

LUÍS EDUARDO SCHOUERI
JOÃO FRANCISCO BIANCO
COORDENADORES

LEONARDO FREITAS DE MORAES E CASTRO
PAULO CÉSAR TEIXEIRA DUARTE FILHO
ORGANIZADORES

ALCIDES JORGE COSTA
APRESENTAÇÃO



ESTUDOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

EM HOMENAGEM AO PROFESSOR GERD WILLI ROTHMANN

ALEXANDRE L. M. DO RÉGO MONTEIRO
ANDRESSA PEGORARO
ARTHUR PEREIRA MUNIZ BARRETO
BETINA TREIGER GRUPENMACHER
BRUNO FAJERSZTAJN
DIOGO DE ANDRADE FIGUEIREDO
ELIDIE PALMA BIFANO
EURÍPEDES GOMES FAIM FILHO
FERNANDO AURELIO ZILVETI
FERNANDO FACURY SCAFF
FLORA FERREIRA DE ALMEIDA
GILBERTO DE CASTRO MOREIRA JR.
GUSTAVO BRIGAGÃO
HUGO FUNARO
HUMBERTO ÁVILA
IGOR MAULER SANTIAGO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JAN CURSCHMANN
JEFERSON TEODOROVICZ
JOACHIM ENGLISH
JOÃO FRANCISCO BIANCO
JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO
LEONARDO F. DE MORAES E CASTRO
LUÍS EDUARDO SCHOUERI

LUÍS FLÁVIO NETO
MARCELO FRÓES DEL FIORENTINO
MARCELO RICARDO ESCOBAR
MARTA OLIVEROS CASTELON
MICHEL HABER NETO
MICHAEL LANG
MIGUEL DELGADO GUTIERREZ
MODESTO CARVALHOSA
MORIS LEHNER
PAULO AYRES BARRETO
PAULO ARTHUR CAVALCANTE KOURY
PAULO BORBA CASELLA
PAULO CALIENDO
PAULO CÉSAR TEIXEIRA DUARTE FILHO
PAULO DE BARROS CARVALHO
PHELIPPE TOLEDO PIRES DE OLIVEIRA
RAMON TOMAZELA SANTOS
REGINA HELENA COSTA
REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA
ROBERTO FRANÇA DE VASCONCELLOS
SACHA CALMON NAVARRO COELHO
SERGIO ANDRÉ ROCHA
TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

QUARTIER LATIN

2016

11. Der Begriff der „shares“ in Art 13 Abs 4 OECD-MA¹

Michael Lang

I. DER HINTERGRUND FÜR DIE SCHAFFUNG DES ART 13 ABS 4 OECD-MA

Gerd Willi Rothmann ist eine herausragende Persönlichkeit, die es in beeindruckender Weise geschafft hat, mehrere Welten miteinander zu verbinden: In Brasilien selbst gehört er zu jenen, die Theorie und Praxis vorbildhaft verknüpfen. Er ist als Wirtschaftsanwalt erfolgreich, gleichzeitig aber auch in der wissenschaftlichen Community der Steuerrechtler hoch angesehen. Wissenschaftler, die selbst zu vielen Fragen des Steuerrechts unterschiedliche Positionen haben, sind sich einig in ihrer Wertschätzung ihm gegenüber. Gerd-Willi Rothmann bringt aber auch in buchstäblicher Weise die verschiedenen Teile der Welt einander näher: Er pendelt zwischen Brasilien und Europa und hier vor allem Deutschland. In Brasilien ist er ein großartiger Gastgeber für Freunde aus der europäischen Steuerrechtscommunity, und ich durfte selbst schon wiederholt seine Gastfreundschaft genießen. In Europa bringt er den dort ansässigen Kollegen die Besonderheiten des brasilianischen Steuerrechts nahe, und meine Kollegen an der WU in Wien und ich selbst haben auch bereits im Rahmen eines Forschungsaufenthalts, den der Jubilar an der WU verbrachte, davon profitiert. Der Gedankenaustausch insbesondere zu Fragen des Rechts der Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) war für uns alle sehr anregend.

Nach wie vor besteht – seit der Kündigung des früheren Abkommens durch Deutschland – kein DBA zwischen Deutschland und Brasilien. Andere von Brasilien abgeschlossene DBA – insbesondere mit Staaten, die selbst wiederum durch ein DBA mit Deutschland verbunden sind – haben dadurch an Bedeutung gewonnen. Gerade deshalb verfolgt Gerd Willi Rothmann die internationalen Entwicklungen im Bereich des DBA-Rechts aufmerksam. Ich möchte daher in meinem Beitrag eine Vorschrift behandeln, die zuerst in das UN-MA aufgenommen wurde und erst dann Eingang in das OECD-MA gefunden hat: Seit 2003 findet sich die für Veräußerungsgewinne an Anteilen von Immobiliengesellschaften maßgebliche Regelung des Art 13 Abs 4

¹ Das Manuskript habe ich am 9. 6. 2016 abgeschlossen. Herrn Daniel Graschitz danke ich für die Unterstützung bei der Literaturrecherche, Erstellung des Anmerkungsapparats und der Fahnenkorrektur.

OECD-MA im Musterabkommen der OECD. Von zentraler Bedeutung ist in dieser Vorschrift jener des Anteils („share“), der etliche Interpretationsfragen aufwirft. Einige dieser Fragen möchte ich nun aufgreifen, und ich hoffe, dem Jubilar auf diese Weise Freude zu bereiten.

Veräußerungsgewinne konnten nach dem OECD-MA – von den Ausnahmen für unbeweglichem Vermögen, Betriebsstätten und Unternehmen der internationalen Schiff- und Luftfahrt abgesehen – ausschließlich im Ansässigkeitsstaat besteuert werden. Das galt ganz generell auch für Gewinne aus der Veräußerung von Gesellschaftsanteilen, wenn sie nicht etwa zum Vermögen einer Betriebsstätte des Unternehmens im Quellenstaat gehörten. Vor allem Entwicklungsländer wollten diese Begünstigung des Ansässigkeitsstaates gegenüber dem Quellenstaat nicht mehr hinnehmen. Bereits in das UN-MA 1980 wurde eine Vorschrift aufgenommen, nach der Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Gesellschaften mit Immobilienbesitz in bestimmten Fällen auch im Belegenheitsstaat des unbeweglichen Vermögens besteuert werden kann². Das OECD-MA zog dann 2003 mit einer eigenen Vorschrift nach. Sinn dieser Regelung ist es, dass die Besteuerung im Quellenstaat nicht mehr vermieden oder zumindest aufgeschoben werden kann, wenn statt der Immobilie Anteile an einer Gesellschaft veräußert werden, in die das unbewegliche Vermögen des Veräußerers eingebracht wurde.

Die Regelung des Art 13 Abs 4 OECD-MA hat folgenden Wortlaut: „Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares deriving more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property situated in the other Contracting State may be taxed in that other State“ Ihre Zielsetzung besteht zwar darin, Umgehungsgestaltungen, die auf die Vermeidung der Besteuerung der Veräußerungsgewinne im Belegenheitsstaat abzielen, hintanzuhalten. Sie stellt aber keineswegs auf eine subjektive Missbrauchsabsicht ab. Der Belegenheitsstaat hat das Besteuerungsrecht, wenn der Wert der Anteile zu mehr als 50 % unmittelbar oder mittelbar auf dort gelegenem unbeweglichen Vermögen beruht. Die Gründe dafür sind unmaßgeblich. Die Vorschrift bewirkt auch keinen anteiligen Durchgriff durch die Gesellschaft: Wenn die Voraussetzungen für ihre Anwendung gegeben sind, hat der Belegenheitsstaat das Besteuerungsrecht

² Art 13 Abs 4 idF UN-MA 1980 lautet: Gains from the alienation of shares of the capital stock of a company the property of which consists directly or indirectly principally of immovable property situated in a Contracting State may be taxed in that State.

für den Gewinn aus der Veräußerung des Anteils, und zwar auch insoweit sein Wert auf unbeweglichem Vermögen in anderen Staaten oder auf ganz anderem Vermögen beruht.

II. DIE IRRELEVANZ DER ANSÄSSIGKEIT DER GESELLSCHAFT

Der Aufbau der Vorschrift des Art 13 Abs 4 OECD-MA ist interessant: Die Regelung stellt auf die Ansässigkeit des Veräußerers einerseits und die Belegenheit des unbeweglichen Vermögens andererseits ab. Der Ansässigkeitsstaat des Veräußerers und der Belegenheitsstaat müssen auseinanderfallen, damit Art 13 Abs 4 OECD-MA angewendet werden kann. Es muss sich dabei um die beiden Vertragsstaaten – und nicht etwa um einen dritten Staat – handeln. Nach dieser Vorschrift ist es aber unerheblich, ob und in welchem Staat der Rechtsträger, an dem die „shares“ bestehen, ansässig ist. Der Rechtsträger ist nicht einmal ausdrücklich genannt. Lediglich die „shares“ sind im Tatbestand erwähnt.

Daher ist die Vorschrift anwendbar, wenn der Rechtsträger, an dem die veräußerten „shares“ bestehen, im selben Staat ansässig ist, in dem auch das maßgebliche unbewegliche Vermögen liegt. Genauso kann Art 13 Abs 4 OECD-MA aber auch zum Tragen kommen, wenn der Rechtsträger im selben Staat ansässig ist, in dem der Veräußerer der „shares“ ansässig ist. Schließlich scheidet die Anwendung des Art 13 Abs 4 OECD-MA aber auch nicht dann, wenn dieser Rechtsträger in einem Drittstaat ansässig ist, unabhängig davon, ob der Ansässigkeitsstaat des Veräußerers oder der Belegenheitsstaat des unbeweglichen Vermögens mit diesem Drittstaat ein DBA abgeschlossen haben. Besteht zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Veräußerers und dem Drittstaat ein DBA, wird dieses auch auf die erzielten Veräußerungsgewinne anwendbar sein und nach der Art 13 Abs 5 OECD-MA nachgebildeten Abkommensvorschrift dieses DBA mit dem Drittstaat wird der Ansässigkeitsstaat des Veräußerers das alleinige Besteuerungsrecht für den erzielten Gewinn haben. All das ändert aber nichts daran, dass das DBA zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Veräußerers und dem Belegenheitsstaat des unbeweglichen Vermögens – und im Besonderen die Art 13 Abs 4 OECD-MA entsprechende Abkommensvorschrift – ebenfalls anwendbar bleibt.

Aus all diesen Gründen ist die Frage, wie der abkommensrechtliche Begriff „shares“ zu interpretieren ist, keineswegs trivial. Will man auf das

innerstaatliche Recht abstellen, kommen in einer Konstellation, in der der Rechtsträger in einem Drittstaat errichtet wurde, mindestens drei verschiedene Rechtsordnungen in Betracht, nämlich jene des Ansässigkeitsstaats des Veräußerers, des Belegenheitsstaats des unbeweglichen Vermögens und eben jene des Drittstaates. Bei jeder dieser Interpretationsvarianten stellt sich aber auch noch die Frage, ob dabei auf das Steuerrecht oder auf das Zivilrecht abzustellen ist.

III. MAßGEBLICHKEIT DES INNERSTAATLICHEN RECHTS?

Jene Autoren, die für die Maßgeblichkeit des innerstaatlichen Rechts für die Abkommensauslegung eintreten, berufen sich üblicherweise dabei auf die Auslegungsvorschrift des Art 3 Abs 2 OECD-MA. Diese Vorschrift bestimmt: „As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purpose of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.“

Will man auf diese Vorschrift rekurrieren, macht der zuletzt erwähnte Satzteil klar, dass das Steuerrecht Vorrang vor anderen Rechtsgebieten – und damit auch vor dem Gesellschaftsrecht – hat. Obwohl der Ausdruck „shares“ in zahlreichen Staaten eine gesellschaftsrechtliche Prägung hat, geht ein spezifisches steuerrechtliches Begriffsverständnis – wenn und insoweit es denn in einem Staat eines gibt – der gesellschaftsrechtlichen Bedeutung vor.

Vor allem aber stellt sich in einer solchen oben beschriebenen Dreieckskonstellation, die sich zur Verprobung der verschiedenen in Betracht zu ziehenden Thesen gut eignet, die Frage, in welchem Staat denn die DBA-Vorschrift des Art 13 Abs 4 OECD-MA „anzuwenden“ ist. Der Drittstaat kommt gar nicht dafür in Betracht. Denn ausschließlich die beiden Vertragsstaaten können Anwendestaaten sein. Selbst wenn der Drittstaat mit einem der beiden oder gar beiden anderen Staaten ein DBA abgeschlossen hat, wird er damit für Zwecke des Abkommens zwischen dem Ansässigkeitsstaat des Veräußerers und dem Belegenheitsstaat des unbeweglichen Vermögens noch nicht zum Anwendestaat.

Will man daher den Begriff der „shares“ nach dem Recht des jeweiligen Anwendestaates auslegen, kämen dafür nur die beiden Staaten in Betracht, die Vertragspartner des Abkommen sind, in dem die Art 13 Abs 4 OECD-MA nachgebildete Abkommensvorschrift enthalten und auch maßgeblich ist. Dies ist zum einen der Ansässigkeitsstaat des Veräußerers, und zum anderen der Staat, in dem das unbewegliche Vermögen gelegen ist. Folgt man den von der OECD im Kontext des Partnership-Reports entwickelten Thesen, wäre dann bei einer unterschiedlichen Qualifikation der „shares“ im Belegenheitsstaat und im Ansässigkeitsstaat auch der Ansässigkeitsstaat an diese Beurteilung des Belegenheitsstaates gebunden³.

IV. DIE ABKOMMENS-AUTONOME AUSLEGUNG

Nach herrschender Auffassung sind aber DBA aufgrund der völkervertraglichen Interpretationsvorschriften aus sich selbst heraus auszulegen. Art 3 Abs 2 OECD-MA durchbricht dieses Prinzip nicht, sondern bestätigt es⁴: Die Maßgeblichkeit des Rechts des Anwendestaates kommt ja nur dann zum Tragen, „wenn der Zusammenhang nichts anderes erfordert“. Bei entsprechend sorgfältiger Auslegung lassen sich nahezu immer Argumente aus dem Zusammenhang gewinnen, vor allem wenn man mit ihm den gesamten Auslegungskanon der völkerrechtlichen Interpretation – also neben dem Wortlaut auch die systematischen, teleologischen und historischen Aspekte – erfasst sieht⁵.

Im konkreten Fall ist zu beachten, dass der Begriff „shares“ nicht bloß in Art 13 Abs 4 OECD-MA verwendet wird. Vielmehr ist er auch ein Schlüsselbegriff in der Dividendendefinition des Art 10 Abs 3 OECD-MA. In der englischen Originalsprache des OECD-MA hat Art 10 Abs 3 OECD-MA folgenden Wortlaut: „The term ‘dividends’ as used in this Article means income from shares, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ rights, mining shares, founders’ shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation

3 Vgl *Lang/Staringer*, Qualification of taxable entities and treaty protection, General Report IFA, Vol 99b, Cahiers de Droit Fiscal International (2014), 19 (56).

4 Vgl dazu die ausführlichen Nachweise bei *Lang*, Art 3 Abs 2 OECD-MA und die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, IWB 2011, 281 (287).

5 Dazu ausführlich *Lang*, Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen (2002) Rz 139.

treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.”

Diese Definition zerfällt somit in mehrere Teile: Im ersten Teil der Definition ist „income from shares, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ rights, mining shares, founders’ shares“ ausdrücklich genannt, und fällt – zumindest dem ersten Anschein nach – jedenfalls unter die Dividendendefinition. Der zweite Teil der Definition spricht „income from [...] other rights, not being debt-claims, participating in profits“ ausdrücklich an. Der dritte Teil der Definition erweitert den Dividendenbegriff um „income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident“. Nur dieser letzte Teil der Definition verweist auf das innerstaatliche Recht des Ansässigkeitsstaates der ausschüttenden Gesellschaft. Die ersten beiden Teile der Definition sehen eine autonome Definition vor, die sich keines Verweises auf innerstaatliches Recht bedient⁶.

Allerdings zeigt eine genaue Analyse dieser Definition, dass zum einen die drei Teile der Definition eng zusammen hängen, und zum anderen der im dritten Teil der Definition enthaltene Verweis auf nationales Recht eng begrenzt ist: Wenn der zweite Teil der Definition von „other rights, not being debt-claims, participating in profits“ spricht, gibt er gleichzeitig dem ersten Teil der Definition schärfere Konturen. Durch die Formulierung „other rights“ wird nämlich deutlich, dass auch die im ersten Teil ausdrücklich genannten „shares, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ rights, mining shares, founders’ shares“ ebenfalls solche Rechte sind, die nicht „debt-claims“ sind. Damit grenzt sich Art 10 Abs 3 OECD-MA gegenüber den unter Art 11 OECD-MA fallenden Zinsen ab, worunter – unter anderem – „debt-claims of any kind“ zu verstehen sind. Somit können unter „shares“ nur Einkünfte verstanden werden, die nicht „debt-claims“ sind.

Dies findet seine Bestätigung auch im dritten Teil der Dividendendefinition, der von „other corporate rights“ spricht und damit deutlich macht, dass es sich bei den „shares“ und bei den „other rights“, die vom ersten und vom zweiten Teil der Dividendendefinition umfasst sind, um „corporate rights“ handeln

⁶ So auch *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht (3) (2011) Rz 16.331; *Tischbirek/Specker* in *Vogel/Lehner*, Doppelbesteuerungsabkommen (6), Art 10 Rz 186; *Grützner* in *Becker/Höppner/Grotherr/Kroppen*, DBA-Kommentar, Art 10 Abs 3 Rz 154; *Debatin*, Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen als Gegenstand verfehlter Rechnungshofrüge, DStZ 1989, 421 (422).

muss. Der für Art 11 Abs 3 OECD-MA zentrale Begriffe der „debt-claims“ steht daher den „corporate rights“ der Dividendendefinition des Art 10 Abs 3 OECD-MA gegenüber. Bei „shares“ muss es sich jedenfalls um „corporate rights“ handeln.

Der dritte Teil der Dividendendefinition ist aber noch in weiterer Sicht aufschlussreich: Er bezieht – zusätzlich zu den ersten beiden Teilen der Definition – „other income from corporate rights“ nur insoweit in den Dividendenbegriff ein, als diese Einkünfte „subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident“ sind. Daraus wird deutlich, dass das Abkommen eine bestimmte steuerliche Behandlung von Einkünften aus „shares“ voraussetzt. Der Begriff der „shares“ ist im Kontext der Dividendendefinition daher vor steuerrechtlichem Hintergrund zu verstehen.

Dies zeigt sich auch darin, dass dieser Teil der Dividendendefinition den Ausdruck der „shares“ mit dem der „company“ in Verbindung bringt. Der Ausdruck „company“ hat seine abkommensrechtliche Legaldefinition in Art 3 Abs 1 lit b OECD-MA: „The term ‚company‘ means any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes“. Damit wird auf die Steuersubjektivität abgestellt. Unter „company“ wird jedes von einer natürlichen Person verschiedenes Steuersubjekt verstanden⁷.

Im Kontext des Art 10 Abs 3 OECD-MA und des Dividendenartikels insgesamt ist die Steuersubjektivität des Errichtungsstaates der „company“ maßgebend. Der andere Vertragsstaat – im Regelfall der Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters – ist dann aufgrund des Art 10 Abs 3 OECD MA an diese Beurteilung gebunden. Liegen für den Quellenstaat auf diese Weise Dividenden vor, dann ist dies auch für den Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters maßgebend. Diese Verknüpfung ergibt sich unmittelbar aus Art 10 Abs 3 OECD-MA. Des Rückgriffs auf Art 23 OECD-MA – wie dies etwa der Partnership-Report zur Lösung von Qualifikationskonflikten vorschlägt – bedarf es dazu nicht.

Diese Überlegungen lassen sich sinngemäß auf Art 13 Abs 4 OECD-MA übertragen. Dafür spricht nicht nur, dass sowohl in Art 10 Abs 3 OECD-MA als auch in Art 13 Abs 4 OECD-MA der Ausdruck „shares“ zentrale Bedeutung hat. Ähnliches gilt nämlich auch für den Ausdruck „company“. Er findet sich

wie schon erwähnt in Art 10 Abs 3 OECD-MA. Art 13 Abs 4 OECD-MA selbst verwendet ihn zwar nicht, aber der dazugehörige Kommentar zum OECD-MA tut dies, sodass deutlich wird, dass auch im Kontext des Art 13 Abs 4 OECD-MA „shares“ nur an einer „company“ begründet werden können⁸.

Somit ist auch in Art 13 Abs 4 OECD-MA „company“ mit einem von einer natürlichen Person verschiedenen Steuersubjekt gleichzusetzen. Dabei stellt sich die Frage, nach welcher Rechtsordnung diese zu beurteilen ist. Aus den schon erwähnten Gründen kann für die Beurteilung der Steuersubjektivität eines in einem Drittstaat errichteten Rechtsträgers nicht dessen Steuerrecht herangezogen werden. Die Beurteilung nach dem Recht eines Staates, der gar nicht Vertragsstaat ist, kann nicht maßgebend sein. Die Parallele zu Art 10 Abs 3 OECD-MA deutet darauf hin, das Steuerrecht jenes Vertragsstaates als relevant anzusehen, der nicht der Ansässigkeitsstaat des Gesellschafters ist. Dies ist im Kontext des Art 13 Abs 4 OECD-MA der Belegenheitsstaat.

Eine weitere Überlegung erhärtet dieses Ergebnis: Art 13 Abs 4 OECD-MA wurde in Art 13 OECD-MA eingefügt, um dem Belegenheitsstaat des unbeweglichen Vermögens das Besteuerungsrecht an den Gewinnen aus Veräußerung von Anteilen an Gesellschaften, die dort überwiegend unbewegliches Vermögen besitzen, einzuräumen. Sonst wäre der frühere Art 13 Abs 4 OECD-MA und nunmehrige Art 13 Abs 5 OECD-MA anwendbar gewesen, demzufolge der Ansässigkeitsstaat des Veräußerers das alleinige Besteuerungsrecht für solche Gewinne hat. Art 13 Abs 5 OECD-MA spricht zwar Gesellschaftsanteile nicht ausdrücklich an. Wenn man aber auch für diese Vorschrift die Parallele zu Art 10 Abs 3 OECD-MA als maßgeblich erachtet, zählt die Beurteilung der Gesellschaft nach dem Recht des – im Vergleich zum Ansässigkeitsstaat des Veräußerers – „anderen Vertragsstaates“.

Ein weiteres Argument lässt sich aus Art 6 Abs 2 OECD-MA gewinnen: Wenn nämlich der Rechtsträger in beiden Vertragsstaaten – dem Ansässigkeitsstaat des Veräußerers der Anteile und dem Belegenheitsstaat des dem Rechtsträger gehörenden unbeweglichen Vermögens – als transparent behandelt wird, ordnet diese Vorschrift an, dass sich die Bedeutung des Ausdrucks unbewegliches Vermögen für Zwecke des DBA zumindest

⁸ *Simontacchi, Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention (2007) 343; Reimer in Vogel/Lehner, Doppelbesteuerungsabkommen Art 13 Rz 127.*

über weite Strecken nach dem Recht des Belegenheitsstaates richtet⁹. Der Ansässigkeitsstaat des Veräußerers ist nach Art 6 Abs 2 OECD-MA an diese Qualifikation gebunden. Aufgrund der Parallele zwischen Art 6 und Art 13 Abs 1 OECD-MA gilt dies auch für die zuletzt genannte Vorschrift. Wenn im Falle der Veräußerung der Rechte an einem als transparent behandelten Rechtsträger das Recht des Belegenheitsstaates maßgebend ist, ist es naheliegend, dass die Beurteilung nach dem Recht desselben Staates auch für die Veräußerung der Anteile an einem dort als „Gesellschaft“ qualifizierten Rechtsträger gilt, und der Ansässigkeitsstaat des Veräußerers der Anteile jeweils daran aufgrund des Abkommenszusammenhanges gebunden ist.

Dieses Ergebnis macht auch dann Sinn, wenn der Rechtsträger in den beiden Vertragsstaaten unterschiedlich behandelt wird¹⁰: Betrachtet der Belegenheitsstaat des unbeweglichen Vermögens den Rechtsträger als Steuersubjekt und folglich für abkommensrechtliche Zwecke als „Gesellschaft“, ist Art 13 Abs 4 OECD-MA sowohl im Belegenheitsstaat als auch im Ansässigkeitsstaat des Veräußerers der Anteile anwendbar. Der Umstand, dass dieser Staat selbst den Rechtsträger als transparent behandelt, steht dem nicht entgegen. Der Belegenheitsstaat hat das Besteuerungsrecht für die Veräußerungsgewinne an den Anteilen. Verhält es sich umgekehrt und stellt der Rechtsträger, dessen Anteile veräußert werden, nach dem Recht des Ansässigkeitsstaates des Veräußerers ein Steuersubjekt dar, während der Belegenheitsstaat den Rechtsträger als transparent behandelt, greift Art 13 Abs 4 OECD-MA in keinem der beiden Staaten. Soweit aus dem Blickwinkel des Belegenheitsstaates durch die Veräußerung der Rechte an dem Rechtsträger die Veräußerung unbeweglichen Vermögens nach Art 13 Abs 1 OECD-MA vorliegt, ist dies auch für den Ansässigkeitsstaat des Veräußerers maßgebend.

V. ZUSAMMENFASSENDE BEWERTUNG

Diese Überlegungen zeigen, dass sich auch schwierige Auslegungsfragen aus dem Zusammenhang des jeweiligen Abkommens lösen lassen. Ein vermeintlich auf Art 3 Abs 2 OECD-MA gestützter Rückgriff auf das innerstaatliche Recht der Anwendestaaten ist nicht erforderlich. Der

⁹ Dazu detailliert *Lang*, *The Relation between Tax Treaty Law and National Law in the Definition of Immovable Property under Article 6 (2) of the OECD Model*, in: *Maisto* (Hrsg) *Immovable Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties* (2015) 64 ff.

¹⁰ Dazu schon *Lang/Staringer*, *General Report*; CDFI 99b, 57.

Norminhalt des Art 3 Abs 2 OECD-MA wäre auch verkannt, wollte man diese Vorschrift so verstehen, einen derartigen Rückgriff zu legitimieren. Vielmehr betont gerade Art 3 Abs 2 OECD-MA – richtig verstanden – die Interpretation aus dem Abkommenszusammenhang. Das hier gewonnene Ergebnis zeigt aber auch, dass der Zusammenhang des Abkommens die Maßgeblichkeit des Rechts eines der beiden Vertragsstaaten ergeben und daraus eine Bindungswirkung für den anderen Vertragsstaat entstehen kann. Im konkreten Fall setzt der Ausdruck „shares“ in Art 13 Abs 4 OECD-MA voraus, dass der Vertragsstaat, in dem das unbewegliche Vermögen liegt, den Rechtsträger, dessen Anteile veräußert werden, als Steuersubjekt behandelt.

O CONCEITO DE “SHARES” NO ART. 13, § 4, DA CONVENÇÃO-MODELO DA OCDE¹¹

Michael Lang

[Tradução livre: Paulo César Teixeira Duarte Filho]

I. OS BASTIDORES DA CRIAÇÃO DO ART. 13, § 4, DA CONVENÇÃO-MODELO DA OCDE (CM-OCDE)

Gerd Willi Rothmann é uma personalidade que se destaca pela forma extraordinária como conseguiu unir mundos distintos: no Brasil mesmo, pertence àqueles que exemplarmente conseguem unir a teoria e prática. Ele é advogado empresarial de sucesso, ao mesmo tempo em que goza de elevado prestígio na comunidade científica de tributaristas. Acadêmicos, mesmo tendo posições diversas sobre assuntos tributários, são uníssonos em apreciá-lo. Gerd Willi Rothmann faz, literalmente, com que as diversas partes do mundo se aproximem: ele movimenta-se entre o Brasil e a Europa e aqui, sobretudo, na Alemanha. No Brasil, ele é um magnífico anfitrião para amigos da comunidade europeia envolvida com Direito Tributário, e eu mesmo já tive a oportunidade de desfrutar de sua hospitalidade por diversas vezes. Na Europa, ele familiariza os colegas locais com as especificidades do Direito Tributário brasileiro, e meus colegas da WU em Viena e eu mesmo também já nos beneficiamos disso,

¹¹ Este manuscrito foi finalizado por mim em 9.6.2016. Agradeço ao Sr. Daniel Graszitz pelo apoio com a pesquisa bibliográfica, o conjunto de notas de rodapé e a correção das provas de formatação.

no âmbito de uma estada de pesquisa e estudos do homenageado na WU. O intercâmbio de ideias, em especial nas questões envolvendo o Direito das convenções para evitar a dupla tributação (CDT), foi a nós muito estimulante.

Continua não existindo uma CDT entre a Alemanha e o Brasil, desde a denúncia da antiga Convenção pela Alemanha. Com isso, as demais convenções assinadas pelo Brasil – especialmente com Estados, que, por sua vez, estão ligados à Alemanha por meio de uma CDT – ganharam relevância. Por esse motivo, Gerd Willi Rothmann acompanha atenciosamente os desenvolvimentos internacionais no campo do Direito das CDTs. Eu gostaria, portanto, de tratar em minha contribuição de um dispositivo, que primeiro foi incorporado à Convenção-Modelo da ONU (CM-ONU) e somente depois ingressou na CM-OCDE: desde 2003, encontra-se na Convenção-Modelo da OCDE, em seu Art. 13, § 4, regra determinante para ganhos de capital na alienação de participações em sociedades imobiliárias. De central importância neste dispositivo é o da participação societária (“share”) que levanta variadas questões de interpretação. Sobre algumas dessas questões eu gostaria de me debruçar agora, e espero, dessa maneira, poder dar uma alegria ao homenageado.

Nos termos da CM-OCDE, os ganhos de capital podiam ser tributados exclusivamente no Estado de residência – exceção feita aos bens imóveis, estabelecimentos e empresas de navegação e aviação. Isso aplicava-se, de forma geral, também a ganhos na alienação de participações societárias (“shares”), caso essas não pertencessem ao patrimônio de um estabelecimento de uma empresa no Estado da Fonte. Sobretudo os países em desenvolvimento não queriam mais aceitar esse benefício do Estado de residência em detrimento do Estado da fonte. Já na CM-ONU 1980, foi incorporado um dispositivo dispondo que os ganhos oriundos da alienação de participações em sociedades com ativo imobiliário, em certos casos, poderiam ser tributados também no Estado onde situados os bens imóveis¹². A CM-OCDE seguiu o exemplo com um dispositivo próprio em 2003. O sentido dessa regra é que a tributação no Estado da fonte não poderia mais ser evitada ou, no mínimo, diferida, caso no lugar do imóvel, fossem alienadas participações em uma sociedade, em cujo capital foi incorporado o bem imóvel do alienante.

12

O Art 13, § 4, da Convenção-Modelo da ONU (CM-ONU) de 1980 dispõe: “Gains from the alienation of shares of the capital stock of a company the property of which consists directly or indirectly principally of immovable property situated in a Contracting State may be taxed in that State”.

A regra do Art. 13, § 4, da CM-OCDE tem o seguinte teor: "Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares deriving more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property situated in the other Contracting State may be taxed in that other State". Sua finalidade consiste, certamente, em evitar estruturas abusivas, objetivando evitar a tributação dos ganhos de capital no Estado de situação do bem. Contudo, ela não pressupõe, de maneira alguma, um intuito subjetivo de abuso. O Estado de localização do bem tem o direito de tributar, caso a participação tenha um valor maior que 50% constituído, direta ou indiretamente, por bens imóveis localizados nele. As razões disso não são relevantes. O dispositivo tampouco possibilita a superação proporcional da personalidade jurídica da sociedade: caso as condições para sua aplicação estejam presentes, o Estado de localização do bem terá o direito à tributação sobre os ganhos oriundos da alienação da participação, especificamente na medida em que seu valor se baseia em bens imóveis em outros Estados ou em bens completamente distintos.

II. A IRRELEVÂNCIA DO DOMICÍLIO DA SOCIEDADE

A estrutura do dispositivo do Art. 13, § 4, CM-OCDE é interessante: a regra mira a residência do alienante, de um lado, e a localização do bem imóvel, de outro. O Estado de residência do alienante e o Estado de localização dos bens imóveis devem ser distintos, para que o Art. 13, § 4, CM-OCDE possa ser aplicado. Nisso, deve tratar-se dos dois Estados contratantes e não de um terceiro Estado. De acordo com este dispositivo, é irrelevante, porém, se e em qual Estado a entidade, a que se referem as "shares", é domiciliada. A entidade não é citada expressamente nenhuma vez. Apenas as "shares" são mencionadas no fato gerador.

Por conseguinte, o dispositivo é aplicável se a entidade, a que se referem as "shares" alienadas, for domiciliada no mesmo Estado no qual o bem imóvel é localizado. Da mesma maneira, porém, o Art. 13, § 4, CM-OCDE pode ser aplicável, se a entidade for residente no mesmo Estado do alienante das "shares". Finalmente, a aplicação do Art. 13, § 4, CM-OCDE também não é prejudicada, se essa entidade for residente em um terceiro Estado, independentemente se o Estado de residência do alienante ou o Estado de localização dos bens imóveis tiver uma CDT assinada com este terceiro Estado. Uma vez existindo uma CDT entre o Estado de residência do alienante e o terceiro Estado, esta também será

aplicável aos ganhos de capital auferidos e, nos termos do dispositivo de uma CDT assinada com o terceiro Estado nos moldes do Art. 13, § 5, CM-OCDE, o Estado de residência do alienante terá o direito exclusivo de tributação sobre os ganhos auferidos. Tudo isso não altera, porém, o fato de a CDT entre o Estado de residência do alienante e o Estado de localização dos bens imóveis igualmente permanecer aplicável, em particular o dispositivo correspondente ao Art. 13, § 4, CM-OCDE.

Por todas essas razões, a questão de como o conceito “shares” das convenções deve ser interpretado não é nada trivial. Desejando-se focar no direito interno, uma constelação em que a entidade foi constituída em um terceiro Estado, há, pelo menos, três diferentes ordenamentos jurídicos a serem considerados, a saber aquele do Estado de residência do alienante, o do Estado onde localizado o bem imóvel e também o do terceiro Estado. Para cada uma destas variantes de interpretação, coloca-se, ainda, a questão se deve ser adotado o Direito Tributário ou o Direito Civil.

III. RELEVÂNCIA DO DIREITO INTERNO?

Os autores que advogam a relevância do Direito interno na interpretação das convenções, invocam, normalmente, a regra de interpretação do Art. 3, § 2, da CM-OCDE. Essa regra determina: “As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purpose of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State”.

Desejando-se recorrer a este dispositivo, a última parte do período citado deixa claro que o Direito Tributário tem prevalência sobre outros ramos do Direito – e, assim, também, sobre o Direito Societário. Embora a expressão “shares” possua um relevo societário em inúmeros países, tem prioridade um entendimento conceitual tributário específico – se e na medida em que existente em determinado Estado – em detrimento de um significado societário.

No entanto, sobretudo em uma constelação triangular como descrita acima, que se adequa bem a testar as diferentes teses consideradas, coloca-se a questão em qual Estado o dispositivo da CDT, correspondente ao Art. 13, § 4, CM-OCDE, deva ser “aplicado”. O terceiro Estado não é levado em

consideração, de forma alguma, pois, exclusivamente os Estados contratantes podem ser Estados de aplicação. Mesmo quando o terceiro Estado tenha uma CDT assinada com um ou ambos os outros Estados, não será ele o Estado de aplicação para fins da convenção entre o Estado de residência do alienante e o Estado de localização do bem imóvel.

Portanto, desejando-se interpretar o conceito de "shares" conforme o direito do respectivo Estado de aplicação, seriam considerados apenas os dois Estados partes da convenção que tivesse dispositivo determinante, concebido conforme o Art. 13, § 4, da CM-OCDE. Este é, por um lado, o Estado de residência do alienante e, de outro, o Estado onde situado o bem imóvel. Caso se sigam as teses desenvolvidas pela OCDE no contexto do *Partnership-Report*, na hipótese de uma qualificação conflitante do termo "shares" no Estado de localização do bem e no Estado de residência, também o Estado de residência estaria vinculado a essa avaliação pelo Estado de localização do bem¹³.

IV. A INTERPRETAÇÃO AUTÔNOMA DA CONVENÇÃO

De acordo com a opinião dominante, com base nas regras de interpretação de convenções internacionais, as CDTs devem ser interpretadas autonomamente. O Art. 3, § 2, da CM-OCDE não rompe este princípio, mas o confirma¹⁴: a prevalência do direito do Estado de aplicação apenas ocorrerá, "caso o contexto não exija interpretação diferente". Numa interpretação cuidadosa, podem ser encontrados, quase sempre, argumentos a partir do contexto, sobretudo se nele se considerar coberto todo o cânone de interpretação do direito internacional – portanto, ao lado da literalidade também os aspectos sistemáticos, teleológicos e históricos¹⁵.

No caso concreto, deve-se considerar que o termo "shares" não é utilizado apenas no Art. 13, § 4, da CM-OCDE. Antes, ele é também um conceito-chave na definição de dividendos do Art. 10, § 3, da CM-OCDE. No idioma original em inglês da CM-OCDE, o Art. 10, § 3, da OCDE tem o seguinte texto: "The term 'dividends' as used in this Article means income from shares, 'jouissance' shares or 'jouissance' rights, mining shares, founders' shares or other

13 Cf. LANG/STARINGER, *Qualification of taxable entities and treaty protection*, General Report IFA, vol 99b, Cahiers de Droit Fiscal International (2014), 19 (56).

14 Sobre isso, vide referências detalhadas em LANG, *Art 3 Abs 2 OECD-MA und die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen*, IWB 2011, 281 (287).

15 Detalhadamente em LANG, *Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen* (2002) Rz 139.

rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident”.

Essa definição divide-se, pois, em várias partes: na primeira parte da definição está expressamente mencionado “income from shares, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ rights, mining shares, founders’ shares”, e se enquadra – pelo menos à primeira vista – na definição de dividendos. A segunda parte da definição refere-se expressamente a „income from [...] other rights, not being debt-claims, participating in profits”. A terceira parte da definição estende o termo “dividendos” para “income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident”. Apenas a última parte da definição remete ao direito interno do Estado de residência da sociedade distribuidora dos dividendos. As primeiras duas partes da definição preveem uma definição autônoma, não se utilizando de qualquer remissão ao direito interno¹⁶.

Todavia, uma análise precisa desta definição mostra, de um lado, que as três partes da definição estão intimamente ligadas e, de outro, que a remissão ao direito nacional, contido na terceira parte da definição, é extremamente limitada: a segunda parte da definição refere-se a “other rights, not being debt-claims, participating in profits”, ela, concomitantemente, dá contornos mais nítidos à primeira parte da definição; pois, por meio da expressão “other rights”, torna-se claro que “shares, ‘jouissance’ shares or ‘jouissance’ rights, mining shares, founders’ shares”, mencionadas expressamente na primeira parte, também são desses direitos que não representam “debt-claims”. Com isso, fica delimitado o Art. 10, § 3, da CM-OCDE em relação aos juros, que se enquadram no Art. 11 da CM-OCDE – dentre outros – designam os “debt-claims of any kind”. Assim, como “shares”, devem ser entendidos somente os rendimentos que não sejam “debt-claims”.

Isso é confirmado também na terceira parte da definição de dividendos, que fala de “other corporate rights” e, com isso, deixa claro que por “shares” e por

16 Assim também em SCHAUMBURG, *Internationales Steuerrecht* (3) (2011) Rz 16.331; TISCHBIREK/SPECKER in VOGEL/LEHNER, *Doppelbesteuerungsabkommen* (6) Art 10 Rz 186; GRÜTZNER in BECKER/HÖPPNER/GROTHERR/KROPPEN, *DBA-Kommentar*, Art 10 Abs 3 Rz 154; DEBATIN, *Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen als Gegenstand verfehlter Rechnungshofrüge*, DStZ 1989, 421 (422).

"other rights", que estão compreendidos pela primeira e pela segunda parte da definição de dividendos, deve tratar-se de "corporate rights". Ao termo central de "debt-claims" do Art. 11, § 3, da CM-OCDE contrapõem-se, portanto, os "corporate rights" da definição de dividendos do Art. 10, § 3, da CM-OCDE. "Shares", em todo caso, deve tratar-se de "corporate rights".

A terceira parte da definição de dividendos é elucidativa sobre outro aspecto: adicionalmente às primeiras duas partes da definição – ela inclui "other income from corporate rights" no conceito de dividendos, somente na medida em que esses rendimentos sejam "subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident". Daí torna-se mais claro que a convenção pressupõe um determinado tratamento tributário aos rendimentos oriundos de "shares". Portanto, o termo "shares" deve ser entendido, no contexto da definição de dividendos, sob o fundo tributário.

Isso mostra-se, também, no fato de que esta parte da definição de dividendos liga a expressão "shares" à de "company". A expressão "company" tem sua definição legal nas convenções no Art. 3, § 1, alínea b da CM-OCDE: "The term 'company' means any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes". Com isso, destaca-se a sujeição tributária passiva. Entende-se por "company" todo sujeito passivo tributário distinto de uma pessoa física¹⁷.

No contexto do Art. 10, § 3, da CM-OCDE e do artigo sobre dividendos como um todo, é determinante a subjetividade fiscal do Estado de constituição da "company". Em razão do Art. 10, § 3, da CM-OCDE, o outro Estado contratante – como regra o Estado de residência do sócio – é vinculado a esta interpretação. Uma vez existindo dividendos, dessa forma, para o Estado da fonte, isso também será determinante para o Estado de residência do sócio. Essa vinculação resulta diretamente do Art. 10, § 3, da CM-OCDE. O reenvio ao Art. 23 da CM-OCDE – como sugerido pelo *Partnership-Report* como solução para conflitos de qualificação – não se faz necessário.

Essas considerações podem ser transferidas, *mutatis mutandis*, ao Art. 13, § 4, da CM-OCDE. Para isso, não se leva apenas em conta que a expressão "shares" tem um significado central no Art. 13, § 3, da CM-OCDE como

¹⁷ Detalhadamente em LANG, *Hybride Finanzierungen im Internationalen Steuerrecht - Rechtsgrundlagen der Doppelbesteuerungsabkommen zur Beurteilung von Mischformen zwischen Eigen- und Fremdkapital* (1991) 75.

também no Art. 13, § 4, da CM-OCDE. De forma similar, vale também à expressão “company”. Como já mencionado, ela se encontra no Art. 10, § 3, da CM-OCDE. O próprio Art. 13, § 4, da CM-OCDE dela não se utiliza, mas o faz o respectivo Comentário à CM-OCDE, de modo que se torna claro que, também no contexto do Art. 13, § 4, da CM-OCDE, “shares” somente poderá ter numa “company”¹⁸.

Assim, também no Art. 13, § 4, da CM-OCDE, o termo “company” deve ser equiparado a um sujeito tributário passivo distinto de uma pessoa física. Nisso, coloca-se a questão conforme qual ordenamento jurídico isso deve ser interpretado. Com base nas razões já expostas, a interpretação sobre a sujeição passiva tributária de uma entidade constituída em um terceiro Estado não pode estar vinculada ao seu Direito tributário. A interpretação conforme o Direito de um Estado, que não seja Estado contratante, não pode ser aplicável. A analogia ao Art. 10, § 3, da CM-OCDE aponta que deve ser considerado relevante o Direito tributário daquele Estado contratante que não seja o de residência do sócio. Esse, no contexto do Art. 13, § 4, da CM-OCDE, é o Estado de localização do bem.

Uma outra consideração corrobora essa conclusão: o Art. 13, § 4, da CM-OCDE foi inserido no Art. 13 da CM-OCDE para conceder ao Estado de localização do bem imóvel o direito de tributar os ganhos oriundos da alienação de participação em sociedades, que detenham nele preponderantemente bens imóveis. Caso contrário, teria sido aplicável o antigo Art. 13, § 4, da CM-OCDE, renumerado como Art. 13, § 5, da OCDE-CM, pelo qual o Estado de residência do alienante tem o direito exclusivo para tributar tais ganhos. O Art. 13, § 5, da CM-OCDE não fala expressamente de participações societárias. Caso, contudo, se considere relevante para este dispositivo também a analogia ao Art. 10, § 3, da CM-OCDE, vale a consideração da sociedade conforme o Direito do “outro Estado contratante” – em comparação ao Estado de residência do alienante.

Um outro argumento pode ser deduzido do Art. 6, § 2, da CM-OCDE: se a entidade for tratada como transparente em ambos os Estados contratantes – no Estado de residência do alienante das participações e no Estado da localização do bem pertencente à entidade – estabelece este dispositivo que o significado da expressão “bem imóvel” para fins da CDT, pelo menos em grande parte, rege-se

¹⁸ SIMONTACCHI, *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention* (2007) 343; REIMER in VOGEL/LEHNER, *Doppelbesteuerungsabkommen* (6) Art 13 Rz 127.

pelo Direito do Estado de localização do bem¹⁹. O Estado de residência do alienante é vinculado a esta qualificação, conforme preceitua o Art. 6, § 2, da CM-OCDE. Em virtude do paralelo entre o Art. 6 e o Art. 13, § 1, da CM-OCDE, isso vale também para o derradeiro dispositivo mencionado. Se, em caso de alienação dos direitos em uma entidade tratada como transparente, o direito aplicável for do Estado de sua localização, evidentemente será válida a interpretação conforme o Direito do mesmo Estado também para a alienação das participações em uma entidade que seja qualificada ali como "sociedade", e o Estado de residência do alienante das participações será, por conseguinte, vinculado a essa interpretação em razão do contexto da convenção.

Este resultado também faz sentido, caso a entidade seja tratada diferentemente em ambos os Estados contratantes²⁰: se o Estado de localização do bem imóvel considerar a entidade como sujeito passivo tributário e, conseqüentemente, como "sociedade" para fins da convenção, o Art. 13, § 4, da CM-OCDE é aplicável tanto no Estado de localização do bem quanto no Estado de residência do alienante das participações. A circunstância de que este próprio Estado trata a entidade como transparente, não é obstáculo. O Estado de localização do bem tem o direito à tributação dos ganhos de capital oriundos da alienação das participações. Caso contrário, e se a entidade, cujas participações serão alienadas, for considerada como um sujeito passivo pelo Direito do Estado de residência do alienante, enquanto que no Estado de localização do bem ela for tratada como transparente, o Art. 13, § 4, da CM-OCDE não se aplica em nenhum dos dois Estados. Na medida em que, da perspectiva do Estado de localização do bem, uma alienação de direitos em uma entidade seja considerada uma alienação de bem imóvel nos termos do Art. 13, § 1, da CM-OCDE, isso valerá também ao Estado de residência do alienante.

V. AVALIAÇÃO CONCLUSIVA

Essas considerações demonstram que até mesmo questões difíceis de interpretação podem ser resolvidas pelo contexto da respectiva convenção. Um suposto reenvio ao direito interno do Estado de aplicação da convenção, baseado no Art. 3, § 2, da CM-OCDE, não se faz necessário. O teor da norma do Art. 3,

¹⁹ Sobre isso, vide detalhes em LANG, *The Relation between Tax Treaty Law and National Law in the Definition of Immovable Property under Article 6 (2) of the OECD Model*, in MAISTO (Coord.) *Immovable Property under Domestic Law, EU Law and Tax Treaties* (2015) 64 ss.

²⁰ Vide LANG/STARINGER, *General Report*, CDFI 99b, 57.

§ 2, da CM-OCDE também seria mal compreendido, caso se quisesse entender este dispositivo como legitimação a um reenvio desse tipo. Pelo contrário, o Art. 3, § 2, CM-OCDE destaca – entendido corretamente – a interpretação pelo contexto da convenção. A conclusão chegada aqui mostra também que o contexto da convenção pode resultar na determinação do Direito de um dos dois Estados contratantes e, por conseguinte, gerar um efeito vinculante ao outro Estado contratante. No caso concreto, a expressão “shares” no Art. 13, § 4, da CM-OCDE pressupõe que o Estado contratante, onde localizado o bem imóvel, trate como sujeito passivo tributário a entidade, cujas participações são alienadas.