

S W I

Steuer und Wirtschaft International Tax and Business Review

Gerhard Steiner

Aktionsplan der OECD zum BEPS-Report

Taxation of Multinational Enterprises: The OECD Action Plan on BEPS

Valentin Loidl / Harald Moshhammer

Be-/Entlastung ausländischer Gesteller

Supply of Staff and Tax Burden/Relief

Elisabeth Pamperl

Weiterleitung passiver Einkünfte und Quellensteuerreduktion

Obligation to Pass on Income and Reduction of Source Taxes

Bernhard Ludwig

Berücksichtigung einer „Hypotax“ bei einer Entsendung

Allowing a Hypo Tax for Employees Assigned Abroad

Martina Gruber / Markus Seiler

Auslandsverlust bei beschränkter Steuerpflicht

Foreign Losses and Limited Tax Liability

Aus der Arbeit der BMF-Fachabteilungen

Legal Directives of the Ministry of Finance

Internationale Rechtsprechung

International Court Decisions



Linde

Elisabeth Pamperl*)

Auswirkungen einer Verpflichtung zur Weiterleitung passiver Einkünfte auf eine DBA-rechtliche Quellensteuerreduktion

CONSEQUENCES OF AN OBLIGATION TO PASS ON INCOME ON A REDUCTION OF SOURCE TAXES ACCORDING TO TAX TREATY LAW

The 2012 Discussion Draft of the OECD on clarification of the meaning of “*beneficial owner*” in the OECD Model Tax Convention states that an obligation to pass on dividends, interest or royalties to another person is detrimental to being the beneficial owner, because such an obligation infringes the right to use and enjoy the income. In this context, there are several unsolved issues with a view to the delimitation between realization and use of income for purposes of Arts. 10 – 12 OECD Model Convention. Elisabeth Pamperl analyses these issues in the light of recent case law on beneficial ownership.

I. Problemstellung

Im Wirtschaftsleben stehen Zahlungen zwischen Konzerngesellschaften und Anteilseignern auf der Tagesordnung. Selbst wenn eine Konzerngesellschaft unmittelbare Empfängerin von Dividenden, Zinsen oder Lizenzgebühren ist, so zielen konzerninterne Zahlungsströme darauf ab, die erwirtschaftete Gewinnmarge letztendlich den Gesellschaftern an der Spitze des Konzerns zukommen zu lassen. Daher ist aus DBA-rechtlicher Sicht zu klären, ob das Weiterleiten von Dividenden, Zinsen oder Lizenzgebühren als eine – für das Vorliegen einer Nutzungsberechtigung (engl. *beneficial ownership*) des unmittelbaren Empfängers dieser Einkünfte unschädliche – Einkommensverwendung anzusehen ist. Nur unter dieser Voraussetzung gelangen die reduzierten Quellensteuersätze der Art. 10, 11 und 12 der jeweiligen, dem OECD-MA nachgebildeten DBA zur Anwendung. Im OECD Discussion Draft 2011 zur Klärung der Bedeutung von Beneficial Ownership im OECD-MA¹⁾ (im Folgenden: OECD Discussion Draft 2011) und in der überarbeiteten Version dieses Berichts aus dem Jahr 2012²⁾ (im Folgenden: OECD Discussion Draft 2012) wird diese Thematik aufgegriffen. Weltweit liegen mittlerweile auch zahlreiche Gerichtsentscheidungen zur Bedeutung der Weiterleitung von Einkünften für die Qualifikation als Nutzungsberechtigter dieser Einkünfte vor. An dieser Stelle soll daher ein Überblick über die Entwicklungen auf internationaler Ebene geboten werden.

II. Vorgaben im OECD-Kommentar und in den OECD Discussion Drafts aus den Jahren 2011 und 2012

Bislang existiert im OECD-MA keine Definition von *beneficial ownership*. Seit dem Jahr 2003 erwähnt der OECD-Kommentar, dass Durchlaufgesellschaften, denen „*praktisch sehr enge Befugnisse*“ zukommen, sodass sie zu Treuhändern oder Verwaltern der Einkünfte werden, nicht als *beneficial owner* zu qualifizieren sind.³⁾ Darüber hinaus soll der Ausdruck „*Nutzungsberechtigter*“ nicht in einem engen technischen Sinn zu verstehen

*) Mag. Elisabeth Pamperl ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht der WU Wien. Für die Diskussion dieses Manuskripts und wertvolle Anregungen dankt die Autorin Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Lang.

1) OECD, Clarification of the meaning of “beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention – Discussion Draft, April 2011.

2) OECD, Revised proposal concerning the meaning of “beneficial owner” in Articles 10, 11 and 12, October 2012.

sein, sondern sich seine Bedeutung aus dem Zusammenhang und im Lichte von Sinn und Zweck des Abkommens einschließlich der Vermeidung von Doppelbesteuerung und der Verhütung von Steuerhinterziehung und Steuerumgehung erschließen.⁴⁾ In welchem Ausmaß der Umstand, dass bezogene passive Einkünfte nicht auf Ebene der empfangenden Gesellschaft verbleiben, sondern im Konzern weitergeleitet werden, in die Beurteilung einfließt, wird nicht näher erläutert.

Im OECD Discussion Draft 2011 wird die Terminologie, wonach „*praktisch sehr enge Befugnisse*“ dazu führen, dass eine Person nicht nutzungsberechtigt ist, nur noch am Rande in Rz. 12.3 erwähnt. Vielmehr wird ausgeführt, dass für das Vorliegen von *beneficial ownership* das Nutzungsrecht an den Dividenden, Zinsen oder Lizenzgebühren weder durch eine vertragliche noch durch eine gesetzliche Verpflichtung zur Weiterleitung der Einkünfte an eine andere Person eingeschränkt sein darf.⁵⁾ Demnach wird die Verpflichtung zur Weiterleitung von Einkünften explizit als für das Vorliegen von *beneficial ownership* schädlich erachtet. Des Weiteren erwähnt der OECD Discussion Draft 2011, dass – wenngleich sich diese Verpflichtung im Regelfall aus den jeweiligen Dokumenten und/oder Vertragsunterlagen ergibt⁶⁾ – auch „*faktische Umstände*“⁷⁾ dazu führen können, dass eine Person tatsächlich nicht vollumfänglich in den Genuss der Einkünfte kommt.⁸⁾

In der 2012 überarbeiteten Version des OECD Discussion Draft werden die wesentlichen Aussagen zur Bedeutung der Weiterleitung von Einkünften für die Qualifikation als Nutzungsberechtigter beibehalten. Die Verpflichtung zur Weiterleitung der Einkünfte wird auch weiterhin als schädlich eingestuft. Zusätzlich wird explizit festgehalten, dass sich diese Verpflichtung auf die erhaltenen Einkünfte beziehen muss. Es soll somit für die Beurteilung als *beneficial owner* irrelevant sein, wenn erhaltene Zahlungen zur Erfüllung anderer Verpflichtungen verwendet werden. Als Beispiele für Vereinbarungen, die in keinem Zusammenhang mit empfangenen Einkünften stehen, werden Ausschüttungsobligationen von Pensionskassen und Investmentfonds und allgemein Verpflichtungen als Schuldner und aus der Teilnahme an Finanztransaktionen genannt.⁹⁾ Der pauschale Hinweis auf „*unrelated obligations that the recipient may have as a debtor or as a party to financial transactions*“ ist sehr allgemein gehalten und daher wenig auf-

³⁾ OECD-Kommentar 2012 zu Art. 10 Rz. 12.1: „... a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties.“

⁴⁾ OECD-Kommentar 2012 zu Art. 10 Rz. 12: “The term ‘beneficial owner’ is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of object and purpose of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.“

⁵⁾ OECD Discussion Draft 2011, Rz. 12.4: “The recipient of a dividend is the ‘beneficial owner’ of that dividend where he has the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass the payment received to another person.“

⁶⁾ Präziser formuliert kann sich eine rechtliche Verpflichtung wohl nur aus der vertraglichen Vereinbarung selbst (oder einer öffentlich-rechtlichen Pflicht) ergeben, die auch mündlich geschlossen werden kann. Dokumente und Unterlagen sind daher nicht zwangsweise Grundlage für die Verpflichtung, sondern dokumentieren bloß die Existenz einer Verpflichtung. Die Formulierung „*such an obligation will normally derive from relevant legal documents*“ des OECD Discussion Draft 2012 sollte daher wohl nochmals überdacht werden, falls Rz. 12.4. des OECD Discussion Draft 2012 Eingang in den OECD-Kommentar finden sollte.

⁷⁾ Zu Kritik an dieser Wortwahl siehe Lang, Schweizer Grundsatzurteil zum Beneficial Owner nach DBA-Recht, SWI 2012, 226 (229).

⁸⁾ OECD Discussion Draft 2011, Rz. 12.4: “Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend.“

⁹⁾ OECD Discussion Draft 2012, Rz. 12.4: “This type of obligation must be related to the payment received; it would therefore not include contractual or legal obligations unrelated to the payment received even if those obligations could effectively result in the recipient using the payment received to satisfy those obligations. Examples of such unrelated obligations are those unrelated obligations that the recipient may have as a debtor or as a party to financial transactions or typical distribution obligations of pension schemes and of collective investment vehicles entitled to treaty benefits under the principles of paragraphs 6.8 to 6.34 of the Commentary on Article 1.“

schlussreich. So wird in den OECD Discussion Drafts nicht angesprochen, ob nur das Durchschleusen von Einkünften an bestimmte Personen gegen das Vorliegen von *beneficial ownership* der Durchlaufgesellschaft spricht, welche Rolle die Zeitspanne zwischen Empfang und Weiterleitung der Einkünfte spielt und wie mit Fällen umzugehen ist, wenn nur ein Teil der Einkünfte nicht beim ursprünglichen Empfänger verbleibt. Zu diesen Themen sind in den letzten Jahren weltweit einige Gerichtsentscheidungen ergangen. Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit die von den Gerichten gefundenen Lösungen ein einheitliches Bild zur Abgrenzung von Einkommenserzielung und -verwendung ergeben. Denn selbst wenn die Ausführungen der OECD Discussion Drafts 2011 und 2012 in den OECD-Kommentar zu den Art. 10, 11 und 12 übernommen werden, so bleibt angesichts der Zunahme der weltweiten Judikatur zum Thema „*beneficial ownership*“ deren Bedeutung fraglich: Wenngleich nur die Finanzverwaltungen der Auffassung der jeweiligen nationalen Gerichte verpflichtet sind, ist nicht völlig von der Hand zu weisen, dass sich Gerichte weltweit vermehrt an den bisher ergangenen Entscheidungen als an Änderungen des OECD-Kommentars orientieren werden.

III. Wechsel der Identität der Einkünfte führt zur getrennten Beurteilung zweier Zahlungen

Ein Beispiel aus der jüngsten Rechtsprechung für eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Einkunftsströmen, die für den Zweck der Ermittlung des Nutzungsberechtigten getrennt voneinander zu behandeln sind, ist die Entscheidung des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts vom 7. 3. 2012.¹⁰⁾ In diesem Fall schloss eine dänische Bank Total-Return-Swap-Kontrakte über Aktien von Schweizer Gesellschaften ab und verpflichtete sich dadurch vertraglich, die gesamten Dividenden und Wertsteigerungen dieser Aktien – unabhängig davon, ob sie die Aktien zwecks Hedging des Risikos tatsächlich erworben und tatsächlich Dividenden daraus bezogen hat – gegen einen im Vorhinein bestimmbareren Zahlungsstrom zu tauschen. Die vertragliche Pflicht zur Entrichtung einer Zahlung in Höhe der Dividenden bestand somit ohne Rücksicht darauf, ob diese von der dänischen Bank tatsächlich vereinnahmt wurden. Daher waren die Zahlungen aufgrund des Total-Return-Swap-Kontrakts als Einkommensverwendung zu qualifizieren, sodass die dänische Bank in ihrer Verfügungsmacht über die erhaltenen Dividenden nicht eingeschränkt wurde. Damit scheint das Schweizer Bundesverwaltungsgericht in eine ähnliche Richtung wie der OECD Discussion Draft 2012 zu gehen. Swap-Kontrakte, bei denen die Verpflichtung zur Auszahlung von Einkünften unabhängig davon besteht, ob die zwischengeschaltete Gesellschaft diese Einkünfte zuvor tatsächlich vereinnahmt hat, könnten zu den gemäß Rz. 12.4 für die Beurteilung von *beneficial ownership* unschädlichen Finanztransaktionen gehören.

In der indischen Entscheidung der Authority for Advance Rulings (AAR) P No. 13 of 1995¹¹⁾ wurde das Weiterleiten von Einkünften ebenfalls als eine für die Beurteilung der Nutzungsberechtigung irrelevante Einkommensverwendung angesehen. In diesem Fall bediente sich ein indisches Unternehmen einer französischen Gesellschaft, um das nötige Know-how zum Aufbau einer Produktionsstätte in Indien zu erlangen. Als Gegenleistung erhielt die französische Gesellschaft Lizenzgebühren und „*fees for technical services*“.¹²⁾ Um dieses Projekt auszuführen, ging die französische Gesellschaft ihrer-

¹⁰⁾ Schweizer Bundesverwaltungsgericht 7. 3. 2012, A-6537/2010; vgl. ausführlich zu diesem Urteil Lang, SWI 2012, 226 ff.; Desax/Busenhart, Swiss Tribunal Rules on Ownership And Treaty Abuse Issues Regarding Total Return Swaps, tax Notes International 2012, 557 ff.; Sancheti, Beneficial Ownership: Recent Scrutiny of Offshore Derivative Instruments and Case for Clarity, Derivatives & Financial Instruments 2013, 3 (5 f.); Matteotti/Sutter, Switzerland: Broad vs Narrow Interpretation of the Beneficial Owner Concept, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck (Hrsg.), Beneficial Ownership: Recent Trends (in Druck).

¹¹⁾ Authority for Advance Rulings 23. 8. 1995, P No. 13 of 1995, ABC, In Re, 1997-(228)-ITR -0487 – AAR.

¹²⁾ Es ist eine Besonderheit der indischen DBA-Politik, „*fees for technical services*“ gesondert in Abkommen zu regeln; siehe dazu näher Sengupta, India, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer (Hrsg.), The Impact of the OECD and UN Model Tax Conventions on Bilateral Tax Treaties (2012) 549 (583 f.).

seits Vertragsbeziehungen mit anderen Gesellschaften ein und leitete ihnen als Entgelt Teile der Lizenzgebühren und der *fees for technical services* weiter. Im Kern begründete die AAR die Qualifikation der französischen Gesellschaft als *beneficial owner* damit, dass im Vertrag zwischen ihr und dem Kunden explizit festgeschrieben wurde, dass sie die nötigen Technologien zum Aufbau der Produktionsstätte nicht selbst beisteuern muss, sondern auch von anderen Unternehmen zukaufen darf. Aufgrund dieser Befugnis sah die indische AAR das teilweise Abführen der Einkünfte nicht als Argument gegen die Qualifikation als Nutzungsberechtigter, sondern im Gegenteil gerade als Bestätigung für das Vorliegen von *beneficial ownership* an. Steht es einer Vertragspartei frei, über die Nutzung der Einkünfte zu disponieren, und entscheidet sie sich zur Weiterleitung an einen Dritten, so kann dies nicht mit einer Verpflichtung zur Weiterleitung an diesen Dritten gleichgesetzt werden. Im Ergebnis liegen damit bei freiwilliger Einkünfteweiterleitung zwei verschiedene Zahlungsströme vor. Diese Aussagen der AAR scheinen sich ebenfalls mit der oben dargestellten Auffassung des OECD Discussion Draft 2012 in Rz. 12.4 zu decken.

Oftmals kommt es vor, dass eine Gesellschaft Zinsen, Lizenzgebühren oder auch Dividenden empfängt und diese in Form von Dividenden an ihre Anteilseigner ausschüttet. In solchen Fällen ist fraglich, ob die Tatsache, dass es sich bei den weitergeleiteten Einkünften nicht mehr um Zinsen oder Lizenzgebühren, sondern um Dividenden handelt, zum Vorliegen getrennter Zahlungsströme führt und damit einen Einfluss auf die Beurteilung der Nutzungsberechtigung hat. In der Rechtsprechung wurde dies bisher nicht als ausschlaggebend angesehen. So spielte es beispielsweise im dänischen Fall *FS Invest*¹³⁾ keine Rolle, dass von einer zwischengeschalteten Holding empfangene Dividenden als Darlehen weitergegeben wurden. Auch in anderen dänischen Entscheidungen änderte sich nichts dadurch am Ergebnis, dass Zinsen nicht durch Abschluss eines Parallelkredits, sondern im Wege einer Konzernumlage innerhalb einer Unternehmensgruppe weitergeleitet wurden.¹⁴⁾

IV. Höhe der weitergeleiteten Einkünfte

Mitunter verpflichtet sich eine Konzerngesellschaft nicht zur Weiterleitung der gesamten Einkünfte, sondern lediglich dazu, einen Teilbetrag an eine andere Person zu zahlen. Im Folgenden wird analysiert, welche Auswirkungen dies auf die Ermittlung des Nutzungsberechtigten hat.

Im Fall *Velcro Canada Inc*¹⁵⁾ erhielt eine in den Niederlanden ansässige Zwischenholding von einer kanadischen Tochtergesellschaft Lizenzgebühren, die sie zu 90 % binnen 30 Tagen an ihre auf den Niederländischen Antillen ansässige Muttergesellschaft – die Eigentümerin der Patentrechte – zahlte. Die kanadische Gesellschaft war ausschließlich zu einer Zahlung an die niederländische Zwischenholding, nicht aber zur Leistung an die an der Konzernspitze stehenden Gesellschaft verpflichtet.¹⁶⁾ Der kanadische Tax Court begründete die Qualifikation der zwischengeschalteten Gesellschaft

¹³⁾ Østre Landsret (Dänemark) 20. 12. 2011, B-2152-10 SKM 2011.121 Ø; siehe auch *Booker*, *Beneficial Ownership*, *European Taxation* 2013, 164 (167).

¹⁴⁾ Vgl. z. B. *Landsskatteretten* (Dänemark) 22. 12. 2010, SKM 2011.57; siehe dazu näher *Bundgaard*, *The Notion of Beneficial Ownership in Danish Tax Law: The Creation of a New Legal Order with Uncertainty as a Companion*, in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck* (Hrsg.), *Beneficial Ownership: Recent Trends* (in Druck).

¹⁵⁾ Tax Court of Canada 24. 2. 2012, 2012 TCC 57, *Velcro Canada Inc. v. The Queen*.

¹⁶⁾ Dies wird aus den für den Fall eines Zahlungsverzugs vereinbarten Klauseln deutlich: Wie im Urteil ausgeführt wird, kann zwar die Muttergesellschaft die kanadische Gesellschaft auf Zahlung der Lizenzgebühren klagen, die Lizenzgebühren fließen in einem solchen Fall aber nicht direkt an sie, sondern zuerst an die niederländische Zwischenholding. Erst wenn die Muttergesellschaft danach die Zwischenholding auch auf Zahlung des vertraglich zwischen ihnen vereinbarten Betrags klagt, erhält sie ihren Anteil an den Lizenzgebühren.

als Nutzungsberechtigte der Lizenzgebühren unter anderem damit, dass nicht 100 % der Lizenzgebühren, sondern nur 90 % weitergeleitet wurde. Damit standen 10 % zur freien Verfügung des Empfängers, was laut Tax Court dazu führte, dass am Gesamtbetrag der Einkünfte *beneficial ownership* begründet wurde.¹⁷⁾ Zu einem ähnlichen Ergebnis, wonach das Erwirtschaften eines Gewinns durch Einbehalten eines Teilbetrags wesentlich für die Qualifikation als Nutzungsberechtigter ist, kam auch der US Tax Court. Dabei griff er allerdings auf das im originär innerstaatlichen Recht verankerte Konzept von „*dominion and control*“ zurück. Daher sah der US Tax Court im Fall *Aiken Industries* eine zwischengeschaltete Gesellschaft, die erhaltene Zinsen zur Gänze an ihre Muttergesellschaft abführte, nicht als Nutzungsberechtigte dieser Zinsen an.¹⁸⁾ Diese Argumentation setzte sich in den Entscheidungen *Northern Indiana Public Service Company*¹⁹⁾ und *SDI Netherlands*²⁰⁾ fort.

In eine ähnliche Richtung gehen die Überlegungen des britischen Court of Appeals in der 2006 entschiedenen Rs. *Indofood*, in der es um *Back-to-back*-Darlehen ging.²¹⁾ So stellte der Gerichtshof darauf ab, wer zur Weiterleitung bezogener Einkünfte „*in both commercial and practical terms*“ verpflichtet ist und damit keine unmittelbaren Vorteile aus diesen Einkünften zieht. Damit setzte sich der Court of Appeal über das Vorliegen einer Rechtspflicht der zwischengeschalteten niederländischen Gesellschaft zur Weiterleitung der aus Indonesien empfangenen Zinsen an ihre eigenen Gläubiger hinweg.²²⁾ In der Literatur wird zudem die Meinung vertreten, dass womöglich auch im Fall *Indofood* ein Zinsspread das Gericht zur Qualifikation der niederländischen Gesellschaft als *beneficial owner* bewogen hätte.²³⁾

Für eine Urteilsfindung unter Berücksichtigung der Höhe des weitergeleiteten Betrags spricht zunächst, dass dadurch der unmittelbare Einkünfteempfänger ein Entgelt für seine Tätigkeit und somit einen Vorteil aus den von ihm empfangenen und teilweise weitergeleiteten Einkünften erhält. Eine derartige Argumentation wirft allerdings die Frage auf, welche Anforderungen an die Höhe der einbehaltenen Einkünfte in Abgrenzung zu einer Vermögensverwaltung im Auftrag des Nutzungsberechtigten gestellt werden. Denn bereits seit Einführung des *Beneficial-Ownership*-Kriteriums im Jahr 1977 enthält der OECD-Kommentar die allgemein anerkannte Aussage, dass Treuhändern und andere Vermögensverwalter keine Nutzungsberechtigung an den erhaltenen Einkünften begründen.²⁴⁾ Eine fremdübliche Höhe der Entlohnung könnte zum einen als Indikator für

¹⁷⁾ „*It is not 100% of the royalties amount that are paid to VIBV but only approximately 90%. The other 10% is subject to the discretionary use, enjoyment and control of VHBV.*“ Arnold geht davon aus, dass das Gericht mit dieser Aussage den Sachverhalt verkannte, da von der Lizenzgebühren zahlenden Gesellschaft Quellensteuern in Höhe von 10 % der Einkünfte einbehalten wurden. Dadurch stand dieser Betrag aber eben gerade nicht zur freien Verfügung des Steuerpflichtigen; vgl. dazu Arnold, Tax Treaty Case Law News – A Trio of Recent Cases on Beneficial Ownership, Bulletin 2012, 323 (324).

¹⁸⁾ US Tax Court 5. 8. 1971, *Aiken Industries, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, 56 T.C. 925. Interessant ist zudem, dass das Gericht durch die Interpretation der Phrase „*received by*“ in Art. 11 des DBA zwischen Honduras und den USA aus dem Jahr 1957, in dem das Erfordernis eines Nutzungsberechtigten gar nicht beinhaltet war, zu diesem Ergebnis kam; siehe näher zu dieser Entscheidung z. B. Castro, US Policy to Counter Treaty Shopping – From Aiken Industries to the Anti-Conduit Regulations: A Critical View of the Current Double-Step Approach from the Perspective of Treaty Objectives and Purposes, Bulletin 2012, 300 (303 ff.); Brauner, Beneficial Ownership in and outside United States Tax Treaties, in Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck (Hrsg.), Beneficial Ownership: Recent Trends (in Druck).

¹⁹⁾ US Court of Appeals for Seventh Circuit 6. 6. 1997, *Northern Indiana Public Service Company v Commissioner of Internal Revenue*, 115 F.3d 506.

²⁰⁾ US Tax Court 2. 10. 1996, *SDI Netherlands B.V. v. Commissioner*, 107 T.C. 161.

²¹⁾ England and Wales Court of Appeal 2. 3. 2006, *Indofood International Finance Ltd v JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch*, EWCA Civ 158.

²²⁾ Vgl. kritisch Canete/Staringer, Missbrauchserfassung im DBA-Recht durch Anwendung von Beneficial-ownership-Konzepten, in Lang/Schuch/Staringer (Hrsg.), Die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten im Internationalen Steuerrecht (2009) 169 (190 f.).

²³⁾ Siehe näher dazu Jiménez, World Tax Journal 2010, 45.

²⁴⁾ Vgl. OECD-Kommentar 2012 zu Art. 10, Rz. 12.1.

das freiwillige Eingehen einer Verpflichtung zur Weiterleitung der Einkünfte gesehen werden, weil sich auch ein völlig unabhängiger fremder Dritter gegen ein entsprechendes Entgelt zur Weiterleitung von Einkünften verpflichten würde. Zum anderen werden aber auch Vermögensverwalter typischerweise nur gegen Entgelt tätig.²⁵⁾

Im Einzelfall sind daher wohl weitere Faktoren zu berücksichtigen, die selbst bei Durchfluss des gesamten erhaltenen Betrags durch eine Gesellschaft für das Vorliegen von *beneficial ownership* auf Ebene dieser Gesellschaft sprechen können. So wird in einem mehrstufigen Konzern typischerweise die erwirtschaftete Gewinnmarge an die Konzernspitze hochgeschleust, wofür es erforderlich ist, auf jeder Stufe des Konzerns den gesamten Betrag auszuschütten. Würde der Einbehalt eines Teils der Einkünfte für die Qualifikation als Nutzungsberechtigter zwingend erforderlich sein, kämen nur die an der Konzernspitze stehenden Gesellschafter dafür in Frage. So entschied auch der kanadische Federal Court of Appeal in der Rs. *Prévost*,²⁶⁾ in der es um zur Gänze weitergeleitete Dividenden in einem mehrstufigen Konzern ging, dass nicht die Höhe der hochgeschleusten Dividenden, sondern das Fehlen einer Vorausbestimmung der Weiterleitung relevant ist.²⁷⁾ Davon ist laut Federal Court of Appeal immer dann auszugehen, wenn keine rechtliche Verpflichtung der Gesellschaft selbst zur Auszahlung der Dividenden an die Gesellschafter besteht. Im konkreten Fall war diese Bedingung erfüllt, obwohl eine verbindliche Vereinbarung zwischen den beiden Muttergesellschaften der Zwischenholding bestand, wonach jährlich mindestens 80 % des Gewinns auszuschütten waren. Ausschlaggebend war für den Gerichtshof, dass die niederländische Holding keine Vertragspartei dieses Aktionärsübereinkommens war und daher auch von ihren Aktionären rechtlich nicht belangt werden konnte, falls tatsächlich keine Dividenden weitergeleitet worden wären.²⁸⁾

V. Empfänger der weitergeleiteten Einkünfte

Oftmals werden Einkünfte von einer Kapitalgesellschaft an ihre Anteilseigner weitergeleitet. Werden im Gegensatz dazu Zahlungen an fremde Dritte, die weder konzernzugehörig noch nahe Angehörige der zwischengeschalteten Person sind, weitergegeben, stellt sich die Frage nach einem möglichen Einfluss auf die Ermittlung des Nutzungsberechtigten.

Ob das Weiterleiten an unterschiedliche Konzerngesellschaften zu verschiedenen Ergebnissen führen kann, wurde in der dänischen Entscheidung in der Rs. *FS Invest* thematisiert.²⁹⁾ Gemäß Sachverhalt erwarben mehrere ausländische Fonds eine dänische Holdinggesellschaft über eine luxemburgische Holdinggesellschaft. Diese dänische Holdinggesellschaft schüttete Dividenden an die luxemburgische Holdinggesellschaft aus. Noch am Tag der Ausschüttung gewährte die luxemburgische Holdinggesellschaft wiederum ihrer dänischen Tochtergesellschaft zwei Kredite in Höhe der empfangenen Dividenden. Diese finanziellen Mittel wurden schließlich dazu verwendet, um Anteile an einer weiteren dänischen Gesellschaft zu erwerben. Sowohl in erster als auch in zweiter Instanz stuften dänische Gerichtshöfe die luxemburgische Holdinggesellschaft als Nut-

²⁵⁾ So auch *Reimer*, How to Conceptualize Beneficial Ownership, in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck* (Hrsg.), *Beneficial Ownership: Recent Trends* (in Druck). Selbst bei Qualifikation der Mitselperson als Treuhänder könnte allerdings vertreten werden, dass hinsichtlich des Prozentsatzes der Einkünfte, der nicht weitergeleitet wird, *beneficial ownership* vorliegt. Dieser Teilbetrag der Einkünfte steht dem Steuerpflichtigen schließlich zur freien Verfügung.

²⁶⁾ Federal Court of Appeal of Canada 26. 2. 2009, A-252-08, *Prévost Car Inc. v. The Queen*; für Details zur Entscheidung siehe z. B. *Canete/Staringer* in *Lang/Schuch/Staringer*, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten, 180 ff.; *Du Toit*, The Evolution of the term "Beneficial Ownership" in Relation to International Taxation over the Past 45 Years, *Bulletin* 2010, 500 (506 ff.); *Laroma/Jezzi*, The Concept of Beneficial Ownership in the Indofood and Prévost Car Decisions, *Bulletin* 2012, 253 (256 f.).

²⁷⁾ Rz. 16: "There was no predetermined or automatic flow of funds." Siehe im Detail *Canete/Staringer* in *Lang/Schuch/Staringer*, Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten, 191 ff.

²⁸⁾ Rz. 16: "Neither Henlys nor Volvo could take action against Prévost Holding for failure to follow the dividend policy described in the Shareholders' Agreement."

²⁹⁾ Østre Landsret (Dänemark) 20. 12. 2011, B-2152-10 SKM 2011.121 Ø.

zungsberechtigte der Dividenden ein. Unter anderem³⁰⁾ war dafür ausschlaggebend, dass die Dividenden nicht an die Anteilseigner weitergeleitet wurden, sodass der Vorgang als Einkommensverwendung der luxemburgischen Holdinggesellschaft beurteilt wurde.³¹⁾ Im Schrifttum wurde zu dieser Entscheidung angemerkt, dass die Weitergabe der Dividendeneinkünfte in Form eines Kredits an die Anteilseigner aus Sicht der dänischen Gerichte für das Vorliegen einer Nutzungsberechtigung möglicherweise hinderlich gewesen wäre.³²⁾ Für diese Differenzierung ist aber wohl kein Grund ersichtlich, da die Wahl des Vertragspartners keine Auswirkung auf eine Bindung an die Vereinbarung zur Weiterleitung von Einkünften hat.³³⁾

VI. Zeitpunkt der Weiterleitung

Die Frage, ob ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Erhalt der Einkünfte und deren Abfuhr an eine andere Person Auswirkungen auf die Ermittlung des Nutzungsberechtigten hat, wurde in der Judikatur bisher nur selten behandelt. Dies liegt wohl daran, dass oftmals beide Vorgänge unmittelbar nacheinander stattfinden.³⁴⁾ So erwähnte das Schweizer Bundesverwaltungsgericht beispielsweise am Rande der Entscheidung vom 7. 3. 2012 lediglich, dass für die Ermittlung des Nutzungsberechtigten der Zeitpunkt der Zahlung der Einkünfte an den unmittelbaren Empfänger relevant ist, nicht aber, ob auch darauf abzustellen ist, wann die Weiterleitung an eine dritte Person erfolgt.³⁵⁾

Ausführlicher setzte sich der kanadische Tax Court in der Rs. *Velcro Canada Inc* mit den Auswirkungen des Zeitpunkts der Einkünfteweiterleitung auf das Vorliegen von *beneficial ownership* auseinander. In der Entscheidung wird explizit erwähnt, dass zwischen dem Erhalt der Lizenzgebühren und deren Weiterleitung jeweils 30 Tage lagen. In der Begründung für die Nutzungsberechtigung der zwischengeschalteten Gesellschaft an den Lizenzgebühren wurde allerdings nur noch indirekt auf diesen Zeitraum eingegangen: Neben der Tatsache, dass nicht der ganze Betrag weitergeleitet wurde, sah es das Gericht als relevant an, wofür die Einkünfte vor der Weiterleitung verwendet wurden. So wird explizit erwähnt, dass die Lizenzgebühren – nach Wechsel von kanadischen Dollars in US-Dollars oder niederländische Gulden – von der empfangenden Gesellschaft mit anderen Einkünften auf ein gemeinsames Bankkonto eingezahlt wurden und anschließend eine ertragreiche Veranlagung erfolgte. Die so erwirtschafteten Zinsen standen ebenfalls der zwischengeschalteten Gesellschaft zur Verfügung. Im Schrifttum wurde diese Argumentation mitunter kritisch gesehen, da nicht außer Acht gelassen werden könne, dass die Lizenzgebühren empfangende Gesellschaft zu einer Weiterleitung der Einkünfte binnen kurzer Zeit verpflichtet war. Daraus wurde geschlossen, dass der durch die Veranlagung erzielte Zinsbetrag nicht sehr hoch gewesen sein konnte.³⁶⁾ Meines Erachtens ist nicht klar, ob der Höhe der durch die Nutzung der Einkünfte erzielten Erträge tatsächlich Bedeutung beizumessen ist. Vielmehr könnte zur Demonstration des Verfügungsspielraums über empfangene Einkünfte auch nur als ausschlaggebend erachtet werden, dass eine Person die Möglichkeit zu deren Nutzung zur Generierung zusätzlicher Erträge hat, bevor die empfangenen Einkünfte weitergeleitet werden. In welchem

³⁰⁾ Siehe für die anderen Argumente *Riis/Bjørnholm*, First Danish Ruling on Beneficial Ownership, *European Taxation* 2010, 324 (325 ff.); *Arnold*, *Bulletin* 2012, 326 f.

³¹⁾ Zum selben Ergebnis, wonach ein Weiterleiten von Zahlungen an andere Personen als die Anteilseigner unschädlich ist, kam die oberste dänische Verwaltungsbehörde in Steuersachen (*Landskatteretten*) in der Entscheidung SKM2010.729 vom 1. 11. 2010; siehe näher dazu *Booker*, *Recent Developments Regarding Beneficial Ownership in Denmark*, *European Taxation* 2012, 67 (69 f.).

³²⁾ *Arnold*, *Bulletin* 2012, 327.

³³⁾ So auch *Arnold*, *Bulletin* 2012, 327.

³⁴⁾ Vgl. Z. B. AAR (Indien) 23. 3. 2010, No. 826 of 2009, *E*Trade Mauritius Ltd v. DIT (International Taxation) Mumbai*; Audiencia Nacional (Spanien) 18. 7. 2006, 1110/2003; *Landsskatteretten* (Dänemark) 22. 12. 2010, SKM2011.57LSR.

³⁵⁾ Schweizer Bundesverwaltungsgericht 7. 3. 2012, A-6537/2010, Abschnitt 3.4.2.

³⁶⁾ *Arnold*, *Bulletin* 2012, 323.

Ausmaß die Person diese Möglichkeit tatsächlich nutzt, wäre wohl irrelevant, weil diese Entscheidung ja in ihrem alleinigen Ermessen liegt. Des Weiteren ist der Gerichtsentcheidung zu entnehmen, dass aus den vereinnahmten Lizenzgebühren nicht nur Zahlungen an die Muttergesellschaft getätigt, sondern auch Rechnungen und Gebühren beglichen sowie Kredite zurückgezahlt wurden. Welche Höhe diese anderen Ausgaben im Vergleich zu den Zahlungen an die Muttergesellschaft aufwiesen, blieb offen. *Arnold* geht davon aus, dass – bedingt durch die Funktion der Gesellschaft als Holding – derartige Zahlungen nur einen Bruchteil der weitergeleiteten Lizenzgebühren ausmachten.³⁷⁾

Im Ergebnis stellte sich in *Velcro Canda Inc* daher nicht vorrangig die Frage, innerhalb welchen Zeitraums die Einkünfte weitergeleitet wurden, sondern welche Intensität die von der zischengeschalteten Person ausgeübten Tätigkeiten entfalten müssen, um einen automatischen Durchfluss finanzieller Mittel zu verhindern. Es müsste daher wohl im Lichte dieses Urteils auch eine kürzere Zeitspanne zur Demonstration des Verfügungsspielraums über die Einkünfte ausreichen: Könnten eine gewinnbringende Veranlagung der erhaltenen Einkünfte innerhalb eines Zeitraums von beispielsweise einem Tag und das Bestreiten weitere Ausgaben durch diese Einkünfte nachgewiesen wurden, so müsste dies wohl vom kanadischen Tax Court ebenfalls als zur Begründung der Nutzungsberechtigung ausreichend erachtet werden.

Als Gegenargument zu dieser Auffassung könnte allerdings vorgebracht werden, dass bei einer von vornherein bestehenden Verpflichtung zur Weiterleitung der Einkünfte binnen kurzer Zeit gewisse Formen der Nutzung – wie beispielsweise eine langfristige Veranlagung – ausgeschlossen sind. So entschied auch der britische Court of Appeal in *Indofood*, dass eine eintägige Behaltefrist aufgrund der damit verbundenen eingeschränkten Verfügungsmöglichkeiten der Durchlaufgesellschaft über die empfangenen Einkünfte gegen deren Nutzungsberechtigung an diesen Einkünften spricht.

VII. Abschließende Würdigung

Misst man einer Verpflichtung zur Weiterleitung von Einkünften Bedeutung für das Vorliegen von *beneficial ownership* bei, so ergibt sich in einer Zusammenschau von OECD-Kommentar, OECD Discussion Drafts und bisher ergangenen Gerichtsurteilen folgendes Bild: Während die Materialien der OECD nach wie vor sehr allgemein gehalten sind, scheinen sich zwei gegensätzliche Judikaturlinien herausgebildet zu haben. In einigen Gerichtsentscheidungen wird zur Abgrenzung das Bestehen einer rechtlichen Verpflichtung der Mittelsperson zur Weiterleitung der empfangenen Einkünfte herangezogen.³⁸⁾ Auch die Frage, ob eine Pflicht zur Zahlung selbst bei Ausbleiben der Einnahmen besteht, wurde als Beurteilungsmaßstab fruchtbar gemacht.³⁹⁾ Im Gegensatz zu einer solchen Prüfung, die auf eine rechtliche Verpflichtung fokussiert ist, wurde mitunter von Gerichtshöfen aber auch eine wirtschaftlich geprägte Sichtweise vertreten. Demnach soll derjenige Nutzungsberechtigter passiver Einkünfte sein, der unmittelbar Vorteile aus diesen Einkünften zieht. Dafür spricht die Möglichkeit des unmittelbaren Einkünfteempfängers, zumindest einen Teil der erhaltenen Mittel zur Generierung weiterer Einkünfte zu verwenden, die er nicht weiterleiten muss. Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Erhalt und Weiterleitung der Einkünfte kann daher ebenfalls ein Indiz gegen eine Qualifikation des unmittelbaren Einkünfteempfängers als *beneficial owner* sein.⁴⁰⁾

³⁷⁾ *Arnold*, Bulletin 2012, 323.

³⁸⁾ Vgl. die oben besprochenen Fälle *Prévost* des kanadischen Federal Court of Appeal und P No. 13 of 1995 der indischen AAR.

³⁹⁾ Vgl. die Entscheidung des Schweizer Bundesverwaltungsgerichts vom 7. 3. 2012; so auch *Reimer*, How to Conceptualize Beneficial Ownership, in *Lang/Pistone/Schuch/Staringer/Storck* (Hrsg.), *Beneficial Ownership: Recent Trends* (in Druck).

⁴⁰⁾ In diese Richtung tendieren die Entscheidungen in den Rs. *Aiken Industries*, *Northern Indiana Public Service Company*, *SDI Netherlands*, *Indofood* und *Velcro Canada Inc*.

SWI-Quartal Sa bo

inklusive **Onlinezugang**
und **app** zum Hef t-download



Aktion
Jetzt 20%
günstiger!



BESTELLEN SIE JETZT IHR QUARTALSABO

Ja, ich bestelle Exemplare

SWI-Quartalsabonnement 2013 inkl. Onlinezugang und App

(23. Jahrgang 2013, Heft 10-12)

EUR 44,40

(Jahresabo 2013 EUR 222,-)

Alle Preise exkl. MwSt. und 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 jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____ Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____ E-Mail _____

Telefon (Fax) _____ Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift _____

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24,
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0,
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53