

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Einleitung	1
1. Teil: Voraussetzungen für die Versagung von Abkommensvorteilen wegen Treaty Shopping	3
A. Hintergrund und Ursachen von Treaty Shopping.....	3
B. Bedeutung des Begriffs Treaty Shopping.....	6
I. Verwendung des Begriffs Treaty Shopping im Internationalen Steuerrecht.....	6
II. Abgrenzung zum Directive Shopping und Rule Shopping.....	8
C. Praxisrelevante Beispiele für Treaty-Shopping-Strukturen.....	9
I. Beteiligung an abkommensberechtigten Zwischengesellschaften ...	10
1. Direct-Conduit-Strukturen.....	10
2. Stepping-Stone-Conduit-Strukturen.....	13
II. Formale Verlagerung der Einkünfte auf eine abkommensberechtigte Person.....	17
1. Durchleitungsstrukturen.....	17
2. Treuhandkonstruktionen.....	19
3. Kurzfristige Übertragungen.....	20
III. Ausnutzung von Qualifikationskonflikten i.w.S.	21
1. Hybride Gesellschaften.....	21
2. Doppelt ansässige Gesellschaften.....	23
D. Gründe für die Versagung von Abkommensvorteilen wegen Treaty Shopping.....	25
I. Argumente für die Verhinderung von Treaty Shopping.....	25
1. Steuermindereinnahmen durch Treaty Shopping.....	25

2.	Verstoß gegen das Reziprozitätsprinzip von DBA	26
a)	Materielles Reziprozitätsprinzip	27
b)	Gegenargumente	29
3.	Verschlechterung der DBA-Verhandlungsposition.....	30
4.	„Keinmalbesteuerung“	31
5.	Verstoß gegen den steuerlichen Neutralitätsgrundsatz.....	34
II.	Argumente für die Tolerierung von Treaty Shopping.....	35
III.	Zwischenergebnis	36
E.	Abgrenzung zwischen Treaty Shopping und der angemessenen Erlangung von Abkommensvorteilen durch Drittstaatsansässige	36
I.	Erhebliche Besteuerung im anderen Vertragsstaat	38
II.	Unternehmerische Aktivität im Ansässigkeitsstaat.....	39
III.	Absicht des Drittstaatsansässigen	43
IV.	Interessen der Vertragsstaaten in ihrer Rolle als Ansässigkeitsstaat	47
V.	Abkommensberechtigung des Drittstaatsansässigen	48
1.	Keine Verletzung des Reziprozitätsprinzips oder Verschlechterung der DBA-Verhandlungsposition.....	49
2.	Steuerausfälle des Quellenstaats aus der Ansässigkeitsbesteuerung	49
3.	Vermeidung der Ansässigkeitsbesteuerung im Drittstaat.....	51
4.	Zwischenergebnis	52
VI.	Fehlende Zurechnung der Einkünfte aus Sicht des Ansässigkeitsstaats	52
F.	Sonderfall: Mäanderstrukturen	53
G.	Treaty Shopping im Verhältnis Deutschland/USA	55
H.	Zwischenergebnis	56
2. Teil:	Die LoB-Klausel des DBA-USA	57
A.	Systematik und Anwendungsbereich	57
B.	Quellenbesteuerung der Vertragsstaaten und Verfahrensfragen	59
I.	Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren.....	60

II. Veräußerungsgewinne	62
III. Unternehmensgewinne	62
IV. US-Versicherungsteuer.....	64
V. Verfahren der Quellenbesteuerung und die LoB-Klausel	64
1. USA	64
2. Deutschland	65
C. Auslegung und Bewertung der Tests der LoB-Klausel	67
I. Allgemeines	67
1. Bedeutung der Technical Explanation für die Auslegung der LoB-Klausel	67
2. Grundvoraussetzungen: Nutzungsberechtigung und Ansässigkeit	68
3. Anwendung der Tests der LoB-Klausel bei hybriden Rechtsgebilden.....	69
4. Zeitlicher Bezugspunkt: Steuerjahr	73
II. Berechtigte Personen i.S.d. Art. 28 Abs. 2 DBA-USA	74
1. Natürliche Personen (Art. 28 Abs. 2 a) DBA-USA)	74
a) Tatbestandsvoraussetzungen.....	74
b) Bewertung	74
2. Vertragsstaaten und ihre Gebietskörperschaften (Art. 28 Abs. 2 b) DBA-USA)	75
a) Tatbestandsvoraussetzungen.....	75
b) Bewertung	75
3. Publicly-Traded-/ Indirectly-Publicly-Traded-Test (Art. 28 Abs. 2 c) DBA-USA).....	75
a) Tatbestandsvoraussetzungen.....	75
aa) Publicly-Traded-Test (Art. 28 Abs. 2 c) aa) DBA-USA)	75
(1) Persönlicher Anwendungsbereich.....	76
(2) 1. Voraussetzung: Regelmäßiger Handel der Aktien an einer anerkannten Börse	77
(a) Anerkannte Börse.....	77
(b) Hauptaktiengattung.....	78
(aa) Stimmrechte.....	79

(bb) Wert der Aktien	80
(c) Vorzugsaktien.....	80
(d) Regelmäßiger Handel	81
(3) 2. Voraussetzung: Hauptsächlicher Handel oder hauptsächlicher Ort der Geschäftsführung und Überwachung im Ansässigkeitsstaat	83
(a) Hauptsächlicher Handel	85
(b) Hauptsächlicher Ort der Geschäftsführung und Überwachung	86
(4) Anwendung des Publicly-Traded-Tests auf die KGaA.....	88
(5) Anwendung des Publicly-Traded-Tests auf hybride Rechtsgebilde.....	92
bb) Indirectly-Publicly-Traded-Test (Art. 28 Abs. 2 c) bb) DBA-USA)	93
(1) Persönlicher Anwendungsbereich / Begriff der Aktien	93
(2) Vorzugsaktien.....	95
(3) Qualifizierte Anteilseigner	96
(4) Beteiligungshöhe	96
(5) Zwischengeschaltete Beteiligte	98
(a) Personengesellschaften	99
(b) Hybride Rechtsgebilde	101
(c) Ansässigkeit der zwischengeschalteten Beteiligten	102
b) Bewertung.....	103
aa) Publicly-Traded-Test.....	103
(1) Anwendungsschwierigkeiten	103
(2) Effektivität.....	104
(a) Beteiligung an Zwischengesellschaften	104
(b) Formale Verlagerung von Einkünften.....	108
(c) Ausnutzen von Qualifikationskonflikten.....	109
(3) Erforderlichkeit.....	109
(a) Verbindung zum Ansässigkeitsstaat	109
(b) Kreis der anerkannten Börsen.....	110
(c) Jahresbezogene Betrachtung.....	111

bb)	Indirectly-Publicly-Traded-Test	111
(1)	Anwendungsschwierigkeiten	111
(2)	Effektivität.....	112
(a)	Beteiligung an Zwischengesellschaften	112
(b)	Formale Verlagerung von Einkünften oder Ausnutzen von Qualifikationskonflikten.....	114
(3)	Erforderlichkeit.....	114
(a)	Ansässigkeit von zwischengeschalteten Gesellschaften.....	114
(b)	Begrenzung der börsennotierten Anteilseigner auf fünf.....	116
(c)	„Alles-oder-Nichts“-Prinzip	117
4.	Steuerbegünstigte Organisationen (Art. 28 Abs. 2 d) DBA-USA).....	118
a)	Tatbestandsvoraussetzungen.....	118
b)	Bewertung.....	119
5.	Rechtsträger der Altersvorsorge (Art. 28 Abs. 2 e) DBA-USA).....	119
a)	Tatbestandsvoraussetzungen.....	119
b)	Bewertung.....	120
6.	Ownership/Base-Erosion-Test (Art. 28 Abs. 2 f) DBA-USA)	121
a)	Tatbestandsvoraussetzungen.....	121
aa)	Persönlicher Anwendungsbereich.....	121
bb)	Ownership-Test.....	123
(1)	Qualifizierte Anteilseigner	123
(2)	Art und Höhe der Beteiligung.....	124
(a)	Aktiengattung	124
(b)	Wirtschaftliches Eigentum.....	125
(c)	Mittelbare Beteiligungen / Zwischengeschalteter Beteiligter	128
(3)	Zeitraum der Beteiligung.....	128
cc)	Base-Erosion-Test	128
(1)	Rohgewinn.....	129
(a)	Definition im US-Steuerrecht	130

(b)	Definition im deutschen Steuerrecht	130
(c)	Sonderproblem: Steuerfreie Dividenden	132
(2)	Schädliche Aufwendungen	133
(3)	Schädliche Zahlungsempfänger	135
(4)	Ermittlungszeitraum	137
(5)	Ermittlung des Rohgewinns bei Organschaften und Personengesellschaften	137
b)	Bewertung	138
aa)	Anwendungsprobleme	138
bb)	Effektivität	139
(1)	Direct-Conduit-Struktur	139
(2)	Stepping-Stone-Conduit-Strukturen und Durchleitungsstrukturen	140
(a)	Definition des Rohgewinns	140
(b)	Voraussetzung der Abzugsfähigkeit der Zahlung	141
(c)	Zweistöckige Stepping-Stone-Conduit-Strukturen bzw. Durchleitungsstrukturen	143
(3)	Sonstige Treaty-Shopping-Strukturen	143
cc)	Erforderlichkeit	143
(1)	Ansässigkeit von zwischengeschalteten Beteiligten und dem qualifizierten Anteilseigner	143
(2)	Kreis der qualifizierten Anteilseigner	144
(3)	Vollständige Versagung der Abkommensvorteile bei Unterschreiten der Beteiligungsgrenze	146
(4)	Definition der schädlichen Zahlung	146
(5)	Definition der schädlichen Zahlungsempfänger	147
(6)	Jahresbezogene Prüfung beim Base-Erosion-Test	148
III.	Derivative-Benefits-Test (Art. 28 Abs. 3 DBA-USA)	148
1.	Tatbestandsvoraussetzungen	149
a)	Ownership-Test	149
aa)	Anteile, Stimmrechte, Ermittlung der Beteiligungsquoten	149
bb)	Vorzugsaktien	149
cc)	Zwischengeschaltete Beteiligte	150

dd)	Gleichberechtigter Begünstigter	150
(1)	1. Alternative: Abkommensberechtigte Gesellschafter in einem EU/EWR oder NAFTA-Staat	150
(a)	Ansässigkeit in einem EU-, EWR- oder NAFTA-Staat	150
(b)	Mittelbare Abkommensberechtigung	151
(aa)	Umfassendes DBA	151
(bb)	Umfassende LoB-Klausel entsprechend Art. 28 Abs. 2 DBA-USA	151
(cc)	Anwendung des Publicly-Traded-Tests beim fiktiven LoB-Test	153
(c)	Mindestens ebenso niedriger Quellensteuersatz	154
(aa)	Vergleich der Steuersätze	154
(bb)	Zurechnung von Tatbestandsmerkmalen bei Dividenden?	155
(cc)	Quellensteuerentlastung aufgrund von EU-Richtlinien	157
(2)	2. Alternative: In den Vertragsstaaten ansässige Personen	158
b)	Base-Erosion-Test	159
2.	Bewertung	160
a)	Anwendungsprobleme	160
b)	Effektivität	161
aa)	Direct-Conduit-Strukturen	161
bb)	Durchleitungs- und Stepping-Stone- Conduit-Strukturen	162
cc)	Andere Treaty-Shopping-Strukturen	162
c)	Erforderlichkeit	162
aa)	Beschränkung auf Personen in EU/EWR/NAFTA- Staaten	162
bb)	Beteiligung in Höhe von 95 %	163
cc)	„Alles-oder-Nichts“-Prinzip	163
dd)	Beschränkung auf maximal sieben gleichberechtigte Begünstigte	164
ee)	Mindestens ebenso niedriger Steuersatz	164

ff)	Keine Zurechnung im Rahmen von Art. 10 DBA-USA.....	166
gg)	Definition der schädlichen Zahlungen und Zahlungsempfänger	167
IV.	Active-Trade-or-Business-Test (Art. 28 Abs. 4 DBA-USA)	168
1.	Tatbestandsvoraussetzungen	168
a)	Persönlicher Anwendungsbereich.....	168
b)	Aktive gewerbliche Tätigkeit	169
aa)	Auslegung im US-Steuerrecht	169
bb)	Auslegung im deutschen Steuerrecht	170
cc)	Ausnahme für die Platzierung oder Verwaltung von Kapitalanlagen für eigene Rechnung.....	172
dd)	Geschäftsleitende Holdingtätigkeit	173
c)	Veranlassungszusammenhang zur aktiven gewerblichen Tätigkeit.....	175
aa)	Auslegung im US-Steuerrecht	175
(1)	Erzielung im Zusammenhang mit der aktiven gewerblichen Tätigkeit.....	175
(2)	Anfall der Einkünfte aus Anlass der aktiven gewerblichen Tätigkeit.....	177
(3)	Problem: Einkünfteerzielung durch aktive gewerbliche Tätigkeit im Ansässigkeitsstaat.....	177
bb)	Auslegung im deutschen Steuerrecht	178
d)	Erheblichkeit im Vergleich zur Tätigkeit im Quellenstaat	178
aa)	Verbundene Unternehmen	180
bb)	Erheblichkeit.....	181
(1)	Auslegung im US-Steuerrecht	181
(2)	Auslegung im deutschen Steuerrecht	183
e)	Zurechnung bei verbundenen Personen.....	184
aa)	Verbundene Personen.....	184
bb)	Grenzüberschreitende Zurechnung?	185
2.	Bewertung	186

a)	Anwendungsprobleme	186
b)	Effektivität.....	187
aa)	Treaty Shopping durch Direct-Conduit-Strukturen.....	187
bb)	Andere Treaty-Shopping-Strukturen.....	188
c)	Erforderlichkeit.....	189
V.	Abkommensberechtigung von Investmentfonds (Art. 28 Abs. 6 DBA-USA).....	190
1.	Tatbestandsvoraussetzungen	192
a)	Persönlicher Anwendungsbereich.....	192
b)	Beteiligung von qualifizierten Anteilseignern.....	194
c)	Ermittlung der Beteiligungsgrenze	195
2.	Bewertung	195
a)	Anwendungsprobleme	195
b)	Effektivität.....	196
c)	Erforderlichkeit.....	196
aa)	Anwendung auf Publikumsfonds	196
bb)	Höhe der Beteiligungsschwelle / „Alles-oder-Nichts“-Prinzip.....	197
cc)	Gleichberechtigter Begünstigter.....	198
VI.	Ermessensklausel (Art. 28 Abs. 7 DBA-USA).....	198
1.	Verfahren, Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen	199
a)	Verfahren.....	199
aa)	USA.....	199
bb)	Deutschland	200
b)	Tatbestandsvoraussetzungen.....	200
c)	Rechtsfolge und Bedeutung von Art. 28 Abs. 7 S. 2 DBA-USA.....	201
aa)	USA.....	201
(1)	Erläuterungen in der Technical Explanation und in Verwaltungsvorschriften der IRS.....	201
(2)	US-Rechtsprechung.....	202
(3)	Bedeutung von „hauptsächlich dienen“ („principal purpose“)	204

bb) Deutschland	204
cc) Berücksichtigung der europäischen Grundfreiheiten bei der Ermessensausübung?	206
dd) Richterliche Kontrolle der Ermessensentscheidung	207
(1) USA	208
(2) Deutschland	209
2. Bewertung	210
D. Vereinbarkeit der LoB-Klausel mit Europarecht	211
I. Relevante EuGH-Rechtsprechung	212
1. <i>Open Skies</i>	212
2. <i>ACT 4</i>	214
3. Zwischenergebnis	218
II. Prüfung der Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten	218
1. Ownership-Test gem. Art. 28 Abs. 2 f) aa) DBA-USA	218
a) Anwendbarkeit der Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit	219
aa) Sachlicher Geltungsbereich	219
bb) Geltung der Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit bei Maßnahmen der USA	220
b) Beschränkung der Niederlassungs- bzw. Kapitalverkehrsfreiheit	221
aa) Deutsche Gesellschaft mit EU bzw. Nicht-EU- Anteilseignern	221
bb) US-Gesellschaft mit EU-Anteilseignern	222
c) Rechtfertigung der Beschränkung	223
aa) Verhinderung von Steuermisbrauch	223
bb) Wahrung des Reziprozitätsprinzips von DBA	224
2. Base-Erosion-Test gem. Art. 28 Abs. 2 f) bb) DBA-USA	226
3. Publicly-Traded-Test gem. Art. 28 Abs. 2 c) aa) DBA-USA	227
4. Active-Trade-or-Business-Test	228
III. Zwischenergebnis	228

3. Teil: Weitere Vorschriften des DBA-USA und im innerstaatlichen Steuerrecht der Vertragsstaaten.....	231
A. Vorschriften im DBA-USA.....	232
I. Hybride Rechtsgebilde (Art. 1 Abs. 7 DBA-USA).....	232
II. Ausnahme für die US-Versicherungsteuer (Art. 2 Abs. 1 a) DBA-USA).....	233
III. Ansässigkeit (Art. 4 DBA-USA)	234
IV. Konzept des Nutzungsberechtigten (beneficial owner) (Art. 10, 11 und 12 DBA-USA).....	236
1. Anwenderstaatsorientierte Auslegung.....	236
2. Abkommensautonome Auslegung.....	238
a) Auslegung durch den OECD-MK	238
b) Andere Ansätze zur abkommensautonomen Auslegung.....	240
3. Konkurrenz zur LoB-Klausel.....	241
4. Zwischenergebnis.....	241
V. Mindesthaltungsdauer nach Art. 10 Abs. 3 a) DBA-USA	242
VI. Zwischenergebnis	242
B. Regelungen im deutschen Steuerrecht	242
I. Konzept des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 AO).....	242
II. Allgemeine Missbrauchsvermeidungsvorschrift (§ 42 AO).....	245
1. Tatbestandsvoraussetzungen	245
a) Anwendung bei Treaty Shopping durch Beteiligungen an Zwischengesellschaften.....	245
b) Anwendung bei Treaty Shopping durch eine formale Verlagerung von Einkünften.....	246
2. Konkurrenz zur LoB-Klausel.....	247
a) Art. 28 DBA-USA als spezielle Missbrauchsnorm	247
b) Abstrakter Anwendungsbereich des Art. 28 DBA-USA	249
c) Umgehungen von Art. 28 DBA-USA.....	250
3. Zwischenergebnis.....	250
III. Beschränkung der Quellensteuerentlastung für ausländische Gesellschaften (§ 50d Abs. 3 EStG).....	251

IV. Hybride Rechtsgebilde (§ 50d Abs. 1 S. 11 EStG).....	252
V. Zwischenergebnis	252
C. Regelungen im US-Steuerrecht.....	253
I. Richterrechtliche Missbrauchsgrundsätze.....	253
1. Überblick.....	253
a) Substance over Form.....	253
b) Step Transaction Doctrine.....	254
c) Business Purpose Doctrine.....	254
d) Economic Substance Doctrine.....	255
2. Anwendung der Missbrauchsgrundsätze durch US-Gerichte.....	256
3. Weitere mögliche Anwendungsfälle	259
4. Konkurrenz zur LoB-Klausel.....	259
5. Zwischenergebnis.....	260
II. Anti-Conduit Regulations (§ 7701(l) IRC).....	260
1. Tatbestandsvoraussetzungen	261
a) Finanzierungsstruktur	261
b) Conduit	263
aa) Allgemeine Voraussetzungen	263
bb) Nachweis der Steuervermeidungsabsicht	264
2. Konkurrenz mit der LoB-Klausel	265
3. Zwischenergebnis.....	265
III. Anti-Treaty-Shopping-Regelungen zur Branch Profits Tax (§ 884(e) IRC).....	266
IV. Hybride Rechtsgebilde (Reg. § 1.894-1(d)).....	267
V. Konzept des Beneficial Owners.....	268
VI. Zwischenergebnis	269

4. Teil: Zusammenfassende Bewertung und notwendige Änderungen und Ergänzungen der LoB-Klausel271

A. Notwendige Änderungen der LoB-Klausel.....	271
I. Anwendungsprobleme der LoB-Klausel	271
1. Komplexität der LoB-Klausel	271

2.	Mangelnde Definition von Tatbestandsmerkmalen im deutschen Steuerrecht	273
3.	Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe	274
4.	Mangelnde Anpassung an die Gegebenheiten des deutschen (Steuer-)Rechts	275
5.	Fehlende Regelungen für hybride Rechtsgebilde	275
6.	Investmentfonds.....	276
II.	Mangelnde Effektivität der LoB-Klausel.....	276
1.	Kein umfassender Schutz gegen alle Formen von Treaty Shopping	276
2.	Formaler Charakter der Voraussetzungen	277
3.	Definition des Rohgewinns beim Base-Erosion-Test.....	278
4.	Keine Voraussetzung der Anteilstreuung beim Publicly-Traded-Test	278
III.	Überschießende Wirkung der LoB-Klausel.....	279
1.	Formaler Charakter der Voraussetzungen	279
2.	„Alles-oder-Nichts“-Prinzip.....	280
3.	Versagung der Abkommensberechtigung bei Mäanderstrukturen.....	280
4.	Zwischengeschaltete Beteiligte	280
5.	Unzureichende Berücksichtigung mittelbarer Abkommensberechtigung.....	281
6.	Definition der schädlichen Zahlungen i.S.d. Base-Erosion-Tests	282
7.	Verbindung zum Ansässigkeitsstaat beim Publicly-Traded-Test.....	283
8.	Anzahl der Anteilseigner beim Indirectly-Publicly-Traded- und Derivative-Benefits-Tests	283
9.	Verfahrensrechtliche Hürden bei der Ermessensklausel.....	283
IV.	Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten des AEUV.....	284
B.	Ergänzung der LoB-Klausel.....	284
I.	Principal-Purpose-Test.....	285
1.	Einleitung	285
2.	Anwendungsbereich – „Abkommensvorteil“	286

3. Tatbestandsvoraussetzungen	287
a) Subjektive Voraussetzung – hauptsächlicher Grund	287
aa) Bedeutung von „hauptsächlich“ (principal)	287
bb) Bezugspunkt für die Absicht	289
cc) Absicht zur Erlangung anderer steuerlicher Vorteile	290
dd) Nachweisprobleme.....	290
ee) Zwischenergebnis.....	291
b) Objektive Voraussetzung – Ausnahme nach dem Sinn und Zweck	291
aa) Bestimmung des Sinn und Zwecks	291
bb) Beweislastumkehr	293
4. Konkurrenz zur LoB-Klausel.....	294
5. Zwischenergebnis und Bewertung	296
II. Andere Möglichkeiten zur Ergänzung der LoB-Klausel	297
1. Anti-Conduit-Regelung.....	297
2. Einführung einer Mindesthaltedauer.....	299
3. Erweiterung des Konzepts des Nutzungsberechtigten	299
III. Zwischenergebnis	300

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse301