

## Abkommensberechtigung von ausländischen Holdinggesellschaften

### Würdigung des Entscheides der Steuerrekurskommission vom 28. Februar 2001

Am 28. Februar 2001 hat die Eidg. Steuerrekurskommission die Gelegenheit genutzt, sich zur missbräuchlichen Inanspruchnahme des DBA-LUX [1] zu äussern. Insbesondere wurde in diesem Entscheid ausführlich der Begriff des «Nutzungsberechtigten» im Zusammenhang mit der Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer auf Dividenden untersucht. Im folgenden soll einerseits der Entscheid inhaltlich gewürdigt und andererseits der Begriff des «Nutzungsberechtigten» einer kritischen Analyse unterzogen werden.

#### 1. Einleitung

Für die Ansiedlung von Holdinggesellschaften, Finanzgesellschaften sowie Patent- und Lizenzverwaltungsgesellschaften war die Schweiz seit jeher ein attraktiver Standort. Tragende steuerliche Argumente für den Wirtschaftsstandort Schweiz waren nebst der niedrigen schweizerischen Gesamtsteuerbelastung insbesondere das gute Netz von Doppelbesteuerungsabkommen.

Diese Standortattraktivität erodiert jedoch zunehmend. Da die Schweiz nicht Mitglied der Europäischen Union ist, fällt sie auch nicht in den Anwendungsbereich der Mutter-Tochter-Richtlinie vom 23. Juli 1990 [2]. Diese Richtlinie sieht vor, dass Gewinnausschüttungen, welche Gesellschaften eines Mitgliedstaates von Tochtergesellschaften eines anderen zufließen, weder im Quellen- noch im Empfängerstaat besteuert werden dürfen [3]. Um der damit einhergehenden nachlassenden Attraktivität des Standortes Schweiz wirksam zu begegnen, ist die Eidg. Steuerverwaltung (ESTV) [4] bei Neuverhandlungen respektive Revisionen von Doppelbesteuerungsabkommen bestrebt, die vollständige Entlastung von Verrechnungssteuern auf Dividenden bei mass-

geblichen Beteiligungen, Zinsen und Lizenzen auszuhandeln [5] [6].

Gleichzeitig aber versucht die ESTV durch geeignete Massnahmen, die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen zu verhindern. Insbesondere wird bei denjenigen Doppelbesteuerungsabkommen, welche eine vollständige Entlastung von Verrechnungssteuern vorsehen, dem ausländischen Antragsteller regelmässig eine Auskunftspflicht gegenüber der ESTV auferlegt. Dabei wird unter anderem geprüft, ob der Antragsteller auch der Nutzungsberechtigte der schweizerischen Dividende ist oder lediglich als Durchlaufgesellschaft fungiert.

Am 28. Februar 2001 hat die Eidg. Steuerrekurskommission (SRK) [7] die Gelegenheit ergriffen, sich zur missbräuchlichen Inanspruchnahme eines Doppelbesteuerungsabkommens (DBA) [8] zu äussern [9]. Insbesondere nahm die SRK ausführlich zum Begriff des «Nutzungsberechtigten» Stellung [10].



Christoph Busin, lic. oec. publ./dipl. Steuerexperte, Partner, Tax Expert International AG, Zürich  
Christoph.busin@taxexpert.ch

#### 2. Entscheid SRK vom 28. Februar 2001

Im Rahmen der Beurteilung eines Rückerstattungsantrages basierend auf Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-LUX hat die SRK im Entscheid vom 28. Februar 2001 die Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer einem Luxemburger Antragsteller vollständig verweigert.

##### 2.1 Sachverhalt

Eine Luxemburger Gesellschaft, welche von zwei Aktionären im Jahre 1995 gegründet worden ist, hält als praktisch einziges Aktivum eine schweizerische Gesellschaft. Der eine Aktionär der Luxemburger Gesellschaft ist auf der Isle of Man ansässig, der andere in Grossbritannien.

Die schweizerische Gesellschaft hat im Jahr 1996 und 1997 eine Dividende von CHF 170 000 beziehungsweise CHF 61 275 ausgeschüttet. Die Luxemburger Gesellschaft, gestützt auf Art. 10 Abs. 2 lit. b des DBA-LUX, hat jeweils einen Rückerstattungsantrag von 35% der schweizerischen Verrechnungssteuer an die ESTV gestellt. Bereits am 9. Dezember 1996 hat die ESTV um weitere Auskünfte betreffend die Luxemburger Gesellschaft nachgesucht, und zwar in Analogie zum bereits unter dem DBA-NL angewendeten Fragebogen [11]. Die Luxemburger Gesellschaft ist diesem Auskunftsbegehren jedoch nur teilweise nachgekommen [12]. Die ESTV hat mit einem formellen Entscheid am 26. Oktober 1999 den Rückerstattungsantrag aufgrund des fehlenden Nutzungsrechts vollständig verweigert.

In der Folge hat die Luxemburger Gesellschaft eine Einsprache gegen den negativen Entscheid der ESTV fristgemäss eingereicht. Diese wurde von

der ESTV jedoch abgelehnt. Gegen die Ablehnung ihrer Einsprache hat die Luxemburger Gesellschaft schliesslich fristgemäss am 5. Juni 2000 einen Rekurs bei der SRK eingereicht.

## 2.2 Erwägungen der SRK

Im vorliegenden Urteil überprüfte die SRK zuerst die Rückerstattungsbe-  
rechtigung des Antragstellers gemäss Art. 48 VStG [13] in Verbindung mit Art. 24 Abs. 2 und 3 VStG, d.h. nach internem schweizerischen Recht. In einem zweiten Schritt hat die SRK die Rückerstattungsbe-  
rechtigung gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-LUX geprüft.

### 2.2.1 Rückerstattungsbe- rechtigung nach internem schweizerischen Recht

Da die Luxemburger Gesellschaft in der Schweiz weder ihren Sitz hat noch über eine Betriebsstätte verfügt, besteht in der Schweiz auch kein Anknüpfungspunkt, um die schweizerische Verrechnungssteuer gemäss Art. 24 Abs. 2 oder Abs. 3 VStG zurückzufordern.

### 2.2.2 Rückerstattungsbe- rechtigung gemäss DBA-LUX

Das DBA-LUX sieht in Art. 10 Abs. 2 lit. b im wesentlichen zwei Voraussetzungen für eine vollständige Rückerstattung vor: (i) Der Nutzungsberechtigte ist eine Gesellschaft, die im anderen Vertragsstaat ansässig ist, und (ii) der Nutzungsberechtigte verfügt während eines ununterbrochenen Zeitraums von zwei Jahren vor der Zahlung der Dividende direkt über mindestens 25 Prozent des Kapitals der die Dividenden zahlenden Gesellschaft.

#### 2.2.2.1 Ansässigkeit

Die Ansässigkeit des Luxemburger Antragstellers ist gemäss DBA-LUX erfüllt.

#### 2.2.2.2 Die Interpretation des Ausdrucks «Nutzungsberechtigter»

Ziel des Abkommens kann es gemäss SRK nicht sein, dass eine (natürliche oder juristische) Person, welche nicht im Vertragsstaat ansässig ist, die Abkommensvorteile beanspruchen kann. In diesem Zusammenhang steht die

Auslegung des Ausdrucks «Nutzungsberechtigter» gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b des DBA-LUX zentral im Vordergrund, denn nach Entscheid der SRK soll nur der wahre Nutzungsberechtigte und nicht eine Durchlaufgesellschaft in die Begünstigung des Abkommens gelangen.

Die schweizerische Rechtsordnung kennt den abkommensrechtlichen Ausdruck des «Nutzungsberechtigten» nicht. Diese Tatsache spricht für eine Auslegung des Ausdrucks «Nutzungsberechtigter» ausschliesslich aus dem Abkommenszusammenhang und im Lichte seines Zieles und Zweckes im Sinne des Art. 31 Abs. 1 WüRV [14].

Die für die Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer auf der Dividende gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-LUX wesentliche Unterscheidung der Begriffe «*bénéficiaire effectif*» und «*bénéficiaire*» basiert nach der SRK faktisch auf der Trennung zwischen wirtschaftlichem und rechtlichem Nutzungsberechtigten der Dividende [15]. Obwohl die Luxemburger Gesellschaft unbestrittenermassen rechtlicher Nutzungsberechtigter an den Einkünften aus der schweizerischen Gesellschaft ist, kommt die SRK in ihren Erläuterungen zur Ansicht, dass nur der wirtschaftliche Nutzungsberechtigte [16] in den Genuss der Abkommensvorteile kommen könne. Die Luxemburger Gesellschaft als bloss rechtliche Nutzungsberechtigter sei in-

des nicht abkommensbegünstigt, da sie lediglich als reine Durchlaufgesellschaft zu qualifizieren sei. Zu diesem Schluss kommt die SRK aufgrund der eingeforderten Jahresrechnung 1995, aus der sich ergibt, dass die Aufwendungen 1995 exakt die Dividendenerträge abdecken. Die Natur der Aufwendungen sei aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht erkennbar. Das legt die Vermutung nahe, dass die schweizerischen Dividenden durch die luxemburgische Gesellschaft steuerfrei weitergeleitet werden, ohne dass bekannt sei, wer tatsächlich von diesen Dividenden profitiert. Weitere Untersuchungen zum Nutzungsberechtigten wurden indes nicht vorgenommen.

Schliesslich nimmt die SRK zur Frage der Steuerumgehung (Art. 21 Abs. 2 VStG) Stellung. Im vorliegenden Entscheid der SRK wird die rechtliche Struktur insbesondere mit der zwischengeschalteten Luxemburger Gesellschaft als ungewöhnlich im Sinne des Steuerumgehungstatbestandes [17] qualifiziert. Gleichzeitig wird auch festgehalten, dass die implementierte Struktur lediglich zu Steuerzwecken errichtet worden sei und keinen wirtschaftlichen Hintergrund habe [18].

Der Luxemburger Antragsteller soll demzufolge nach SRK nicht in den Genuss von abkommensbegünstigten Dividenden gemäss DBA-LUX kommen.

### 2.2.3 Verweigerung der teilweisen Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer

Beiläufig hat die SRK dem Luxemburger Antragsteller auch die Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer auf den reduzierten Abkommenssatz für Streubesitz, d.h. auf 5 Prozent beziehungsweise 15 Prozent verweigert, da nicht der Luxemburger Antragsteller der wahre Nutzungsberechtigte sei. Der wahre Nutzungsberechtigte kann hingegen die schweizerische Verrechnungssteuer nicht gestützt auf das DBA-LUX zurückfordern, da er zwischen sich und dem Schuldner der Dividende [19] eine Durchlaufgesellschaft zwischengeschaltet hat und somit nicht direkt gemäss Art. 10 Abs. 2 DBA-LUX die Anteile der schweizerischen Gesellschaft hält.



Matthias Erik Vock, lic. oec. HSG/  
dipl. Steuerexperte, Vizedirektor,  
Tax Expert International AG, Zürich  
Matthias.vock@taxexpert.ch

Ebenso wurde eine teilweise Rückerstattung der Verrechnungssteuer im Sinne einer analogen Anwendung der Praxis der ESTV in klaren Fällen von niederländischen «Missbrauchsgesellschaften» verweigert. Die schweizerische Verrechnungssteuer auf den Dividendenausschüttungen stellt deshalb eine Endbelastung dar.

### 3. Würdigung des Entscheides

#### 3.1 Auslegung des Begriffes «Nutzungsberechtigter» aus abkommensrechtlicher Sicht

In der Schweiz ist unbestritten, dass ein DBA nach völkerrechtlichen Regeln auszulegen ist [20]. Umstritten ist jedoch, welche Reihenfolge bei der DBA-Auslegung gilt. Mit einer Ausnahme (DBA-NL) enthalten sämtliche DBA der Schweiz Normen im Sinne von OECD-Musterabkommen [21] Art. 3 Abs. 2. Danach hat jeder nicht definierte Ausdruck die Bedeutung, die ihm (im Anwendungszeitraum) nach dem Recht dieses Staates über die Steuern zukommt. Gestützt auf Art. 3 Abs. 2 OECD-MA verfolgen mehrere Staaten [22] die Politik, dass der Begriff des «beneficial owner» basierend auf dem nationalen Recht des Quellen- oder des Ansässigkeitsstaates inhaltlich auszufüllen und zu interpretieren ist. Nach schweizerischer Auffassung sollte aber die *lex fori* nur als «last resort» gelten, sofern das entsprechende DBA subsidiär auf die *lex fori* verweist. Das DBA-LUX verweist in Art. 3 Abs. 2 auf die *lex fori*.

Da generelle schweizerische Regelungen für die Auslegung der von der Schweiz abgeschlossenen DBA fehlen, hat der Bundesrat zu den einzelnen DBA Ausführungsvorschriften erlassen. Diese Ausführungsvorschriften regeln primär das Verfahren zur Durchführung der Entlastungen von Quellensteuern und sekundär Auslegungsfragen. Bezüglich Auslegung von Staatsverträgen gilt, dass einerseits die allgemeinen Grundsätze über die Auslegung des Völkerrechtes und andererseits die Auslegungsregeln, welche im DBA selber enthalten sind, zu beachten sind [23]. Es gilt einen Staatsvertrag insbesondere wie folgt auszulegen [24]:

- nach Treu und Glauben;
- in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und
- im Lichte seines Zieles und Zweckes.

Die von der Schweiz abgeschlossenen Doppelbesteuerungsabkommen enthalten keine Legaldefinition des Ausdrucks «Nutzungsberechtigter» («beneficial owner») [25]. Somit ist zu prüfen, ob im Kommentar zu den Artikeln des OECD-MA, welcher in diesem Zusammenhang einen Auslegungsbehelf im Sinne des Völkerrechtes darstellt, eine Legaldefinition enthalten ist [26]. Grosse Bedeutung wird grundsätzlich derjenigen Fassung des OECD-MA-Kommentars beigemessen, welche zum Zeitpunkt des Abschlusses eines bestimmten DBA vorgelegen hat [27]. Im OECD-MA-Kommentar wird jedoch lediglich darauf hingewiesen, dass die in den Abkommen enthaltene Begrenzung der Steuer des Quellenstaates nicht gilt, falls zwischen dem Empfänger (engl. «beneficiary») und dem Schuldner ein Dritter, beispielsweise ein Vertreter oder sonstiger Beauftragter, zwischengeschaltet wird [28].

Es lassen sich aufgrund der Empfehlungen der International Fiscal Association [29] sowie der Lehre [30] gewichtige Argumente im Zusammenhang mit der Interpretation des Begriffes des «beneficial owner» anführen. Nachfolgend werden einige dieser Argumente erläutert und diskutiert [31].

#### 3.2 Fehlen eines genuinen Begriffes des «beneficial owner» im nationalen Recht

Die schweizerische steuerliche Rechtsordnung kennt den Begriff des Nutzungsberechtigten («beneficial owner») im nationalen Steuerrecht im Prinzip nicht. In der amtlichen deutschen Übersetzung des OECD-MA von 1977 wurde für den Begriff des «beneficial owner» der Terminus «Nutzungsberechtigter» und nicht «wirtschaftlicher Eigentümer» («economic owner») gewählt. Diese Übersetzung erfolgte nach Killius [32] bewusst, da einerseits die Schweiz den Begriff des wirtschaftlichen Eigentümers im nationalen Steuerrecht nicht kannte und andererseits

Deutschland verhindern wollte, dass der Begriff des «beneficial owner» im Zusammenhang mit den nationalen Hinzurechnungsregelungen, welche ein Konzept des wirtschaftlichen Eigentümers kennen, interpretiert werden könnte.

Die Auslegung des Begriffes «beneficial owner» im Rahmen der Auslegung der schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen kann jedoch nicht mittels der verkürzten Argumentation der SRK vorgenommen werden. Der Hinweis auf das OECD-MA (und dessen Kommentierung) sowie auf die ausführliche Diskussion in diesem Zusammenhang fehlen gänzlich.

#### 3.3 Bisherige Implementierung des Begriffes des «beneficial owner» im nationalen schweizerischen Abkommensrecht

Mehr als die Hälfte der von der Schweiz abgeschlossenen DBA enthalten den Begriff des «beneficial owner» (Nutzungsberechtigten), ohne dass eine Legaldefinition im entsprechenden Abkommen vorliegt. Die Lehre und die Gerichte haben sich bisher nicht zur Auslegung des Begriffes «Nutzungsberechtigter» beziehungsweise «beneficial owner» geäussert.

Indirekt jedoch hat sich die Schweiz zum Problembereich des «Nutzungsberechtigten» im Abkommenszusammenhang geäussert mittels Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes vom 14. Dezember 1962 (BRB) [33], mittels Kreisschreiben betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes vom 31. Dezember 1962 (KS62) [34] sowie mittels Kreisschreiben betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes (BRB 1962/KS 1999) vom 17. Dezember 1998 [35].

Gemäss Art. 1 Abs. 2 BRB 62 liegt eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme eines Doppelbesteuerungsabkommens vor:

- wenn die im Abkommen umschriebenen Voraussetzungen, wie insbesondere Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz, Recht zur Nutzung [36], Versteuerung, nicht erfüllt sind;
- wenn die Inanspruchnahme missbräuchlich erfolgt.

Gemäss Art. 2 BRB 62 in Verbindung mit KS 62, welches die missbräuchliche Inanspruchnahme von DBA erläutert, liegt ein Abkommensmissbrauch hauptsächlich dann vor, wenn

- mehr als 50 Prozent der Einkünfte zur Erfüllung von Ansprüchen nicht abkommensberechtigter Personen verwendet werden;
- weniger als 25 Prozent des Bruttobetragtes der abkommensbegünstigten Einkünfte als Gewinn ausgeschüttet werden;
- die Unternehmung ungewöhnlich finanziert ist.

Werden diese Elemente analysiert, ergibt sich, dass die ESTV im Zusammenhang mit dem Missbrauchsbeschluss das Erfordernis des «beneficial owner» (Nutzungsberechtigter) eher weit interpretiert. So kann beispielsweise eine «Durchlaufgesellschaft», sofern sie die Erfordernisse gemäss Erläuterungen zum KS 62 einhält, als Nutzungsberechtigter im Sinne der schweizerischen Auslegung des Begriffes des «beneficial owner» qualifiziert werden.

Die abkommensrechtlichen Voraussetzungen für die Nutzungsberechtigung («beneficial ownership») können auch von (reinen) Holdinggesellschaften [37] und Lizenzverwertungsgesellschaften, welche ohne Substanz in der Schweiz domiziliert sind, aus Sicht der ESTV erfüllt sein [38].

Unseres Erachtens ist es nun bedenklich, wenn für ausländische Holdinggesellschaften (und Lizenzverwertungs-

und Finanzgesellschaften), welche ähnlich strukturiert sind wie schweizerische Holdinggesellschaften, plötzlich ein neues Kriterium («beneficial owner») zur Beurteilung eingeführt werden soll. Insbesondere kann dies dazu führen, dass ausländische Staaten schweizerischen Holdinggesellschaften (sowie Lizenzverwertungs- und Finanzgesellschaften) in analoger Anwendung der Sichtweise der ESTV die Abkommensberechtigung für Dividenden, Zinsen und Lizenzen verwehren.

### 3.4 Formalrechtliche versus wirtschaftliche Sichtweise des «beneficial owner»

In den Ländern mit angelsächsischer Rechtsprechung (common law) unterscheidet sich die Bedeutung des Begriffes «beneficial owner» von denjenigen Ländern mit kontinentaleuropäischer (civil law) Rechtsprechung.

Bei der Beurteilung der Abkommensberechtigung eines möglichen Nutzungsberechtigten trennen die Common-Law-Staaten üblicherweise den rechtlichen vom wirtschaftlichen Nutzungsberechtigten [39], während Civil-Law-Staaten eine solche Trennung nicht vornehmen. Es ist zwar möglich, die Ländermeinungen in zwei Gruppen zu gliedern (wirtschaftliche Sichtweise [40] einerseits und zivilrechtliche beziehungsweise formalrechtliche Sichtweise [41] andererseits). Jedoch bestehen selbst innerhalb dieser Ländergruppen gewichtige Abweichungen hinsichtlich der einzelnen Begriffsmerkmale. Eine direkte Übersetzung ins Englische des landesspezifischen Terminus «beneficial owner» diverser Staaten enthüllt, dass dieser Begriff mindestens in den Staaten mit kontinentaleuropäischer Rechtsordnung sehr unterschiedlich interpretiert wird [42].

Die Schweiz ist aufgrund der Materialien abkommensrechtlich klar zur Gruppe der Länder mit formalrechtlicher Sichtweise zu zählen. Die Auswirkungen einer Anwendung der wirtschaftlichen Sichtweise in einem Land mit zivilrechtlicher Rechtsprechung illustriert eindrücklich der folgende niederländische Entscheid des sogenannten Hoge Raad (letztinstanzliches niederländisches Gericht) in Sachen Royal-Dutch-Dividenden [43]. Dieser Entscheid, welcher auf einer abkommensrechtlichen Auslegung des Begriffes «beneficial owner» in einem Land mit «civil law»-Rechtsprechung basiert, kann als «leading case» zur internationalen Interpretation des Begriffes des Nutzungsberechtigten herangezogen werden [44].

### 3.4.1 Entscheid des niederländischen Hoge Raad in Sachen Royal Dutch Oil

Ein in Grossbritannien ansässiger Börsenhändler erwarb Dividendencoupons der in den Niederlanden ansässigen Royal Dutch Oil, jedoch keine Aktien. Zum Zeitpunkt des Erwerbs der Dividendencoupons war die Dividende bereits beschlossen, aber noch nicht fällig. Der Börsenhändler erwarb die Dividendencoupons zum Preis von ungefähr 80 Prozent der Bruttodividende von einem in Luxemburg ansässigen

Verkäufer, der jedoch gemäss DBA NL-LUX nicht abkommensberechtigt war (z.B. eine 1929er-Holding).

Die Dividenden wurden dem Börsenhändler unter Abzug der statutarischen niederländischen Verrechnungssteuer von 25 Prozent ausbezahlt. Daraufhin verlangte der Börsenhändler die Rückerstattung von 10 Prozent der niederländischen Verrechnungssteuer gestützt auf Art. 10 Abs. 2 DBA NL-UK [45]. Gemäss den Bestimmungen des Art. 10 Abs. 2 DBA NL-UK wird die Verrechnungssteuer nur dem «beneficial owner» zurückerstattet.

Im Gegensatz zu einem Urteil der unteren Gerichtsinstanzen entschied der Hoge Raad jedoch letztinstanzlich, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen der abkommensrechtlichen Nutzungsberechtigung gegeben sind.

Gemäss Entscheid des Hoge Raad waren folgende Kriterien für die Beurteilung ausschlaggebend: Der Börsenhändler wurde aufgrund des Kaufes der Dividendencoupons Inhaber derselben. Es kann deshalb unterstellt werden, dass der Börsenhändler nach erfolgtem Erwerb nicht nur frei über die Dividendencoupons, sondern nach erfolgter Auszahlung der Dividende auch frei über die flüssigen Mittel verfügen konnte. Bei der Einlösung der Dividendencoupons agierte der Börsenhändler nicht als Treuhänder für einen Auftraggeber (Treugeber). Unter diesen Umständen ist der Börsenhändler der Nutzungsberechtigte («beneficial owner») der Dividende. Das DBA NL-UK beinhaltet keine Bedingung, dass der Nutzungsberechtigte der Dividende auch Eigentümer der Aktien sein muss. Zusätzlich war es irrelevant, dass der Börsenhändler die Dividendencoupons zu einem Zeitpunkt erwarb, an dem die Dividende bereits angekündigt war. Der relevante Aspekt ist lediglich, wer der Nutzungsberechtigte zum Zeitpunkt der Fälligkeit und nicht zum Zeitpunkt der Ankündigung ist.

Der Entscheid des Hoge Raad kann somit wie folgt zusammengefasst werden: Erstens fokussierte sich der Gerichtshof einzig auf die Frage nach dem Nutzungsberechtigten und nahm keine weiteren Prüfungen vor (z.B. besteht

der einzige Grund für die Transaktion darin, eine Rückerstattung der niederländischen Verrechnungssteuer zu erwirken (Steuerungsumgehung)). Zweitens wurde lediglich auf den Aspekt hingewiesen, dass der Börsenhändler frei über die Dividendencoupons und die Erträge verfügen konnte und somit Nutzungsberechtigter war. Drittens stellte der Gerichtshof fest, dass das Eigentum am zugrundeliegenden Papier (Royal-Dutch-Oil-Aktien) nicht notwendige Voraussetzung für die Rückerstattung ist. Viertens wurde entschieden, dass die Nutzungsberechtigung zum Zeitpunkt der Zahlung der Dividende gegeben sein muss. Fünftens vertrat der Gerichtshof den Standpunkt, dass der Börsenhändler nicht als Treuhänder handelte.

Bei der Analyse der zugrundeliegenden Transaktion kann davon ausgegangen werden, dass diese Transaktion aus rein steuerlichen Gründen vorgenommen wurde [46]. Bei der Anwendung der internationalen Auslegung des Begriffes des Nutzungsberechtigten ergab sich hingegen, dass Abkommensberechtigung gegeben war [47]. Mit anderen Worten lassen sich mit der Prüfung der Nutzungsberechtigung nicht Steuerungsumgehungstatbestände im Bereich der Abkommensauslegung verhindern [48].

### 3.4.2 Würdigung aus Sicht der Schweiz

Welches Ergebnis würde sich nun ergeben, wenn beim Royal-Dutch-Oil-Sachverhalt ein schweizerischer Tatbestand vorliegen würde (d.h. die dividendenzahlende Gesellschaft wäre eine schweizerische Gesellschaft)?

Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG ist in einem ersten Schritt internrechtlich zu prüfen, ob bei Vorliegen der übrigen Bedingungen [49] das Recht zur Nutzung gegeben ist. Aufgrund der Rechtsprechung [50] und Literatur [51] ergibt sich internrechtlich eine ähnliche Sichtweise wie oben internationalrechtlich ausgeführt. Ausschlaggebend für die Auslegung der Formulierung «Recht zur Nutzung» ist, dass die antragstellende inländische Person nicht (vertraglich) verpflichtet ist, den Ertrag weiterzuleiten. Mit anderen Worten, die antragstellende Person kann frei

über die Dividendenerträge verfügen und besitzt somit das Recht zur Nutzung, wie dies vom Hoge Raad ebenfalls ausgeführt worden war.

In einem zweiten Schritt gilt es nun zu prüfen, ob allenfalls eine Steuerumgehung im Sinne von Art. 21 Abs. 2 VStG vorliegt. Es ist aufgrund des separaten Art. 21 Abs. 2 VStG (Steuerumgehung) davon auszugehen, dass die

gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG ein (Abkommens-)Missbrauch nicht automatisch verhindert werden kann. Sind die notwendigen Voraussetzungen zur Rückerstattung im Sinne von Art. 22 und Art. 24 VStG gegeben, muss zusätzlich zwingend geprüft werden, ob allenfalls eine Steuerumgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG vorliegt.

rücksichtigt. Einseitige schweizerische Massnahmen, welche mittels verkürzter Auslegung des Begriffes des «Nutzungsberechtigten» die Verhinderung der missbräuchlichen Inanspruchnahme von DBA vornehmen, beinhalten das Risiko, dass ausländische Staaten bei schweizerischen Basisgesellschaften, welche ausländische abkommensbegünstigte Einkünfte erhalten, die Abkommensberechtigung ebenfalls verweigern. Damit die schweizerische Abkommensposition auch in Zukunft international verteidigt werden kann, sollte es keinen Widerspruch geben einerseits bezüglich der Auslegung des Begriffes «beneficial owner» im Hinblick auf DBA-begünstigte Erträge [53], welche schweizerische Gesellschaften erhalten und andererseits Dividenden, welche von schweizerischen Gesellschaften ins Ausland bezahlt werden [54].

---

*«Es gilt festzuhalten, dass die Wahl des Sitzstaates bei neugegründeten Gesellschaften aufgrund von abkommensrechtlichen Erwägungen keine Steuerumgehung darstellen kann.»*

---

ESTV in einem solchen Fall die Rückerstattung an den inländischen Antragsteller verweigern würde, da dieses ungewöhnliche Vorgehen einzig auf die Absicht schliessen lässt, dass mit der Transaktion eine Steuereinsparung für den ausländischen Verkäufer erzielt werden soll [52].

Dieser Exkurs in die internrechtliche schweizerische Regelung zeigt auf, dass ausschliesslich aufgrund der Auslegung des Begriffes des Rechts zur Nutzung

### 3.5 Würdigung

Die SRK hat sich in ihrem Entscheid vom 28. Februar 2001 primär auf die abkommensrechtliche Auslegung des Begriffes «Nutzungsberechtigter» konzentriert. Die vorgenommene Analyse überzeugt im Hinblick auf die offenen Punkte der internationalen Diskussion zur Auslegung des Begriffes «beneficial owner» nicht. Insbesondere wurde die reichhaltige neuere Lehre nicht be-

Es gilt weiter festzuhalten, dass im vorliegenden Fall, bei welchem die Luxemburger Gesellschaft offensichtlich verpflichtet war, die abkommensbegünstigte Dividende vollumfänglich weiterzuleiten, von einer fehlenden Nutzungsberechtigung auszugehen ist. Wie vorstehend anhand des Royal-Dutch-Oil Sachverhaltes ausgeführt, ist bei einer abkommensrechtlichen Auslegung des Begriffes «Nutzungsberechtigten» nicht automatisch ein

Missbrauch (im Sinne einer intern schweizerischen Rechtsauffassung) ausgeschlossen.

Abschliessend soll auf der Basis der neueren schweizerischen [55] und internationalen [56] Lehre ein Lösungsansatz dargestellt werden, welcher einerseits den berechtigten Anliegen der ESTV (der korrekten Anwendung der DBA) und andererseits der Attraktivität des internationalen Steuerstandortes Schweiz Rechnung trägt.

#### 4. Lösungsansatz

Die Auslegung des Begriffes «beneficial owner» im internationalen Steuerrecht führt zu keinen eindeutigen und befriedigenden Ergebnissen im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Abkommensbegünstigungen. Um die Rechtssicherheit bei der Auslegung von DBA zu verbessern, empfiehlt es sich deshalb, objektiv messbare Kriterien zur missbräuchlichen Inanspruchnahme von DBA in die entsprechenden DBA-Bestimmungen aufzunehmen [57] [58] [59]. Gleichzeitig soll der Fiskalausschuss der OECD angehalten werden, in seiner Kommentierung der einzelnen Artikel des OECD-MA den Begriff des «beneficial owner» klarer auszulegen [60] [61]. Ein direkter Rückgriff auf die internrechtlichen Bestimmungen des Art. 21 Abs. 2 VStG ist indes jedoch für die Verweigerung eines Rückerstattungsantrags eines ausländischen Antragstellers nicht statthaft [62].

Es gilt schliesslich auch festzuhalten, dass die Wahl des Sitzstaates bei neugegründeten Gesellschaften aufgrund von abkommensrechtlichen Erwägungen keine Steuerumgehung darstellen kann. Im Hinblick auf DBA, welche den Nullsatz für Dividenden vorsehen, wäre es allenfalls vertretbar, die Abkommensbegünstigung für Holdinggesellschaften dann zu bejahen, wenn gewisse objektive Kriterien erfüllt sind (z.B. risikoadäquate Eigenmittelausstattung gemäss beispielsweise Kreis schreiben Nr. 6 über das verdeckte Eigenkapital bei Kapitalgesellschaften und Genossenschaften vom 6. Juni 1997, keine Vorabdividenden durch «upstream loans» während der zweijähri-

gen Mindesthaltedauer gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-LUX und holdingfunktionsadäquate Verwaltung) [63]. Es ist jedoch in bezug auf die Anwendung solcher ungeschriebener Missbrauchsvorbehalte äusserste Zurückhaltung angezeigt.

#### Anmerkungen

- 1 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Grossherzogtum von Luxemburg zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen vom 21. Januar 1993.
- 2 90/435 EWG, AB1 L 225, 6ff. vom 20. August 1990.
- 3 Siehe Locher, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 2000, 55.
- 4 Im folgenden: ESTV.
- 5 So z. B. bei der Revision des DBA-F, DBA-D und DBA-A.
- 6 Siehe auch Hess, Entwicklungen im bilateralen Verhältnis im St. Galler Seminar über Unternehmensbesteuerung vom 29./30. August 2001 (unveröffentlichtes Manuskript).
- 7 Im folgenden: SRK.
- 8 Im folgenden: DBA.
- 9 Veröffentlicht in der Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB 65.86 2001 III), siehe auch [www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/65/65.86html](http://www.vpb.admin.ch/deutsch/doc/65/65.86html).
- 10 Vgl. auch Burri, Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei internationalen Umstrukturierungen, FStR 2001/3, 204ff.
- 11 Insbesondere wurden dabei Informationen über Finanzierung des Beteiligungserwerbes, Substanz, Jahresrechnung, Statuten, Angestellte, Büroräumlichkeiten, Infrastruktur, Ansässigkeit der Nutzungsberechtigten inkl. Organigramm sowie Informationen über die wirtschaftliche Gründe der implementierten Struktur eingefordert.
- 12 Sie hat lediglich die Statuten, einen Handelsregisterauszug und eine Ansässigkeitsbescheinigung, die Gründungsunterlagen, den Abschluss 1995 sowie die Steuererklärung 1995 eingereicht.
- 13 Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG) vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21).
- 14 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.101.111).
- 15 SRK 28.2.2001, Erw. 7 a).
- 16 Der wirtschaftliche Nutzungsberechtigte wird im englischen Sprachgebrauch als «ultimate beneficial owner» bezeichnet und entspricht dem französischen «bénéficiaire effectif».
- 17 Eine Steuerumgehung liegt gemäss BGE 110 Ib 287 E. 5c. vor, wenn die gewählte Struktur (i) nicht dem wirtschaftlichen Sachverhalt entspricht (d.h. ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich erscheint), (ii) nur aus Gründen der Steuerersparnis gewählt wurde und (iii) zu einer erheblichen Steuerersparnis führen könnte.
- 18 SRK 28.2.2001, Erg. 7 b) cc).
- 19 Der Dividendenschuldner ist die schweizeri-

sche Gesellschaft.

- 20 Interessant erscheint in diesem Zusammenhang, dass sich die zuständigen Behörden im Verhandlungsprotokoll vom 18. Juni 1971 zum DBA-D verpflichtet haben, bei der Interpretation die Auslegungsnormen des OECD-MA zu Rate zu ziehen. So ist es auch schweizerischerseits anerkannt, dass dem OECD-MA in seiner offiziellen Kommentierung eine zentrale Bedeutung bei der Auslegung von DBA zukommt.
- 21 Im folgenden: OECD-MA Kommentar.
- 22 Z.B. Russland, USA, Ungarn gemäss Polivanova-Rosenauer, Das Konzept des Nutzungsberechtigten aus abkommensrechtlicher Sicht, SWI 2001, 258.
- 23 Höhn, Handbuch des internationalen Steuerrechts, 1995, 72.
- 24 Art. 31 bis Art. 35 WüRV und Höhn (Hrsg.), Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz, 2. A. 1993, 73f.
- 25 Anders beispielsweise Deutschland, welches z.B. in den DBA mit USA, Italien, Schweden und Norwegen eine Legaldefinition einfügte (Vgl. van Weeghel, The Improper Use of Tax Treaties, 1998, 84).
- 26 Polivanova-Rosenauer, Das Konzept des Nutzungsberechtigten aus abkommensrechtlicher Sicht, SWI 2001, 257.
- 27 Vgl. Steuerausschuss D-A-CH, Die Bedeutung des OECD Kommentars für die DBA-Auslegung, SWI 2000, 576; Lang, Seminar B, Teil 2: Das OECD-Musterabkommen-2001 und darüber hinaus: Welche Bedeutung haben die nach Abschluss eines DBA erfolgten Änderungen des OECD-Kommentars? IStR 17/2001, 536ff.
- 28 Z.B. Art. 10 Ziff. 12, Art. 11 Ziff. 8 sowie Art. 12 Ziff. 4 OECD-MA Kommentar.
- 29 1999 Eilat Congress (Field, IFA Panel Makes Recommendations on Beneficial Ownership Concept under Tax Treaties (<http://www.taxbase.tax.org.doc> 1999-33468)).
- 30 Du Toit, Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, 1999, 173; van Weeghel, The improper use of tax treaties, 1998, 68.
- 31 Die Gliederung der Argumente stützt sich im wesentlichen auf Polivanova-Rosenauer, Das Konzept des Nutzungsberechtigten aus abkommensrechtlicher Sicht, SWI 2001, 257ff.
- 32 Killius, The concept of «beneficial ownership» of items of income under German tax treaties, Intertax No. 8/9, 1989, 342.
- 33 Im folgenden: BRB 62.
- 34 Im folgenden: KS 62.
- 35 Im folgenden: KS 99.
- 36 KS 62 konkretisiert insoweit, als dass das «uneingeschränkte Nutzungsrecht an den Vermögenswerten» als Voraussetzung verlangt wird.
- 37 Siehe dazu auch KS 99.
- 38 Siehe Beispiele zum KS 62.
- 39 Du Toit, Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, 1999, 201 ff.
- 40 Sogenannter economic approach (z.B. USA, Indien).
- 41 Sogenannter legal approach (z.B. Belgien, Frankreich, Russland).
- 42 So z. B. in Deutschland, Österreich und der Schweiz wird der Begriff des Nutzungsberechtigten mit «entitled to use» übersetzt, während der Terminus «beneficial owner» in Holland und Belgien mit «ultimately entitled»

- übersetzt wird. In Spanien hingegen wird der Terminus «beneficial owner» als «real beneficiary» übersetzt. Siehe dazu auch David, Oliver, van Weeghel, du Toit, Beneficial Ownership, IFA Bulletin 2000, 311ff.
- 43 No. 28 638, BNB 1994/217, 6. April 1994 zit. in du Toit, Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, 151f.
- 44 Du Toit, Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, 1999, 152; Gemäss David, Oliver, Van Weeghel, du Toit, Beneficial Ownership, IFA Bulletin 2000, 312, ist dies der einzige letztinstanzliche Entscheid zur internationalen (im Gegensatz zur internrechtlichen) Bedeutung des Begriffs «beneficial owner».
- 45 Entspricht im Inhalt im wesentlichen dem DBA CH-LUX.
- 46 Verkauf der Dividendencoupons durch eine nichtabkommensberechtigte Person zu einem höheren Preis an eine abkommensberechtigte Person, um dem Verkäufer eine Steuereinsparung zu erbringen.
- 47 Du Toit, Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, 1999, 153.
- 48 Sporcken, Dutch Planners Test the Bounds, Tax Planning International Review, No. 9, 1994, 13.
- 49 Wohnsitz resp. Sitz im Inland, Deklaration gegenüber den zuständigen Steuerbehörden resp. Ausweis der steuerbaren Erträge in der Erfolgsrechnung gemäss Art. 22 und Art. 24 VStG.
- 50 Z.B. Stockar, Hochreutener (Hrsg.), Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Verrechnungssteuer (Bd. 2), N. 31, 32, 35 zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG.
- 51 Bauer-Balmelli, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, 2001, 116ff.
- 52 Vgl. Stockar, Hochreutener (Hrsg.), Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Verrechnungssteuer (Bd. 2), N. 7 zu Art. 21 Abs. 2 VStG.
- 53 Z.B. Zinsen, Dividenden und Lizenzen (Art. 10, 11 und 12 OECD-MA).
- 54 Dividenden und gewisse Zinsen (Art. 4 Abs. 1 VStG).
- 55 Lutz, Massnahmen gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, 2000; Bauer-Balmelli, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, 2001.
- 56 Du Toit, Beneficial Ownership of Bilateral Tax Treaties, 1999; Van Weeghel, The Improper Use of Tax Treaties, 1998.
- 57 Siehe Bauer-Balmelli, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, 2001, 173.
- 58 Siehe du Toit, Beneficial Ownership of Bilateral Tax Treaties, 1999, 248; Van Weeghel, The Improper Use of Tax Treaties, 1998, 259.
- 59 Siehe OECD-MA Kommentar, zu Art. 10 N.17.
- 60 David, Oliver, van Weeghel, du Toit, Beneficial Ownership, IFA Bulletin 2000, 325.
- 61 Siehe Lutz, Massnahmen gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, 2000, 266.
- 62 Bauer-Balmelli, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, 2001, 174.
- 63 Siehe Lutz, Massnahmen gegen die miss-

## RESUME

## Droit conventionnel des sociétés holdings étrangères

Le 28 février 2001, la Commission fédérale de recours en matière de contributions a eu l'occasion de se prononcer sur l'invocation abusive de la Convention de double imposition entre la Suisse et le Grand-Duché de Luxembourg. Un requérant luxembourgeois s'est vu refuser le remboursement intégral de l'impôt anticipé suisse parce qu'il n'agissait pas en qualité de bénéficiaire économique de l'opération et servait tout au plus de «courroie de transmission». Dans cette décision, la commission élabore de toutes pièces la notion de «bénéficiaire effectif» («Nutzungsberechtigte») à propos du remboursement de l'impôt anticipé suisse sur les dividendes.

A notre avis, l'interprétation de la notion de «beneficial owner» en droit fiscal international ne conduit à aucun résultat significatif et satisfaisant lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'in-

vocation abusive d'avantages conventionnels. Si l'on veut améliorer la sécurité juridique au niveau de l'interprétation des conventions de double imposition, il importe de rechercher les critères objectifs permettant de définir l'invocation abusive desdites conventions dans les dispositions mêmes des accords concernés. Parallèlement, la commission fiscale de l'OCDE devrait être invitée à définir avec clarté la notion de «beneficial owner» dans son commentaire des dispositions de l'Accord modèle. S'agissant de refuser un remboursement d'impôt à un requérant étranger, on ne saurait en revanche se référer directement aux dispositions de droit interne de l'article 21 al. 2 LIA.

Enfin, il convient aussi de relever que le choix de l'Etat où de nouvelles sociétés établissent leur siège ne saurait, pour des considérations de droit conventionnel, constituer une fuite de-

vant l'impôt. En ce qui concerne les conventions de double imposition qui prévoient le taux zéro pour les dividendes, on pourrait aussi admettre des avantages conventionnels pour les sociétés holdings lorsque certains critères objectifs sont remplis (p. ex. dotation en fonds propres adéquate par rapport aux risques conformément par exemple à la circulaire n°6 du 6 juin 1997 sur les fonds propres cachés des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives, aucun versement préalable de dividendes sous forme de «upstream loans» pendant la période d'attente minimale de deux ans prévue à l'article 10 al. 2 let. b de la convention de double imposition avec le Luxembourg et administration adéquate par rapport au fonctionnement de la holding). Il convient néanmoins d'observer la plus grande retenue dans l'application de telles réserves non écrites en matière d'abus.

CB/MEV/MA