Anm. *Herlinghaus* = IStR 2006, 425 m. Anm. *Korts*; FG Köln v. 16.3.2006 – 2 K 2916/02, EFG 2006, 980; FG Köln v. 27.4.2006 – 2 K 7004/01, EFG 2007, 594; ebenso z. B. *Ritzer/Stangl*, FR 2006, 757 (759 f.); *Grotherr*, IWB 2006/17, Fach 4 Gr. 2, 1281 (1316); a. A. das dBMF z. B. im Nichtanwendungserlass BStBl. 2006 I, 166.

112 FG Köln v. 16.3.2006 – 2 K 1139/02, EFG 2006, 896 m. Anm. *Herlinghaus* = IStR 2006, 425 m. Anm. *Korts*, und nachfolgend BFH v. 29.1.2008 – IR 26/06, BFHE 220, 392, BStBl. 2008 II, 978 (SOPARFI); weiters z. B. FG Köln v. 27.4.2006 – 2 K 7004/01, EFG 2007, 594; ebenso z. B. *Ritzer/Stangl*, FR 2005, 1063 (1067 f.).

113 S. wiederum BFH v. 31.5.2005 – IR 74/04, BFHE 210, 117, BStBl. 2006 II, 118 (Hilversum II); zustimmend z. B. *Breuninger/Schade*, GmbHR 2005, 1375 (1377); *Ritzer/Stangl*, FR 2006, 757 (757 ff.); s. aber auch den Nichtanwendungserlass BStBl. 2006 I, 166, und dazu *Hergeth/Ettinger*, IStR 2006, 307 (307 ff.); *Grotherr*, IStR 2006, 361 (361 ff.); *Lieber*, IWB 2006/12, Fach 3 Gr. 3, 1433 (1433 ff.).

Der deutsche Gesetzgeber hat auf diese gemeinschaftsrechtsfreundliche Judikaturentwicklung mit einer Verschärfung des § 50d Abs. 3 dEStG im JStG 2007 reagiert,¹¹⁴ die geboten sei, „um zunehmenden Steuerplanungstechniken zu begegnen, mit denen die Besteuerung von Dividendausschüttungen beim Endempfänger durch die gezielte Zwischenschaltung von spezifisch ausgestalteten ausländischen Gesellschaften umgangen werden soll“.¹¹⁵ Die sich deutlich gegen die Rechtsprechung stellende Neufassung normiert hierbei eine alternativen Relevanz der einzelnen Ausschlussgründe, das Erfordernis einer substanzuellen Geschäftsausstattung und einen Ausschluss der Betrachtung des Gesamtkonzerns („Merkmalsübertragung“). An Holdinggesellschaften werden somit durchaus hohe Anforderungen gestellt.¹¹⁶ Die Gesetzesmaterialen verweisen zur Begründung der Neuregelung des § 50d Abs. 3 dEStG im JStG 2007 zwar auf die nach nationalem Verfassungsrecht eingeräumte, weitgehende „*Befugnis zur Typisierung der Vielzahl der Einzelfälle*“,¹¹⁷ enthalten jedoch keinen Hinweis zu den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen. Hier scheint von der deutschen Finanzverwaltung die Sichtweise vertreten zu werden, dass aufgrund des Missbrauchsvorbehals der Mutter-Tochter-RL „*die Vorteile nur für eine tatsächliche wirtschaftliche Tätigkeit, d. h. für die aktive Teilnahme am Markt eines Mitgliedstaates, zu gewähren sind*“.¹¹⁸ Dieser Ansicht steht freilich zu Recht die hA¹¹⁹ im Schrifttum gegenüber, die § 50d Abs. 3 dEStG wegen unzulässiger Typisierung ohne Möglichkeit zur Widerlegung durch den Steuerpflichtigen als gemeinschaftswidrig ansieht, weshalb „*§ 50d Abs. 3 EStG in seiner derzeitigen Form ein eher kurzes Leben zu prophezeien*“.¹²⁰ Gerade auch die Rückschritte gegenüber der gemeinschaftsrechtsorientierten Auslegung der Vorgängerbestimmung durch die deutsche Judikatur machen deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber sehenden Auges das Risiko der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit auf sich genommen hat.

Die unterschiedlichen Zugänge zur „Directive Shopping“-Problematik in Österreich und Deutschland führen auch zu plastischen Verzerrungen, wie das einfache Beispiel einer Familienholding zu demonstrieren vermag: Eine

114 dBGBl. 2006 I, 2878.

115 BT-Drucks. 16/2712, 60.

116 Tz. 6.1 ff. des BMF-Schreibens BStBl. 2007 I, 446 = IStR 2007, 793; dazu auch *Kessler/Eicke*, IStR 2006, 577 (579); *Kessler/Eicke*, DStR 2007, 781 (783 f.).

117 BT-Drucks. 16/2712, 60.

118 S. den Diskussionsbeitrag von *Wichmann*, wiedergegeben bei *Günther/Simander/Tüchler*, IStR 2009, 490 (491); ähnlich auch Tz. 6.1 des BMF-Schreibens BStBl. 2007 I, 446 = IStR 2007, 793.

119 S. z. B. *Kessler/Eicke*, IStR 2006, 577 (582); *Korts*, IStR 2007, 663 (665); *Bron*, DB 2007, 1273 (1275); *Kessler/Eicke*, DStR 2007, 781 (786); *Gosch*, IStR 2008, 413 (415); *Haarmann* in *Brähler/Lösel* (Hrsg.), FS *Djanani*, 2008, S. 281 (294); *Kaiser*, IStR 2009, 121 (126 f.); *Schenke/Mohr*, DStZ 2009, 439 (444); differenzierend *Wagner* in *Blümich* (Fn. 110), § 50d EStG Rz. 59 f.

120 *Gosch*, IStR 2008, 413 (415).

deutsche Holdinggesellschaft bezieht als unstrittiger Zurechnungsempfänger Dividenden von deutschen Kapitalgesellschaften. Zwischen die deutsche Holding und die österreichischen Gesellschafter ist eine österreichische Familienholding geschaltet, die der Vermeidung der Zersplitterung des in den Händen mehrerer Familienmitgliedern befindlichen Aktienbesitzes dient, ansonsten jedoch „funktionslos“ ist. Von deutscher Seite wurde die Steuerfreistellung der Ausschüttung wegen § 50d Abs. 3 dEStG versagt. Österreich nahm für diesen Fall zunächst die gegenteilige Position ein; die Versagung der Quellensteuerfreiheit sei „EU-rechtlich nicht gedeckt“ und führe „zudem zu einer Doppelbesteuerung“.¹²¹ Eine missbräuchliche Gestaltung sei nicht ersichtlich, zumal die Bündelung des Beteiligungsbesitzes zur Vermeidung einer Zersplitterung und zur konzentrierten Stimmrechtsausübung ein „wirtschaftlich beachtlicher Gründungsgrund“ sei; da überdies eine Steuerersparnis nicht eintrete,¹²² könne „dieser Gestaltungsweg nicht mehr als missbräuchlich gewertet werden“. Österreich hat dennoch die deutsche Auffassung anlässlich österreichisch-deutscher Konsultationsgespräche zur Kenntnis genommen¹²³ und die deutsche Ansicht insofern akzeptiert, als diese Auslegung in der österreichischen Judikatur Deckung findet, wonach eine Zurechnung von Einkünften an eine Gesellschaft, die „am Erwerbsleben nicht in der erklärten Art und Weise teilnimmt oder nicht zwischengeschaltet sinnvolle Funktionen erfüllt“, nicht in Betracht kommt.¹²⁴ In einem gegengleichen Fall einer deutschen Familienholding, die Ausschüttungen einer österreichischen Gesellschaft bezog, versuchte das öBMF dementsprechend in reziproker Anwendung der österreichisch-deutschen Konsultation einen internationalen Besteuerungskonflikt durch die Nichtzurechnung der Gewinnausschüttung an die deutschen Familienholding zu vermeiden. Diese Situation wurde kurz darauf vom österreichischen Unabhängigen Finanzsenat (UFS) geprüft: Demnach sei eine solche Familienholding durchaus als Empfängerin der Einkünfte anzuerkennen und daher berechtigt, die Quellensteuerfreiheit nach § 94a öEStG in Anspruch zu nehmen; der UFS berief sich auf eine grundfreiheitskonforme Interpretation des Missbrauchstatbestandes des § 22 BAO und nahm hier insbesondere Anleihen an der *Hilversum II*-Judikatur des BFH.¹²⁵ Dieser Ansicht hat sich das

121 EAS 2505 = SWI 2004, 537; s. aus der Sicht des öBMF auch den Diskussionsbeitrag von Jirousek, wiedergegeben bei Günther/Simander/Tüchler, IStR 2009, 490 (491).

122 Eine unmittelbare Zurechnung der Gewinnausschüttung der deutschen AG an die österreichischen Anteilseigner würde ebenfalls zu einer Steuerbelastung von 25 % führen (österreichische Kapitalertragsbesteuerung von 25 % abzüglich der 15 %igen deutschen Quellensteuer).

123 Pkt. 3 des Ergebnisprotokolls AÖF 2007/11.

124 EAS 2787 = SWI 2007, 148, unter Hinweis auf VwGH v. 10.12.1997 – 93/13/0185, ÖStZ. B. 1998, 568.

125 UFS Salz. B.urg v. 11.4.2007 – RV/0323-S/06, uHa BFH v. 31.5.2005 – I R 74/04, BFHE 210, 117, BStBl. 2006 II, 118 (Hilversum II).

öBMF nunmehr angeschlossen und einen beachtlichen wirtschaftlichen Grund für die Zwischenschaltung dann angenommen, wenn ein innerhalb einer Familie verstreuter Anteilsbesitz zur einheitlichen Einflussnahme auf die Beteiligungsgesellschaft gebündelt wird.¹²⁶ Die deutsche Seite hat jedoch bereits signalisiert, dieser Ansicht nicht folgen zu können, aber eine reziproke Anwendung der deutschen, in § 50d Abs. 3 dEStG zum Ausdruck kommenden Sichtweise durchaus als zulässig erachten würde.¹²⁷ Befriedigen kann diese Divergenz freilich nicht.

III. Internationale Steuerarbitrage

1. Steuerplanung durch die Nutzung von Unterschieden nationaler Steuerrechtsordnungen

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.¹²⁸ Wenngleich die Definitionen einer derartigen „internationalen Steuerarbitrage“ im Detail variieren,¹²⁹ entsteht sie im Wesentlichen, „wenn dieselbe Transaktion in zwei oder mehr Steuerrechtsordnungen einer unterschiedlichen Besteuerung unterworfen werden“.¹³⁰ Die steuerplanerische Nutzung dieser Divergenzen wird zwar bisweilen als „aggressive Steuerplanung“ charakterisiert,¹³¹ unterscheidet sich aber dennoch konzeptionell klar sowohl vom Ausnutzen eines (unfairen) Steuerwettbewerbs als auch von missbräuchlichen Gestaltungen.¹³²

Die Erscheinungsformen 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 bestehen.¹³³ Steuerarbitrage bietet Steuerpflichtigen die – durchaus elegante – Möglichkeit zur Reduktion ihrer weltweiten Steuerlast ohne signifikante Änderungen.

126 EAS 3100 = SWI 2009, 571.

127 S. aus der Sicht des dBMF auch den Diskussionsbeitrag von *Wichmann*, wiedergegeben bei *Günther/Simander/Tüchler*, IStR 2009, 490 (491).

128 BR-Drucks. 544/1/07, 76.

129 Für einen Überblick s. *Kofler/Kofler* in FS *Djanani* (Fn. 119), S. 381 (382 ff.).

130 BR-Drucks. 544/1/07, 76.

131 S. für eine Übersicht *Steiner*, SWI 2007, 308 (308 ff.).

132 Vgl nur *Boyle*, BTR 2005, 527 (528).

133 Für eine Auflistung möglicher Arbitragesituationen s. auch die Erläuterungen in BR-Drucks. 544/1/07, 77 f.

gen in der Struktur oder Lokalisierung ihrer wirtschaftlichen Operationen. Internationale Steuerarbitrage tritt daher *a prima vista* als natürliches Nebenprodukt nicht harmonisierter oder koordinierter Steuersysteme in globalisierten Märkten auf, wobei selbst relativ kleine Unterschiede substantielle Arbitragemöglichkeiten bieten können.¹³⁴ Vor einer geschickten Nutzbarmachung bestehender Unterschiede sind gerade auch Staaten mit sophisticateden Steuersystemen nicht immun, zumal Arbitrage weder auf der Einschaltung von Niedrigsteuerregimen beruht, noch unter dem Gesichtspunkt missbräuchlicher Steuerplanung auf Bedenken stoßen sollte.¹³⁵ Steuerarbitrage kann vielmehr „zulässigerweise die Möglichkeiten nutzen, die sich aus dem fairen Steuerwettbewerb der Staaten ergeben“.¹³⁶ Vor diesem Hintergrund wird bzw. wurde in mehreren Staaten auch die Einführung von Meldepflichten im Hinblick auf Arbitragetransaktionen überlegt. Der im Jahr 2007¹³⁷ vorgelegte und im federführenden BR-Finanzausschuss¹³⁸ modifizierte Gesetzesentwurf zur Anzeigepflicht von (grenzüberschreitenden) Steuergestaltungen war ein solcher Vorstoß,¹³⁹ wenngleich er letztlich weder in den Vorschlag des Plenums¹⁴⁰ noch in das JStG 2008¹⁴¹ aufgenommen wurde. Die darin vorgesehenen Maßnahmen hätten zwar keine unmittelbaren materiell-steuerrechtlichen Konsequenzen nach sich gezogen, allerdings 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*“ anzuregen.¹⁴²

2. Kernbereiche internationaler Steuerarbitrage

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. Der typische „Double-Dip Effekt“ entsteht vor allem dadurch, dass Verluste einer doppelt ansässigen Gesellschaft durch Einbeziehung dieser Gesellschaft in die Gruppenbesteue-

134 S. z. B. die ausführliche Untersuchung zur divergierenden Behandlung des Disagios in den USA und Japan bei *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (90 ff.).

135 S. z. B. *Rosenbloom*, 53 Tax Law Rev. 2000, 137 (143).

136 BR-Drucks. 544/1/07, 76.

137 Gesetzesentwurf zur Anzeigepflicht von Steuergestaltungen (Stand: 25.6.2007).

138 BR-Drucks. 544/1/07, 64 ff.

139 Für eine ausführliche Analyse s. *Fläming*, DStR 2007, Beiheft zu Heft 44, 2 ff.; *Kessler/Eicke*, BB 2007, 2370 (2370 ff.).

140 BR-Drucks. 544/07.

141 dBGBl. 2007 I, 3150.

142 BR-Drucks. 544/1/07, 69.

rung bzw Konsolidierung zweier Staaten in beiden Staaten das Einkommen der jeweiligen Gruppe und damit auch die Steuerbelastung in beiden Staaten mindert (sog „Dual Consolidated Loss“).¹⁴³ Explizite, umfangreiche gesetzgeberische Reaktionen auf diese Strukturen finden sich beispielsweise in den USA und im Vereinigten Königreich.¹⁴⁴ Aber auch das österreichische und das deutsche Steuerrecht greifen – wenngleich mit unterschiedlicher Stoßrichtung – die Problematik der doppelten Verlustverwertung auf. Österreich schützt sich im Rahmen seiner grenzüberschreitend ausgerichteten Gruppenbesteuerung durch § 9 Abs. 6 öKStG gegen eine doppelte Verwertung von Verlusten ausländischer Gruppenmitglieder, indem in Jahren, in denen der ausländische Verlust mit einem ausländischen Gewinn verrechnet wird oder verrechnet werden könnte, ein Betrag in diesem Ausmaß im Inland wiederum als Gewinn zuzurechnen und nachzuversteuern ist. Das österreichische Steuerrecht sieht jedoch keinen „Schutz“ gegen Gestaltungen vor, bei denen ein österreichischer Verlust aufgrund der Einbeziehung eines Gruppenmitglieds oder des Gruppenträgers in eine ausländische Gruppenbesteuerung auch im Ausland verwertet werden könnte. Genau dieser Punkt wird jedoch vom deutschen Recht in § 14 Abs. 1 Nr. 5 dKStG aufgegriffen,¹⁴⁵ wonach ein negatives Einkommen des Organträgers bei der inländischen Besteuerung unberücksichtigt bleibt, „soweit es in einem ausländischen Staat im Rahmen einer der deutschen Besteuerung des Organträgers entsprechenden Besteuerung berücksichtigt wird.“ Die Einführung des § 14 Abs. 1 Nr. 5 dKStG wurde 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“.¹⁴⁶ Diese Vorschrift ist aufgrund der damit geschaffenen Auslegungsunsicherheiten nicht unkritisiert geblieben¹⁴⁷ und scheint auch seine Wirkung gerade auch im Verhältnis zu den USA nicht entfalten zu können. Denn das amerikanische Steuerrecht versagt durch die „Mirror Rule“¹⁴⁸ sogar die Einfachverwertung, wenn der andere Staat vergleichbare Regeln implementiert hat, zumal es aus US-Sicht als unerwünscht angesehen wurde, dass der Aufkommenseffekt aus der gesetzgeberischen

143 Dazu *Rosenbloom*, 53 Tax Law Rev. 2000, 137 (144 ff.); *Harter*, 41 Tax Mgm't Memorandum, Apr. 24, 2000, 139 (141 f.); *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (95 ff.); *Rosenzweig*, 26 Va. Tax Rev. 2007, 555 (561 f.).

144 Für eine rechtsvergleichende Übersicht s. z. B. *Hardy*, 84 Tax Notes 747 (747 ff.) (Aug. 2, 1999); zu § 1503(d) des Internal Revenue Code (IRC) s. auch *Kofler/Kofler* in FS *Djanani* (Fn. 119), S. 381 (389 f. m. w. N.).

145 Eingefügt durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (UntStFG), dBGBl. 2001 I, 3858.

146 BT-Drucks. 14/6882, 37.

147 S. z. B. *Endres/Thies*, RIW 2002, 275 (275 ff.); *Löwenstein/Maier*, IStR 2002, 185 (185 ff.); *Schreiber/Meisel*, IStR 2002, 581 (581 ff.).

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

Attacke auf doppelt ansässige Strukturen ausschließlich dem ausländischen Fiskus zu Gute kommen sollte.¹⁴⁹ Kommt solcherart die Verlustverwertung im Ausland aufgrund der bloßen Existenz des § 14 Abs. 1 Nr. 5 dKStG nicht in Betracht, steht diese Bestimmung der Verlustverwertung in Deutschland aber offenbar nicht mehr entgegen.¹⁵⁰ Die rechtspolitische Zielsetzung scheint damit freilich nicht erreicht worden zu sein.

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 Schachtelpreivilieg, indirektes Anrechnungsguthaben) gewährt, qualifiziert sie die andere als abzugsfähige Zinszahlungen.¹⁵¹ 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 ratierlichen 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.¹⁵² Die Reaktionen auf derartige Varianten der internationalen Steuerarbitrage sind unterschiedlich, eine international akzeptierte Lösung nicht ersichtlich. Während sich das österreichische Steuerrecht zu dieser Frage nicht äußert, hat sie das deutsche Steuerrecht durch das JStG 2007¹⁵³ teilweise aufgegriffen. Das Entstehen „weißer Einkünfte“ soll bei verdeckten Ausschüttungen durch eine Versagung des – innerstaatlichen und abkommensrechtlichen¹⁵⁴ – Schachtelpreivilieg durch § 8b Abs. 1 Satz 2 und 3 dKStG in Abhängigkeit von der Einkünftewirkung bei der leistenden Körperschaft verhindert werden.¹⁵⁵ Es sei nämlich – so die Gesetzesmaterialien¹⁵⁶ – mit dem in § 8b dKStG zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Vermeidung einer wirtschaftlichen Doppelbesteuerung

149 S. etwa *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (153 f.).

150 S. z. B. *Schreiber/Meissel*, IStR 2002, 581 (584).

151 Für eine umfassende Diskussion s. vor allem den Generalbericht von *Duncan* in IFA (Hrsg.), Tax treatment of hybrid financial instruments in cross-border transactions, CDFI 85a (2000) 51 (51 ff.); s. auch *Rosenbloom*, 53 Tax Law Rev. 2000, 137 (142); *Harter*, 41 Tax Mgm't Memorandum, Apr. 24, 2000, 139 (148); *Rosenzweig*, 26 Va. Tax Rev. 2007, 555 (563).

152 S. z. B. die Untersuchung zur divergierenden Behandlung des Disagios in den USA und Japan *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (90 ff.).

153 dBGBl. 2006 I, 2878.

154 Zu den dort auftretenden Fragen eines Treaty Overrides s. *Dallwitz/Mattern/Schnitger*, DStR 2007, 1697 (1702), *Gosch*, IStR 2008, 413 (417), und *Menck* in *Blümich* (Fn. 110), § 8b KStG Rz. 89.

155 Vgl *Dallwitz/Mattern/Schnitger*, DStR 2007, 1697 (1701 f.).

156 BT-Drucks. 16/2712, 70.

nicht zu vereinbaren, „eine Freistellung einer verdeckten Gewinnausschüttung ohne vorhergehende Besteuerung des ausgeschütteten Gewinns auf der Ebene der Kapitalgesellschaft“ zu gewähren.¹⁵⁷ Nach § 8b Abs. 1 Satz 2 dKStG ist solcherart die Freistellung „von der Voraussetzung abhängig, dass die verdeckte Gewinnausschüttung auf Ebene der leistenden Kapitalgesellschaft das Einkommen gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG oder bei gebietsfremden Gesellschaften nach entsprechendem ausländischem Recht nicht gemindert hat“.¹⁵⁸

Eine weitere Arbitragemöglichkeit bieten Qualifikationsunterschiede bei Gesellschaften. So spricht man von einer hybriden Gesellschaft, wenn ein Rechtsgebilde in der einen Steuerrechtsordnung als Steuersubjekt und in der anderen nicht als Steuersubjekt qualifiziert wird.¹⁵⁹ Derartige Gebilde sind seit jeher – vor allem aber seit der Einführung des „Check-the-Box-Regimes“¹⁶⁰ in den USA und ähnlicher Optionsmöglichkeiten in anderen Staaten¹⁶¹ – die Quelle zahlreicher Arbitragemöglichkeiten, insbesondere im Hinblick auf die Umqualifikation von Zahlungsströmen.¹⁶² 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,¹⁶³ und im Vereinigten Königreich¹⁶⁴ geführt; auf Ebene der OECD standen derartige Qualifikationskonflikte auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung einer doppelten Nichtbesteuerung intensiv zur Diskussion.¹⁶⁵ In Deutschland wurden derartige Arbitragemöglichkeiten in einigen Bereichen durch den im Rahmen des JStG 2007¹⁶⁶ eingefügten § 50d Abs. 9 dESTG unterbunden.¹⁶⁷ Nach dieser Bestimmung wird die abkommensrechtliche Freistellung im Ansässigkeits-

157 Zur (beschränkten) Anrechnung einer allfälligen ausländischen Quellensteuer s. § 26 Abs. 6 d KStG.

158 BT-Drucks. 16/2712, 70.

159 Eine Übersicht zu deutsch-amerikanischen Strukturen findet sich bei *Djanani/Brähler*, StuW 2007, 53 (53 ff.).

160 Treas. Reg. §§ 301.7701-2, -3.

161 S. dazu *Kessler/Eicke*, BB 2007, 2370 (2373).

162 Dazu z. B. *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (96 ff.); *Rosenzweig*, 26 Va. Tax Rev. 2007, 555 (562 f.).

163 § 894(c) IRC und Treas. Reg. § 1.894 (Einschränkung von DBA-Vorteilen).

164 S. zu den britischen Anti-Arbitrage-Regelungen betreffend „Double Dips“ etwa *Elphicke*, 39 Tax Notes Int'l 623 (623 f.) (Aug. 15, 2005); *Ball*, BTR 2005, 491 (491 ff.); *Boyle*, BTR 2005, 527 (527 ff.).

165 *OECD*, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Issues in International Taxation No. 6, 1999, sowie darauf basierend Art. 23A Abs. 4 OECD-MA idF des Updates 2000 und Art. 23 Tz. 32.1 ff., Tz. 56.1 ff. OECD-MK.

166 dBGBl. 2006 I, 2878.

167 S. zu dieser Neuregelung z. B. *Vogel*, IStR 2007, 225 (225 ff.); *Grotherr*, IStR 2007, 265 (265 ff.); *Dallwitz/Mattern/Schnitger*, DStR 2007, 1697 (1697 ff.); weiters *Wagner* in *Blümich* (Fn. 110), § 50d EStG Rz. 100 ff.

staat Deutschland in zwei verschiedenen Grundkonstellationen nicht gewährt.¹⁶⁸ § 50d Abs. 9 Nr. 1 dEStG greift (negative) Qualifikationskonflikte auf und versagt – unter Rückgriff auf die Arbeiten der OECD¹⁶⁹ – die Befreiung, wenn „*der andere Staat die Bestimmungen des Abkommens so anwendet, dass die Einkünfte in diesem Staat von der Besteuerung auszunehmen sind oder nur zu einem durch das Abkommen begrenzten Steuersatz besteuert werden können*“.¹⁷⁰ Dieser völlig überschließende Wortlaut würde allerdings auch Fälle erfassen, in denen beispielsweise beide Staaten den Dividendenartikel anwenden; § 50d Abs. 9 Nr. 1 dEStG ist damit teleologisch – und in Übereinstimmung mit dem OECD-MK¹⁷¹ – auf „echte“ Qualifikationskonflikte einzuschränken¹⁷² und erfasst damit beispielsweise Konstellationen, in denen der Quellenstaat in „richtiger“ Abkommensanwendung eine Zahlung dem Zinsartikel des jeweiligen Abkommens zuordnet, während Deutschland den Dividendenartikel samt Schachtelbefreiung anwenden würde.¹⁷³ Unklar ist, ob § 50d Abs. 9 Nr. 1 dEStG – trotz der Anführung dieser Konstellationen in den Gesetzesmaterialien¹⁷⁴ – die Versagung der Befreiung auch in Fällen der „unrichtigen“ Abkommensanwendung, bei der die DBA-Partnerstaaten von unterschiedlichen Sachverhalten ausgehen oder Abkommensbestimmungen unterschiedlich auslegen, zu tragen vermag;¹⁷⁵ solange das konkrete DBA nämlich keine dem Art. 23 Abs. 4 OECD-MA entsprechende Vorschrift enthält, wäre dies als klarer Treaty Override zu beurteilen.¹⁷⁶ § 50d Abs. 9 Nr. 2 dEStG zielt demgegenüber auf die Vermeidung einer Keinmalbesteuerung aufgrund einer Nichtbesteuerung nach dem innerstaatlichen Recht des Quellenstaates ab und versagt eine abkommensrechtliche Befreiung, wenn „*die Einkünfte in dem anderen Staat nur deshalb nicht steuerpflichtig sind, weil sie von einer Person*

168 Zur Vermeidung einer durch Quellensteuern hervorgerufenen Doppelbesteuerung sieht § 34c Abs. 6 Satz 5 dEStG eine ergänzende Regelung vor; s. dazu auch BT-Drucks. 16/2712, 54.

169 S. die Begründung in BT-Drucks.s 16/2712, 61.

170 Einen Treaty Override verneinend z. B. BT-Drucks. 16/2712, 61, und Vogel, IStR 2007, 225 (227), bejahend z. B. Korn, IStR 2007, 890 (892), und Gosch, IStR 2008, 413 (416); keine Bedenken für den Fall, dass die Regelung nur zu einer „einmaligen“ Besteuerung führt bei Wagner in Blümich (Fn. 110), § 50d EStG Rz. 101.

171 Art. 23 Tz. 32.6 OECD-MK; das in BT-Drucks. 16/2712, 61, angeführte Beispiel entspricht dabei jenem in Art. 23 Tz. 32.7 OECD-MK (unterschiedliche Qualifikation eines Rechtsgebildes und darauf basierende Zuordnung eines Veräußerungsgewinnes zu unterschiedlichen Abkommensbestimmungen).

172 So z. B. Vogel, IStR 2007, 225 (227 f.); Dallwitz/Mattern/Schnitger, DStR 2007, 1697 (1698 f.); Loose/Hölscher/Althaus, BB 2006, 2724 (2725); s. zu dieser Problematik unter Hinweis auf die abweichende Formulierung im Referentenentwurf Grother, IStR 2007, 265 (266).

173 S. für Beispiele z. B. Dallwitz/Mattern/Schnitger, DStR 2007, 1697 (1698 f.).

174 S. zu diesen Fallgruppen BT-Drucks. 16/2712, 61.

175 Bejahend BT-Drucks. 16/2712, 61, sowie auch Korn, IStR 2007, 890 (892).

176 Ebenso Vogel, IStR 2007, 225 (228).

bezogen werden, die in diesem Staat nicht auf Grund ihres Wohnsitzes, ständigen Aufenthalts, des Ortes ihrer Geschäftsleitung, des Sitzes oder eines ähnlichen Merkmals unbeschränkt steuerpflichtig ist“.¹⁷⁷ Dem Quellenstaat abkommensrechtlich zugewiesene, dort aber nicht der beschränkten Steuerpflicht unterliegende Einkünfte,¹⁷⁸ wird somit die Befreiung im Ansässigkeitsstaat vorenthalten,¹⁷⁹ unabhängig von den (standortpolitischen) Gründen, aus denen der Quellenstaat eine Nichtbesteuerung beschränkt Steuerpflichtiger vorsieht;¹⁸⁰ lediglich Dividenden sind von dieser Freistellungsversagung ausgenommen, es sei denn, die Dividenden sind bei der Ermittlung des Gewinns der ausschüttenden Gesellschaft abgezogen worden.¹⁸¹ Damit ordnet aber § 50d Abs. 9 Nr. 2 dEStG einen deutlichen Treaty Override an.¹⁸² Denn auch der neue Art. 23A Abs. 4 OECD-MA vermag dieses Ergebnis wohl nicht zu tragen, da der Ansässigkeitsstaat gerade dann nicht aus seiner Befreiungsverpflichtung entlassen wird, wenn der Quellenstaat nach nationalem Steuerrecht befreit und solcherart die Nichtbesteuerung keine Folge der Abkommensanwendung im Quellenstaat ist.¹⁸³ Die beiden Alternativen des § 50d Abs. 9 dEStG betreffen freilich lediglich Einkünfte, die auf Grund eines Abkommens zu befreien wären, weshalb Steuerbefreiungen, die sich aus dem deutschen innerstaatlichen Recht ergeben, unberührt bleiben.¹⁸⁴ Solcherart wird freilich weiterhin steuerplanerisches Gestaltungspotenzial eröffnet.¹⁸⁵

3. Steuerpolitische Aspekte internationaler Steuerarbitrage

Erst in den letzten zwei Jahrzehnten ist das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage vermehrt in den Fokus sowohl der Wissenschaft 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. So wirft sich bereits am Ausgangspunkt die – berechtigte – Frage auf, auf Basis

177 Zu den Rückausnahmen in Dividendensituationen nach § 50d Abs. 9 dEStG s. Wagner in Blümich (Fn. 110), § 50d EStG Rz. 108.

178 Damit berührt § 50d Abs. 9 Nr. 2 dEStG nicht jene Einkünfte, die nach dem Recht des anderen Staates allgemein von der Besteuerung (also auch bei unbeschränkter Steuerpflicht) ausgenommen sind; s. BT-Drucks. 16/2712, 62. Unklar ist jedoch, ob bereits eine abstrakte (beschränkte) Steuerpflicht die Anwendung des § 50d Abs. 9 Nr. 2 dEStG ausschließt, s. dazu Dallwitz/Mattern/Schnitger, DStR 2007, 1697 (1700); Grotherr, IStR 2007, 265 (267).

179 S. auch das BMF-Schreiben DStR 2008, 2316 m. Anm. Korn.

180 Kritisch daher Vogel, IStR 2007, 225 (228).

181 S. dazu Dallwitz/Mattern/Schnitger, DStR 2007, 1697 (1700).

182 S. zu dieser Diskussion und den verfassungsrechtlichen Implikationen z. B. Vogel, IStR 2007, 225 (228); Gosch, IStR 2008, 413 (416); Korn, DStR 2008, 2316 (2317).

183 S. dazu Art. 23 Tz. 56.2 OECD-MK.

184 S. BT-Drucks. 16/2712, 61; Wagner in Blümich (Fn. 110), § 50d EStG Rz. 102.

185 S. z. B. Loose/Hölscher/Althaus, BB 2006, 2724 (2725).

welcher steuerpolitischen Überlegungen ein Staat darüber besorgt sein sollte, dass ein Steuerpflichtiger oder eine nahestehende Person steuerliche Vorteile in einem anderen Staat genießt.¹⁸⁶ Einer möglichen Unbedenklichkeitsbescheinigung für internationale Steuerarbitrage werden allerdings verschiedene Überlegungen entgegengehalten, die von der Annahme eines Prinzips der Einmalbesteuerung als Baustein eines „internationalen Steuerregimes“ über Argumente der Effizienz und Gerechtigkeit bis zu staatlichen Fiskalinteressen rangieren.¹⁸⁷ Denn nahezu unabhängig vom angelegten Maßstab – Kapitalexportneutralität oder Kapitalimportneutralität – stößt internationale Steuerarbitrage schon deshalb auf Effizienzbedenken, weil ihre steuerlichen Resultate vorteilhafter sind, als sie bei bloß nationalem Handeln in einer der involvierten Jurisdiktionen verfügbar wären.¹⁸⁸ Dies könnte wiederum in einer überproportionalen Konzentration auf jene Transaktionen, für die Arbitragemöglichkeiten bestehen, und damit in erheblichen Effizienzstörungen resultieren,¹⁸⁹ die mangels Gleichgewichtsbildung am Markt bis zur gesetzgeberischen Intervention bestehen blieben.¹⁹⁰ Auch aus Gerechtigkeitsgesichtspunkten bestehen Bedenken:¹⁹¹ Einerseits stehen Arbitragemöglichkeiten faktisch lediglich einer beschränkten Gruppe von Steuerpflichtigen mit Kapitalinvestitionen offen,¹⁹² was sowohl den Abgabendruck auf andere Faktoren erhöhen¹⁹³ als auch die subjektive Wahrnehmung des Steuersystems durch die Steuerunterworfenen beeinträchtigen könnte.¹⁹⁴ Andererseits kann Steuerarbitrage auch dazu führen, dass ausländische Unternehmen als unfair angesehene Vorteile gegenüber nationalen Unternehmen erlangen können.¹⁹⁵

Im wissenschaftlichen Diskurs um die Existenz eines das Prinzip der Einmalbesteuerung implizierenden „internationalen Steuerregimes“¹⁹⁶ bleibt freilich zu bedenken, dass die (doppelte) Nichtbesteuerung ebensowenig als

186 *Rosenbloom*, 53 Tax Law Rev. 2000, 137 (137 ff., insb. 147 und 154).

187 S. zu den entsprechenden Argumenten *Kofler/Kofler* in FS *Djanani* (Fn. 119), S. 381 (396 ff. m. w. N.).

188 *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (102 ff.).

189 S. z. B. *Avi-Yonah*, 53 Tax Law Rev. 2000, 167 (171); *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (109); *Shapiro*, 3 Chi. J. Int'l L. 2002, 317 (325).

190 S. auch *Rosenzweig*, 26 Va. Tax Rev. 2007, 555 (566 f.).

191 *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (120 ff.).

192 S. m. w. N. *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (121).

193 S. auch *Boyle*, BTR 2005, 527 (530 f.); zur empirischen Bedeutung *Avi-Yonah*, 53 Tax Law Rev. 2000, 167 (172).

194 *Boyle*, BTR 2005, 527 (531).

195 S. z. B. S. Rep. No. 99-313, S. 420 (1986), zur Einführung der amerikanischen Dual Consolidated Loss-Regelungen.

196 S. vor allem *Avi-Yonah*, 53 Tax Law Rev. 2000, 167 (167 ff.); *Avi-Yonah*, BIFD 2007, 130 (130 ff.) = Public Law and Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 73 (January 2007); vgl. auch *Ring*, B. C. L. Rev. 2002, 79 (79 ff.); kontra z. B. *Rosenbloom*, 53 Tax Law Rev. 2000, 137 (137 ff.); *Kane*, 53 Emory L. J. 2004, 89 (112 ff.).

prinzipiell bedenklich zu beurteilen ist, wie die Nichtausübung abkommensrechtlich zugestandener Besteuerungsrechte.¹⁹⁷ Und selbst wenn man „*e/x-treme Auffassungen [...]*, wonach doppelte Nichtbesteuerungen hinzunehmen seien“¹⁹⁸, in ihrer Generalität ablehnen möchte,¹⁹⁹ verbliebe die ungelöste Frage, wo eine Grenzziehung erfolgen soll und ob sich die bisherigen legislativen Reaktionen in ihrer zu weiten oder zu engen Tatbestandsgestaltung innerhalb dieser Grenze bewegen.²⁰⁰ Die Frage nach dem möglichen Ausmaß einer legislativen Reaktion lässt sich insofern aber auch in ihrer Umkehrung stellen, als diesfalls auch ein konsistentes System zum Schutz des Steuerpflichtigen vor negativen Effekten aufgrund von Divergenzen zwischen verschiedenen Jurisdiktionen gefordert wäre. Gerade im Lichte der stillschweigende Akzeptanz gewisser Arbitragemöglichkeiten²⁰⁰ oder gar die Vereinfachung von Arbitrage²⁰¹ muss ein sorgfältiger Maßstab angelegt werden, zumal auch die staatlichen Reaktionen auf internationale Steuerarbitrage überwiegend durch strategische Erwägungen im Hinblick auf nationale Interessen geleitet sind.²⁰²

In der Rechtswirklichkeit ist die Reaktion der Staaten und internationalen Organisationen auf das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage beschränkt, inkonsistent und keineswegs international koordiniert. 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. Aus steuerpolitischer Sicht ist hier zu konstatieren, dass eine unilaterale Maßnahme – sofern das Ergreifen von Gegenmaßnahmen durch andere Staaten nicht zu befürchten ist – durchaus zur Erhöhung weltweiter Effizienz und zur Erhöhung staatlicher Einnahmen führen kann.²⁰³ In gewissen Situationen wird freilich die Reaktion anderer Staaten zu einer Totalversagung von Steuervorteilen und damit zu einem weltweiten Effizienzverlust führen,²⁰⁴ sodass es hier einer – zumindest – bilateralen Koordination bedürfte.

197 Für eine ausführliche Analyse s. den Generalbericht von *Lang* in IFA (Hrsg.), Double non-taxation, CDFI 89a, 2004, S. 21 (21 ff.), und die dort abgedruckten Nationalberichte.

198 S. BR-Drucks. 544/1/07, 76.

199 S. dazu die Untersuchung von *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (124 ff.); weiters *Kane*, 53 Emory L. J. 2004, 89 (138 ff.).

200 Etwa im Hinblick auf die Akzeptanz von „Double Dip Leases“ in den USA; s. dazu *Rosenbloom*, 53 Tax Law Rev. 2000, 137 (144 und 153).

201 So z.B. 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.

202 Dazu ausführlich *Kane*, 53 Emory L. J. 2004, 89 (89 ff.).

203 Vgl. *Shaviv*, 3 Chi. J. Int'l L. 2002, 317 (326 f.).

204 *Rosenzweig*, 26 Va. Tax Rev. 2007, 555 (593 ff.).

IV. Resümee

Vor allem die Rechtsprechung des EuGH hat den Fragestellungen zur Abgrenzung von Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmisbrauch neue Konturen gegeben, zugleich aber die Diskussion vielfach auf die Frage verschoben, in welchen Fällen von einer rein künstlichen Konstruktion ausgegangen werden kann. Diese Rechtsprechung strahlt auch auf Fragen des „Directive Shopping“ aus, wenngleich ihr immanent ist, keine allgemeingültigen Abgrenzungskriterien für den Einzelfall offerieren zu können. Abseits der Missbrauchsthematik stellt zudem das Phänomen der internationalen Steuerarbitrage nationale Gesetzgeber vor spezifische Probleme. Die Frage, ob bzw. wie auf die steuerplanerische Nutzung von Qualifikationskonflikten (legistisch) reagiert werden sollte, entzieht sich freilich einer Generallösung. Denn selbst wenn gewisse Formen der internationalen Steuerarbitrage konzeptionell und konsequentiell Bedenken hervorrufen könnten, lässt sich ein sinnvoller Pfad für gesetzgeberische Reaktionen nur schwer identifizieren. Gerade auch vor dem Hintergrund der oftmals als unbefriedigend empfundenen nationalen Reaktionen auf internationale Steuerarbitrage werden in der Auseinandersetzung überdies Regelungskonzepte angedacht, wonach sich die nationale Behandlung einer Transaktion – generell oder wie im deutschen Recht in spezifischen Fällen – an der Behandlung im anderen Staat orientieren könnte.²⁰⁵ Gegen derartige unilaterale Lösungen kann freilich eingewendet werden, dass das Abstellen auf ausländisches Recht nicht nur auf Souveränitätsbedenken im Hinblick auf die Gestaltung des eigenen Steuerrechts stößt,²⁰⁶ sondern auch Bedenken im Hinblick auf mögliche Reaktionen anderer Jurisdiktionen, Effizienzverluste und den denkbaren Vorwurf, es sei nicht Sache einer Staates „*to police the tax systems of other countries*“, hervorrufen könnte.²⁰⁷

²⁰⁵ S. *Avi-Yonah*, 53 Tax Law Rev. 2000, 167 (173 ff.) („Matching Principle“); *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (141 ff.) („Soak-up Rule“).

²⁰⁶ Dazu *Ring*, 44 B. C. L. Rev. 2002, 79 (128 ff.).

²⁰⁷ S. zu dieser Reaktion auf die britischen Anti-Arbitrage-Regelungen insb. *Boyle*, BTR 2005, 527 (537 f.).