

Schriften zum Steuerrecht

Band 178

**Anknüpfungspunkte
zur Besteuerung digitaler
Geschäftsmodelle im internationalen
Ertragsteuerrecht**

Von

Tim Walter



Duncker & Humblot · Berlin

TIM WALTER

Anknüpfungspunkte zur Besteuerung
digitaler Geschäftsmodelle im internationalen
Ertragsteuerrecht

Schriften zum Steuerrecht

Band 178

Anknüpfungspunkte
zur Besteuerung digitaler
Geschäftsmodelle im internationalen
Ertragsteuerrecht

Von
Tim Walter



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Konstanz
hat diese Arbeit im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimplar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0235
ISBN 978-3-428-18643-3 (Print)
ISBN 978-3-428-58643-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Studie wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation angenommen. Die hier veröffentlichte Fassung befindet sich auf dem Stand September 2021; später Erschienenes konnte nur noch vereinzelt berücksichtigt werden.

Meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Oliver Fehrenbacher, danke ich herzlichst für die herausragende fachliche Förderung, die profunde Betreuung des Promotionsprozesses und die Impulse zu meiner juristischen und akademischen Entwicklung. Vorrangig ihm verdanke ich mein Interesse für Steuer- und Wirtschaftsrecht, einen wesentlichen Teil meines juristischen Handwerkszeugs und nicht zuletzt die Möglichkeit zur Anfertigung dieser Dissertation. In diesem Zusammenhang werde ich meine Zeit als Mitarbeiter an der Universität stets als lehrreichen, prägenden, vorrangig aber als schönen Lebensabschnitt in Erinnerung behalten. Daneben danke ich auch Frau Professor Dr. Birgit Elsa Bippus für die kompetente und zügige Erstellung des Zweitgutachten.

Auf meinem Lebensweg und während meiner Promotion haben mich viele wunderbare Menschen begleitet. Ihnen bleibe ich in tiefer Dankbarkeit verbunden.

So haben mich meine Eltern, Manuela und Martin Walter, fortwährend uneingeschränkt unterstützt und mich zu dem gemacht, der ich heute bin. Ihnen ist dieses Werk gewidmet.

Meine liebevolle Partnerin, Pauline Meyer, stand mir als persönlicher Anker und kompetente Lektorin während der Anfertigung dieser Arbeit bei.

Insbesondere Magdalena Behmann, Vincent Calvin Brock, Dr. Fabian Brugger, Sebastian Reif und Dr. Kevin Joder, aber auch alle anderen Freunde und Kollegen, die mir verzeihen mögen, dass sie hier nicht namentlich genannt sind, standen jederzeit für fachlichen und persönlichen Austausch bereit und machten die Promotionszeit unvergesslich und einzigartig.

Ulm, Dezember 2021

Tim Walter

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AEAStG	Anwendungserlass zum AStG (BStBl. I 2014 Sondernummer 1/2004, S. 3)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AllgGewO Pr	Neue allgemeine Gewerbe-Ordnung für die preußische Monarchie
Amtshilfe-RLUmsG	Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz
AO	Abgabenordnung
AOA	Authorized OECD Approach
Art.	Artikel
AStG	Außensteuergesetz
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive (RL 2016/1164/EU und RL 2017/952/EU)
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BEA	Bureau of Economic Analysis (U.S. Department of Commerce)
BEAT	Base Erosion and Anti-Abuse Tax
BeitrRL	Europäische Beitreibungsrichtlinie (RL 2010/24/EU)
BeitrRLUmsG	Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BFH	Bundesfinanzhof
BfIFD	Bulletin for International Fiscal Documentation (Zeitschrift)
BfIT	Bulletin for International Taxation (Zeitschrift)
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BranntwMonG	Branntweinmonopolgesetz
BsGaV	Betriebsstätten-gewinnaufteilungsverordnung
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BTR	British Tax Review (Zeitschrift)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise

B2B	Business to Business
ca.	circa
CbCR	Country-by-Country Reporting
CDU	Christlich Demokratische Union
CEO	Chief Executive Officer
CFA	Committee on Fiscal Affairs
CFC	Controlled Foreign Corporation
CGI	Code général des impôts (französisches Steuergesetzbuch)
CJWB	Columbia Journal of World Business
CSU	Christlich Soziale Union
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DiStG	Digitalsteuergesetz (Österreich)
DK	Der Konzern (Zeitschrift)
DSJG	Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStR-KR	Deutsches Steuerrecht Kammerreport (Zeitschrift)
dt.	deutsch/deutsche
EL	Ersatzlieferung
EStG	Einkommensteuergesetz
ET	European Taxation (Zeitschrift)
etc.	et cetera
ETR	Effective Tax Rate
EU	Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
ff.	folgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FR	FinanzRundschau (Zeitschrift)
FS	Festschrift
GAAP	Generally Accepted Accounting Principles (US-amerikanische Rechnungslegungsvorschriften)
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GILTI	Global Intangible Low-Taxed Income
GloBE	Global Anti-Base Erosion Proposal
grds.	grundsätzlich
G7	Gruppe der sieben bedeutendsten Industrienationen der westlichen Welt
G20	Gruppe bestehend aus den 19 wichtigsten Industrie- und Schwellenländer und der EU
HM Treasury	Her Majesty's Treasury (britisches Finanz- und Wirtschaftsministerium)
HS	Halbsatz

HStR	Handbuch des Staatsrechts
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Einzelnen
i. H. v.	in Höhe von
i. R.	im Rahmen
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. S.	im Sinne
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
ifst	Institut Finanzen und Steuern
IFRS	International Financial Reporting Standards (internationale Rechnungslegungsvorschriften)
Inc.	Incorporated (US-amerikanische Gesellschaftsform)
IRC	Internal Revenue Code (Bundessteuergesetz der USA)
ISR	Internationale SteuerRundschau (Zeitschrift)
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
IWB	Internationale Wirtschaftsbriefe (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
KMU	kleine und mittelständische Unternehmen
KStG	Körperschaftsteuergesetz
lit.	Buchstabe
lt.	laut
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MNE	Multinational Enterprise
MwStR	Mehrwertsteuerrecht (Zeitschrift)
MwStSystRL	Mehrwertsteuersystemrichtlinie (Richtlinie 2006/112/EG)
o. g.	oben genannt/en
OECD	Organisation für Wirtschaft und Entwicklung
OECD-MA	OECD-Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen
OECD-MK	OECD-Musterkommentar zum OECD-MA
ÖZöffR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
PCIJ	Publications of the Permanent Court of International Justice
PwC	PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
QBAI	Qualified Business Assets Investment
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
RL-E	Richtlinienentwurf
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzeichen
S.	Seite
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
sog.	sogenannte/n
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands

StBJb	Steuerberaterjahrbuch
SteuK	Steuerrecht kurzgefaßt (Zeitschrift)
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
StuW	Steuer und Wirtschaft (Zeitschrift)
SZ	Süddeutsche Zeitung
TFDE	Task Force on the Digital Economy
Tz.	Textzeichen
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
usw.	und so weiter
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WTJ	World Tax Journal (Zeitschrift)
WÜRV	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
ZEW	Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung
ZfbF	Zeitschrift für betriebswissenschaftliche Forschung

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einleitung	25
A. Einführung	25
B. Ziel der Arbeit	28
C. Gang der Untersuchung	30

Kapitel 2

Ertragsbesteuerung und digitaler Wandel	32
A. Digitale Geschäftsmodelle	32
I. Wachstum und Vielseitigkeit digitaler Geschäftsmodelle	32
II. Systematisierung	34
III. Definition	36
B. Besteuerung unter Anwendung der aktuellen Rechtslage	41
I. Nationale Rechtslage	41
II. Einkünftezuweisung durch DBA	51
III. Befund	62
C. Die Problematik der Besteuerung digitaler Geschäftsmodelle	63
I. Unterschiede in der Besteuerung zu herkömmlichen Geschäftsmodellen	63
II. Probleme für die Steuerrechtsordnungen	66
D. Abhilfe durch angedachte oder durchgeführte Maßnahmen	75
I. Maßnahmen i. R. d. BEPS-Aktionsplans	75
II. Maßnahmen der Europäischen Union	78
III. Bewertung	79
E. Fazit	80
I. Zusammenfassung	80
II. Erforderlichkeit einer Neuregelung	80

Kapitel 3

Anforderungen an die sachgerechte Besteuerung digitaler Geschäftsmodelle	82
A. Vorgehensweise	82
B. Prüfungspunkte	83
I. Verbesserung der festgestellten Problemlage	83
II. Dogmatische Legitimität	85
III. Kohärenz mit der Rechtsordnung	116
IV. Umgehungsmöglichkeiten	125
V. Praktikabilität	131
VI. Gesamtabwägung	146
C. Ergebnis: Das 5+1-Programm	147

Kapitel 4

Marktfaktoren als Anknüpfungspunkt der Ertragsbesteuerung	149
A. Inhalt des Regelungsansatzes	149
I. Grundmodell	150
II. Ausgestaltungsmöglichkeiten	152
B. Anwendung des Prüfprogramms	156
I. Verbesserung der festgestellten Problemlage	156
II. Dogmatische Legitimität	162
III. Kohärenz mit der Rechtsordnung	169
IV. Umgehungsmöglichkeiten	172
V. Praktikabilität	175
VI. Gesamtabwägung	189

Kapitel 5

Sondersteuern auf digitale Aktivitäten	191
A. Inhalt des Regelungsansatzes	191
I. Grundmodell	192
II. Ausgestaltungsmöglichkeiten	193
III. Sondersteuer als Erhebungsform der allgemeinen Ertragsteuer	198
B. Anwendung des Prüfprogramms	200
I. Verbesserung der festgestellten Problemlage	200
II. Dogmatische Legitimität	208
III. Kohärenz mit der Rechtsordnung	216

IV. Umgehungsmöglichkeiten 225
V. Praktikabilität 228
VI. Gesamtabwägung 240

Kapitel 6

Globale Mindestbesteuerung 242

A. Inhalt des Regelungsansatzes 242
 I. Grundmodell 244
 II. Ausgestaltungsmöglichkeiten 255
B. Anwendung des Prüfprogramms 258
 I. Verbesserung der festgestellten Problemlage 258
 II. Dogmatische Legitimität 263
 III. Kohärenz mit der Rechtsordnung 270
 IV. Umgehungsmöglichkeiten 279
 V. Praktikabilität 282
 VI. Gesamtabwägung 293

Kapitel 7

Ergebnisse der Arbeit 295

A. Zusammenfassung der Ergebnisse 295
 I. Besteuerungsprobleme bei digitalen Geschäftsmodellen 295
 II. Kriterien zur Einordnung von Reformvorschlägen 296
 III. Betrachtung der einzelnen Reformmodelle 301
B. Gesamtfazit und Ausblick 305

Literaturverzeichnis 310

Stichwortverzeichnis 322

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung	25
A. Einführung	25
B. Ziel der Arbeit	28
C. Gang der Untersuchung	30

Kapitel 2

Ertragsbesteuerung und digitaler Wandel	32
A. Digitale Geschäftsmodelle	32
I. Wachstum und Vielseitigkeit digitaler Geschäftsmodelle	32
II. Systematisierung	34
1. OECD	34
2. Europäische Union	35
III. Definition	36
1. Arbeit von OECD und EU	36
2. Zweckabhängiges Begriffsverständnis	36
3. Phänomenbasierter Ansatz	38
4. Ergebnis	40
B. Besteuerung unter Anwendung der aktuellen Rechtslage	41
I. Nationale Rechtslage	41
1. Regelungsumfeld	41
2. Steuerpflicht kraft Sitzes oder Geschäftsleitung	42
a) Sitz, § 11 AO	42
b) Geschäftsleitung, § 10 AO	44
aa) Definition	44
bb) Problemorientierte Auslegung	45
cc) Folgen für die Zuordnung der Einkünfte	46
dd) Ergebnis	47
3. Einfluss einer Betriebsstätte auf die Steuerpflicht	47
a) Betriebsstätte, § 12 AO	48

b) Anwendung auf digitale Geschäftsmodelle	49
aa) Unbeschränkte Steuerpflicht im Inland mit Betriebsstätte im Ausland	49
bb) Beschränkte Steuerpflicht im Inland aufgrund einer Betriebsstätte	50
II. Einkünftezuweisung durch DBA	51
1. Wirkung von DBA	51
2. Zuweisung aufgrund einer Geschäftsleitungsfunktion – Art. 7 Abs. 1 S. 1, 4 Abs. 3 OECD-MA	52
a) Ermittlung der Ansässigkeit, Art. 4 Abs. 3 OECD-MA	52
b) Zuweisung der Einkünfte, Art. 7 Abs. 1 S. 1 OECD-MA	54
c) Wirkung	54
d) Zwischenbefund	55
3. Zuweisung aufgrund einer Betriebsstätte – Art. 7 Abs. 1 S. 2 OECD-MA	56
a) Definition und Systematik	56
aa) Internationale Begriffsbestimmung (DBA)	57
bb) Verhältnis zum innerstaatlichen Begriff	58
cc) Bedeutung und Zweck des Betriebsstättenbegriffs	60
b) Wirkung	61
III. Befund	62
C. Die Problematik der Besteuerung digitaler Geschäftsmodelle	63
I. Unterschiede in der Besteuerung zu herkömmlichen Geschäftsmodellen	63
1. Marktteilnahme ohne physische Präsenz	63
2. Konzeptionelle Unterschiede	64
3. Relevanz immaterieller Wirtschaftsgüter	65
II. Probleme für die Steuerrechtsordnungen	66
1. Grundproblem: Steuergestaltungsmöglichkeiten digitaler Konzerne	67
a) Vermeidung einer Steuerpflicht im Marktstaat	68
b) Günstige Verlagerung immaterieller Wirtschaftsgüter	69
c) Zurückhaltung von Gewinnen im niedrigbesteuernden Ausland	71
2. Wettbewerbsverzerrungen	72
a) Digitale und nicht digitale Geschäftsmodelle	72
b) Multinationale Konzerne und mittelständische Unternehmen	73
3. Druck auf die Steuersysteme und dessen Folgen	74
D. Abhilfe durch angedachte oder durchgeführte Maßnahmen	75
I. Maßnahmen i. R. d. BEPS-Aktionsplans	75
1. Aktionspunkt 7 – Erweiterung des Art. 5 OECD-MA	76
2. Aktionspunkte 8 bis 10 – Revision der Verrechnungspreisleitlinien	76
3. Aktionspunkt 3 – Hinzurechnungsbesteuerung	77
4. Aktionspunkt 1 – Steuerliche Herausforderungen der Digitalisierung	78
II. Maßnahmen der Europäischen Union	78
III. Bewertung	79

E. Fazit 80
 I. Zusammenfassung 80
 II. Erforderlichkeit einer Neuregelung 80

Kapitel 3

Anforderungen an die sachgerechte Besteuerung digitaler Geschäftsmodelle 82

A. Vorgehensweise 82
 B. Prüfungspunkte 83
 I. Verbesserung der festgestellten Problemlage 83
 1. Eintretende Verbesserungen 83
 2. Effektivität 84
 3. Selektivität 85
 II. Dogmatische Legitimität 85
 1. Territorialitätsprinzip und genuine link 86
 a) Kriterien des Territorialitätsprinzips 86
 b) Kriterien des genuine links 89
 aa) Vorhandene Ansätze in Rechtsprechung und Literatur 89
 bb) Herleitung aus deduktivem Ansatz 91
 c) Relevanz für die Zuordnungsentscheidung 94
 2. Wertschöpfungstheorie 95
 a) Definition und Zurechnung von Wertschöpfungsbeiträgen 97
 aa) Wertschöpfungsprozesse in digitalen Unternehmen 98
 bb) Erweiterung der Wertschöpfungsdefinition 100
 cc) Unternehmenseigene Wertschöpfungsbeiträge 102
 dd) Zurechnung von Wertschöpfungsbeiträgen 103
 ee) Zwischenbefund 104
 b) Relevanz für die Zuordnungsentscheidung 105
 3. Leistungsfähigkeitsprinzip und Gleichmäßigkeit der Besteuerung 106
 a) Inhalt im internationalen Kontext 106
 aa) Unbeschränkte und beschränkte Steuerpflicht 107
 bb) Objektives und subjektives Nettoprinzip 108
 cc) Durchbrechungen 109
 b) Relevanz für die Zuordnungsentscheidung 109
 4. Äquivalenz-/Nutzenprinzip 111
 a) Herleitung 111
 b) Inhalt und Reichweite 113
 c) Relevanz für die Zuordnungsentscheidung 115
 5. Zusammenfassung 115

III. Kohärenz mit der Rechtsordnung	116
1. Nationale Grundlagen	116
a) Formelle Verfassungsmäßigkeit	116
b) Materielle Verfassungsmäßigkeit	118
c) Einfachgesetzliche Vorgaben	121
2. Europäische Grundlagen	122
a) Marktfreiheiten	122
b) Beihilfeverbot	124
IV. Umgehungsmöglichkeiten	125
1. Steuervermeidung, -gestaltung und -missbrauch	125
2. Gestaltungsausschließende Besteuerung	127
a) Unausweichlichkeit und steuerjuristische Betrachtungsweise	128
b) Auslegbarkeit	129
c) Berücksichtigung ausländischer Wertungen	130
d) Regelungsstandort	131
V. Praktikabilität	131
1. Tatsächlicher Belastungserfolg	132
a) Anwendbarkeit des Tatbestandes	132
b) Überprüfbarkeit der Besteuerungsgrundlagen	134
c) Durchsetzbarkeit des Steueranspruchs	136
2. Komplexität	138
3. Realisierbarkeit	140
a) Umsetzungsebene	140
b) Umsetzungsvoraussetzungen	142
c) Umsetzungswahrscheinlichkeit	144
4. Zusammenfassung	145
VI. Gesamtabwägung	146
C. Ergebnis: Das 5+1-Programm	147

Kapitel 4

Marktfaktoren als Anknüpfungspunkt der Ertragsbesteuerung	149
A. Inhalt des Regelungsansatzes	149
I. Grundmodell	150
II. Ausgestaltungsmöglichkeiten	152
1. Wirtschaftliche Präsenz (Significant Economic Presence)	152
2. Nutzernexus (User Participation)	153
3. Vermarktungsnexus (Marketing Intangibles)	154
4. Weitere Ansätze und der Unified Approach	155

B. Anwendung des Prüfprogramms 156

 I. Verbesserung der festgestellten Problemlage 156

 1. Eintretende Verbesserungen 157

 a) Schädliche Gestaltungsoptionen 157

 b) Angemessener Tarif 158

 c) Wettbewerbsverzerrungen 159

 2. Effektivität 160

 3. Selektivität 161

 4. Zwischenfazit 162

 II. Dogmatische Legitimität 162

 1. Territorialitätsprinzip und genuine link 163

 2. Leistungsfähigkeitsprinzip und Gleichmäßigkeit der Besteuerung 165

 3. Äquivalenz-/Nutzenprinzip 167

 4. Zwischenfazit 168

 III. Kohärenz mit der Rechtsordnung 169

 1. Nationale Grundlagen 169

 2. Europäische Grundlagen 171

 IV. Umgehungsmöglichkeiten 172

 1. Regelungseigenschaften 172

 2. Unausweichlichkeit 174

 V. Praktikabilität 175

 1. Tatsächlicher Belastungserfolg 176

 a) Anwendbarkeit des Tatbestandes 176

 b) Überprüfbarkeit der Besteuerungsgrundlagen 177

 c) Durchsetzbarkeit des Steueranspruchs 178

 2. Komplexität 179

 3. Realisierbarkeit 181

 a) Umsetzungsebene 181

 b) Umsetzungsvoraussetzungen 183

 c) Umsetzungswahrscheinlichkeit 184

 4. Folgefrage: Anpassung der Einkünftezuordnungsregeln 186

 5. Zwischenfazit 187

 VI. Gesamt abwägung 189

Kapitel 5

Sondersteuern auf digitale Aktivitäten

A. Inhalt des Regelungsansatzes 191

 I. Grundmodell 192

II. Ausgestaltungsmöglichkeiten	193
1. Steuertatbestand	193
2. Abziehbarkeit i. R. d. allgemeinen Ertragsbesteuerung	195
III. Sondersteuer als Erhebungsform der allgemeinen Ertragsteuer	198
B. Anwendung des Prüfprogramms	200
I. Verbesserung der festgestellten Problemlage	200
1. Eintretende Verbesserungen	200
2. Effektivität	202
a) Verhältnis zu Doppelbesteuerungsabkommen	202
b) Weitere Aspekte	206
3. Selektivität	207
4. Zwischenfazit	207
II. Dogmatische Legitimität	208
1. Territorialitätsprinzip und genuine link	208
2. Leistungsfähigkeitsprinzip und Gleichmäßigkeit der Besteuerung	211
a) Betrachtung der autarken Bruttosteuer	211
b) Betrachtung von Doppelbelastung und Doppelbesteuerung	213
3. Äquivalenz-/Nutzenprinzip	214
4. Zwischenfazit	215
III. Kohärenz mit der Rechtsordnung	216
1. Nationale Grundlagen	217
a) Formelle Verfassungsmäßigkeit	217
b) Materielle Verfassungsmäßigkeit	220
2. Europäische Grundlagen	223
IV. Umgehungsmöglichkeiten	225
1. Regelungseigenschaften	225
2. Unausweichlichkeit	227
V. Praktikabilität	228
1. Tatsächlicher Belastungserfolg	229
a) Anwendbarkeit des Tatbestandes	229
b) Überprüfbarkeit der Besteuerungsgrundlagen	230
c) Durchsetzbarkeit des Steueranspruchs	231
2. Komplexität	232
3. Realisierbarkeit	234
a) Umsetzungsebene	234
b) Umsetzungsvoraussetzungen	235
c) Umsetzungswahrscheinlichkeit	238
4. Zwischenfazit	239
VI. Gesamtabwägung	240

*Kapitel 6***Globale Mindestbesteuerung**

242

A. Inhalt des Regelungsansatzes	242
I. Grundmodell	244
1. Income inclusion rule und switch over rule	245
2. Undertaxed payment rule und subject to tax rule	246
3. Weitere Regelungsprinzipien	247
4. Bestimmung der effektiven Steuerlast	248
5. Verhältnis der GloBE-Regelungen zueinander	250
6. Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Verhältnis zu vorhandenen Rechtsinsti- tuten	251
a) Hinzurechnungsbesteuerung	251
b) US-amerikanisches GILTI-Regime	253
II. Ausgestaltungsmöglichkeiten	255
1. Mindeststeuersatz	255
2. Blending	256
3. Carve-Outs	257
B. Anwendung des Prüfprogramms	258
I. Verbesserung der festgestellten Problemlage	258
1. Eintretende Verbesserungen	258
2. Effektivität	261
3. Selektivität	262
4. Zwischenfazit	263
II. Dogmatische Legitimität	263
1. Territorialitätsprinzip und genuine link	263
2. Leistungsfähigkeitsprinzip und Gleichmäßigkeit der Besteuerung	266
3. Äquivalenz-/Nutzenprinzip	268
4. Zwischenfazit	270
III. Kohärenz mit der Rechtsordnung	270
1. Nationale Grundlagen	271
a) Formelle Verfassungsmäßigkeit	271
b) Materielle Verfassungsmäßigkeit	272
2. Europäische Grundlagen	275
3. Zwischenfazit	278
IV. Umgehungsmöglichkeiten	279
1. Regelungseigenschaften	279
2. Unausweichlichkeit	281

V. Praktikabilität	282
1. Tatsächlicher Belastungserfolg	282
a) Anwendbarkeit des Tatbestandes	283
b) Überprüfbarkeit der Besteuerungsgrundlagen	284
c) Durchsetzbarkeit des Steueranspruchs	285
2. Komplexität	285
3. Realisierbarkeit	287
a) Umsetzungsebene	287
b) Umsetzungsvoraussetzungen	289
c) Umsetzungswahrscheinlichkeit	290
4. Zwischenfazit	292
VI. Gesamtabwägung	293

Kapitel 7

Ergebnisse der Arbeit	295
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	295
I. Besteuerungsprobleme bei digitalen Geschäftsmodellen	295
II. Kriterien zur Einordnung von Reformvorschlägen	296
1. Verbesserung der festgestellten Problemlage	296
2. Dogmatische Legitimität	296
3. Kohärenz mit der Rechtsordnung	298
4. Umgehungsmöglichkeiten	299
5. Praktikabilität	300
6. Gesamtabwägung	301
III. Betrachtung der einzelnen Reformmodelle	301
1. Marktfaktoren als Anknüpfungspunkt der Ertragsbesteuerung	301
2. Sondersteuern auf digitale Aktivitäten	303
3. Globale Mindestbesteuerung	304
B. Gesamtfazit und Ausblick	305
Literaturverzeichnis	310
Stichwortverzeichnis	322

Kapitel 1

Einleitung

A. Einführung

Als Steve Jobs, der mittlerweile verstorbene CEO von Apple Inc., am 9. Januar 2007 der Öffentlichkeit das erste iPhone präsentierte, war die Digitalisierung der Welt bereits in vollem Gange. Dennoch war diese disruptive Innovation und die damit einhergehende Möglichkeit von überall aus auf das Internet zuzugreifen Wegbereiter des digitalen Zeitalters, indem wir uns befinden. Dies zeigt sich einerseits an der Marktkapitalisierung Apples, die sich seitdem fast verdreihundertfachte. Andererseits prägen digitale Dienstleistungen von Unternehmen, wie etwa Microsoft, Alphabet, Meta Platforms, etc. unseren gewöhnlichen Tagesablauf und unser Leben immer mehr. Durch die immer stärkere und flächendeckendere Durchdringung aller Lebensbereiche, ist die Digitalisierung auch aus dem globalen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. Es ist damit zu rechnen, dass die fortschreitende digitale Transformation früher oder später alle Branchen und Märkte umfasst und dem neu entstandenen Wirtschaftszweig, dessen Wertschöpfung alleine in digitalen Leistungen liegt, eine immer größere Bedeutung in der Weltwirtschaft zukommen wird.¹

Während sich Technologien und Geschäftskonzepte der Digitalbranche rasant weiterentwickeln, stammt das deutsche Ertragsteuersystem aus den Anfangszeiten des Dritten Reichs.² Seither änderte sich an der Erfassung gewerblicher Einkünfte und auch an der internationalen Abgrenzung der Besteuerungskompetenzen inhaltlich wenig. Unternehmen, die digitale Dienstleistungen, wie etwa soziale Netzwerke, Onlinesuchmaschinen oder Cloudcomputing anbieten, werden nach den gleichen Grundsätzen wie ein Kolonialwarenhändler vor dem zweiten Weltkrieg besteuert. Die Relevanz, die digitale Geschäftsmodelle mittlerweile in unserer Wirtschaftswelt einnehmen, spiegelte sich bislang in der Weiterentwicklung der Steuerrechtsordnung nicht wider. Dass sich daraus eine Disparität zwischen zu erfassender Wirtschaftstätigkeit und vorhandenem Gesetz ergibt, liegt auf der Hand.

¹ So diagnostiziert die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat, dass Digitalunternehmen weitaus schneller wachsen als die Wirtschaft insgesamt. In den Jahren 2010 bis 2017 betrug die Ertragssteigerung im Bereich der Digitalunternehmen 14,2% wo hingegen andere multinationale Unternehmen ihren Ertrag nur um 0,2% steigern konnten, vgl. EU-Kommission, COM(2018) 146 final, S. 1 f., 11.

² Vgl. RGBl. I, S. 1005 ff.

Problematisch ist, dass sich diese normative Diskrepanz in der praktischen Besteuerung entsprechender Unternehmen fortsetzt. Wirtschaftsstarke, global agierende Digitalkonzerne machen sich mit Hilfe steuerlicher Berater die Funktionsprinzipien der vorhandenen Regelungen und Lücken, die sich aus diesen überkommenen Tatbeständen ergeben, zunutze. Vielfach ist zu verzeichnen, dass sie durch verschiedenste Maßnahmen der aggressiven Steuerplanung weltweit nur wenige bis keine Steuern bezahlen.³

Wesentliches Gestaltungspotential steht dabei in unmittelbarem Zusammenhang mit der Globalisierung der Wirtschaft, der Märkte und der Geschäftsmodelle. Die weltweite Verflechtung gesellschaftlicher und unternehmerischer Zusammenhänge ist dabei ebenfalls zu weiten Teilen auf die Digitalisierung zurückzuführen und wurde durch sie merklich beschleunigt. Digitalunternehmen gelingt es, durch geschickte Planung ihrer Gesellschaftsstrukturen und die Verlagerung wirtschaftlicher Aktivitäten ihr steuerliches Pflichtenprogramm in Staaten zu verlagern, wo sie günstige steuerliche Rahmenbedingungen vorfinden.⁴ Dabei ist die aggressive Steuergestaltung auch international agierenden Konzernen herkömmlicher Branchen nicht fremd. Bei digitalen Geschäftsmodellen sind diese Verwerfungen jedoch besonders stark und exorbitant häufig anzutreffen.⁵

Grund dafür ist die Art und Weise, wie Digitalunternehmen Einkünfte erzielen, ohne dabei in irgendeiner Beziehung zu denjenigen Staaten zu stehen, auf die sie mit ihren Plattformen einwirken.⁶ So ergibt sich für Hersteller von Produkten, Dienstleister und andere Gewerbetreibende ab einer gewissen Aktivität in einem Staat das Bedürfnis zur Begründung einer Niederlassung oder einer Tochtergesellschaft, die dort eine steuerliche Verpflichtung auslöst. Diese Anknüpfungsmerkmale zu vermeiden bedarf eines erheblichen Aufwands und ist auch nicht immer möglich. Digitalunternehmen steht es stattdessen durch den Einsatz von Technologie offen, auch bei immenser wirtschaftlicher Relevanz eines Marktes, ihr Geschäft dauerhaft über die Grenze hinweg aus einem Land mit günstigeren steuerlichen Rahmenbedingungen zu betreiben.⁷ Wesentliche Nachteile ergeben sich daraus für Digitalunter-

³ Vgl. Annex B „Typical tax planning structures in integrated business models“ in: OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, S. 167 ff.

⁴ Ausführliche Analyse: s.u. Kapitel 2: C. Die Problematik der Besteuerung digitaler Geschäftsmodelle, S. 63.

⁵ Cloer/Gerlach, FR 2018, S. 105 (108); Devereux/Vella, Implications of digitalization for international corporate tax reform, S. 5.

⁶ Eilers/Oppel, IStR 2018, S. 361 (362).

⁷ Nur 50 % der multinational tätigen Digitalunternehmen unterhalten eine Tochtergesellschaft im Ausland, wohingegen 80 % der herkömmlich tätigen multinationalen Unternehmen eine entsprechende Dependence im Ausland besitzen, vgl. UNCTAD, World Investment Report 2017, S. 174 f.

nehmen – im Gegensatz zu herkömmlichen Gewerbebetrieben – nicht oder sie können unproblematisch ausgeglichen werden.⁸

Dies alles führt immer wieder zu medienwirksamen Kampagnen⁹, die den durchschnittlichen Steuerpflichtigen an der Richtigkeit unseres Steuersystems zweifeln lassen. Die grundrechtlich verbürgte Gleichheit vor dem Gesetz als ein zentraler Maßstab für die Gerechtigkeit der Besteuerung scheint hier – trotz Einhaltung aller vorhandenen Normen durch die Digitalunternehmen – nicht ausreichend durchgehalten. Dies senkt die Steuermoral des Einzelnen und u. U. sogar das gesamtgesellschaftliche Vertrauen in den Rechtsstaat. Noch gravierender erscheint eine andere Folge des unternehmerischen Vorgehens: die zu verzeichnende Erosion der inländischen Besteuerungsgrundlagen.¹⁰ Steuern, allen voran die Ertragsteuern, stellen die zentrale Grundlage der Staatsfinanzierung dar. Reduziert sich das Aufkommen dieser Finanzierungsgrundlagen nachhaltig, kann das staatliche Leistungsangebot nicht in der bisherigen Form aufrechterhalten werden. Die Aushöhlung der Bemessungsgrundlage stellt damit eine Gefahr für Wohlstand und Stabilität der Gesellschaft dar.

Allen wesentlichen politischen Ebenen ist diese Problematik bereits bekannt; ein Reformprozess lief allerdings nur schleppend an. Während von Seiten der deutschen Regierung „Maßnahmen zur Sicherstellung der angemessenen Besteuerung der digitalen Wirtschaft“ versprochen wurden¹¹, konzentriert sich die Diskussion um die Änderung des internationalen Steuersystems auf höheren Ebenen. Die OECD widmete der Thematik einen eigenen Aktionspunkt i. R. d. BEPS-Initiative.¹² Die Europäische Kommission legte gleich zwei Richtlinienvorschläge zur Einführung einer Reform vor.¹³ Dennoch kam es bislang – bis auf einige nationale Alleingänge¹⁴ – nicht zu tatsächlichen Gesetzesänderungen. Immerhin konnte sich mittlerweile eine

⁸ Vgl. bspw. die Unternehmensstruktur von Amazon oder Alphabet, die eine zentrale Konzerngesellschaft in einem niedrig besteuerten Land wie Irland oder Luxemburg betreiben mit welcher dann die entsprechenden Verträge abgeschlossen werden. Daneben existieren lediglich kleine lokale Gesellschaften für reine Serviceleistungen, die möglichst gering nach der Kostenaufschlagsmethode besteuert werden, vgl. *Kofler/Mayr/Schlager*, BB 2017, S. 1751 (1756 f.).

⁹ Etwa die sog. „Paradise Papers“, die 2016 steuerliche Gestaltungen großer global agierender Konzerne, wie Apple, Meta Platforms oder Nike, offenlegten, vgl. SZ, Das sind die Paradise Papers.

¹⁰ Vgl. *Schlund*, DStR 2018, S. 937 (939) über die Angst der EU-Kommission vor der Aushöhlung der Körperschaftsteuerbemessungsgrundlage; vgl. auch EU-Kommission, SWD(2018) 81 final, S. 5 f.

¹¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und der SPD zur 19. Legislaturperiode, Rz. 3129 ff.

¹² Vgl. OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy.

¹³ EU-Kommission, COM(2018) 147 final; EU-Kommission, COM(2018) 148 final.

¹⁴ Im Überblick: *Keuper*, BB 2020, S. 407 (Teil I) und S. 471 (Teil II).