

34. Jahrgang / Dezember 2024 / Nr. 12

SWI

Steuer und Wirtschaft International
Tax and Business Review

Linde
www.lindeverlag.at

Michael Lang

„Beneficial Owner“ und Rechtsmissbrauchsverbot

“Beneficial Owner” and Prohibition of Abuse of Rights

Valentin Bendlinger / Matthias Mayer

Potenzieller Konflikt des MinBestG mit DBA

Potential Conflict of the Minimum Taxation Act and Tax Treaties

Stefan Bendlinger

Notwendige Reformen des Außensteuerrechts

Necessary Reforms of the Austrian Foreign Tax Law

News aus der EU, Rechtsprechung

EU News, Court Decisions

Michael Lang*)

Schweizer Bundesgericht zur Bedeutung des „Beneficial Owner“ und des Rechtsmissbrauchsverbots im DBA-Recht

SWISS FEDERAL SUPREME COURT ON THE MEANING OF THE TERM “BENEFICIAL OWNER” AND THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS IN TAX TREATY LAW

The Swiss Federal Supreme Court’s decision of October 3rd, 2024 (9C_635/2023), stands out for its comprehensive analysis of both national and international literature on the subject, as well as for considering case law from other jurisdictions. However, the ruling’s reasoning raises concerns: while the Court emphasizes a strict, text-oriented interpretation of treaty provisions for legal certainty, it simultaneously opens the door to applying unwritten anti-abuse principles that remain undefined in international law. In this specific case, the Court ultimately applies Swiss anti-avoidance tax rules, arriving at a reasonable outcome. Nevertheless, relying on the concept of “beneficial ownership” as a strict requirement risks excluding certain income from treaty benefits, challenging both the predictability and consistency of treaty application.

I. Das Urteil vom 3. 10. 2024

Der Ausdruck „*beneficial owner*“ findet sich seit 1977 in den Art 10, 11 und 12 OECD-MA und hat mittlerweile Eingang in viele bilaterale DBA gefunden. Seine Bedeutung wird in der Fachliteratur seit Jahren intensiv und kontrovers diskutiert. Zahlreiche Gerichte in verschiedenen Staaten waren bereits mit der Auslegung dieses Abkommensbegriffs befasst. Das Schweizer Bundesgericht hatte sich ebenfalls schon mehrfach mit ihm auseinandergesetzt. Den Fall, der von ihm mit Urteil vom 3. 10. 2024, 9C_635/2023, entschieden wurde, nahm das Schweizer Höchstgericht zum Anlass, seine bisherige Rechtsprechung zu präzisieren und teilweise auch zu korrigieren.

Dem Urteil des Bundesgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die A. mit Sitz in Dänemark ist ein sogenanntes „spezielles Kreditinstitut“ in der Rechtsform eines dänischen Vereins. Sie ist gewinnsteuerpflichtig und verfolgt den Zweck, ihren Kunden möglichst kostengünstige Finanzierungskredite zu gewähren. In den Jahren 2013 und 2014 erwarb die A. fünf Tranchen an zwei Schweizer festverzinsten Bundesanleihen, mit Laufzeiten zwischen 2005 und 2015. Zusammen mit jedem Anleihenkauf schloss die A. einen sogenannten „Cross-Currency Rate Swap“ mit einer Investmentbank ab, dessen Laufzeit exakt mit der Restlaufzeit der Bundesanleihe übereinstimmte. Unter den Swaps erhielt die A. von der Investmentbank einen Betrag in Schweizer Franken entsprechend dem Nominalwert der Tranche der Bundesanleihe in CHF zuzüglich einer Aufschlagszahlung, die der Differenz zwischen dem Nominalwert der erworbenen Tranche und ihrem Marktwert zuzüglich Stückzinsen entsprach. Die A. hatte den Betrag in CHF zum selben Satz zu verzinsen, den sie auf der entsprechenden Bundesanleihe erhielt. Als Gegenleistung bezahlte die A. der Investmentbank zu Beginn der Laufzeit des Swaps den Gegenwert des Nominalwerts der betreffenden Anleihenranche in US-Dollar (USD) und sie erhielt auf diesem Betrag den variablen USD-Libor-Zins zuzüglich eines „*Spreads*“. Der Rechtsstreit drehte sich um den auf das DBA Schweiz–Dänemark (CH–DK) gestützten Antrag der A. auf Rückerstattung der Schweizer Quellensteuer („Verrechnungssteuer“).

*) Univ.-Prof. Dr. DDr. h.c. Michael Lang ist Vorstand des Instituts für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU, wissenschaftlicher Leiter des LLM-Programms International Tax Law und Sprecher des Doctoral Program in International Business Taxation (DIBT) der WU. – Herrn Stefan Pregesbauer danke ich für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

II. Beneficial Ownership

1. Enges Verständnis von „Beneficial Owner“

Nach Art 11 Abs 1 DBA CH–DK können Zinsen, die aus einem Vertragsstaat stammen und deren Nutzungsberechtigte eine im anderen Staat ansässige Person ist, nur in diesem Staat besteuert werden. Voraussetzung für die komplette Steuerentlastung im Quellenstaat ist somit, dass die im anderen Staat ansässige Person „beneficial owner“ der Zinsen ist. Das Bundesgericht untersuchte, ob „beneficial ownership“ eher als (zivil)rechtliches oder wirtschaftliches Konzept zu verstehen ist, und entschied sich dafür, „dass nur eine vertragliche oder gesetzliche Weiterleitungsverpflichtung, nicht aber rein faktische Anreize oder Zwänge die Nutzungsberechtigung des Empfängers an einer verrechnungssteuerbelasteten Einkunft infrage stellen können“. Dazu führt das Bundesgericht dann näher aus: „Zahlungspflichten des Empfängers können nur dann eine für die Nutzungsberechtigung schädliche Verpflichtung zur Weiterleitung einer verrechnungssteuerbelasteten Einkunft darstellen, wenn die Zahlung oder zumindest ihre Höhe davon abhängt, dass der Empfänger die verrechnungssteuerbelastete Einkunft erzielt [...]“

Aus diesem Blickwinkel würdigt das Bundesgericht den zu beurteilenden Sachverhalt: „Unter den streitbetroffenen Swap-Verträgen wäre die Beschwerdeführerin auch dann zur Zahlung an ihre Gegenparteien verpflichtet gewesen, wenn die Eidgenossenschaft ihre Zinspflichten auf den Bundesanleihen nicht oder nicht vollständig erfüllt hätte. Wenn die Empfängerin einer Zinszahlung zumindest dieses anlagespezifische Ausfall- bzw. Kreditrisiko trägt, lässt die Übertragung des Zinsänderungs-, des Währungs- bzw. Wechselkursrisikos und anderer Marktrisiken die Zahlungspflicht gegenüber der Gegenpartei noch nicht als schädliche Weiterleitungsverpflichtung erscheinen, woran auch die sehr hohe Bonität der Eidgenossenschaft nichts ändert. Es besteht in diesem Punkt ein wesentlicher Unterschied zwischen den hier streitbetroffenen Swap-Verträgen und den vom Bundesgericht beurteilten Finanztransaktionen (bestimmte Total Return Swaps und ähnliche Geschäfte sowie Securities Lending), bei denen der Empfänger bei Ausfall der verrechnungssteuerbelasteten Einkunft jeweils keine Zahlung geschuldet hätte [...] oder die Höhe der Zahlung ausdrücklich von der Rückerstattung der Verrechnungssteuer abhing, die ihrerseits den effektiven Empfang der belasteten Einkunft voraussetzte [...]. [...] Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerdeführerin keiner Weiterleitungsverpflichtung unterlag, die ihre Nutzungsberechtigung im Sinne von Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK ausgeschlossen hätte. Damit erfüllt die Beschwerdeführerin alle Voraussetzungen für die Entlastung nach Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK, die im Abkommenstext zum Ausdruck kommen.“

Im Urteil finden sich mehrere Begründungsansätze. Einer davon stellt auf den Wortlaut der Vorschrift ab: „Für dieses engere, rechtliche Konzept spricht zunächst zumindest in der Tendenz die gewöhnliche Bedeutung der Begriffe ‚beneficially owned‘ und ‚Nutzungsberechtigter‘ in Art. 11 Abs. 1 DBA CH–DK.“¹⁾ Dabei wies das Bundesgericht darauf hin, dass auch „der deutsche Begriff ‚Nutzungsberechtigung‘ impliziert, dass die betreffende Person ein Recht zur Nutzung hat und sie nicht auf bloß tatsächliche Anreize und Zwänge angewiesen ist, um in den Genuss der Einkunft zu gelangen. Daraus kann geschlossen werden, dass der Empfänger einer Einkunft nach gewöhnlichem Sprachgebrauch solange als ihr Nutzungsberechtigter zu betrachten ist, als er nicht selbst vertraglich oder gesetzlich zur Herausgabe oder Ablieferung dieser Einkunft an eine andere Person verpflichtet ist.“²⁾

Da die Vorschrift drei authentische Sprachfassungen – Deutsch, Englisch und Dänisch – hat, ist es sicherlich zulässig und geboten, ua auch den deutschsprachigen Text für die

¹⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 8.1.

²⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 8.1.

Auslegung heranzuziehen. Allerdings ist fraglich, ob ihm bei einer Regelung, die im Wesentlichen dem OECD-MA entnommen ist, große Bedeutung zukommen sollte. Die Originalsprachen des OECD-MA und des OECD-Kommentars sind Englisch und Französisch. Zu Recht greift das Bundesgericht in diesem Urteil auch auf die englisch- und die französischsprachige Version des OECD-Kommentars zurück, wenn es darum geht, dessen Verständnis zu erhellen. Je mehr Relevanz hingegen der deutschsprachigen Fassung einer dem OECD-MA entnommenen DBA-Vorschrift beigemessen wird, desto größer ist die Gefahr, dass der Inhalt dieser Bestimmung des OECD-MA in den DBA verschiedener Staaten – je nach Vertragssprache – auseinanderdriftet. Sinn der Orientierung an Vorschriften eines Musterabkommens ist aber ua – und dies ist auch im Rahmen der Auslegung einer dem Musterabkommen nachgebildeten Bestimmung zu berücksichtigen –, dass diesen Vorschriften ein übereinstimmendes Verständnis zukommt, unabhängig davon, in welches DBA sie aufgenommen und welche Sprachen nach dem jeweiligen DBA als authentisch erklärt werden.³⁾

Überzeugend sind hingegen die vom Bundesgericht ins Treffen geführten historischen Argumente:⁴⁾ „[...] mit Blick auf die Entstehungsgeschichte ([...]) [ist doch] nicht völlig unerheblich, dass die ‚beneficial ownership‘ ihre Wurzeln im angelsächsischen Rechtskreis hat. Dort umschreibt sie die Situation, in der eine Person zwar nicht formelles Eigentum (‚title‘), aber das Recht zum Gebrauch und zum Genuss der Früchte hat, das sie gerichtlich durchsetzen kann. Ein typisches Beispiel ist etwa die Rechtsstellung der Begünstigten gewisser Trusts ([...]).“

Kritisch kann hingegen ein anderes Argument des Bundesgerichts beurteilt werden:⁵⁾ „Hinzu kommt, dass ein extensives wirtschaftliches Verständnis der Nutzungsberechtigung Gefahr läuft, in der Gerichts- und Verwaltungspraxis Ergebnisse zu produzieren, die mit dem Abkommensziel der Vermeidung der Doppelbesteuerung kaum mehr in Einklang stehen ([...]). Dies gilt ganz besonders in Bezug auf komplexe Finanztransaktionen, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen.“ Vorteilhaft ist sicherlich, wenn der Ausdruck „beneficial owner“ in beiden Staaten übereinstimmend verstanden wird. Sofern sich beide Vertragsstaaten für dieselbe Alternative entscheiden, ihm also beide entweder ein „engeres, rechtliches Konzept“ oder ein „extensives wirtschaftliches Verständnis“ unterstellen, sollte diese Sorge ausgeräumt sein. Bei keiner dieser möglichen Deutungen ist aber von vornherein wahrscheinlicher, dass Gerichte im jeweils anderen Vertragsstaat derselben Auffassung sind. Die zahlreichen vom Bundesgericht an anderer Stelle der Urteilsbegründung wiedergegebenen Urteile von Gerichten verschiedener Staaten, die ganz unterschiedliche Ansätze verfolgen, zeigen die große Bandbreite an möglichen Interpretationen.

Interessant sind die Überlegungen zur Judikatur des EuGH, die das Bundesgericht letztlich deshalb nicht heranzieht, weil sie andere Fallgestaltungen betreffen und ihm die Aussagen des EuGH nicht klar genug erscheinen.⁶⁾ Jedenfalls geht das Bundesgericht davon aus, dass die Urteile des EuGH Dänemark in der Anwendung seiner DBA nicht bloß beeinflussen, sondern sogar binden könnten.⁷⁾ Tatsächlich findet sich das „beneficial ownership“-Konzept auch in unionsrechtlichen Richtlinien.⁸⁾ Diese Rege-

³⁾ Näher Lang, BFH zur Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, ÖStZ 2024, 561 (565).

⁴⁾ Zu den historischen Wurzeln von „beneficial ownership“ Avery Jones et al., The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States, Bulletin for International Taxation 2006, 220 (246 ff).

⁵⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 8.2.

⁶⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 8.3.

⁷⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 8.3., wobei das Bundesgericht in diesem Zusammenhang nicht nur den EuGH, sondern auch das dänische Höchstgericht erwähnt.

⁸⁾ ZB Art 1 und 4 der Zinsen- und Lizenzgebührenrichtlinie (Richtlinie 2003/49/EG) oder die Geldwäscherichtlinie (Richtlinie [EU] 2015/849).

lungen sind aber vom OECD-MA inspiriert, nicht umgekehrt.⁹⁾ Daher liegt keine Konstellation vor, in der sich die entsprechenden abkommensrechtlichen Regelungen unionsrechtlicher Vorschriften über deren Anwendungsbereich hinaus bedienen. Somit liegt auch kein Fall der Rechtsprechung in der Sache *Dzodzi* vor.¹⁰⁾ Die Einholung eines Vorabentscheidungsersuchens beim EuGH zur Auslegung des Art 11 DBA CH–DK wäre daher zB auch seitens dänischer Gerichte nicht zulässig.¹¹⁾ Folglich ist auch keine Bindung an die Judikatur des EuGH gegeben. Zu Recht setzte sich aber das Bundesgericht dennoch mit der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH auseinander: Der EuGH unterscheidet sich insoweit nicht von nationalen Gerichten anderer Staaten, die auch mit der Auslegung der dem OECD-MA nachgebildeten Vorschriften über „*beneficial ownership*“ befasst sind.¹²⁾ Es macht Sinn, die von den verschiedenen Gerichten zur Lösung ähnlicher Rechtsfragen verwendeten Argumente auf deren Brauchbarkeit zur Interpretation des Art 11 DBA CH–DK zu prüfen.

2. Die Bedeutung des OECD-Kommentars

Eine besondere Rolle in der Begründung des Bundesgerichts spielt die Frage, ob DBA-Vorschriften dynamisch oder statisch zu verstehen sind und welche Fassung des OECD-Kommentars für die Auslegung heranzuziehen ist:¹³⁾ „*Nach ständiger Praxis berücksichtigt das Bundesgericht das Musterabkommen der OECD (...) und den zugehörigen Kommentar (OECD-MK) bei der Auslegung von DBA, soweit sie auf diesem Standard beruhen (...). Da DBA grundsätzlich statisch auszulegen sind, hat das Bundesgericht kürzlich seine Praxis dahingehend präzisiert, dass grundsätzlich nur diejenige Fassung des OECD-MK, die den Vertragsparteien bei Abschluss des DBA vorgelegen hat, die gewöhnliche oder allenfalls eine besondere Bedeutung einer DBA-Bestimmung nach Art. 31 Abs. 1 und 4 VRK zum Ausdruck bringen kann. Eine Ausnahme von dieser Regel kommt in Betracht, wenn in einem DBA offene Begriffe verwendet werden, deren Bedeutung für die Parteien erkennbar einem zeitlichen Wandel unterliegen wird. Eine solche dynamische Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags birgt jedoch die Gefahr, dass sich die Rechtsanwendung vom Konsens der Vertragsstaaten entfernt und der Wille der Vertragsstaaten untergraben wird. Deshalb ist auf jeden Fall nur mit größter Zurückhaltung anzunehmen, dass die Vertragsstaaten einen bestimmten Begriff dynamisch ausgelegt sehen wollten. Sind die Voraussetzungen für eine dynamische Auslegung nicht erfüllt, können spätere Fassungen des OECD-MK zwar immer noch als Auslegungshilfen konsultiert werden. Sie haben dann aber nicht den Status eines wichtigen Auslegungsmittels im Sinne von Art. 31 VRK und können – ähnlich wie anderes Schrifttum oder Gerichtsurteile (vgl. dazu Art. 38 Abs. 1 lit. d des Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 [IGH-Statut; SR 0.193.501]) – nur aus der Stichhaltigkeit ihrer Argumentation Überzeugungskraft gewinnen (vgl. BGE 149 II 400 E. 7.4, 9.4.3 und 9.5, mit zahlreichen Hinweisen; vgl. dazu auch MICHAEL LANG, Schweizer Bundesgericht*

⁹⁾ Ausführlich Lang, Die Bedeutung des OECD-Kommentars in der EuGH-Rechtsprechung zum Sekundärrecht, in *Hongler/Vogelsang*, Panoptikum des Steuerrechts, FS Simonek (2024) 241 (242).

¹⁰⁾ Näher zur Rechtsprechung des EuGH im Fall *Dzodzi*: EuGH 18. 10. 1990, *Dzodzi*, verb Rs C-297/88 und C-197/89, Rn 41 f.; 17. 7. 1997, *Leur-Bloem*, C-28/95, Rn 24 ff.; *Szudoczky/Komár*, Hungary: CJEU 16 November 2023, C-318/22, GE Infrastructure, in *Kofler et al*, CJEU – Recent Developments in Direct Taxation 2023 (2024) 155 (158 ff).

¹¹⁾ Zwar ließe sich auch in diesen Fällen argumentieren, dass für die Unionsrechtsordnung ein offensichtliches Interesse daran besteht, dass diese Vorschriften einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsunterschiede zu vermeiden (vgl. näher Lang, Der EuGH als Interpret von Doppelbesteuerungsabkommen, in *Lüdicke/Mössner/Hummel*, Das Steuerrecht der Unternehmen, FS Frotscher [2013] 365 [376 ff]). Der EuGH macht jedoch insbesondere auch in seiner jüngeren Rechtsprechung deutlich, dass es ihm ausschließlich um „*die aus dem Unionsrecht übernommenen Bestimmungen*“ geht (so zB EuGH 22. 10. 2024, *Kolin İnşaat Turizm Sanayi ve Ticaret AŞ*, C-652/22, Rn 53).

¹²⁾ Ähnlich V. Bendlinger, Der Einfluss von Unionsrecht auf Abkommensmissbrauch, SWI 2024, 476 (494 f).

¹³⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 4.3.

zur Bedeutung des OECD-Kommentars, SWI 2023 S. 423 f., der darauf hinweist, dass die OECD ihre Standpunkte im OECD-MK regelmäßig nicht näher begründe, was den Wert von späteren Fassungen des OECD-MK als Auslegungshilfe unterminiere; ihm zustimmend DANIEL BLUM, Die Bedeutung des OECD-Musterkommentars für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, IStR 2023 S. 929; OESTERHELT/OPEL, Rechtsprechung im Steuerrecht 2023/4, Forum für Steuerrecht [FStR] 2023 S. 364.“

Dem Urteil vom 19. 5. 2020, 2C_880/2018, lag allerdings noch ein dynamisches Verständnis zugrunde:¹⁴⁾ „Die Berücksichtigung der aktuellen Fassung des OECD-MK begründete das Bundesgericht damit, dass der Begriff des ‚bénéficiaire effectif‘ bzw. ‚beneficial owner‘ zum Zeitpunkt des Abschlusses des DBA CH-GB Ende der 1970er-Jahre neu und für die Vertragsstaaten schon damals erkennbar war, dass seine Bedeutung in den nachfolgenden Jahren einem Wandel unterliegen würde, der sich insbesondere in den Arbeiten der OECD widerspiegeln würde. Daraus schloss das Bundesgericht, dass eine dynamische Auslegung gerechtfertigt war (vgl. Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 E. 4.1).“

Das Bundesgericht relativierte im nunmehrigen Urteil vom 3. 10. 2024, 9C_635/2023, diese Ausführungen:¹⁵⁾ „In Anbetracht der jüngsten Rechtsprechung, wo das Bundesgericht den Grundsatz der statischen Auslegung von DBA betont hat ([...]), kann man sich fragen, ob bei der Auslegung des Begriffs des Nutzungsberechtigten – wie im Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 – auf die anwendungszeitliche Bedeutung dieses Begriffs abgestellt werden kann. Diese Frage akzentuiert sich im speziellen Fall des DBA CH-DK, weil die Vertragsstaaten diesen Begriff erst 2009 und damit rund drei Jahrzehnte nach seiner erstmaligen Verwendung im OECD-MA in den Vertragstext aufgenommen haben. Sie kann gleichwohl offenbleiben, weil ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung anhand der Kommentierungen im OECD-MK zeigt, dass sich die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs des Nutzungsberechtigten (bzw. ‚beneficial owner‘ und ‚retmæssige ejer‘) jedenfalls seit der Änderung des DBA CH-DK im Jahr 2009 nicht mehr verändert hat.“

Das Bundesgericht vermengt die Frage, ob DBA-Vorschriften dynamisch oder statisch verstanden werden sollen, mit der Frage nach der maßgebenden Fassung des OECD-Kommentars. Diese beiden Themen sollten aber getrennt behandelt werden: Ob eine Vorschrift dynamisch ausgelegt werden soll, wird vor allem dann diskutiert, wenn es darum geht, neue Lebenssachverhalte rechtlich einzuordnen.¹⁶⁾ Regelungen, die offen für neue Entwicklungen sind, bieten sich eher dafür an, dass auch solche Konstellationen unter sie subsumiert werden können. Letztlich ist es aber jeweils eine Frage der Interpretation, ob und welche Lebenssachverhalte, von denen die damaligen Gesetzesverfasser noch nichts ahnen konnten, von einer Vorschrift noch erfasst sind.¹⁷⁾ Dies ist auch bei der Auslegung von Abkommensbestimmungen nicht anders. Dabei ist davon auszugehen, dass – im Bereich der Steuern vom Einkommen – alle Einkünfte, die vom persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich eines Abkommens umfasst sind, auch unter die Abkommensvorschriften subsumiert werden können. Daher ist beispielsweise bei Einkünften aus komplexen neuen Finanztransaktionen, die sich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch niemand vorstellen konnte, die Anwendung des „beneficial owner“ etwa nicht zu verneinen, sondern zu untersuchen, wem aufgrund dieses Kriteriums die Einkünfte zuzurechnen sind.

Ist man in diesem Sinne der Auffassung, dass der Ausdruck „beneficial owner“ nicht statisch zu verstehen ist, bedeutet das nicht, dass die jeweils aktuelle Version des

¹⁴⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 5.2.

¹⁵⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 7.

¹⁶⁾ Lang, Subsequent Practice and Tax Treaties, in *De Pietro/Peters/Kemmerer*, A Journey Through European and International Taxation, Liber Amicorum Essers (2024) 353 (360 ff).

¹⁷⁾ Lang in Liber Amicorum Essers, 353 (360 ff).

OECD-Kommentars heranzuziehen wäre. Unterstellt man – wie das das Bundesgericht noch in seinem Urteil vom 19. 5. 2020 gemacht hat¹⁸⁾ –, dass „die Vertragsstaaten [...] bereits anlässlich des Vertragsschlusses erkennen, dass die Bedeutung des damals für das internationale Steuerrecht neuen Begriffs des Nutzungsberechtigten in den nachfolgenden Jahren einem Wandel unterliegen würde“, gibt es keinen Grund, daraus den Schluss zu ziehen, dass dieser Wandel „sich insbesondere in den Arbeiten der OECD widerspiegeln würde“.

Es ist naheliegend, den angesprochenen „Wandel“ durch die Anwendung der für das „beneficial ownership“ maßgebenden Kriterien auf neue Sachverhalte zu sehen. Dass diese Kriterien selbst im Laufe der Zeit enger oder weiter werden, also auch bei gleichbleibenden Sachverhalten zu anderen Ergebnissen führen sollten, wäre nicht zu verstehen. Selbst wenn dem so wäre, gäbe es keine Rechtfertigung dafür, warum sich ein geändertes inhaltliches Verständnis gerade aus den Arbeiten des OECD-Steuerausschusses ergeben soll.¹⁹⁾ Im Ergebnis würde dies darauf hinauslaufen, den Vertragsstaaten zu unterstellen, mit der Erwähnung des Ausdrucks „beneficial owner“ der OECD eine Ermächtigung eingeräumt zu haben, den Inhalt der Abkommensvorschrift zu ändern.²⁰⁾ Dafür gibt es aber überhaupt keinen Anhaltspunkt.

Bedienen sich Vertragsstaaten eines von der OECD zur Verfügung gestellten Musters, haben sie der OECD damit keine Befugnis eingeräumt, in Zukunft über die Auslegung oder gar Änderung dieser Vorschriften zu entscheiden. Bedient sich jemand bei der Gründung einer Kapitalgesellschaft einer Mustersatzung, hat er damit auch nicht deren Verfasser für die Interpretation und die Rechtsfortbildung der vertraglich übernommenen Satzungsbestimmungen zuständig gemacht.

Ob spätere OECD-Dokumente für die Auslegung schon abgeschlossener DBA zu berücksichtigen sind, kann daher nicht davon abhängen, ob der Abkommensbegriff „beneficial owner“ eher dynamisch oder statisch zu verstehen ist. Vielmehr ist für diese Frage – wie auch für die Auslegung anderer Abkommensvorschriften – entscheidend, ob die aktuelle Fassung des OECD-Kommentars als spätere Praxis verstanden werden kann, wie sie in Art 31 Abs 3 VVK angesprochen ist.²¹⁾ Diese Frage hat das Bundesgericht in seinem Urteil vom 23. 6. 2023, 9C_682/2022, jedoch für den Regelfall schon überzeugend und eindeutig – nämlich negativ – beantwortet.²²⁾ Spätere OECD-Kommentare haben daher bloß eine ähnliche Bedeutung wie Fachaufsätze. Sie sind relevant, wenn die in ihnen enthaltenen Argumente überzeugen. Genau daran scheitert es aber oft: Begründungen für die dort vertretenen Positionen findet man im OECD-Kommentar kaum.²³⁾

¹⁸⁾ Schweizer Bundesgericht 19. 5. 2020, 2C_880/2018, Rz 4.1.

¹⁹⁾ Zur Diskussion, ob künftige OECD-Kommentare für die Auslegung von unionsrechtlichen Richtlinien, deren Formulierungen von der OECD inspiriert wurden, herangezogen werden können, *Schön*, Interpreting European Law in the Light of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Plan, Bulletin for International Taxation 2020, 292; *Geringer*, Is the OECD Able to Exert Influence on the Essence of OECD-Inspired EU Secondary Law? in *Lindholm/Hultquist*, The Power to Tax in Europe (2023) 251 (273); *Lang* in *FS Simonek*, 241 (257 f).

²⁰⁾ So aber offenbar *Cavelti*, Ein paar Gedanken zur statischen und dynamischen Auslegung, in *Hongler/Vogelsang*, Panoptikum des Steuerrechts, *FS Simonek* (2024) 229 (238 f); „Wählten die Parteien bewusst einen offenen und entwicklungsfähigen Wortlaut, schließen die Grundzüge der Auslegung einen dynamischen Beizug des OECD-MK nicht aus. In diesen Fällen ist im Gegenteil ein Beizug der aktuellen Fassung des OECD-MK geboten.“ Kritisch hingegen *Oesterheld/Opel*, Rechtsprechung im Steuerrecht 2023/4, *Forum für Steuerrecht* 2023, 359 (364).

²¹⁾ Dazu *Lang* in *Liber Amicorum Essers*, 353 (357 ff).

²²⁾ Schweizer Bundesgericht 23. 6. 2023, 9C_682/2022, Rz 9.4.3.; dazu *Lang*, Schweizer Bundesgericht zur Bedeutung des OECD-Kommentars, *SWI* 2023, 418 (420 ff); *Oesterheld/Opel*, *Forum für Steuerrecht* 2023, 359 (364); *Blum*, Schweizer Bundesgericht: Die Bedeutung des OECD-Musterkommentars für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, *IStr* 2023, 914 (927).

²³⁾ *Lang*, *SWI* 2023, 418 (429); *Oesterheld/Opel*, *Forum für Steuerrecht* 2023, 359 (364); *Blum*, *IStr* 2023, 914 (929).

Lediglich im Ausnahmefall erachtete das Bundesgericht in seinem Urteil vom 23. 6. 2023, 9C_682/2022, eine dynamische Auslegung als zulässig. Das Schweizer Höchstgericht lässt in der nunmehr vorliegenden Entscheidung die Frage offen, ob zur Auslegung des Ausdrucks „beneficial owner“ auf die „anwendungszeitliche“ Bedeutung des Begriffs abzustellen ist. Die Begründung liegt darin, dass „ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung anhand der Kommentierungen im OECD-MK zeigt, dass sich die gewöhnliche Bedeutung des Begriffs des Nutzungsberechtigten (...) jedenfalls seit der Änderung des DBA CH-DK im Jahr 2009 nicht mehr verändert hat“. Die Änderung des OECD-Kommentars 2014, der seitdem explizit auf die rechtliche Verpflichtung abstellt, erscheint dem Bundesgericht „jedenfalls nicht als Weiterentwicklung des Begriffs der Nutzungsberechtigung, sondern eher als der Versuch einer Klarstellung“.

Im Jahr 2003 hatte – wie das Bundesgericht selbst einräumt – der OECD-Kommentar noch betont, dass der Begriff des Nutzungsberechtigten nicht in einem „engen technischen Sinn“ („narrow technical sense“) zu verstehen ist. Diese Fassung des OECD-Kommentars bestand auch noch 2009, als der Ausdruck „beneficial ownership“ in das DBA CH-DK aufgenommen wurde. Für die Auffassung, dass diese Position des OECD-Kommentars dennoch 2009 inhaltlich bereits überholt war, berief sich das Bundesgericht darauf, dass damals das „engere, rechtliche Verständnis der Nutzungsberechtigung, das anschließend in der Änderung des OECD-MK vom 15. Juli 2014 Niederschlag fand und dem sich das Bundesgericht spätestens mit dem Urteil 2C_880/2018 vom 19. Mai 2020 angeschlossen hat, in der ausländischen Rechtsprechung und der Literatur jedenfalls prominent – wenn auch nicht ausschließlich – vertreten worden war“.

Alleine würde dieses Argument wohl nicht ausreichen, um die in Wahrheit zu diesem Zeitpunkt gegenteilige Kommentarauffassung zu relativieren.²⁴⁾ Spricht man davon, dass die aus dem Jahr 2014 stammende Version des OECD-Kommentars nur eine „Klarstellung“ ist, setzt dies voraus, dass trotz der 2009 noch unverändert existierenden Kommentarversion aus dem Jahr 2003 insgesamt die besseren Gründe schon damals für ein enges Verständnis gesprochen haben. Im Lichte der hier angestellten Überlegungen bleibt für diese Auffassung allerdings bloß das den historischen Hintergrund betonende Argument, wonach das Konzept des „beneficial ownership“ seinen Ursprung im angelsächsischen Rechtskreis hat.

3. Wortlaut versus Ziel und Zweck

Angesichts des zuletzt genannten Zwischenergebnisses überrascht, dass das Bundesgericht zwar einen weiteren Grund anführt, der – zumindest in der konkreten Fallsituation – gegen das von ihm vertretene enge Verständnis des „beneficial ownership“ spricht, es sich aber außerstande sieht, dieses Argument auch zu berücksichtigen: „Mit dem Abschluss des DBA CH-DK bezweckten die Vertragsstaaten gemäß Titel und Präambel dieses Abkommens, die Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und Vermögen zu vermeiden (vgl. zu Ziel und Zweck von DBA im Allgemeinen OECD-MK, N. 54 zu Art. 1 OECD-MA [i.d.F. vom 21. November 2017]). Konkret bezogen auf Zinseinkünfte haben die Vertragsstaaten vorgesehen, dass Doppelbelastungen von abkommensberechtigten Personen mit einer Quellensteuer im Quellenstaat und der Gewinn- oder Einkommenssteuer im Ansässigkeitsstaat vermieden werden, indem dem Ansässigkeitsstaat das alleinige Besteuerungsrecht zugewiesen wird. Während Ziel und Zweck des Abkommens nicht unbedingt voraussetzen, dass der Ansässigkeitsstaat die Zinseinkunft effektiv besteuert, so müsste er doch wenigstens die Möglichkeit zur Be-

²⁴⁾ Vgl. allerdings Collier, Clarity, Opacity and Beneficial Ownership, British Tax Review 2011, 684 (689 ff), der sich dafür ausspricht, dass die 2003 erfolgte Neufassung des OECD-Kommentars keine wesentliche Änderung bewirkt hätte.

steuerung haben. Daran fehlt es insbesondere dann, wenn die Zinseinkunft – einschließlich des Abkommensvorteils in Form der nicht erhobenen Quellensteuer oder der (antizipierten) Quellensteuerrückerstattung – an eine Person weitergeleitet wird, die selbst nicht abkommensberechtigt ist (vgl. auch OECD-MK, N. 10 zu Art. 11 OECD-MA [i.d.F. vom 17. Juli 2008, die den Vertragsstaaten bei Änderung von Art. 11 DBA CH-DK vorlag]).“

Allerdings ist nicht klar, warum der Ansässigkeitsstaat – also Dänemark – nicht das Recht zur Besteuerung haben soll: Das Zwischenergebnis des Bundesgerichts bestand ja darin, dass die Steuerpflichtige A. keiner Weiterleitungsverpflichtung unterlag. Ihr konnten daher die Einkünfte zugerechnet werden. In der zitierten Passage des OECD-Kommentars geht es hingegen um „agent[s]“ und „nominee[s]“ sowie um „conduit[s]“, die gerade nicht als „beneficial owner“ qualifiziert werden sollen. Werden der Steuerpflichtigen A. die Einkünfte zugerechnet, hat Dänemark auch das Besteuerungsrecht dafür. Dänemark ist auch keineswegs aufgrund des DBA verpflichtet, mit dem Swapgeschäft verbundene Aufwendungen zum Abzug zuzulassen. Ob und welche Aufwendungen die Einnahmen mindern, ist ausschließlich eine Frage des nationalen Rechts. Daher besteht im Ansässigkeitsstaat – nach den Maßstäben des Abkommens beurteilt – auch die „Möglichkeit zur Besteuerung“.

Nach Auffassung des Bundesgerichts steht aber fest, „dass die Gewährung der Abkommensvorteile vorliegend nicht im Einklang mit der Zielsetzung des Abkommens steht“. Dennoch sieht es sich nicht imstande, dieses teleologische Argument bei der Auslegung der Vorschrift zu berücksichtigen: „Es ginge jedoch zu weit, neben der Nutzungsberechtigung zusätzliche Voraussetzungen in diese Abkommensnorm hinein zu interpretieren, die in ihrem Wortlaut keinen Niederschlag gefunden haben. Wenn die tatsächliche Weiterleitung der Zinseinkünfte (inklusive antizipierter Verrechnungssteuerrückerstattungen) alleine nach dem Gesagten noch nicht genügt, um der Beschwerdeführerin die Nutzungsberechtigung abzusprechen, geht es nicht an, die Nicht-Weiterleitung im Rahmen einer vom Abkommenstext losgelösten teleologischen Vertragsauslegung zu einer eigenständigen, ungeschriebenen Voraussetzung zu erklären.“

Offenbar geht das Bundesgericht davon aus, dass der Wortlaut der Vorschrift die Grenzen der zulässigen Interpretation absteckt. Dies ist aus methodischer Sicht bedauerlich:²⁵⁾ Auslegung dient der Sinnermittlung. Es gilt, den Inhalt einer Vorschrift herauszufinden. Dies ist kein mechanischer Vorgang, der sich in verschiedene Teile aufspalten lässt: Die Berücksichtigung von Ziel und Zweck, des Zusammenhangs, der Entstehungsgeschichte und des Wortlauts fließt ineinander. Der Wortlaut erhellt sich oft erst im Lichte der anderen bei der Auslegung zu beachtenden Gesichtspunkte. Mitunter zeigen systematische, teleologische oder historische Argumente, dass sich eine bei oberflächlicher Betrachtung aus dem Wortlaut ergebende Deutung einer Vorschrift von dieser doch nicht getragen wird.²⁶⁾ Häufig macht der Blick auf Ziel und Zweck, Kontext oder Entstehungsgeschichte einer Vorschrift deutlich, dass ihr ein ganz anderes Verständnis beizumessen ist, als zunächst – beim ersten Blick auf ihren Text – vermutet werden konnte. Der Wortlaut einer Vorschrift steht daher nur am Beginn des Interpretationsvorgangs, nicht aber notwendigerweise auch an dessen Ende. Dies ist bei der Auslegung völkervertraglicher Vorschriften nicht anders als bei Vorschriften des innerstaatlichen Rechts.²⁷⁾

Selbst wenn man die Wortlautgrenze als maßgebend erachtet, stellt sich hier die Frage, warum eine weite Interpretation des „beneficial owner“ darin nicht gedeckt sein soll.

²⁵⁾ Dazu Lang, Die abkommensrechtliche Behandlung von Gehältern für Zeiten der Freistellung und von Abfindungen, SWI 2024, 574 (583).

²⁶⁾ Lang, Auslegung und Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen, in Drüen/Hey/Mellinghoff, 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918–2018, FS für den Bundesfinanzhof (2018) 983 (986).

²⁷⁾ Näher Lang, SWI 2024, 574 (583).

Die vom Bundesgericht geschilderten unterschiedlichen Auffassungen zum Inhalt dieses Ausdrucks resultieren daraus, dass dieser keineswegs scharf umrissen ist. Das Gericht selbst formuliert nur sehr vorsichtig: „Für dieses engere, rechtliche Konzept spricht zunächst zumindest in der Tendenz die gewöhnliche Bedeutung der Begriffe ‚beneficially owned‘ und ‚Nutzungsberechtigter‘ in Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK.“ Es ist daher alles andere als selbstverständlich, dass die vom Bundesgericht für maßgebend erachteten teleologischen Argumente gerade in diesem Fall unter Berufung auf den Wortlaut unberücksichtigt bleiben.

Das Bundesgericht misst dem Kriterium des „beneficial ownership“ jedenfalls tatbestandliche Bedeutung bei. Damit wird die Zurechnung der Einkünfte zum „beneficial owner“ auch zur Anwendungsvoraussetzung des Art 11 Abs 1 DBA CH-DK: „Zinsen, die aus einem Vertragsstaat stammen und deren Nutzungsberechtigte eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person ist, können nur in diesem anderen Staat besteuert werden.“ Eine vergleichbare Formulierung findet sich in Art 12 DBA CH-DK. Anders ist es in Art 10 DBA CH-DK. Dort ist der Umstand, dass die ansässige Person auch Nutzungsberechtigter ist, nur die Voraussetzung für die Reduktion der Quellensteuer nach Art 10 Abs 2 DBA CH-DK.

Für die Anwendung des Art 10 Abs 1 DBA CH-DK ist hingegen nicht die Nutzungsbeziehung verlangt, sondern es genügt, dass die Dividenden an eine im anderen Staat ansässige Person gezahlt werden. Das „beneficial ownership“ findet sich aber nur in den Art 10, 11 und 12 DBA CH-DK. Weder für die Anwendung der anderen Verteilungsnormen noch für das Abkommen an sich ist gefordert, dass Einkünfte dem „beneficial owner“ zukommen. Wer dem Wortlaut großes Gewicht beimisst, wird sich folgenden Schlussfolgerungen nicht entziehen können: Das DBA ist auch auf diejenigen anwendbar, der – weil rechtlich zur Weiterleitung verpflichtet – nicht als „beneficial owner“ qualifiziert, sofern er nur im anderen Staat ansässig ist. Fallen Einkünfte mangels „beneficial ownership“ der ansässigen Person nicht unter die Art 11 und 12 DBA CH-DK, kommen andere Verteilungsnormen zum Tragen. Dies ist im Fall eines Unternehmens Art 7, sonst Art 21 DBA CH-DK. Nach beiden Vorschriften hat – im Fall des Art 7 DBA CH-DK bei Fehlen einer Betriebsstätte im Quellenstaat – ebenfalls der Ansässigkeitsstaat das ausschließliche Besteuerungsrecht. Wer daher dem in den Art 11 und 12 DBA CH-DK explizit festgeschriebenen Kriterium des „beneficial ownership“ tatbestandliche Bedeutung beimisst, wird nicht umhinkönnen, auch in Konstellationen, in denen die im anderen Vertragsstaat ansässige Person nicht der Nutzungsberechtigte ist, davon auszugehen, dass die Quellenbesteuerung – im konkreten Fall in der Schweiz – zu unterbleiben hat.²⁸⁾ Anderenfalls würde man – um eine Formulierung der Urteilsbegründung aufzugreifen²⁹⁾ – in die einzelnen anderen Verteilungsnormen oder in das Abkommen insgesamt „zusätzliche Voraussetzungen in die[...] Abkommensnorm hinein [...] interpretieren, die in ihrem Wortlaut keinen Niederschlag gefunden haben“.³⁰⁾

All das zeigt, dass gerade in Fällen, in denen es um Fragen des „beneficial ownership“ geht, eine Interpretation alles andere als zielführend ist, die versucht, die Kriterien für die Qualifikation als „beneficial owner“ herauszuarbeiten und dann nur diesem die Vorteile der Art 10, 11 und 12 OECD-MA entsprechenden Abkommensvorschriften zukom-

²⁸⁾ So schon die Warnungen vor den Konsequenzen eines formalen Verständnisses der Voraussetzung des „beneficial ownership“ bei Lang, Die Bedeutung der 1995 erfolgten Änderungen des OECD-Musterabkommens und des Kommentars des IECED-Steuerausschusses für die Doppelbesteuerungsabkommen, in Lang/Loukota/Lüthi, Die Weiterentwicklung des OECD-Musterabkommens (1996) 25 (41).

²⁹⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 10.3.

³⁰⁾ Vgl zB Baumgartner, Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz (2010) 212, der die Auffassung vertritt, dass das Konzept des „beneficial owner“ bei der Verteilungsnorm für andere Einkünfte gemäß Art 21 Abs 1 OECD-MA zur Verhinderung offensichtlich sinnwiderger Ergebnisse zur Anwendung gelangt, allerdings auch vorschlägt, das „beneficial owner“-Erfordernis explizit in Art 21 Abs 1 OECD-MA aufzunehmen.

men zu lassen. Die besseren Argumente sprechen dafür, dem „*beneficial ownership*“ gar keine tatbestandliche Bedeutung beizumessen. Vielmehr machen systematische Überlegungen deutlich, dass die DBA denjenigen berechtigen, der nach nationalem Recht verpflichtet ist. Die Frage der Zurechnung der Einkünfte ist daher keine Frage des Abkommensrechts, sondern des nationalen Rechts: Bei demjenigen, dem nach nationalem Recht die Einkünfte zugerechnet werden, kommen dann auch die Abkommensvorteile zum Tragen. Daher ist die Person, die nach dem Recht des Quellenstaates der Empfänger der Einkünfte ist, berechtigt, die im Abkommen vorgesehenen Reduktionen der Quellensteuer in Anspruch zu nehmen, wenn sie die in Art 4 Abs 1 OECD-MA nachgebildeten Abkommensvorschriften vorgesehene Nahebeziehung zum Ansässigkeitsstaat aufweist.³¹⁾ Dies gilt aber für alle Verteilungsnormen in gleicher Weise.

Die Verteilungsnormen der den Art 10, 11 und 12 OECD-MA nachgebildeten Vorschriften zeichnen sich dadurch aus, dass sie besonders gestaltungsanfällig sind: Hier ist – aus dem Blickwinkel des Fiskus – die Gefahr besonders groß, dass andere Gesellschaften zwischengeschaltet werden, um in den Genuss des Anwendungsbereichs anderer DBA zu kommen. Dies erklärt, warum gerade diese Vorschriften das „*beneficial ownership*“ gesondert erwähnen: Rechtlich relevant sind aber die Einkünftezurechnungsvorschriften des Quellenstaates. Deren Zurechnungskriterien zählen. Die Erwähnung des „*beneficial ownership*“ hat die Bedeutung, daran zu erinnern, dass es bei den unter diese drei Verteilungsnormen fallenden Einkünften besonders einfach ist, die Einkunftsquellen an andere Personen zu übertragen: Dadurch wird die Notwendigkeit einer sorgfältigen Sachverhaltsermittlung gerade bei der Anwendung gestaltungsanfälliger Vorschriften herausgestrichen sowie eine auf Ziel und Zweck der nationalen Zurechnungsvorschriften des Quellenstaates abstellende Interpretation betont. Ist in Art 10, 11 und 12 OECD-MA nachgebildeten Abkommensvorschriften vom „*beneficial owner*“ die Rede, dann ist damit mE keine zusätzliche Voraussetzung aufgestellt, sondern nur ein Interpretationshinweis gegeben.

III. Rechtsmissbrauchsverbot

1. Dogmatische Grundlagen

Das Bundesgericht geht allerdings einen ganz anderen Weg: Der Umstand, dass sich das Schweizer Höchstgericht an den vermeintlich klaren Wortlaut des Abkommens gebunden erachtet, und ihm daher verwehrt ist, teleologische Argumente ins Spiel zu bringen, die den Wortlaut überwinden könnten, nimmt es zum Anlass, andere Möglichkeiten zu prüfen, aufgrund derer die Abkommensvorteile nicht gewährt werden können. Daher suchte das Bundesgericht nach Rechtsgrundlagen, um „*die Entlastung wegen eines Abkommensmissbrauches zu verweigern*“. Dabei tut sich zumindest ein Spannungsverhältnis auf: Die Auslegungsergebnisse, die offenbar aus Gründen der Rechtsicherheit unter strenger Beachtung der – vermeintlichen – Wortlautgrenze gewonnen wurden, werden aufgrund von Kriterien, die aus dem ungeschriebenen Recht abgeleitet werden und daher für den Rechtsanwender kaum vorhersehbar sind, wiederum korrigiert.

Das Bundesgericht zieht unterschiedliche Rechtsgrundlagen in Betracht: Bereits 2005 hatte es entschieden, dass Vorteile aus dem DBA CH–DK unter „*einem allgemeinen Missbrauchsvorbehalt stehen*“. Kritisch merkt das Bundesgericht allerdings nunmehr zum damaligen Urteil an:³²⁾ Das Höchstgericht „*stützte sich dabei insbesondere auf den völkergewohnheitsrechtlichen, in Art. 26 VRK kodifizierten Grundsatz von Treu und Glau-*

³¹⁾ Ausführlich *Lang*, Aktuelle Rechtsprechung des VwGH zur Einkünftezurechnung im DBA-Recht, SWI 2022, 494 (499 f).

³²⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 12.1.

ben ([...]), der auch bei der Vertragsauslegung zu beachten ist (vgl. Art. 31 Abs. 1 VRK; Urteil 2A.239/2005 vom 28. November 2005 [...]). Aus diesem Urteil wird jedoch nicht völlig klar, ob dieser allgemeine Vorbehalt des Abkommensmissbrauchs jedem DBA inhärent ist und sich aus der (teleologischen) Auslegung ergibt oder es sich dabei um eine Einrede im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes des Völkerrechts (Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut) oder des Völkergewohnheitsrechts (Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut) handelt, auf den sich die völkervertraglich verpflichtete Partei erst auf der Ebene der Anwendung des DBA im Einzelfall berufen kann ([...]). Auch in der zuvor ergangenen Rechtsprechung im Bereich des internationalen Steuerrechts hatte das Bundesgericht nicht klar zwischen den Ebenen der Vertragsauslegung und seiner Anwendung unterschieden, was den Vorbehalt des Rechts- bzw. Abkommensmissbrauchs angeht ([...]).“

Das Bundesgericht erwähnt dann, dass der in dem seinerzeitigen Urteil postulierte Missbrauchsvorbehalt teils als Auslegungsgrundsatz, teils als allgemeiner Rechtsgrundsatz nach Art 38 Abs 1 lit c IGH-Statut gedeutet wurde. Auch im internationalen Schrifttum gehen manche Autoren davon aus, dass dem Missbrauch mittels teleologischer Auslegung genügend beigegeben werden könne, während andere Autoren im Abkommenstext eine Grenze sehen, die auch durch teleologische Interpretation nicht überschritten werden dürfe, weswegen für die Bekämpfung des Abkommensmissbrauchs ein zusätzliches Korrektiv erforderlich sei.

Schließlich beruft sich das Bundesgericht auf seine Rechtsprechung zu einem anderen Rechtsgebiet: *„Vor kurzem hat das Bundesgericht im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit das Rechtsmissbrauchsverbot nicht nur als Teil des schweizerischen Ordre Public bezeichnet ([...]), sondern darin zudem einen international anerkannten allgemeinen Grundsatz (un principe général reconnu internationalement“; [...]) respektive einen allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts, wenn nicht sogar eine Regel des Völkergewohnheitsrechts gesehen (un principe général du droit international, voire une règle du droit international coutumier“; [...]). Es hat das völkerrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot in diesen Urteilen auch im Verhältnis zu Investoren für anwendbar gehalten, obschon diese selbst regelmäßig keine Staaten und nicht Partei des angerufenen Investitionsschutzabkommens sind. [...] Es gibt keinen überzeugenden Grund, hier von dieser publizierten Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit abzuweichen und sie nicht auch für das internationale Steuerrecht zu übernehmen.“*

In der Folge zitiert das Bundesgericht noch internationale Literatur und Judikatur und weist auf Rechtsentwicklungen in ausgewählten Staaten hin, um dann zum Ergebnis zu gelangen: *„Ungeachtet der teilweise unterschiedlichen dogmatischen Grundlagen zeugen die vorstehenden Ausführungen von einer global weitgehend übereinstimmenden Praxis, steuerliche Vorteile zu verweigern, wenn Gestaltungen und Transaktionen als missbräuchlich erkannt werden, und dies auch und gerade dann, wenn die Voraussetzungen des Gesetzes oder des Abkommens für die Gewährung des steuerlichen Vorteils eigentlich erfüllt wären. Dieser internationale Konsens hat sich im Übrigen auch im 2013 initiierten und 2015 abgeschlossenen BEPS-Projekt (Base Erosion and Profit Shifting; Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung) der OECD und der G20 manifestiert. In dessen Rahmen haben sich die beteiligten Staaten im Sinne eines Mindeststandards verpflichtet, ‚ein Mindestmaß an Schutz vor Treaty-Shopping zu schaffen‘ (vgl. OECD, Verhinderung der Gewährung von Abkommensvergünstigungen in unangemessenen Fällen, Aktionspunkt 6 – Abschlussbericht 2015, 2018, S. 10). Mit Blick auf diese Einigung und den daraus hervorgegangenen Art. 29 Abs. 9 OECD-MA („principal purpose test“; i.d.F. vom 21. November 2017) sowie Art. 7 Abs. 1 des Multilateralen Übereinkommens vom 24. November 2016 zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Maßnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung (MLI; SR 0.671.1) ist in der Literatur bereits die Meinung geäußert worden, der Missbrauchsvorbehalt habe sich zu*

einer Regel des Völkergewohnheitsrechts im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut verfestigt (vgl. IRMA JOHANNA MOSQUERA VALDERRAMA, BEPS principal purpose test and customary international law, *Leiden Journal of International Law* 33/2020 S. 758 ff.). [...] Unabhängig von diesen jüngsten Entwicklungen auf internationaler Ebene rechtfertigt sich in Anbetracht der tiefen Verankerung von Rechtsmissbrauchsverbot und Umgehungsvorbehalten in den meisten Steuerrechtsordnungen auf jeden Fall die Annahme eines allgemeinen Grundsatzes, dass sich auch im internationalen Steuerrecht nicht auf eine völkerrechtliche Rechtsposition berufen kann, wer sie zweckfremd und zum Nachteil der verpflichteten Partei auszuüben sucht [...].“

Der vom Bundesgericht festgestellte „internationale Konsens“ stützt sich somit ua auch auf das BEPS-Projekt. Dabei handelt es sich aber überwiegend um DBA-Änderungen, die durch das MLI implementiert wurden und in die aus dem Jahr 2017 stammende Fassung des OECD-MA Eingang fanden und seitdem sukzessive Bestandteil von neu abgeschlossenen DBA werden. Offenbar geht das Bundesgericht davon aus, dass Regelungen Rückwirkungen auf sich davor bereits ereignete Sachverhalte haben können. Überraschend ist auch, dass das Bundesgericht die im Schrifttum geäußerte Auffassung, dass sich diese im Rahmen des BEPS-Projekts entwickelten Regelungen bereits zu Völkergewohnheitsrecht verfestigt hätten, unkritisch referiert. Denn der Umstand, dass es nach wie vor bilateraler Umsetzung bedarf, spricht eher dagegen, dass Völkergewohnheitsrecht entstanden ist.³³⁾ Selbst wenn man den durch das BEPS-Projekt entstandenen Regelungen diese Bedeutung beimisst, ist alles andere als selbstverständlich, dass einer solchen völkergewohnheitsrechtlichen Vorschrift auch Rückwirkung zukommt.

In weiterer Folge begründet das Bundesgericht, warum dieses von ihm postulierte Rechtsmissbrauchsverbot auch für den einzelnen Bedeutung hat: „Gleich wie im Bereich des internationalen Investmentrechts [...] gibt es sodann auch im internationalen Steuerrecht keinen überzeugenden Grund dafür, die Einrede aus dem Völkerrecht dem aus einem DBA verpflichteten Vertragsstaat zu verwehren, bloß weil sich nicht der andere Vertragsstaat selbst, sondern eine ihm zugehörige Person auf das Recht aus dem völkerrechtlichen Vertrag beruft. Denn einerseits hat das Bundesgericht nicht nur das Völkervertragsrecht, sondern das gesamte Völkerrecht zu beachten und anzuwenden, einschließlich des Völkergewohnheitsrechts und der allgemeinen Regeln des Völkerrechts [...]. Andererseits ist nicht einzusehen, weswegen der allgemeine völkerrechtliche Grundsatz des Rechtsmissbrauchsverbots nur gegenüber Staaten und nicht gegenüber jedermann gelten sollte, der sich missbräuchlich auf eine völkerrechtliche Rechtsposition beruft. Deshalb spielt es hier auch keine Rolle, ob in Anbetracht der neuerdings vorgesehenen völkerrechtlichen Streitbeilegungsmechanismen in DBA (vgl. etwa Art. 25 Abs. 5 DBA CH-DK) aus den DBA-Entlastungsnormen völkerrechtliche Individualrechte gereift sind oder sich die Rechtsposition der einzelnen Person alleine von jener ihres Ansässigkeitsstaats ableitet, sie also völkerrechtlich nur begünstigt und nicht berechtigt ist [...]. In beiden Fällen hat die im anderen Vertragsstaat ansässige Person die Einrede des Rechtsmissbrauchs gegen sich gelten zu lassen [...].“

Die Argumentation des Bundesgerichts ist keineswegs zwingend. Das Gericht hat selbst dargelegt, dass es international unterschiedliche Ansätze gibt, um gegen die zweckfremde Ausübung eingeräumter Rechte vorzugehen: Ein Weg besteht darin, den Umgehungsversuch durch teleologische Interpretation der vermeintlich oder tatsächlich umgangenen Vorschrift zu bekämpfen. Die Alternative sind zusätzliche Tatbestände, die sich in manchen Rechtsordnungen in geschriebener Form finden, in anderen von

³³⁾ *Staringer/Christodouloupoulos*, Customary International Law and Tax Treaty Interpretation, in *Kofler et al.*, Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on The Law of Treaties (2025) 239 (259 ff).

der Rechtsprechung entwickelt wurden.³⁴⁾ Die Anwendungsvoraussetzungen dieser Vorschriften sind sehr unterschiedlich. Aus all diesen doch sehr divergierenden Ansätzen leitet das Bundesgericht einen „*allgemeinen Grundsatz*[...]“ ab, demzufolge „*sich auch im Internationalen Steuerrecht nicht auf eine völkerrechtliche Rechtsposition berufen kann, wer sie zweckfremd und zum Nachteil der verpflichteten Partei auszuüben sucht*“. Daher könne „*die Einrede des Rechts- bzw. Abkommensmissbrauchs einem Anspruch auf Entlastung aus einem DBA entgegen gehalten werden*“. Das Bundesgericht entscheidet sich unter all den verschiedenen möglichen Ansätzen – ohne detailliertere Begründung – für die Annahme eines die DBA-Regelungen einschränkenden ungeschriebenen Tatbestands, dessen Voraussetzungen es in der Folge festlegt.

2. Die Ableitung tatbestandlicher Voraussetzungen aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz?

Das Bundesgericht bemüht sich sodann, die Bedeutung des gerade er- oder gefundenen Grundsatzes in Grenzen zu halten: „*Sowohl das Bundesgericht im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit als auch der Internationale Gerichtshof und der Ständige Internationale Gerichtshof haben stets betont, dass es sich bei der Einrede des Rechtsmissbrauchs um ein Ausnahmekorrektiv handelt. Es ist deshalb nur zurückhaltend von einem Rechtsmissbrauch auszugehen ([...]). Ein solcher kann nicht leichthin angenommen werden; es obliegt der Partei, die sich auf den Rechtsmissbrauch beruft, die Voraussetzungen der Einrede zu beweisen ([...]). Die Einrede des Rechtsmissbrauchs kommt laut dem Internationalen Gerichtshof nur in Betracht, wenn eine Partei versucht, Rechte zu anderen Zwecken als denjenigen auszuüben, für welche die fraglichen Rechte begründet wurden, und dass sie dies zum Nachteil der verpflichteten Partei tut (Urteil des IGH vom 30. März 2023 *Certains actifs iraniens [Islamische Republik Iran gegen USA]*, § 93). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Missbrauch eines Investitionsschutzabkommens zu vermuten, wenn ein Investor durch eine Umstrukturierung seiner Investition in den Anwendungsbereich des Abkommens gelangt und zum Zeitpunkt der Umstrukturierung für einen vernünftigen Investor in der gleichen Situation der Rechtsstreit bereits vorhersehbar war (vgl. BGE 148 III 330 E. 5.2.4).*“

Letztlich geht es nach Auffassung des Bundesgerichts darum, sicherzustellen, „*dass die aus dem Gesetzes- oder Vertragstext fließenden Erwartungen auch bei einer zweckfremden Berufung auf die Norm nur aus qualifizierten Gründen enttäuscht werden sollen, mithin um eine Abwägung der Interessen an der Rechtssicherheit einerseits und an der zweckkonformen Durchsetzung der Norm andererseits ([...]). Diese zwei Elemente kommen denn auch in der Definition zum Ausdruck, die das Bundesgericht dem Abkommensmissbrauch in seiner publizierten Rechtsprechung zum internationalen Steuerrecht gegeben hat: Es hat den Abkommensmissbrauch als Situation definiert, in welcher a) der begehrte Abkommensvorteil einer nicht abkommensberechtigten Person unter Umständen zugute kommt, unter denen die Staatsvertragsparteien die Entlastung von der Quellensteuer nicht vereinbaren wollten und b) der Ansässigkeitsstaat nach dem Grundsatz von Treu und Glauben diese Entlastung von seinem Vertragspartner nicht erwarten darf ([...]). Erforderlich ist danach also regelmäßig einerseits eine zweckfremde Verwendung der Entlastungsnorm, insbesondere die Weiterleitung von Abkommensvorteilen an Personen, die nicht vom Abkommen profitieren sollen ([...]). Andererseits muss die Verweigerung der Erfüllung der völkerrechtlichen Pflicht mit Treu und Glauben vereinbar sein, wobei diese zweite Bedingung im Lichte der Funktion der Rechtsmissbrauchseinrede als ultima ratio streng zu handhaben ist.*“

³⁴⁾ So schon Vogel, Abkommensbindung und Missbrauchsabwehr, in Cagianut/Vallender, Steuerrecht – Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, FS Höhn (1995) 461 (471), der darauf hinwies, dass die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Gestaltung steuerlich nicht anerkannt wird, von den Gerichten der verschiedenen Staaten sehr unterschiedlich hoch angesetzt werden.

Die Bemühungen, aus dem „*allgemeinen Grundsatz*“ konkrete Voraussetzungen abzuleiten, verfolgt das Bundesgericht jedoch nicht weiter, sondern verweist – etwas überraschend – auf innerstaatliches Recht der Schweiz: „*Im Rahmen der Auslegung von Art. 11 Abs. 1 DBA CH-DK hat sich gezeigt, dass die Gewährung der Abkommensvorteile im vorliegenden Fall der Zielsetzung des Abkommens im Allgemeinen und der konkreten Entlastungsnorm im Besonderen fremd wäre (vgl. oben E. 10.2). Dies erlaubt der Schweiz als verpflichteter Partei indes nach dem Gesagten noch nicht, den Abkommensvorteil gestützt auf die Einrede des Rechts- bzw. Abkommensmissbrauchs zu verweigern. Erforderlich ist zusätzlich, dass die Verweigerung des Abkommensvorteils mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Einklang steht. Mit diesem Grundsatz wäre es namentlich regelmäßig nicht vereinbar, wenn der völkervertraglich verpflichtete Vertragsstaat – hier die Schweiz – einer ihm zugehörigen Person in einer vergleichbaren Situation den gleichen steuerlichen Vorteil gewähren würde, also insbesondere eine vergleichbare Gestaltung oder Transaktion einer ansässigen Person nicht für missbräuchlich halten würde. Denn in diesem Fall könnte der verpflichtete Vertragsstaat seinerseits gegenüber dem berechtigten Vertragsstaat und der ihm zugehörigen Person nicht in guten Treuen geltend machen, deren Berufung auf die Entlastungsnorm eines DBA sei rechtsmissbräuchlich. Eine solche Prüfung des internationalen Sachverhalts anhand der innerstaatlichen Anti-Missbrauchsregelungen stimmt im Übrigen auch mit der Praxis vieler Staaten überein, auch wenn die dogmatischen Grundlagen dafür variieren (...).*“

Somit leitet das Bundesgericht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ab, dass die Einrede des Abkommensmissbrauchs nur erhoben werden darf, wenn auch nach innerstaatlichem Recht das Rechtsmissbrauchsverbot greifen würde.³⁵⁾ Das Bundesgericht spricht von einer „*vergleichbaren Situation*“, in der offenbar eine in der Schweiz ansässige Person wäre. Worin die Vergleichbarkeit genau besteht, wird im Urteil aber nicht ausgeführt. Bezieht eine in der Schweiz ansässige Person Einkünfte aus der Schweiz, kann es jedenfalls nicht um Steuervorteile gehen, die in der Schweiz aus dem DBA erwachsen können. Offenbar ist die in Dänemark ansässige A. mit einer in der Schweiz ansässigen Person zu vergleichen, die ebenfalls dem Vorwurf ausgesetzt ist, zu versuchen, die steuerlichen Vorschriften zu umgehen.

3. Die Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts

Die vom Bundesgericht getroffene Annahme, wonach sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben die Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts ergibt, hatte folgende Konsequenz:³⁶⁾ „*Die Gestaltung oder Transaktion ist also darauf zu prüfen, inwieweit ihr nach den innerstaatlichen Anti-Missbrauchsregelungen der steuerliche Vorteil versagt bliebe. Als solche Regelung kommt hier das Verbot der Steuerumgehung in Betracht. [...] Dieses Verbot ist im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer ausdrücklich in Art. 21 Abs. 2 VStG niedergelegt (vgl. zuvor ebenso bereits Art. 7 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses vom 1. September 1943 über die Verrechnungssteuer [BS 6 326]), findet aber als allgemeiner Rechtsgrundsatz im ganzen Steuerrecht auch ohne ausdrückliche Vorschrift Anwendung (...). Soweit mit dem Völkerrecht vereinbar, ist er auch auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer im internationalen Verhältnis anwendbar (...). [...] Eine Steuerumgehung liegt vor, wenn (a) eine von den*

³⁵⁾ Zu Recht kritisch zum Grundsatz von Treu und Glauben Gutmann, Some Thoughts about the Role of Good Faith in Tax Treaty Interpretation, in *Debelva, The Least Taxed Road, Liber Amicorum de Broe* (2024) 259 (269): „[...] *good faith should not be used as a way to distort treaty interpretation methods that stem from Articles 31 and 32 VCLT.*“ Ähnlich *Moramarco/Spies*, Good faith and tax treaty interpretation, in *Kofler et al, Tax Treaty Interpretation in Light of the Vienna Convention on The Law of Treaties* (2025) 45 (67 ff).

³⁶⁾ Schweizer Bundesgericht 3. 10. 2024, 9C_635/2023, Rz 16.

Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich („insolite“), sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint (sog. objektives Element), wenn zudem (b) anzunehmen ist, dass die gewählte Rechtsgestaltung missbräuchlich lediglich deshalb getroffen wurde, um Steuern einzusparen, die bei sachgemäßer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären (sog. subjektives Element), und wenn (c) das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, sofern es von der Steuerbehörde hingenommen würde (sog. effektives Element). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Sind die Voraussetzungen der Steuerumgehung erfüllt, so ist der Besteuerung diejenige Rechtsgestaltung zugrunde zu legen, die sachgerecht gewesen wäre, um den angestrebten wirtschaftlichen Zweck zu erreichen. Eine Steuerumgehung kommt nur in ganz außerordentlichen Situationen in Frage, namentlich wenn die gewählte Rechtsgestaltung (objektives Element) – abgesehen von den steuerlichen Aspekten – jenseits des wirtschaftlich Vernünftigen liegt. Das subjektive Element erweist sich insofern als entscheidend, als die Annahme einer Steuerumgehung ausgeschlossen bleibt, wenn andere als bloße Steuerersparnisgründe bei der Rechtsgestaltung eine relevante Rolle spielen ([...]).“

Das Bundesgericht weist die Sache an die Vorinstanz zurück. Anhand deren bisheriger Feststellungen lasse sich nämlich nicht abschließend beurteilen, ob die Gestaltung die Voraussetzungen der Steuerumgehung erfüllt. Weitere Untersuchungen sind erforderlich. Dazu gibt das Bundesgericht einige Hinweise. Es hält es auch für möglich, dass „gewisse der aufgeworfenen Fragen von einer Finanzexpertin oder einem Finanzexperten begutachtet werden [müssen], damit die Vorinstanz abschließend feststellen kann, ob die Gestaltung absonderlich und von einer Umgehungs- bzw. Missbrauchsabsicht getragen war“.

Etwas kryptisch lesen sich die abschließenden Ausführungen, aus denen hervorgeht, dass selbst dann, wenn die Vorinstanz zum Ergebnis gelangt, dass eine Steuerumgehung vorliegt, nicht ausgeschlossen ist, dass die Abkommensvorteile dennoch zu gewähren sind: „Falls die Voraussetzungen der Steuerumgehung [...] erfüllt sein sollten, müsste sodann im Lichte der Funktion des Rechtsmissbrauchsverbots als ultima ratio geprüft werden, ob sich etwa aus dem Verhalten der Vertragsstaaten oder der Motivation der Beschwerdeführerin andere Gründe ergeben, welche die Rechtsmissbrauchseinrede der Schweiz ausschließen könnten. Obschon das Institut der Steuerumgehung zumindest einen Großteil der Voraussetzungen abdeckt, unter denen Staaten gemeinhin Abkommensvorteile verweigern ([...]), ist nicht a priori ausgeschlossen, dass es im Einzelfall weitere Argumente geben könnte, welche die Einrede des Rechtsmissbrauchs entkräften könnten, beispielsweise indem sie die Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot seitens der Schweiz als treuwidrig erscheinen lassen.“ Welche Argumente dies sein könnten, aufgrund derer es „treuwidrig“ sein könnte, dass sich die Schweiz auf das Rechtsmissbrauchsverbot beruft, lässt das Bundesgericht aber offen.

Sieht man von der zuletzt angesprochenen Unklarheit ab, ist das Ergebnis, zu dem das Bundesgericht kommt, überzeugend, allerdings aus anderen Gründen: Die Zurechnung von Einkünften wird nicht in den DBA geregelt, sondern im innerstaatlichen Recht. Die Abkommen knüpfen an diese Entscheidung des nationalen Gesetzgebers an, indem sie demjenigen, dem nach innerstaatlichem Steuerrecht Einkünfte zugerechnet werden, die Abkommensberechtigung erteilen. Diese Person kann im Fall ihrer Ansässigkeit in einem Vertragsstaat die Abkommensvorteile in Anspruch nehmen. Daher ist ausschließlich nach Schweizer Recht zu entscheiden, wem die Einkünfte zuzurechnen sind. Ist Ergebnis dieser Beurteilung, dass die Einkünfte nicht A. oder einer anderen in Dänemark ansässigen Person zuzurechnen sind, dann ist das DBA CH–DK auch nicht an-

wendbar. Gehören nach Schweizer Recht zu den Vorschriften, die bei der Beurteilung der Einkünftezurechnung zu beachten sind, auch Regelungen über die Steuerumgehung, und sind es letztlich diese Bestimmungen, die die Zurechnung zu einer in Dänemark ansässigen Person verhindern, schließt dies die Anwendung des Abkommens auch aus.

Das bedeutet aber nicht, dass die Frage des vermeintlichen oder tatsächlichen Abkommensmissbrauchs in allen Fällen nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts zu klären ist: Geht es zB um den Vorwurf, ein Steuerpflichtiger stelle bewusst darauf ab, dass seine Einkünfte abkommensrechtlich nicht als Dividenden, sondern als Zinsen qualifiziert werden, um dadurch steuerliche Vorteile zu erlangen („rule shopping“), können nationale Missbrauchsvorschriften bei der Beurteilung dieser Frage keine Rolle spielen. Eine Art 29 Abs 9 OECD-MA nachgebildete Abkommensnorm weist für Konstellationen, in denen sich Steuerpflichtige mit ihren Gestaltungen an den tatbestandlichen Grenzen von Abkommensvorschriften bewegen, besonders auf die Bedeutung einer sorgfältigen Sachverhaltsermittlung und einer nicht beim nackten Wortlaut stehen bleibenden Interpretation hin.³⁷⁾ Die Frage, ob dem Einkünfteempfänger die von ihm angestrebten Vorteile tatsächlich zustehen, ist letztlich ausschließlich durch Interpretation der die Zinsen und Dividenden regelnden Abkommensvorschriften zu klären.

IV. Zusammenfassende Würdigung

Das Urteil des Bundesgerichts vom 3. 10. 2024, 9C_635/2023, unterscheidet sich wohlthuend von Entscheidungen vieler Gerichte in anderen Staaten: Die nationale und internationale Literatur zum behandelten Themenkreis wird umfassend aufgearbeitet. Das Bundesgericht setzte sich nicht nur eingehend mit der eigenen Vorjudikatur, sondern der Rechtsprechung in anderen Staaten auseinander. Dennoch können die vom Bundesgericht aufgestellten Thesen nicht vollends überzeugen.

Das Bundesgericht versucht den Spagat: Einerseits betont es – offenbar aus Gründen der Rechtssicherheit – die Notwendigkeit einer stark am Wortlaut orientierten Interpretation der Abkommensvorschriften. Andererseits öffnet es die Tür für die Anwendung ungeschriebener Missbrauchsgrundsätze, deren Inhalt auf völkerrechtlicher Ebene weitgehend unklar ist. Um damit aber rechtsstaatliche Postulate nicht völlig zu konterkarieren, hält es wiederholt fest, dass die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Missbrauchsgrundsätze sehr eng sind. Etwas überraschend zieht das Bundesgericht dann aber zur Lösung des konkreten Falls die Schweizer Vorschriften über Steuerumgehung heran. Damit kommt das Schweizer Höchstgericht zu einem Ergebnis, das überzeugend ist, aber aus anderen Gründen: Die Abkommensberechtigung knüpft an die Zurechnung von Einkünften an, die wiederum nach nationalem Recht zu beurteilen ist.

Ausgangspunkt für die Entscheidung des Bundesgerichts war die Auslegung des Ausdrucks „beneficial ownership“. An diesem Abkommensrechtsbegriff zeigt sich aber, dass nicht der Wortlaut, sondern die Wortlautinterpretation ihre Grenzen hat: Die Zurechnung der Einkünfte zum „beneficial owner“ ist bloß in den Art 10, 11 und 12 OECD-MA und den diesen Vorschriften nachgebildeten Abkommensvorschriften verlangt.³⁸⁾ Le-

³⁷⁾ Lang, The Signalling Function of Art 29 par 9 OECD MC (“Principal Purpose Test”), Bulletin for International Taxation 2020, 264 (268).

³⁸⁾ In Art 10 Abs 2 und 11 Abs 2 OECD-MA ist verlangt, dass der „beneficial owner“ eine im anderen Vertragsstaat ansässige Person ist. Fallen „beneficial owner“ und ansässige Person auseinander, ist Art 10 Abs 1 OECD-MA dem Wortlaut nach auf die ansässige Person weiterhin anwendbar. In diesem Fall müsste – wiederum bei einer bloß auf den Wortlaut abstellenden Interpretation – der Ansässigkeitsstaat die gesamte im Quellenstaat erhobene Steuer – weil keine Begrenzung zum Tragen kommt – auf die Steuer der ansässigen Person anrechnen.

diglich Art 12 OECD-MA verwendet eine Formulierung, derzufolge nur der „*beneficial owner*“ in den Anwendungsbereich dieser Verteilungsnorm fällt.³⁹⁾ Wer dies bei Lizenzgebühren als zusätzliche tatbestandliche Voraussetzung betrachtet, gelangt zu inakzeptablen Ergebnissen: Ist die Anwendung dieser Verteilungsnormen mangels „*beneficial owner*“ ausgeschlossen, kommen andere Verteilungsnormen – wie Art 7 und 21 Abs 1 OECD-MA – zum Tragen, denen zufolge die angestrebten Steuervorteile im Quellenstaat aber erst recht zu gewähren sind.⁴⁰⁾ Wer das vermeiden will, muss dieses Kriterium in die anderen Verteilungsnormen und in den Methodenartikel „hineinlesen“, und die DBA so verstehen, als würden sie insgesamt unter der Voraussetzung des „*beneficial ownership*“ stehen.

Mit einer am Wortlaut orientierten Interpretation ist das aber nicht vereinbar. Überzeugender ist daher, die Erwähnung des „*beneficial owner*“ in Art 10, 11 und 12 OECD-MA nicht als zusätzliche Anwendungsvoraussetzung für diese Vorschriften zu sehen, sondern anzunehmen, dass es sich bei der im anderen Staat ansässigen Person, an die „gezahlt“ wird, immer um den Nutzungsberechtigten handelt.⁴¹⁾ „Zahlen“ verweist auf die Zurechnungsvorschriften des Quellenstaates und verknüpft diese mit dem Abkommen: Dividenden, Zinsen und Lizenzgebühren werden für abkommensrechtliche Zwecke an denjenigen „gezahlt“,⁴²⁾ dem sie nach dem Recht des Quellenstaates zuzurechnen sind. Die Verwendung des Worts „*beneficial owner*“ kann dann als Hinweis verstanden werden, dass gerade im Anwendungsbereich dieser Verteilungsnormen Steuerplanungsüberlegungen besonders häufig sind, und bei der – nach nationalem Recht zu klärenden – Frage, wem die Einkünfte zuzurechnen sind, besondere Sorgfalt angebracht ist.

Hätte sich das Bundesgericht von einer am nackten Wortlaut orientierten Interpretation gelöst, nach der jeder abkommensrechtliche Ausdruck auch tatbestandliche Bedeutung haben soll, wäre es nicht erforderlich gewesen, zur Vermeidung unerwünschter Ergebnisse dann auch noch die Anwendung ungeschriebener Missbrauchsgrundsätze zu ermöglichen. Denn damit ist die Büchse der Pandora geöffnet: Im konkreten Fall hat das Bundesgericht noch die Auswirkungen der eigenen These in Grenzen gehalten, indem es letztlich nur die engen Voraussetzungen der Schweizer Steuerumgehungsvorschrift für maßgebend anerkannt hat. Sind aber aus dem Völkerrecht allgemeine Missbrauchsgrundsätze abzuleiten, ist es alles andere als selbstverständlich, im Ergebnis im eigenen nationalen Recht zu landen. Wer daher den vom Bundesgericht eingeschlagenen Weg konsequent weitergeht und tatsächlich den Versuch unternimmt, aus völkerrechtlichen Vorschriften ungeschriebene Missbrauchsvoraussetzungen abzuleiten, wird bei höchst unbestimmten und aller Voraussicht nach umstrittenen Kriterien enden. Der Rechtssicherheit ist damit kein guter Dienst erwiesen.

³⁹⁾ Im DBA CH–DK war hingegen auch Art 11 so konzipiert wie Art 12 OECD-MA.

⁴⁰⁾ So schon *Lang* in *Lang/Loukotal/Lüthi*, Weiterentwicklung des OECD-Musterabkommens, 25 (41).

⁴¹⁾ In diese Richtung auch *Jimenez*, Beneficial Ownership: Current Trends, *World Tax Journal* 2010, 35 (59 f), der sich deshalb auch für die komplette Streichung von „*beneficial ownership*“ ausspricht.

⁴²⁾ „Paid“: Art 10 Abs 1, 2 und 4, 11 Abs 1 und 4 sowie 12 Abs 3 OECD-MA.

Strompreis 2025 für das Aufladen emissionsfreier arbeitgebereigener Kfz

Erlass des BMF vom 25. 10. 2024, 2024-0.770.739, BMF-AV 2024/149.

Der für einen Kostenersatz maßgebliche Strompreis gemäß § 4c Abs 1 Z 2 lit b Sachbezugswertverordnung beträgt für das Kalenderjahr 2025 **35,889 Cent/kWh**.

Linde
Zeitschriften



Mit dem
Jahresabo
immer
up to date!

Jetzt 20 % Rabatt auf Ihr Abo 2025!

Der Kompass für internationale Steuerfragen

DBA-, Unions- und Außensteuerrecht

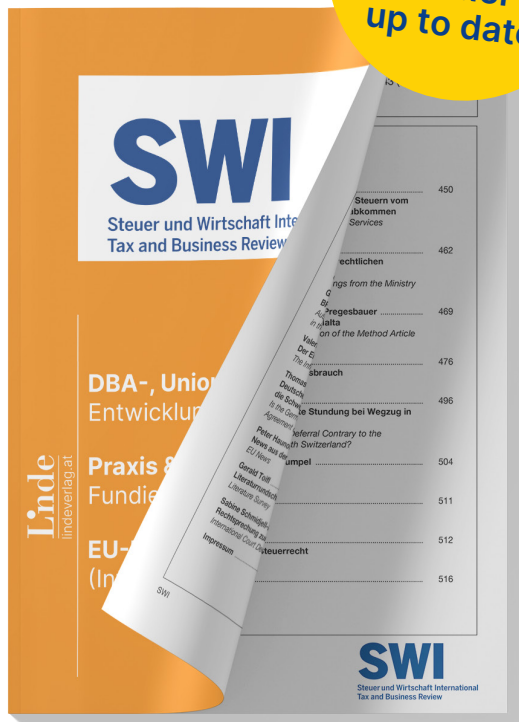
Entwicklungen, Trends, Analysen

Praxis & Wissenschaft

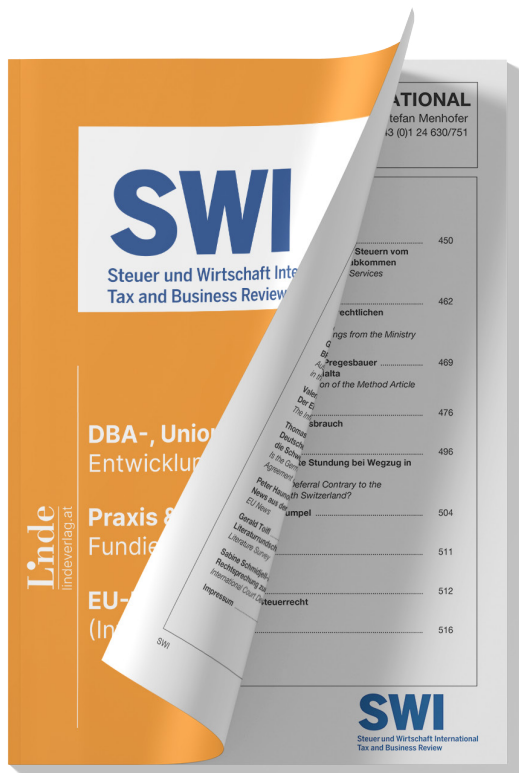
Fundierte Fachinformation

EU-News, Rechtsprechung, EAS

(Inter)nationale Entscheidungen



shop.lindeverlag.at/swi



SWI – Jahresabonnement 2025

Bestellen unter:

- shop.lindeverlag.at/swi
- fachzeitschriften@lindeverlag.at



Bitte geben Sie bei Ihrer Bestellung
den Aktionscode V-25 an.

Print & Digital: **€ 373,70** (statt € 467,10)

Preisänderung und Irrtum vorbehalten.
(Preis inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abo-preisen weiter.

Weitere Informationen zur Zeitschrift
und alle Abo-Varianten finden Sie unter
shop.lindeverlag.at/swi