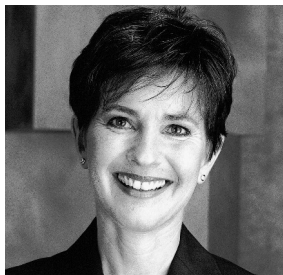


Die Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht

Dr. iur. Maja Bauer-Balmelli



*Dr. iur. Maja Bauer-Balmelli,
dipl. Steuerexpertin, Partnerin,
Pestalozzi Lachenal & Patry,
Zürich (ab 1. November 2002)*

Inhalt

1	Überblick	4.1.4	Die typischen Fälle in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung
2	Die Steuerumgehung – Grundsätzliches	4.1.4.1	Die wesentlichen Sachverhaltsmerkmale
2.1	Die Doktrin	4.1.4.2	Die Rechtsfolgen
2.1.1	Echte Steuerumgehung als Problem der unechten Lücken – Unechte Steuerumgehung als Auslegungsproblem	4.1.5	Die Ergänzung der Bundesgerichtspraxis durch die Verwaltung
2.1.2	Legalitätsprinzip und Rechtsmissbrauch	4.1.6	Das Verhältnis zum Kriterium «Recht zur Nutzung»
2.2	Die Überprüfung auf Steuerumgehung in der Praxis – Rechtsgrundlagen und Rechtsfolge	4.1.6.1	Der Begriff «Recht zur Nutzung»
2.2.1	Die Tatbestandselemente gemäss bundesgerichtlicher Steuerumgehungsformel	4.1.6.2	Die Auslegung des Bundesgerichtes
2.2.2	Die Rechtsfolgen	4.1.6.3	Folgerung
2.2.3	Die Ersatztatbestände	4.1.6.4	Die typischen Problemfälle
3	Die Steuerumgehung bei der Erhebung der Verrechnungssteuer	4.1.6.5	Die Abgrenzung: Steuerumgehung vs. Recht zur Nutzung
3.1	Die Gewährleistung der Steuererhebung	4.2	Die Steuerumgehung im internationalen Verhältnis
3.1.1	Umgehung des Steuerobjektes	4.2.1	Grundsätzliches zur Rückerstattung im internationalen Verhältnis
3.1.2	Umgehung des Steuersubjektes: Der Inländerbegriff	4.2.2	Die Missbräuchliche Inanspruchnahme von DBA
3.1.3	Die Sitzverlegung	4.2.2.1	Grundsätzliches
3.2	Doppelte Erhebung zwecks Vermeidung einer doppelten oder missbräuchlichen Rückerstattung	4.2.2.2	Das Bekämpfungsinstrumentarium
3.2.1	Repo- und SLB-Transaktionen	4.2.2.3	Der Steuerumgehungsvorbehalt im internationalen Verhältnis
4	Die Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer	4.2.3	Das Verhältnis zum Anspruchskriterium «beneficial ownership»
4.1	Die Steuerumgehung im schweizinternen Verhältnis: Art. 21 Abs. 2 VStG	4.2.3.1	Der Begriff «beneficial ownership»
4.1.1	Grundsätzliches zur Rückerstattung und zum Umgehungsvorbehalt	4.2.3.2	Die Abgrenzung zum DBA-Missbrauch – ein möglicher Ansatz
4.1.2	Die Legaldefinition resp. Generalklausel	5	Steuerumgehung beim Verkauf von Beteiligungsrechten?
4.1.3	Das Objekt der Umgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG	5.1	Beteiligungsverkäufe im Inland
4.1.3.1	Erläuterungen des Bundesgerichtes	5.1.1	Inländische Systemwechselfälle
4.1.3.2	Das Objekt der Umgehung – These resp. Folgerung	5.1.2	Mögliche Steuerumgehungsfälle
		5.2	Grenzüberschreitende Beteiligungsverkäufe
		5.2.1	Die Praxis: Steuerumgehung, Altreservenpraxis
		5.2.2	Würdigung: Steuerumgehung vs. DBA-Missbrauch
		6	Fazit und Postulate
			Literatur

1 Überblick

Das Thema Steuerumgehung hat im Verrechnungssteuerrecht verschiedene Facetten: Es beinhaltet einerseits die Steuerumgehung bei der Erhebung der Verrechnungssteuer und andererseits die Steuerumgehung bei deren Rückerstattung. Während die Beurteilung der Steuerumgehung bei der Erhebung nach national-rechtlichen Gesichtspunkten erfolgen kann, basiert diese bei der Rückerstattung je nach Sachverhalt entweder auf nationalem oder aber auf internationalem Recht. Zudem gilt es bei der Handhabung des Steuerumgehungsvorbehaltes bei der Rückerstattung zu berücksichtigen, dass im nationalen Verhältnis der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, im internationalen dagegen ihr Fiskalzweck im Vordergrund steht.

Zur Verhinderung der Steuerumgehung werden je nach Sachverhalt und Entscheidungsinstanz grundsätzlich die vom Bundesgericht entwickelte Steuerumgehungsformel, im Verrechnungssteuergesetz enthaltene oder von der Verwaltung entwickelte Ersatztatbestände, das weder eigenständig klar definierte noch im Verhältnis zur Steuerumgehung sauber abgegrenzte Kriterium «Recht zur Nutzung», die einschlägigen DBA-rechtlichen Bestimmungen, ein allgemeiner Missbrauchs- und Umgehungsvorbehalt oder eine Kombination oder eine freie Erweiterung dieser Behelfe verwendet. Die Grundproblematik liegt wohl darin, dass insbesondere in Bezug auf die Rückerstattung der Verrechnungssteuer das Schutzobjekt des Steuerumgehungsvorbehaltes nicht genügend klar definiert, sondern unzulässig verallgemeinert in die Argumentation einbezogen wird, und damit auch in der mangelnden Disziplin bei der rechtlichen Begründung. Markantes Beispiel der praktizierten Steuerumgehungsbekämpfung ist die bisher scheinbar gefestigte, aber letztlich nicht sauber fundierte Altreservenpraxis.

Ziel der nachfolgenden Darlegungen ist es, die geltende Praxis und Doktrin und insbesondere Ansätze für eine differenzierte, der grundlegenden Konzeption und Zwecksetzung des Verrechnungssteuerrechtes gerecht werdende Handhabung des Steuerumgehungsvorbehaltes, im Zusammenhang mit der Rückerstattung insbesondere auch in Abgrenzung zum Kriterium «Recht zur Nutzung», aufzuzeigen. Der Fokus liegt aufgrund seiner Bedeutung beim Steuerumgehungsvorbehalt im Rahmen

der Rückerstattung der Verrechnungssteuer, mithin bei Art. 21 Abs. 2 VStG. Die ganze Thematik wird aufgrund der besonderen Bedeutung und Ergiebigkeit anhand der Erträge aus Beteiligungsrechten dargelegt; so auch die beispielhafte Umsetzung der Überlegungen unter Ziff. 4, Steuerumgehung beim Verkauf von Beteiligungsrechten? – Zunächst gilt es aber, das Phänomen der Steuerumgehung generell kurz zu betrachten.

2 Die Steuerumgehung – Grundsätzliches

2.1 Die Doktrin

2.1.1 Echte Steuerumgehung als Problem der unechten Lücken – Unechte Steuerumgehung als Auslegungsproblem

Gemäss der von Höhn¹ begründeten Doktrin liegt eine echte Steuerumgehung nur dann vor, wenn der Steuerpflichtige durch eine entsprechende Sachverhaltsgestaltung eine, bei sorgfältiger Auslegung ermittelte, unbeabsichtigte Unvollständigkeit der Rechtsordnung, eine sog. unechte Lücke, offensichtlich rechtsmissbräuchlich ausnützt und damit denselben Erfolg resp. denselben wesentlichen Nutzen erzielt wie bei der Verwirklichung des steuerbaren Tatbestandes.

Mit anderen Worten wird eine vermeintliche oder eben unechte Steuerumgehung bereits durch eine teleologisch richtige Auslegung der vermeintlich umgangenen Norm vermieden², während die Frage der echten Steuerumgehung erst nach solcherart erfolgter Auslegung zu prüfen ist.

Kann der zu beurteilende Sachverhalt, so wie er verwirklicht worden ist, nicht unter die – zivilrechtlich oder wirtschaftlich konzipierte³ – Norm subsumiert werden und würde die Nichterfassung des verwirklichten Sachverhalts in hohem Masse als ungerecht und stossend empfunden, ist eine unechte Lücke im Gesetz anzunehmen; eine echte Steuerumgehung liegt vor. Dass es sich um eine unechte Lücke handelt, d.h. die Unvollständigkeit des Gesetzes nicht beabsichtigt ist, lässt sich auch daraus ableiten, dass der Steuerpflichtige eine ungewöhnliche, den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessene Gestaltung wählen müssen, um den gewünschten Erfolg zu erreichen.

1 HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 145 ff.; seither auch: BÖCKLI, S. 289 ff.; LOCHER, Rechtsfindung, S. 190 ff.; HÖHN/VALLENDER, S. 17 f.; HÖHN/WALDBURGER, S. 171 ff.; LOCHER, ASA 60 (1991/92), S. 13.

2 LOCHER, Rechtsfindung, S. 133 f. und S. 225 mit weiteren Verweisen.

3 REICH, S. 93 f. hat darauf hingewiesen, dass auch wirtschaftlich konzipierte Normen Sinnschranken aufwiesen und deshalb der echten Steuerumgehung zugänglich seien. Anders noch HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 145 ff., der das Problem der unechten Lücken auf die zivilrechtlich konzipierten Normen, deren zivilrechtliche Bedeutung massgebend ist, konzentriert hat.

2.1.2 Legalitätsprinzip und Rechtsmissbrauch

Weiter wird postuliert, die Anwendung der Steuerumgehungsdoktrin praktisch nur auf die Fälle von Steuerumgehungen anzuwenden, die einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellen; dies insbesondere, falls ein Umgehungstatbestand im Steuergesetz nicht explizit statuiert ist. Dessen Bekämpfung kann sich dann, auch ohne explizite gesetzliche Grundlage, auf das Rechtsmissbrauchsverbot gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB stützen, welches ein für die ganze Rechtsordnung geltendes Prinzip darstellt⁴.

Die Frage, wann ein nicht zu anerkannter Rechtsmissbrauch vorliegt, hat Böckli⁵ mit seiner *Vektoretheorie* anschaulich dargestellt. Ein Rechtsmissbrauch ist anzunehmen, wenn eine steuerpflichtige Person einen an sich klaren wirtschaftlichen Grundentschluss auf widersprüchliche Art und Weise verwirklicht, indem sich die steuerpflichtige Person eines Ausweichgeschäftes bedient und dieses mit sogenannten Korrekturgeschäften kombiniert, welche die Rechtswirkungen des Ausweichgeschäftes selektiv aufzuheben vermögen. Die Resultante aus diesen gegenläufigen Rechtsgeschäften entspricht weitestgehend dem – bei gradliniger Verwirklichung Steuern auslösenden – Grundentschluss. «Das *Ausweichgeschäft* und das einzige oder die mehreren korrigierenden *gegenläufigen Geschäfte* verwirklichen kombiniert den Entschluss, wobei weder das Ausweichgeschäft noch die Korrekturgeschäfte für sich allein unter den gesetzlichen Steuertatbestand fallen.»⁶ Indem an sich zulässige Gestaltungsmöglichkeiten gegenläufig eingesetzt werden, werden sie missbraucht.

2.2 Die Überprüfung auf Steuerumgehung in der Praxis – Rechtsgrundlagen und Rechtsfolge

Einigkeit besteht zumindest in der Doktrin, dass der Sachverhalt erst im Anschluss an eine de lege artis erfolgte Auslegung der in Frage stehenden Norm auf Steuerumgehung zu überprüfen ist. In der Praxis allerdings erfolgt die Identifikation und Bekämpfung der Steuerumgehung mittels Mechanismen und Instrumenten verschiedener Qualität: der *bundesgerichtlichen Steuerumgehungsformel* einerseits sowie gesetzlichen,

allenfalls in der Verordnung geregelten, durch die Verwaltung entwickelten, lediglich praktizierten oder in Kreisschreiben und Merkblättern publizierten *Ersatztatbeständen* andererseits.

2.2.1 Die Tatbestandselemente gemäss bundesgerichtlicher Steuerumgehungsformel

Das Bundesgericht hat in seiner langjährigen Praxis das Vorliegen einer verpönten Steuerumgehung⁷ stets an drei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen geknüpft⁸:

- Eine objektive: Die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung erscheint als ungewöhnlich (insolite), sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen.
- Eine subjektive: Es ist anzunehmen, dass diese Wahl missbräuchlich und lediglich deshalb getroffen worden ist, um Steuern einzusparen, welche bei sachgerechter Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären.
- Eine effektive: Das gewählte Vorgehen führte tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis, falls es von den Steuerbehörden hingenommen würde.

Das *objektive* Tatbestandsmerkmal gilt als erfüllt, wenn die ungewöhnliche, den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessene Gestaltung wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis führt wie der unmittelbar der Besteuerung unterworfenen Tatbestand⁹. Das *subjektive* Moment der Umgehungsabsicht, der subjektive Wille, ist nur insofern entscheidend, als er sich in den objektiven Gesamtumständen manifestiert. Erweist sich das gewählte Vorgehen als ungewöhnlich, führte es zu einer erheblichen Steuerersparnis, und liegen keine einleuchtenden, nicht fiskalischen Gründe für das gewählte Vorgehen vor, so wird im Sinne einer natürlichen Vermutung¹⁰ die Steuerumgehungsabsicht angenommen¹¹. Für die solcherart getroffene Annahme wird die Frage, ob tatsächlich ein Rechtsmissbrauch vorliegt, nicht geprüft¹². Drittes, relativ problemlos feststellbares Tatbestandselement der Steuerumgehung ist die *effektive*, erhebliche Steuerersparnis, die bei Anerkennung der gewählten Sachverhaltsgestaltung erzielt würde.

Diese allgemein gültige bundesgerichtliche Steuerumgehungsformel findet auch dann Anwendung, wenn das

4 IMBODEN/RHINOW, S. 457 ff. mit Nachweisen.

5 BÖCKLI, S. 289 ff.

6 BÖCKLI, S. 299.

7 Zur Abgrenzung der verpönten Steuerumgehung von der erlaubten Steuerersparnis: HÖHN, StR 29 (1974), S. 143 ff.; MEILI, S. 15 ff.

8 Statt vieler: BGer 2.4.1993, ASA 63 (1994/95) 822 Erw. 1. Diese Definition geht auf die Umschreibung von Blumenstein

zurück, welcher sie dem deutschen Abgaberecht entnommen hatte; LOCHER, Rechtsfindung, S. 191 ff.

9 MEILI, S. 6 ff.

10 VALLENDER, S. 438 ff.

11 MEILI, S. 9 f.

12 HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 159.

in Frage stehende Steuergesetz einen Steuerumgehungstatbestand nicht explizit statuiert¹³, wie z.B. das VStG in Bezug auf die Steuererhebung.

2.2.2 Die Rechtsfolgen

Sind die drei Voraussetzungen der Steuerumgehung gemäss bundesgerichtlicher Formel erfüllt, wird der zivilrechtlich an sich gültigen Gestaltung die Anerkennung versagt, und es wird jener Sachverhalt der Besteuerung zugrunde gelegt, den die steuerpflichtige Person zum Zwecke der Steuerumgehung vermieden hat und der sachgemässer Ausdruck des von den Beteiligten erstrebten wirtschaftlichen Zweckes gewesen wäre¹⁴. Dass als Folge der Feststellung einer Steuerumgehung eine *Sachverhaltsfiktion*¹⁵ Platz greift und keine Normberichtigung, ist eine Feststellung, die insbesondere im Zusammenhang mit den typischen grenzüberschreitenden Steuerumgehungsfällen bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer von Bedeutung ist.

2.2.3 Die Ersatztatbestände

Bei den sogenannten Ersatztatbeständen stellt sich, zumindest soweit sie nicht bereits im Gesetz geregelt sind, die Frage, ob es sich dabei um eine ausformulierte, manchmal quantitativ objektivierte, jedenfalls aber um eine sich im Rahmen des Rechtmässigen bewegendende Auslegung der anzuwendenden Norm handelt oder aber um den Auslegungsrahmen sprengende, eigenständige Steuer- (Umgehungs-) Tatbestände. Soweit diese in der Praxis als safe-haven rule angewandt werden, ist gegen eine (auch quantitative) Objektivierung nichts Grundsätzliches einzuwenden; das Moment der Praktikabilität hat jedenfalls einen nicht unbedeutenden Stellenwert. Ohne die Zulassung eines Exkulpationsbeweises stünden diese aber in deutlichem Widerspruch zu der bundesgerichtlichen Umgehungsformel und zum Legalitätsprinzip im Speziellen. Bei der Anwendung von nicht im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren eingeführten Ersatztatbeständen ist ganz grundsätzlich Zurückhaltung geboten; die bundesgerichtlichen Kriterien der Steuerumgehung sind sowohl bei deren Normierung als auch bei deren Handhabung stets im Auge zu behalten.

Nachfolgend werden z.T. auch die gesetzlich statuierten Ersatztatbestände in die Betrachtung mit einbezogen, da sie klare Hinweise auf den Gehalt des Grundtatbestandes und damit auf dessen Umgehungspotential zu geben vermögen.

3 Die Steuerumgehung bei der Erhebung der Verrechnungssteuer

Im Bereich der Erhebung der Verrechnungssteuer gelten nicht nur Regeln, welche die Steuererhebung gewährleisten sollen, sondern auch solche, die bereits im Moment der Erhebung der Steuer eine allfällige Umgehung bei deren Rückerstattung verhindern sollen.

3.1 Die Gewährleistung der Steuererhebung

Steuerobjekt der Verrechnungssteuer sind der Ertrag beweglichen Kapitalvermögens, Lotteriegewinne und gewisse Versicherungsleistungen, sofern der Leistungsschuldner ein Inländer ist. Das Umgehungspotential liegt demnach einerseits bei der steuerbaren Leistung – dem *Steuerobjekt* – und andererseits beim Leistungsschuldner, dem Inländer und *Steuersubjekt*. Anders als im Zusammenhang mit der Steuerrückerstattung enthält das Verrechnungssteuergesetz im Abschnitt über die Steuererhebung keine explizite Steuerumgehungs-Generalklausel, sondern einzelne Bestimmungen, welche letztlich der Verhinderung von Steuerumgehungen resp. der allgemeinen Missbrauchsbekämpfung¹⁶ dienen.

3.1.1 Umgehung des Steuerobjektes

Ein nicht explizit statuiertes Ersatztatbestand ist der *Mantelhandel*: Der Handwechsel einer Mehrheit von Beteiligungsrechten an einer inländischen Gesellschaft, welche wirtschaftlich liquidiert oder in liquide Form gebracht worden ist, wird steuerlich wie eine Liquidation mit anschliessender Neugründung behandelt; dies sowohl für Zwecke der allgemeinen Einkommenssteuern, der Emissionsabgabe als auch der Verrechnungssteuer. Damit wird der Mantelhandel für alle involvierten Steuerarten – wiewohl strikt getrennt zu betrachten – identisch als Steuerumgehung behandelt. Grundlage für dessen verrech-

13 HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 156 ff.

14 BGer 2.4.1993, ASA 63 (1994/95) 822 Erw. 1; HÖHN, ASA 46 (1977/78), S. 145.

15 HÖHN/WALDBURGER, S. 174 f.; LOCHER, Rechtsfindung, S. 197 ff.; TIPKE/LANG, § 5 N. 108, führen zu § 42 AO, der den Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten regelt, aus, dieser Paragraph führe nicht zur Besteuerung eines fiktiven oder fingierten Sachverhalts, sondern zur Besteuerung des wahren

wirtschaftlichen Sachverhalts. Dies sei nur aus der Sicht des vom Zivilrecht her denkenden Formalisten eine Fiktion.

16 So dienen z.B. der Verhinderung der missbräuchlichen Inanspruchnahme der gesetzlich statuierten Freibeträge die Bestimmungen über die *Zusammenrechnungsmöglichkeit* der vom selben Gläubiger oder Verfügungsberechtigten bei der derselben Bank unterhaltenen «Sparhefte» (Art. 5 Abs. 2 VStG) sowie die analoge Bestimmung betreffend *Versicherungsleistungen* (Art. 8 Abs. Abs. 2 VStG).

nungssteuerliche Erfassung bildet das generell gültige Steuerumgehungsverbot. Dogmatisch ist der Mantelhandel als Ersatztatbestand, als objektivierte Umgehung der gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG steuerbaren Liquidation der Gesellschaft einzuordnen¹⁷.

3.1.2 Umgehung des Steuersubjektes: Der Inländerbegriff

Der Verhinderung der Umgehung des Tatbestandsmerkmals Inländer durch Vorschubung eines Ausländers, d.h. einer möglichen Steuerumgehung präventiv zu begegnen, dient die Ergänzung des formellen Inländerbegriffes – «Inländer ist, wer im Inland Wohnsitz, dauernden Aufenthalt oder statutarischen Sitz hat oder als Unternehmen im inländischen Handelsregister eingetragen ist; ...» (Art. 9 Abs. 1, 1. Halbsatz VStG) – mit dem Ersatztatbestand des *wirtschaftlichen Inländers* – «...als Inländer ... gelten auch juristische Personen und Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, die ihren statutarischen Sitz im Ausland haben, jedoch tatsächlich im Inland geleitet werden und hier eine Geschäftstätigkeit ausüben» (Art. 9 Abs. 1, 2. Halbsatz VStG)¹⁸.

In der Praxis ist dieser Inländer-Ersatztatbestand von der ESTV in verschiedenen Sachzusammenhängen konkretisiert worden¹⁹:

- betreffend die *Anlage und Rückführung von Treuhandgeldern durch eine inländische Bank bei verbundenen Unternehmen im Ausland*²⁰;
- betreffend die *Anlagen in Schweizerfranken von Inländern bei ausländischen, rechtlich unselbständigen Filialen inländischer Banken*²¹;
- und, zunehmend ausgefeilter, weil aktueller: betreffend die *Anleihen ausländischer Tochtergesellschaften mit Garantie der schweizerischen Muttergesellschaft resp. allgemein betreffend strukturierte Finanzierungen*²².

Regelmässig geht es bei diesen Konkretisierungen darum festzustellen, dass der Leistungsschuldner seinen Sitz nicht nur pro forma im Ausland hat, sondern dort

über «Substanz» verfügt und die durch diesen aufgenommenen Gelder nicht in die Schweiz zurückfliessen resp. hier verwendet werden, mit anderen Worten der Ausländer als Steuersubjekt nicht nur vorgeschoben ist.

3.1.3 Die Sitzverlegung

Eine, je nach Blickwinkel, präventive Verhinderung der Steuerumgehung oder schlicht eine steuersystematische Schlussabrechnung bezwecken die Bestimmungen über die *Sitzverlegung* der juristischen Personen und Anlagefonds ins Ausland (Art. 4 Abs. 2 VStG) sowie die Überführung der Versicherung oder der Versicherungsansprüche auf einen ausländischen Versicherer resp. Anspruchsberechtigten (Art. 7 Abs. 2 VStG).

Nur die Verlegung des statutarischen Sitzes, nicht aber die Verlegung des Ortes der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland wird gemäss Pfund²³ verrechnungssteuerlich als Liquidation behandelt: «VStG 4 II knüpft an die Verlegung des Sitzes und nicht an die Preisgabe der Inländereigenschaft an (VStG 9 I).»²⁴ Es bleibt hier die grundsätzliche Feststellung, dass die Verlegung des formellen Sitzes die Liquidationsfiktion auslöst und der Zweck dieser Regelung, die Missbrauchsbekämpfung oder die Gewährleistung der Verrechnungssteuerpflicht, eine generelle Anknüpfung an die Aufgabe der Inländereigenschaft klar rechtfertigen würde – eine Möglichkeit, welche Art. 22 Abs. 5 VStV m.E. auch impliziert.

3.2 Doppelte Erhebung zwecks Vermeidung einer doppelten oder missbräuchlichen Rückerstattung

3.2.1 Repo- und SLB-Transaktionen

Im Zusammenhang mit Repo- und SLB-Transaktionen²⁵ wird, aufgrund praktischer Erwägungen, eine Entschädigung zwischen den Vertragsparteien für entgangenen Dividendenertrag²⁶, die «manufactured dividend» resp. die «passed-on dividend» bei Transaktionen mit Schweizer Titeln über den Zeitpunkt der Dividendenfälligkeit, d.h. eine Zahlung, die nachweislich nicht aufgrund eines Be-

17 Dies im Gegensatz zur Steuerumgehung bei der Rückerstattung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG, welche in allen anderen Fällen von Beteiligungsverkäufen (allenfalls) zur Diskussion steht.

18 PFUND, zu Art. 9 Abs. 1 N. 1.13 ff.; Duss, S. 410 f.; dieser Ersatztatbestand bezieht sich explizit nur auf den Inländerbegriff in Art. 4 VStG, somit nicht auf die Ausnahmen von der Steuerpflicht gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a und die Inländereigenschaft des Versicherungsnehmers oder Anspruchsberechtigten gemäss Art. 7 Abs. 1 VStG.

19 Weiterführend BAUER-BALMELLI, § 5, 2.2.5.

20 Merkblatt S-02.124 der ESTV vom 22.9.1986.

21 Merkblatt ESTV vom 15.12.1986.

22 Dazu ausführlich JAUSSE, ST 1997, S. 571 ff. und DERS., Finanzierungen, S. 1 ff.

23 PFUND, zu Art. 4 Abs. 2 N. 6.3; ebenso, in Anlehnung an PFUND, Duss, S. 626 f.; vgl. auch MÄUSLI, S. 92 f.

24 Auch aus Art. 22 Abs. 5 VStV könne nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Weiterführend BAUER-BALMELLI, § 5, 2.5.5.1 FN 181.

25 Ausführlich dazu MISTELI, S. 227 ff.; BAUER-BALMELLI, § 10, 4.

26 Dasselbe gilt analog für Zinsen auf Obligationen etc.

teiligungsrechtes aus der Gesellschaft selbst fliesst, notabene ohne gesetzliche Grundlage, als Beteiligungsertrag der Verrechnungssteuer unterworfen. Dies, obwohl die Originaldividende bereits mit der Verrechnungssteuer erfasst wird. Damit wird das Objekt der Verrechnungssteuer in einem vom Gesetzeswortlaut und -sinn nicht gedeckten Ausmass, d.h. gesetzwidrig, erweitert. Die Frage der Umgehung des Steuerobjektes steht nicht zur Diskussion.

Ziel dieser auf einem Gentlemen's Agreement zwischen der die Marktteilnehmer vertretenden Schweizerischen Bankiervereinigung und der ESTV beruhenden Regelung ist es erklärermassen, eine *doppelte Rückerstattung* derselben Verrechnungssteuer zu vermeiden. Die Steuerproblematik liegt nicht bei diesen Geschäften an sich, sondern bei dem für die reibungslose Abwicklung dieser Geschäfte optimierten Couponabrechnungsverfahren der Banken: Gemäss Bankensatz werden sowohl für den Originalertrag als auch für die Kompensationszahlungen normale Coupongutschriften mit Quellensteuerabzug ausgestellt. Das Problem entsteht, weil alsdann bezüglich dem wirtschaftlich identischen Vermögensertrag – Originaldividende und Kompensationszahlung – zwei Steuerpflichtige deklarieren und aufgrund einer gültigen Couponabrechnung Rückerstattung der Verrechnungssteuer verlangen können, obwohl diese – gäbe es die getroffene Regelung nicht – nur einmal entrichtet worden wäre.

Ansatzpunkt für eine alternative Lösungsmöglichkeit ist, soweit die Unmöglichkeit einer korrekten Differenzierung bei der Erstellung der Coupongutschriften durch die Banken respektiert wird, das Rückerstattungskriterium «Recht zur Nutzung»; dazu unten, Ziff. 4.1.6.

4 Die Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer

4.1 Die Steuerumgehung im schweizerischen Verhältnis: Art. 21 Abs. 2 VStG

4.1.1 Grundsätzliches zur Rückerstattung und zum Umgehungsvorbehalt

Anspruch auf vollständige Rückerstattung der Verrechnungssteuer hat, wer im Zeitpunkt der Fälligkeit der steuerbaren Leistung sämtliche Anspruchskriterien, d.h. die steuerliche Zugehörigkeit, das Recht zur Nutzung²⁷

und die Deklarations- resp. Verbuchungspflicht erfüllt und den Rückerstattungsanspruch form- und fristgerecht geltend macht (Art. 21 ff. VStG); dies vorbehaltlich einer Steuerumgehung.

Das Verrechnungssteuergesetz enthält in Art. 21 Abs. 2 eine Generalklausel zur Bekämpfung der Steuerumgehung. Diese wird in der Praxis grundsätzlich nach der dargelegten bundesgerichtlichen Formel angewendet, obwohl die Frage der Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer insofern speziell ist, als sie sich nicht im Zusammenhang mit der Erhebung einer ordentlicherweise zu entrichtenden Steuer stellt, sondern im Zusammenhang mit der Rückerstattung einer bedingt entrichteten Steuer. Der Steuerumgehungs-begriff bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer ist deshalb dem besonderen Zweck der Verrechnungssteuer und seiner spezifischen Funktion entsprechend genauer zu definieren und gegenüber den übrigen Anspruchskriterien, insbesondere dem Recht zur Nutzung, abzugrenzen. Aufzuzeigen ist auch, was aus der differenzierten Steuerumgehungslehre nach Höhn²⁸ für die besonderen Umstände der Steuerumgehung bei der Rückerstattung abgeleitet werden kann.

4.1.2 Die Legaldefinition resp. Generalklausel

Die Problematik der Steuerumgehungs-Generalklausel in Art. 21 Abs. 2 VStG – «Die Rückerstattung ist in allen Fällen unzulässig, in denen sie zu einer Steuerumgehung führen würde.» – ist offensichtlich: Die Bestimmung ist völlig generell und offen formuliert und in Bezug auf das Schutzobjekt unklar und unbestimmt. Aufgrund des Wortlautes – «eine Steuerumgehung», «eludere un'imposta», «éluder un impôt» – und angesichts der erhebungsmethodischen Verquickung von Verrechnungssteuer und allgemeinen Einkommens- und Vermögenssteuern im schweizerischen Verhältnis rechtfertigt sich die Frage, ob die Steuerumgehungsklausel die Umgehung von Steuern generell, der allgemeinen Einkommens- und Vermögenssteuern oder aber die Umgehung der Verrechnungssteuer resp. – da diese im relevanten Zeitpunkt, wenn es um die Frage geht, ob Rückerstattung gewährt wird oder nicht, bereits abgeliefert ist – die Umgehung der Rückerstattungs Voraussetzungen, mithin die ungerechtfertigte Erschleichung der Rückerstattung, verhindern will. Diese Unbestimmtheit des gesetzlichen Tatbestandes ist unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips höchst bedenklich, wirkt doch diese Norm indirekt steuerbegründend²⁹.

27 Bei Lotteriegewinnen: Eigentum am Los.

28 Vgl. vorne, 2.1.

29 Die suspensiv bedingt erhobene Verrechnungssteuer wird durch die Verweigerung der Rückerstattung wegen Steuerumgehung definitiv.

4.1.3 Das Objekt der Umgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG

4.1.3.1 Erläuterungen des Bundesgerichtes

In seinem Entscheid vom 11. Dezember 1981 hat das Bundesgericht ausgeführt³⁰, die Verrechnungssteuer habe «...primär den Sinn, Steuerdefraudation zu verhindern. Wenn immer eine Steuerumgehung vorliegt, sei es hinsichtlich der Verrechnungssteuer, sei es hinsichtlich der ordentlichen Steuer, hat gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG die Rückerstattung zu unterbleiben.»

Diese Erläuterungen zum Anwendungsbereich des Steuerumgehungstatbestandes gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG sind – soweit überhaupt von Erläuterungen gesprochen werden kann – unspezifisch und inkonsistent. Eine Steuerdefraudation, d.h. eine Hinterziehung – welcher Steuer? – ist dogmatisch etwas völlig anderes als eine Steuerumgehung. Die Umschreibung schießt über das Ziel hinaus und ist, wie der gesetzliche Tatbestand, unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips höchst problematisch. Die Verrechnungssteuer basiert, auch historisch nachvollziehbar, auf einer klaren Konzeption mit klar definiertem Zweck. Das gesetzlich vorgesehene Regelwerk vermag auch ohne ausufernde Interpretation des Umgehungstatbestandes den vorgesehenen Zweck problemlos zu erfüllen.

Das Bundesgericht hat auch wiederholt betont, dass bei der Beurteilung der Frage, ob eine von den Beteiligten getroffene Regelung eine Umgehung darstellt, alle Umstände zu berücksichtigen seien, mit denen diese Regelung zusammenhänge. Es stelle sich entsprechend die Frage der Steuerumgehung im Zusammenhang mit dem Ganzen, d.h. in concreto bei einem Kaufgeschäft, nicht nur in Bezug auf das Verhalten der Käufer der Aktien (denen die Rückerstattung verweigert wurde), sondern auch in Bezug auf das Verhalten der Verkäufer der Aktien³¹.

4.1.3.2 Das Objekt der Umgehung – These resp. Folgerung

Was Schutzobjekt des Steuerumgehungstatbestandes gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ist, muss durch Auslegung dieser Norm ermittelt werden. Dabei hat sich die Interpretation einer derart unspezifisch formulierten Norm jedenfalls auch am notwendigen Regelungsinhalt zu orientieren.

– Der *Wortlaut* von Art. 21 Abs. 2 VStG ist dafür nicht weiter ergiebig.

- Aufgrund der *systematischen Stellung* der Norm im Gesetz – unter der Marginalie «A. Rückerstattung der Steuer auf Kapitalerträgen und Lotteriegewinnen, I. Allgemeine Voraussetzungen des Anspruchs» ist die Steuerumgehungsklausel als Absatz 2 eingefügt – ist zu schliessen, dass diese als Vorbehalt, bei Erfüllung sämtlicher (übrigen) materiellen Rückerstattungsvoraussetzungen – steuerliche Zugehörigkeit, Recht zur Nutzung –, zu verstehen ist, mithin auf eine Umgehung resp. Erschleichung der Rückerstattungsvoraussetzungen zielt.
- Auch die *Konzeption* der Verrechnungssteuer, deren *innere Systematik*, deutet klar darauf hin. Die Verrechnungssteuer hat, damit sie zweckgemäss funktioniert, zwei Anknüpfungsmomente: die Erhebung mit der Definition des Steuerobjektes (inkl. -subjekt) und die Rückerstattung mit der Definition des qualifizierten Anspruchsberechtigten und Antragstellers. Die beiden Anknüpfungspunkte funktionieren insofern völlig unabhängig voneinander, als sich die Erhebung ausschliesslich an der Definition des Objektes, die Rückerstattung ausschliesslich an der Qualifikation des Antragstellers orientiert. Verquickt sind die beiden Anknüpfungsmomente nur insofern, als die Qualität (und das Tun) des Antragstellers darüber entscheidet, ob die Erfassung des Objektes mit der Verrechnungssteuer eine definitive ist oder nicht. Die Verrechnungssteuer funktioniert in ihrer Grundkonzeption, wenn sich der «Steuer»-Umgehungsvorbehalt lediglich auf die Erfüllung der Rückerstattungsvoraussetzungen, mithin das Sein (steuerliche Zugehörigkeit) und Haben (Recht zur Nutzung) des Antragstellers, bezieht.
- Die *Entstehungsgeschichte* und der *Zweck* der Verrechnungssteuer führen zum selben Schluss. Die Grundidee der Verrechnungssteuer ist es sicherzustellen, dass die erzielten Einkünfte (und das Vermögen) mittels Deklaration der grundsätzlichen Erfassungsmöglichkeit mit den allgemeinen Einkommens- und Vermögenssteuern zugeführt, d.h. nicht hinterzogen werden. Die Hinterziehung, d.h. die Nichtdeklaration erzielter steuerbarer Einkünfte, ist dogmatisch strikt von der Steuerumgehung zu unterscheiden. Die Steuerumgehung ist ein ungewöhnliches, missbräuchliches Umgehen des steuerbaren Tatbestandes, welches dazu führt, dass dieser konkrete steuerbare Tatbestand zwar nicht verwirklicht, aber – ohne Steuerfolgen – derselbe wirtschaftliche Nutzen erreicht wird. Der Rückerstattungsantrag enthält aber definitionsgemäss die Deklaration –

30 BGer 11.12.1981, ASA 50 (1981/82) 583 Erw. 1 a und 3; vgl. auch BGer 4.5.1999, ASA 68 (1999/00) 739 Erw. 5 b.

31 BGer 11.12.1981, ASA 50 (1981/82) 583 Erw. 1 b; vgl. auch STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, Nr. 5.

was die Hinterziehung derselben Einkünfte definitiv ausschliesst – von aus der Sicht des Antragstellers bei den allgemeinen Einkommenssteuern grundsätzlich steuerbaren Einkünften. Für eine Umgehung der allgemeinen Einkommenssteuern und damit für die Notwendigkeit ihrer Verhinderung durch Art. 21 Abs. 2 VStG verbleibt somit rein logisch kein Raum. Wer Einkünfte der Besteuerung bei den allgemeinen Einkommenssteuern zuführt, kann bezüglich dieser Einkünfte nicht gleichzeitig eine Umgehung der allgemeinen Einkommenssteuern begehren³².

Zusammenfassend ist aufgrund dieser Argumente zu schliessen, dass die Steuerumgehungs-Generalklausel gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ausschliesslich die umgekehrte Erschleichung der Rückerstattungsvoraussetzungen und damit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer verhindern will: Der formell die Voraussetzungen für die Rückerstattung erfüllende Antragsteller ist durch missbräuchliche Manipulation des Sachverhaltes im Sinne der Steuerumgehungskriterien in diese Position gelangt, und die Rückerstattung, würde sie gewährt, käme letztlich wirtschaftlich und damit tatsächlich einem Ausländer oder einem inländischen Defraudanten zugute³³. Mit anderen Worten: *Schutzobjekt von Art. 21 Abs. 2 VStG ist die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an den nicht von einem Ausländer oder einem inländischen Defraudanten vorgeschobenen, d.h. in diesem Sinne originären, steuerehrlichen inländischen Leistungsempfänger*³⁴.

4.1.4 Die typischen Fälle in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesgericht hatte sich in seiner bisherigen Praxis³⁵ im Wesentlichen mit folgenden typischen Fällen zu beschäftigen:

- Ausländer verkaufen eine schweizerische Gesellschaft im Hinblick auf deren Voll- oder Teilliquidation

einem inländischen Dritten ins Geschäftsvermögen (*internationale indirekte [Teil-] Liquidation*)³⁶;

- Ausländer bringen eine vorher direkt gehaltene schweizerische Gesellschaft zum wirklichen Wert gegen Aktienkapital und Darlehen in eine von ihnen beherrschte schweizerische Zwischenholding ein (*internationale Transponierung*)³⁷;
- Ausländer kaufen eine schweizerische Gesellschaft über eine schweizerische Zwischenholding, um das Kaufobjekt alsdann weitgehend zu liquidieren resp. den Kaufpreis aus dessen Substanz zu finanzieren (*Kauf über schweizerische Zwischenholding*)³⁸.

4.1.4.1 Die wesentlichen Sachverhaltsmerkmale

Die in den bisher durch das Bundesgericht entschiedenen Fällen faktisch wesentlichen Sachverhaltsmerkmale der Steuerumgehung bei der Rückerstattung sind somit die Folgenden: Ein ursprünglich an einer über liquide Reserven verfügenden inländischen Gesellschaft direkt beteiligter und damit originär dividendenberechtigter, nicht rückerstattungsberechtigter Ausländer (oder ein inländischer Defraudant³⁹) überträgt die direkte Beteiligung auf einen rückerstattungsberechtigten Inländer. Oder ein nicht rückerstattungsberechtigter Ausländer (oder inländischer Defraudant) akquiriert seine anvisierte direkte Beteiligung an einer solchen Gesellschaft über einen inländischen Rückerstattungsberechtigten. Die Transaktion erfolgt zwecks Teil- oder Vollliquidation der übertragenen Gesellschaft.

Mit Blick auf die Definition des Objektes der Steuerumgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ist die Erfassung der genannten typischen Fälle zu Recht erfolgt, erscheint doch die Schweizer Gesellschaft regelmässig als vorgeschoben.

32 Eine allfällige Steuerumgehung bei den allgemeinen Einkommenssteuern durch eine Drittperson (Stichwort Systemwechselfälle, unten 5.1.1) kann und darf erst recht nicht zu einer Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer beim Antragsteller führen; das Verhalten einer Drittperson kann und darf dem Antragsteller auf keinen Fall angelastet werden.

33 Vgl. auch PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, N. 4.5 und BÖCKLI, S. 308 f.; HÖHN/WALDBURGER, S. 540 FN 94.

34 PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 2 N. 4.3. Mit dieser Auslegung wird sowohl dem Sicherungszweck – Verhinderung der Steuerhinterziehung im Inland – als auch dem subsidiären Sicherungs- oder Fiskalzweck – Besteuerung des inländischen Defraudanten – und dem direkten Fiskalzweck – Besteuerung des ausländischen Leistungsempfängers – Rechnung getragen; BAUER-BALMELLI, § 8, 3.4.

35 Auch schon unter dem Verrechnungssteuerbeschluss 1943.

36 BGer 11.12.1981, ASA 50 (1981/82) 583; ebenso die Entscheidung der ESTV in: STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, Nr. 8 und 12.

37 BGer 30.4.1971, ASA 40 (1971/72) 512; ESTV 6.3.1970, ASA 39 (1970/71) 114.

38 BGer 3.10.1980, ASA 50 (1981/82) 145.

39 In ihrem Entscheid vom 23.1.1958, ASA 28 (1959/60) 101, hat die ESTV in einem Fall, bei dem eine zivilrechtlich in Liquidation gesetzte inländische Gesellschaft einem Inländer verkauft wurde und dieser in der Folge die Namen der Verkäufer verschwie, wohl in der Annahme, dass die Verkäufer inländische Defraudanten waren, eine Steuerumgehung angenommen und dem Käufer die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf der Liquidationsdividende verweigert.

4.1.4.2 Die Rechtsfolgen

Die Rechtsfolge ist eine vollumfängliche Verweigerung der Rückerstattung gegenüber dem vermeintlich rückerstattungsberechtigten inländischen Antragsteller. Die Anwendbarkeit eines DBA wurde bisher soweit ersichtlich in solchen Fällen ohne nähere Prüfung verneint, obwohl bei konsequenter Sachverhaltsfiktion und, sofern die Bedingungen gemäss DBA-Recht erfüllt sind, die dem DBA entsprechende Entlastung gewährt werden müsste. Illustrativ sind die Erwägungen des Bundesgerichtes im bereits zitierten Fall einer internationalen indirekten Teilliquidation, in dem die in Deutschland ansässigen Aktionäre ihre schweizerische Gesellschaft an zwei inländische Gesellschaften verkauften⁴⁰: Es spiele keine Rolle, ob der Fiskus bei sachgemässer Abwicklung nur (i.c.) 15 % der Verrechnungssteuer behalten hätte, denn es sei ein Tatbestand geschaffen worden, der die Anwendbarkeit des DBA ausschliesse. Ob DBA-rechtlich die Rückerstattung tatsächlich verwirkt war oder die vollständige Verweigerung der Rückerstattung DBA-Recht verletzt, wurde allerdings nicht näher geprüft.

Dieser Entscheid ist problematisch: Liegt im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer eine Steuerumgehung vor, ist der umgangene Sachverhalt in aller Konsequenz der steuerlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Es kann nicht einerseits die Rückerstattung der Verrechnungssteuer aufgrund der Steuerumgehungsklausel gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG verweigert und andererseits eine aufgrund des supponierten Sachverhaltes allenfalls vorliegende DBA-rechtliche Entlastungsberechtigung ignoriert werden.

4.1.5 Die Ergänzung der Bundesgerichtspraxis durch die Verwaltung

Die Verwaltung hat in verschiedenen Sachzusammenhängen den Steuerumgehungsvorbehalt konkretisiert.

Für *inländische Finanzgesellschaften mit ausländischer Interessenbeteiligung* hat die ESTV einen Ersatztatbestand im Sinne einer safe-haven rule statuiert, welcher auf Basis quantitativer Kriterien (Finanzierung, Verzinsung des Fremdkapitals) zunächst eine objektivierte Grenzziehung zwischen erlaubter Steuerersparnis und «vermuteter» Steuerumgehung erlaubt⁴¹.

Werden die Kriterien erfüllt, wird der Sachverhalt nicht auf eine mögliche Steuerumgehung hin untersucht. Aus der Nichteinhaltung der Regeln wird aber umgekehrt nicht per se auf eine Steuerumgehung geschlossen, sondern die Überprüfbarkeit des Sachverhalts auf Steuerumgehung ist wieder offen⁴².

Den Fall der internationalen indirekten Teilliquidation hat die ESTV gemäss ihrer publizierten Praxis konkretisiert und zu einem Fall «*Kauf eines vollen Portemonnaies*» verschärft⁴³: Kauft eine inländische Holdinggesellschaft von Ausländern die Aktien einer über liquide Reserven verfügenden inländischen Gesellschaft, notabene zu einem über dem Nominalwert liegenden Preis, so wird das Vorliegen einer Steuerumgehung bejaht und die Rückerstattung in dem Umfang verweigert, indem die Gesellschaft über nicht betriebsnotwendige Bankguthaben, Kassabestände und Wertschriften verfügt.

Unter rechtlichen Aspekten ist diese von der ESTV vorgenommene Objektivierung der Beurteilung der Rückerstattungsberechtigung beim «Kauf eines vollen Portemonnaies» nur dann nicht höchst problematisch, wenn damit die Überprüfung auf Steuerumgehung nicht ersetzt wird.

Im Zusammenhang mit dem *Erwerb eigener Beteiligungsrechte*⁴⁴ hat die ESTV zum Thema Steuerumgehung bei der Rückerstattung Folgendes ausgeführt⁴⁵: «Das Vorliegen einer die Rückerstattung ausschliessenden Steuerumgehung wäre ... zu bejahen, falls eine *inländische juristische Person gezielt Aktien* von inländischen natürlichen Personen oder von im Ausland ansässigen (natürlichen oder juristischen) Personen *aufkaufen* sollte, um diese anschliessend an die ihr Kapital herabsetzende AG zurückzugeben.» Grund ist offenbar die Annahme, die betreffende juristische Person sei nur dazwischen geschaltet worden, um inländischen natürlichen Personen die Erzielung eines steuerfreien Kapitalgewinns zu ermöglichen und um ausländischen Verkäufern den Liquidationsüberschuss verrechnungssteuerfrei zuzuhalten⁴⁶. Dieser Ansatz findet nur dann keine Anwendung, wenn der Erwerb der Beteiligungspapiere über die Börse erfolgt.

Diese Ausführungen sind nicht genügend differenziert und entsprechend zu weitgehend: Es erfolgt keine Unter-

40 BGer 11.12.1981, ASA 50 (1981/82) 583 Erw. 3; vgl. auch BGer 3.10.1980, ASA 50 (1981/82) 145.

41 Vgl. Rundschreiben Nr. 2215 SBVg vom 17.7.1953, Rückerstattung der Verrechnungssteuer an inländische Finanzgesellschaften mit ausländischer Interessenbeteiligung.

42 Vgl. Duss, S. 497.

43 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, Nr. 18 (ESTV 15.11.1990).

44 Vgl. dazu ausführlich Kreisschreiben Nr. 5 ESTV vom 19.8.1999, Unternehmungssteuerreform 1997 – Neuregelung des Erwerbs eigener Beteiligungsrechte; VON AH, S. 297 ff. und 327 ff.

45 Kreisschreiben Nr. 5 ESTV vom 19.8.1999, Ziff. 3.5.

46 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 2 VStG, Nr. 20 (ESTV 6.10.1997).

scheidung danach, ob ein Ausländer resp. ein inländischer Defraudant oder aber ein Inländer seine Titel verkauft; ersteres ist aber Tatbestandsmerkmal der Steuerumgehung nach Art. 21 Abs. 2 VStG. Mit der Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer sollen demnach auch gezielte Systemwechselfälle pönalisiert werden, d.h. die bewusste Erzielung eines steuerfreien privaten Kapitalgewinnes durch einen (steuerehrlichen) Inländer⁴⁷, und damit Fälle, die allenfalls wegen Steuerumgehung auf Ebene der allgemeinen Einkommenssteuern als Vermögensertrag beim Verkäufer mit dieser erfasst werden könnten. Aus verrechnungssteuerlicher Sicht wäre allenfalls zu prüfen, wer das Recht zur Nutzung innehat, ob dieses allenfalls dem Veräusserer eingeräumt worden ist. Im Übrigen könnte der Sachverhalt auch auf das Vorliegen eines Scheingeschäftes oder eines Treuhandverhältnisses überprüft werden.

Im Zusammenhang mit den Steuerfolgen beim Veräusserer, der aus seinem Privatvermögen verkauft, wird im genannten Kreisschreiben ausgeführt⁴⁸: «Veräussert die rückkaufende Gesellschaft oder Genossenschaft die Beteiligungsrechte innerhalb der Sechsjahresfrist von Art. 4a Abs. 2 VStG (bzw. Zweijahresfrist für vinkulierte Namenaktien), erzielt der Veräusserer im Zeitpunkt des Verkaufs der Beteiligungsrechte – unter Vorbehalt einer Steuerumgehung – einen privaten steuerfreien Kapitalgewinn (Art. 16 Abs. 3 DBG). Von einer Steuerumgehung würde insbesondere dann ausgegangen, wenn auf die Veräusserung ein erneuter Erwerb durch die Gesellschaft folgen würde.»

Es scheint hier die Einkommenssteuerumgehung bei der veräussernden Privatperson nicht klar von der Verrechnungssteuerumgehung durch die Gesellschaft unterschieden zu werden. Wird der Bestand an eigenen Beteiligungsrechten zwecks Vermeidung des Fristablaufs laufend umgewälzt, ist dies allenfalls als Umgehung des verrechnungssteuerpflichtigen Tatbestandes durch die Gesellschaft zu betrachten, hat aber mit einer Einkommenssteuerumgehung – welche ohnehin nicht aufgrund von Art. 21 Abs. 2 erfasst werden könnte – durch die veräussernde Privatperson nichts zu tun.

4.1.6 Das Verhältnis zum Kriterium «Recht zur Nutzung»

Obwohl die Steuerumgehungsklausel als Vorbehalt zu den positiven Anspruchskriterien zu verstehen ist, erfolgt in der Praxis bisher keine saubere Abgrenzung zwi-

schen dem Anspruchskriterium einerseits und dem Steuerumgehungsvorbehalt andererseits. Um eine solche zu ermöglichen, gilt es deshalb, zunächst das Kriterium «Recht zur Nutzung» in seinem vollen Gehalt zu erfassen.

4.1.6.1 Der Begriff «Recht zur Nutzung»

Gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG hat der steuerehrliche Inländer nur dann Anspruch auf Rückerstattung der von seinen Kapitalerträgen abgezogenen Verrechnungssteuer, «wenn er bei Fälligkeit der steuerbaren Leistung das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes besass».

Das Recht zur Nutzung ist das Zuordnungselement im Rückerstattungsrecht und dient damit der genauen Identifikation des – weil Leistungsempfänger – Rückerstattungsberechtigten. Dieses Zuordnungselement hat im Hinblick auf den Sicherungszweck der Verrechnungssteuer eine besondere Bedeutung, soll es doch – neben dem Vorbehalt der Steuerumgehung bei der Rückerstattung – sicherstellen, dass die Rückerstattung dem effektiv Berechtigten gewährt wird und dass sie nur einmal erfolgt.

4.1.6.2 Die Auslegung des Bundesgerichtes

Noch unter dem Verrechnungssteuerbeschluss 1943 hatte das Bundesgericht für dessen praktisch gleichlautenden Art. 7 Abs. 1 entschieden⁴⁹, mit dieser Formel werde eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass es nicht auf die Berechtigung am steuerbaren Ertrag selbst ankomme, sondern auf das zivilrechtliche Eigentum oder die zivilrechtliche Nutzniessung am Stammrecht; das verlange nicht nur der Zweck der Bestimmung, sondern ergebe sich auch klar aus deren Wortlaut und Sinn.

In seinem Entscheid vom 25. Januar 1985 überprüfte das Bundesgericht⁵⁰ diese Rechtsprechung und kam einerseits mit Hinweis auf die Regelung für Lotteriegewinne in Art. 21 Abs. 1 lit. b VStG, die explizit Eigentum am Los verlangt, und andererseits mit Verweis auf den logischen Zusammenhang zwischen Art. 14 VStG, der die zwingend vorgeschriebene Überwälzung der Verrechnungssteuer auf den Leistungsgläubiger regelt, und Art. 21 VStG zum Schluss, dass unter dem Recht zur Nutzung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG nicht Eigentum oder Nutzniessung zu verstehen sei, sondern der – obligatorische – Anspruch auf den Ertrag, den der betreffende Vermögenswert abwerfe. Eine solche Ausle-

47 So explizit HOCHREUTENER, ST 1996, S. 501.

48 Kreisschreiben Nr. 5 ESTV vom 19.8.1999, Ziff. 4.2.

49 BGer 14.11.1958, ASA 28 (1959/60) 107 Erw. 1; vgl. auch BGer 1.6.1962, ASA 31 (1962/63) 339.

50 BGer 25.1.1985, ASA 54 (1985/86) 386 Erw. 4 b; vgl. auch die Auseinandersetzung mit dieser Praxisänderung in STOCKAR, ST 1986, S. 60 ff.

gung entspreche auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach derjenige den Nutzen einer Sache habe, dem daraus auch der Ertrag zukommt. Dieses Nutzungsrecht dürfe allerdings nicht bloss vorgegeben (simuliert) sein. Es bestehe aber kein Anlass, Missbräuchen – konkret die vorgegebene resp. fiduziarische Übereignung des Vermögenswertes oder des Nutzungsrechtes vom Eigentümer des Stammrechtes, der Ausländer oder Defraudant ist, auf einen anspruchsberechtigten Inländer – durch eine entsprechend enge zivilrechtliche Auslegung von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG zu begegnen. In solchen Fällen käme Art. 21 Abs. 2 VStG, der die Steuerumgehung bei der Rückerstattung regelt, zum Zuge.

In seinem späteren Entscheid vom 26. Juli 1985 präzisierete das Bundesgericht⁵¹, Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG enthalte mit der Umschreibung «Recht zur Nutzung» nicht einen zivilrechtlichen, sondern einen wirtschaftlichen Anknüpfungspunkt und sei dementsprechend wirtschaftlich auszulegen⁵². Das Nutzungsrecht gehe wirtschaftlich betrachtet dem zivilrechtlichen Eigentümer auch dann ab, wenn er zwar keiner formellen vertraglichen Verpflichtung zur Weiterleitung des Ertrages unterliege, sich aber aus der Gesamtheit der Umstände schliessen lasse, dass ihm der Kapitalertrag nicht verbleibt⁵³.

4.1.6.3 Folgerung

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes derjenige hat, dem aufgrund von Eigentum⁵⁴, Nutzniessung⁵⁵ oder aufgrund eines obligationenrechtlichen Anspruchs, jedenfalls aufgrund eines gültigen Rechts, der Nutzen unbelastet und effektiv zukommt, wer mit anderen Worten über diesen ausschliesslich und frei Verfügungsberechtigt ist. Massgebend sind die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse, welche aufgrund der Gesamtheit der Umstände zu ermitteln sind⁵⁶. Treuhand-

verhältnisse sind entsprechend als solche zu berücksichtigen, simulierte Verhältnisse sind unbeachtlich.

Das so definierte Recht zur Nutzung kann somit entweder *dinglich*, *obligatorisch* oder, je nach Interpretation der bundesgerichtlichen Äusserungen, auch nur effektiv, d.h. rein *faktisch* begründet sein⁵⁷. Letzteres beschlägt das Thema «geldwerte Leistungen an nahestehende Dritte».

Eine tatsächliche Besteuerung der verrechnungssteuerbelasteten Erträge mit den allgemeinen Einkommenssteuern wird nicht vorausgesetzt, entgegen dem, was die StRK⁵⁸ in einem obiter dictum andeutet. Wesentlich ist zunächst und grundsätzlich nur die Einkommenssteuer-Objektqualität dieser Erträge in den Händen des Empfängers und primär Nutzungsberechtigten. Erfolgt trotzdem keine Besteuerung, sind die Gründe, weshalb diese unterbleibt, zu überprüfen.

Auf Basis dieser Definition des Begriffes «Recht zur Nutzung» liessen sich theoretisch auch die Probleme einer allfälligen doppelten Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei den Repo- und SLB-Transaktionen lösen⁵⁹.

4.1.6.4 Die typischen Problemfälle

Die Kasuistik zum Thema «Recht zur Nutzung» ist vielfältig und zahlreich. In der Praxis wurde bisher bei den folgenden vereinfacht dargestellten Sachverhalten, die typischerweise die Frage, wem denn tatsächlich das Recht zur Nutzung im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG zukommt, provozieren, dieses regelmässig abgesprochen:

- Ein Inländer kauft systematisch vor Couponverfall Schweizer Wertschriften von einem Ausländer gegen Kredit, veräussert diese kurz nach Couponverfall wieder an einen Ausländer und verwendet den Erlös zur Verzinsung und Rückzahlung des Darlehens (*dividend stripping*)⁶⁰.

51 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, Nr. 35.

52 Ebenso PÜRRO-SCHWOB, ST 1994, S. 608; a.M. PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a N. 2.25; sie führen aus: «Für die (wirtschaftliche Betrachtungsweise) als Auslegungs-(Hilfe) besteht im Hinblick auf VStG 21 II im Rahmen von VStG 21 I nicht nur kein Bedürfnis, sondern bleibt auch kein Raum.»

53 Bereits in seinem Entscheid vom 23.2.1979, ASA 48 (1979/80) 267 Erw. 2, hatte das Bundesgericht ausgeführt, entscheidend sei gemäss Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, ob der die Rückerstattung beanspruchende Leistungsempfänger *effektiv* das Recht zur Nutzung des den steuerbaren Ertrag abwerfenden Vermögenswertes besass; auf das Fehlen einer *formellen* Treuhandschaft könne nicht abgestellt werden. Diese Überlegungen liegen auch dem Entscheid der StRK vom 19.2.2001, VPB 65.112, zugrunde; es könne i.c. zumindest von einem treuhandähnlichen Verhältnis ausgegangen werden.

54 Art. 641 ff. ZGB.

55 Art. 745 ff. ZGB.

56 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, insbes. Nr. 6, 14, 29, 31, 32, 57 und 61; PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a N. 2.22 ff. und 2.28; entsprechend überflüssig erscheint die explizite Regelung der Treuhandverhältnisse in Art. 61 VStV, wonach der Treugeber grundsätzlich rückerstattungsberechtigt ist.

57 A.M. PFUND/ZWAHLEN, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a N. 2.22; der bundesgerichtlichen Formulierung (BGer 23.2.1979, ASA 48 (1979/80) 267 Erw. 2) «effektiv das (Recht zur Nutzung) besitzen» dürfe schwerlich entnommen werden, dass eine tatsächliche Nutzung genüge.

58 StRK 19.2.2001, VPB 65.112, Erw. 3 b in fine.

59 BAUER-BALMELLI, §10, 4.2.; MISTELI, S. 216; vorne, 3.2.1.

60 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, N. 35 (BGer 26.7.1985).

- Eine inländische Gesellschaft räumt einem Ausländer ein Optionsrecht auf die Aktien einer Schweizer Gesellschaft ein. Dabei wird vereinbart, dass sich der Optionspreis kontinuierlich in dem Umfang ermässigt, in dem sich die inländische Verkäuferin bis zur Ausübung des Optionsrechtes Dividenden ausschütten lässt⁶¹.
- Das Recht auf den Ertrag an Schweizer Titeln wird vom Stammrecht separiert und veräussert. Der Kaufpreis wird dabei so festgelegt, dass faktisch der erwartete zukünftige (Brutto-) Ertrag via Verkaufspreis an den Verkäufer fliesst⁶².
- Ein Ausländer stellt einem Inländer darlehensweise Mittel zur Verfügung, welche dieser in eigenem Namen verrechnungssteuerbelastet anlegt. Gleichzeitig deklariert er diese Anlagen, bringt aber auch das Darlehen sowie die Darlehensverzinsung, welche im Umfang den Erträgen entspricht, zum Abzug⁶³.

Das Recht zur Nutzung dagegen bejaht hat das Bundesgericht im bereits zitierten leading case vom 25. Januar 1985⁶⁴, dem folgendes Sachverhaltsmuster zugrunde lag:

- Sämtliche Beteiligungsrechte an einer Schweizer Gesellschaft werden von einem Inländer an einen Ausländer verkauft, und es wird vereinbart, dass die Dividende aus dem unmittelbar vor dem für den Verkauf massgebenden Bilanzstichtag abgeschlossenen Geschäftsjahr noch dem inländischen Verkäufer zukommen soll.

Die Aufstellung der typischen Problemfälle macht deutlich, dass die Fragen, wem das Recht zur Nutzung effektiv zusteht und ob nicht allenfalls eine Steuerumgehung bei der Rückerstattung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG vorliegt, eng beieinander liegen, sich diese beiden Problemkreise häufig überschneiden. Das Bundesgericht hat in den genannten Entscheiden denn auch regelmässig das Thema Steuerumgehung, wenn auch nur in einem obiter dictum, erwähnt oder kurz diskutiert. Interessant ist auch die Feststellung, dass in den Erwägungen des Bundesgerichtes im Zusammenhang mit dem Begriff «Recht zur Nutzung» nie mit dem Zweck, insbesondere dem Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, argumentiert wird, während der allerdings nicht näher definierte Sicherungszweck bei den Umgehungsfällen i.d.R. als gewichtiges Argument verwendet wird.

4.1.6.5 Die Abgrenzung: Steuerumgehung vs. Recht zur Nutzung

Die Grenzziehung zwischen dem Steuerumgehungstatbestand und dem Kriterium «Recht zur Nutzung» liegt theoretisch beim missbräuchlichen Vorgehen. Die Abgrenzung erfolgt jedoch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insgesamt nicht scharf, sondern es besteht eher die Tendenz, die Rückerstattungsberechtigung in den kritischen Fällen unter dem einen oder anderen Kriterium zu verneinen und alsdann festzustellen, auch unter dem anderen Kriterium hätte die Rückerstattung verweigert werden können.

Sachverhalte, in denen die Rückerstattung der Verrechnungssteuer nicht aufgrund des wirtschaftlich weit verstandenen Rechts zur Nutzung verweigert werden kann, können unter den generellen, in der praktischen Anwendung einen eigentlichen Rechtsmissbrauch nicht voraussetzenden Steuerumgehungstatbestand subsumiert werden. Der Raum für die Aberkennung der Rückerstattungsberechtigung ist mit diesen zwei Anknüpfungsmomenten damit weit und letztlich sowohl intern – bezüglich der Frage, welches Kriterium anzuwenden ist – als auch in seinem Gesamt-Anwendungsbereich unscharf abgegrenzt.

Damit besteht z.B. die Gefahr, dass in nahezu sämtlichen Fällen, in denen nicht schon seit jeher der im Inland steuerpflichtige und steuerehrliche Antragsteller auch Anspruchsberechtigter für die verrechnungssteuerbelasteten Erträge war, mit anderen Worten dieser den den Ertrag abwerfenden Vermögenswert einmal käuflich erworben hat, die Rückerstattungsberechtigung zunächst wegen Steuerumgehung aberkannt wird. Kann die Vermutung des missbräuchlichen Vorgehens dieser Übertragung widerlegt werden, wird die Rückerstattung durch Aberkennung des wirtschaftlich interpretierten Rechts zur Nutzung aberkannt, sofern der direkte Leistungsempfänger und grundsätzlich Rückerstattungsberechtigte eine äquivalente Leistung an den Verkäufer erbringt, was in der einen oder anderen Form immer zutrifft. Dazu illustrativ ist die Argumentation der StRK im genannten Entscheid vom 19.2.2001⁶⁵.

Die beiden Kriterien überschneiden sich inhaltlich: Mit beiden soll verhindert werden, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer einem nicht anspruchsberechtigten Ausländer oder inländischen Defraudanten zukommt. Wird das Recht zur Nutzung als Zuordnungskri-

61 BGer 6.2.1970, ASA 39 (1970/71) 383.

62 STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, Nr. 61 (ESTV 2.6.1988).

63 BGer 23.2.1979, ASA 48 (1979/80) 267; vgl. auch StRK vom 19.2.2001, VPB 65.112.

64 BGer 25.1.1985, ASA 54 (1985/86) 386, vorne, 4.1.5.2.

65 StRK 19.2.2001, VPB 65.112, Erw. 2 b cc in fine.

terium eng zivilrechtlich als dingliches Nutzungsrecht verstanden, bleibt für die Überprüfung auf Steuerumgehung viel Raum – wird das Recht zur Nutzung dagegen rein wirtschaftlich interpretiert, hat der Steuerumgehungstatbestand praktisch weniger Bedeutung. Sachgerecht ist wohl, das Recht zur Nutzung als positives, d.h. den Rückerstattungsanspruch beim Erstempfänger begründendes Kriterium wirtschaftlich weit zu verstehen, d.h. als dinglich basiertes, vertraglich eingeräumtes oder rein faktisches, jedenfalls aber unbelastetes Nutzungsrecht. Die Aberkennung des so behaupteten Rechts zur Nutzung wäre alsdann nur aufgrund einer Überprüfung auf Steuerumgehung möglich. Erster Anhaltspunkt für das mögliche Vorliegen einer Steuerumgehung wäre eine irgendwie geartete Weiterleitung an einen Ausländer oder einen inländischen Defraudanten, wobei die Gesamtumstände aber anhand aller Steuerumgehungskriterien sorgfältig zu prüfen wären. Damit käme auch dem Missbrauchsmoment wieder die ihm entsprechende sachgerechte Rolle zu.

4.2 Die Steuerumgehung im internationalen Verhältnis

4.2.1 Grundsätzliches zur Rückerstattung im internationalen Verhältnis

Einen Anspruch auf teilweise oder vollständige Entlastung von der schweizerischen Verrechnungssteuer auf den Erträgen aus beweglichem Kapitalvermögen⁶⁶ kann der ausländische Leistungsempfänger nur dann geltend machen, wenn er ein zwischen der Schweiz und seinem Ansässigkeitsstaat abgeschlossenes Doppelbesteuerungsabkommen, das eine solche Entlastung vorsieht, in Anspruch nehmen kann⁶⁷. Wesentlich ist hier die konzeptionelle Feststellung, dass die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gegenüber dem ausländischen Leistungsempfänger aufgrund der DBA-rechtlichen Kollisionsregeln, welche die (quantitative) Abgrenzung der Besteuerungsbefugnisse der Vertragsstaaten bezwecken, erfolgt und nur ausnahmsweise, in zwei explizit gesetzlich definierten Fällen, nach Verrechnungssteuerrecht. So bei Erträgen aus Anteilen an auslandbezogenen Anlagefonds⁶⁸ und für gewisse Erträge, bei denen der

Empfänger ein ausländischer Staat ist⁶⁹. Entsprechend ist auch die Umgehungs- resp. Missbrauchsproblematik bei der Rückerstattung im internationalen Verhältnis nach international-rechtlichen Grundsätzen zu beurteilen.

Die im DBA vorgesehene Steuerentlastung kann eine Person i.d.R. – vorbehaltlich der missbräuchlichen Inanspruchnahme des DBA – dann in Anspruch nehmen, wenn sie gemäss den Abkommensbestimmungen im Abkommensstaat ansässig (resident) und an den Vermögenswerten, die den Ertrag abwerfen, uneingeschränkt Nutzungsberechtigt (beneficial owner) ist⁷⁰. Der Nachweis der effektiven Versteuerung der verrechnungssteuerbelasteten Erträge (eine Subject-to-tax-Klausel) ist i.d.R. in den DBA nicht vorgesehen⁷¹. Vorbehalten bleibt die Erfüllung der formellen Rückerstattungsbedingungen, d.h. die formrichtige Antragstellung innert der vorgesehenen Frist⁷².

4.2.2 Die Missbräuchliche Inanspruchnahme von DBA

4.2.2.1 Grundsätzliches

Analog zur Unzulässigkeit der Steuerumgehung bei der Rückerstattung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ist auch die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen nicht zulässig. Eine solche liegt vor, wenn die im Abkommen umschriebenen Voraussetzungen für die Rückerstattung zwar formell, nicht aber in tatsächlicher, materieller Hinsicht erfüllt sind und damit letztlich die Abkommensvorteile Personen zugute kämen, die nicht abkommensberechtigt sind⁷³.

Die missbräuchliche Inanspruchnahme eines DBA führt dazu, dass entweder die konkreten Abkommensvorteile nicht beansprucht werden können⁷⁴, mithin die Rückerstattung der Verrechnungssteuer vollumfänglich verweigert wird, oder allenfalls, wie z.B. im DBA-NL explizit vorgesehen, nur die weniger umfassenden Abkommensbegünstigungen beansprucht werden können⁷⁵. Es stellt sich auch hier, aufgrund der Betroffenheit verschiedener Steuerhoheiten allerdings komplexer, die – zu bejahende – Frage der konsequenten Sachverhaltsfiktion.

66 Die Verrechnungssteuer auf Lotteriegewinnen ist in den schweizerischen DBA regelmässig ausdrücklich vom sachlichen Geltungsbereich ausgenommen, LOCHER, INStR, S. 187 f. Die Verrechnungssteuer auf Versicherungsleistungen wird, so sie denn überhaupt erhoben wird und nicht die als Regelfall vorgesehene Meldung stattfindet, nur gegenüber dem inländischen Leistungsempfänger erhoben. Sie spielt somit im internationalen Verhältnis keine Rolle.

67 Vgl. Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 OECD-MA.

68 Art. 27 VStG.

69 Art. 28 Abs. 1 VStG.

70 LOCHER, INStR, S. 135; VOGEL, vor Art. 10–12 N. 5.

71 VOGEL, vor Art. 10–12 N. 6; LUTZ, S. 87 ff.

72 Vgl. LOCHER, INStR, S. 98 f.; Bundesbeschluss über die Durchführung von zwischenstaatlichen Abkommen des Bundes zur Vermeidung der Doppelbesteuerung vom 22.6.1951, SR 672.2.

73 VAN WEEGHEL, S. 95 ff.; LUTZ, S. 7 ff.; MEILI, S. 163 ff.

74 LOCHER, INStR, S. 141.

75 Vgl. FN 77; HOCHREUTENER, ASA 54 (1985/86), S. 367 f.

4.2.2.2 Das Bekämpfungsinstrumentarium

Das Instrumentarium zur Bekämpfung von DBA-Missbrauch ist vielfältig⁷⁶. Dazu gehören einerseits die in verschiedenen Abkommen explizit enthaltenen Bestimmungen gegen deren missbräuchliche Inanspruchnahme, wie z.B. Art. 9 Abs. 2 lit. a DBA-NL⁷⁷, die z.T. modifiziert in gewisse DBA aufgenommenen Bestimmungen des Missbrauchsbeschlusses⁷⁸ und wohl auch die Limitation-on-benefits- (LOB-) Klauseln⁷⁹. Die letztgenannten beiden Kategorien von Bestimmungen können, je nach Optik, und selbst wenn sie z.T. interpretationsbedürftige Begriffe enthalten, als (z.T. quantitativ) objektivierte Umgehungstatbestände bezeichnet werden. Allenfalls gehört auch – wie, je nach Auslegung, die LOB-Klauseln – das grundsätzliche Anspruchskriterium «beneficial ownership» zu diesem Instrumentarium, und schliesslich, als allgemein anerkanntes Rechtsprinzip, ein genereller Missbrauchs- resp. Umgehungsvorbehalt.

Nicht abschliessend geklärt ist u.a. die Frage, inwieweit im internationalen Verhältnis – zusätzlich resp. direkt – auf den Steuerumgehungsvorbehalt in Art. 21 Abs. 2 VStG zurückgegriffen werden kann. Und inwieweit das Anspruchskriterium «beneficial ownership», analog zum Recht zur Nutzung, die Anwendungsnotwendigkeit eines allgemeinen Missbrauchsvorbehaltes einzuschränken vermag. Es gilt auch im internationalen Verhältnis, die möglichen Ansatzpunkte gegeneinander abzugrenzen, in ihrem Anwendungsbereich zu sortieren.

4.2.2.3 Der Steuerumgehungsvorbehalt im internationalen Verhältnis

Bei der Anwendung derjenigen DBA, die keine explizite Missbrauchsbestimmung enthalten, ist gemäss Landolf/Waldburger⁸⁰ auf die allgemeinen Missbrauchs- bzw. Umgehungskriterien abzustellen, welche primär aus den Bestimmungen des DBA abzuleiten sind. Allenfalls könne auch auf die schweizerische Praxis zur Steuerumgehung abgestellt bzw. können die Steuerum-

gehungsbestimmungen der Verrechnungssteuer zur Auslegung der relevanten DBA-Bestimmungen herangezogen werden, wobei, weil die Rückerstattungsvoraussetzungen an sich im DBA geregelt sind, die Steuerumgehungskriterien nicht «als zusätzliche Anforderungen verwendet werden»⁸¹ dürften.

Die OECD⁸² empfiehlt den Staaten, in den Abkommen entweder explizite Missbrauchsbestimmungen oder die Anwendbarkeit der unilateralen, innerstaatlichen Bestimmungen gegen Steuerumgehungen zu vereinbaren. Die Frage, ob allgemeine Rechtsprinzipien – wie ein genereller Umgehungs- resp. Missbrauchsvorbehalt – den Abkommensbestimmungen inhärent sind oder nicht, wird von der Mehrheit der OECD-Mitgliedstaaten wie auch von der ESTV⁸³ bejaht. Entsprechend ist ein expliziter Vorbehalt im jeweiligen Abkommen nicht zwingend notwendig⁸⁴.

Im Zusammenhang mit der Anwendung des *DBA-NL*, das eine *explizite Missbrauchsbestimmung* enthält, hat das Bundesgericht⁸⁵ ausgeführt, für die Auslegung dieser Missbrauchsbestimmung müsse die vom Bundesgericht entwickelte Praxis zur Steuerumgehung nicht herangezogen werden. Erforderlich sei lediglich das subjektive Moment der Missbrauchsabsicht. Im Vertragstext sei weder von einer ungewöhnlichen Gestaltungsweise noch von einer effektiven Steuereinsparung die Rede. Derartigen Umständen komme keine selbständige Bedeutung zu; sie spielten allenfalls zusammen mit anderen Aspekten bei der Feststellung der Missbrauchsabsicht eine Rolle. Auch aufgrund des von der ESTV jeweils beim erstmaligen Einreichen eines Rückerstattungsantrages z.B. aufgrund von Art. 9 Abs. 2 lit. a (i) DBA-NL versandten Fragenkatalogs wird deutlich, dass sich die Feststellung der Missbrauchsabsicht auch im internationalen Kontext auf das faktisch Verwirklichte, die objektiven Umstände, stützt⁸⁶.

Soweit das in Frage stehende DBA *keine spezifische Missbrauchsbestimmung* enthält, wird die Anwendbarkeit der innerstaatlichen Steuerumgehungspraxis als ein

76 Vgl. WIRZ, ST 2002, S. 369 ff.

77 Vgl. dazu ausführlich HOCHREUTENER, ASA 54 (1985/86), S. 357 ff.; LUTZ, S. 213 ff.

78 Bundesratsbeschluss vom 14.12.1962 betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, SR 672.202; Art. 22 DBA-B, Art. 23 DBA-D (s. dazu jedoch Art. III des Revisionsprotokolls vom 12.3.2002, zur Zeit: www.estv.admin.ch/data/dba/d/index.htm), Art. 14 DBA-F, Art. 23 DBA-I; der Besteuerungsvorbehalt gilt nur für Schweizer Gesellschaften und in Bezug auf die Entlastung von ausländischen Quellensteuern, vgl. LUTZ, S. 89 ff.

79 Z.B. Art. 22 DBA-US.

80 LANDOLF/WALDBURGER, Kritische Würdigung der Fälle 1 und 2, S. 3 ff.; vgl. LUTZ, S. 160 ff.

81 Vgl. aber BGE 110 Ib 287 Erw. 5 a = ASA 54 (1985/86) 64; vgl. LUTZ, S. 159.

82 OECD-Kommentar, zu Art. 1 N. 7 ff.

83 DUSS/HOCHREUTENER, S. 6.

84 OECD-Kommentar, zu Art. 1 N. 24.

85 BGE 110 Ib 287 Erw. 5 a = ASA 54 (1985/86) 64; vgl. auch die Analyse dieses Entscheids durch HOCHREUTENER, ASA 54 (1985/86), S. 357 ff.; ebenso BGer 16.8.1996, ASA 66 (1997/98) 406, vgl. hinten, FN 109.

86 Veröffentlicht in LANDOLF/WALDBURGER, Beilage zu den Modellfällen.

Grundprinzip unserer Rechtsordnung in der Tendenz befürwortet. Allerdings nur insoweit, als der Einbezug mit dem Sinn und Zweck des DBA übereinstimmt, mithin den durch sorgfältige Auslegung – gemäss den im DBA selbst enthaltenen Regeln resp. gemäss Art. 31 ff. WÜR⁸⁷ – ermittelten Rahmen der anzuwendenden Normen nicht sprengt oder aushöhlt⁸⁸. Die StRK hat denn in ihrem Entscheid vom 28. Februar 2001⁸⁹ betreffend die Rückerstattung der Verrechnungssteuer gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b DBA-L erwogen, die Auslegung des DBA-Begriffes «*bénéficiaire*» nach den Regeln von Art. 31 WÜR⁸⁷, namentlich die Begriffserfassung aufgrund ihres Bedeutungszusammenhangs (context), erlaube die Überprüfung des internationalen Sachverhaltes aufgrund der Kriterien gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG: «... la Suisse peut adopter des mesures anti-abus de manière unilatérale pour s'assurer que les avantages d'une convention ne profitent pas à des ressortissants de pays qui n'y ont pas droit»⁹⁰.

Die Bejahung eines allgemeinen Steuerumgehungsverhaltes bei der Anwendung der DBA ist eine Konsequenz der Gültigkeit allgemeiner Rechtsprinzipien des nationalen Rechts im Zusammenhang mit der Anwendung von Staatsvertragsrecht und lässt sich meines Erachtens nicht direkt aus Art. 21 Abs. 2 VStG ableiten: Ein direkter Rückgriff auf Art. 21 Abs. 2 VStG zur Verweigerung DBA-rechtlicher Entlastungsansprüche ist jedenfalls nicht zulässig. Dies ergibt sich primär aus dem anerkannten Grundsatz des Vorranges von Staatsvertragsrecht gegenüber dem Landesrecht⁹¹. Art. 21 Abs. 2 VStG gilt entsprechend nur im Zusammenhang mit der Rückerstattung aufgrund des Verrechnungssteuergesetzes, d.h. grundsätzlich⁹² nur für die Beurteilung der Rückerstattungs berechtigung von in der Schweiz ansässigen Personen.

4.2.3 Das Verhältnis zum Anspruchskriterium «beneficial ownership»

4.2.3.1 Der Begriff «beneficial ownership»

Das DBA-rechtliche Nutzungsrecht⁹³ an den Vermögenserträgen ist – wie das Recht zur Nutzung im Verrechnungssteuerrecht – ein in den Abkommen nicht

näher definierter wirtschaftlicher Begriff und umfasst entsprechend nicht nur die formalrechtliche Berechtigung, sondern, im Sinne einer Substance-over-form-Betrachtung, die wirkliche, tatsächliche Nutzungsberechtigung⁹⁴. Im Entwurf zum Update 2002 des OECD-Kommentars wird denn auch präzisiert: «The term «beneficial owner» is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.» Entsprechend qualifizieren sich der agent, der nominee sowie in der Regel die conduit company nicht als beneficial owner⁹⁵.

4.2.3.2 Die Abgrenzung zum DBA-Missbrauch – ein möglicher Ansatz

Analog der für das schweizerinterne Verhältnis vorgeschlagenen, gegeneinander abgegrenzten Verwendung könnten im internationalen Kontext einerseits das Anspruchskriterium «beneficial owner» und andererseits der Missbrauchsvorbehalt ergänzend verwendet werden. Auch wenn historisch das Kriterium «beneficial owner» zwecks Missbrauchsverhinderung Eingang in die DBA gefunden hat⁹⁶, ergibt eine Interpretation nach dessen wirtschaftlichem Gehalt die Möglichkeit, den letztlich – insbesondere wenn eine explizite Bestimmung fehlt – unscharf abgegrenzten allgemeinen Missbrauchsvorbehalt nur noch ausnahmsweise bemühen zu müssen.

In diese, die zulässigen Möglichkeiten nutzende Interpretation und Abgrenzung der DBA-rechtlichen Anspruchskriterien ist auch der Begriff «resident» miteinzubeziehen. Meines Erachtens könnte die Kontroverse⁹⁷ um die Rückerstattungs berechtigung der amerikanischen S-Corporation ohne Bemühung von Missbrauchsansätzen auch durch geeignete Interpretation des Kriteriums «beneficial owner» geführt werden. Dies, indem die beneficial ownership in casu zunächst mit der grundsätzlichen Steuerobjekt-Qualität der in Frage stehenden Einkünfte beim Erstempfänger geprüft wird – allerdings nicht im Sinne einer engen subject-to-tax clause⁹⁸. Eine effektive Besteuerung beim Erstempfänger ist nicht massgebend, wohl aber die Gründe, wes-

87 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, i.K. für die Schweiz seit 6.6.1990, SR 0.111.

88 Vgl. zur Auslegung von DBA WALDBURGER, S. 53 ff.; HÖHN, Handbuch INSTr, S. 73 ff.

89 VPB 65.86; vgl. die Auseinandersetzung in BUSIN/VOCK, ST 2002, S. 624; BURRI, FStR 2001, S. 205.

90 StRK 28.2 2001, Erw. 7 b cc aaa, VPB 65.86.

91 Ausführlicher dazu LUTZ, S. 155 ff.; zum Primat des Völkerrechts, HÄFELIN/HALLER, S. 358 f.

92 Vgl. die Ausnahmen oben, 4.2.1.

93 Vgl. Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 OECD-MA.

94 VOGEL, vor Art. 10–12 N. 7 ff.; LUTZ, S. 35 ff.

95 OECD-Komm., 2002 Draft Update, zu Art. 10 N. 12 f.

96 VOGEL, vor Art. 10–12 N. 6; OECD-Komm., 2002 Draft Update, zu Art. 1 N. 10.

97 Vgl. HESS, FStR 2001, S. 124 sowie ATHANAS/WEIGEND, FStR 2001, S. 199.

98 VOGEL, vor Art. 6–22 N. 10.

halb diese unterbleibt. Zu unterscheiden wären die transparente Behandlung des Erstempfängers⁹⁹ (in Bezug auf diese Einkünfte, wie bei der S-Corporation), eine subjektive Steuerbefreiung resp. -privilegierung sowie die allenfalls schädlichen Weiterleitungen. Letztere wären genauer zu untersuchen, insbesondere auch im Hinblick auf deren Konnex zum DBA-begünstigten Einkommen.

Dass die (positiven) Anspruchskriterien und der Missbrauchsvorbehalt nicht in ihrer Substanz vollumfänglich erfasst und gegeneinander abgegrenzt verwendet werden, macht auch der von der ESTV für die Prüfung der DBA-Berechtigung verwendete Fragenkatalog¹⁰⁰ deutlich: Die Ansatzmomente werden weder in einem strukturierten Ansatz noch in ihrem vollen Potential angewandt.

5 Steuerumgehung beim Verkauf von Beteiligungsrechten?

Anschaulich Ausdruck finden die Überlegungen zum Anwendungsbereich des Steuerumgehungsvorbehaltes, insbesondere auch in seiner Abgrenzung zum *de lege artis* ausgelegten Anspruchskriterium «Recht zur Nutzung», bei Beteiligungsverkäufen.

Obwohl die Verrechnungssteuer grundsätzlich nur Leistungsflüsse aus der Gesellschaft an die Beteiligten erfasst, kann die entgeltliche Übertragung von Beteiligungsrechten an schweizerischen Gesellschaften – je nach Sachverhaltskonstellation – einen direkten Einfluss auf die verrechnungssteuerlichen Konsequenzen haben: Die Beteiligungsübertragung unter Dritten kann direkt die Verrechnungssteuerpflicht auslösen (so beim bereits behandelten Ersatztatbestand Mantelhandel) oder aber einen Einfluss auf deren Rückerstattung haben, indem die Übertragung Auslöser ist für die spätere Verweigerung der Rückerstattung (schlicht *per se* oder wegen Steuerumgehung) oder weil das Recht zur Nutzung dem Erwerber der Beteiligungsrechte aberkannt wird.

5.1 Beteiligungsverkäufe im Inland

5.1.1 Inländische Systemwechselfälle

Bei inländischen Systemwechselfällen¹⁰¹ – der *entgeltlichen Übertragung von Beteiligungsrechten an aktiven Gesellschaften unter steuerrechtlichen Inländern vom Privatvermögen ins Geschäftsvermögen*, welche insbeson-

dere im Recht der Einkommenssteuer des Bundes aufgrund extensiver wirtschaftlicher Anknüpfung oder wegen Steuerumgehung unter den Titeln Transponierung, indirekte Teilliquidation und Erbenholding erfasst werden – kann ein verrechnungssteuerlich relevanter Vorgang vorliegen. Dies allerdings nur in den Fällen der indirekten Teilliquidation¹⁰², bei denen eine Substanzentnahme aus der übertragenen Beteiligung, d.h. ein verrechnungssteuerpflichtiger Vorgang, Tatbestandsmerkmal ist. Zu prüfen ist in diesen Fällen allenfalls, ob die Rückerstattung der Verrechnungssteuer wegen Steuerumgehung oder weil das Recht zur Nutzung nicht gegeben ist, bei einer (späteren) Dividendenausschüttung verweigert werden kann oder muss.

Eine Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Substanzdividenden beim Käufer wegen *Steuerumgehung* gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG ist aber – weil keine Erschleichung der Rückerstattungsvoraussetzungen durch einen Ausländer oder einen inländischen Defraudanten vorliegen kann – *per se* in allen diesen Fällen ausgeschlossen.

Fraglich ist, wem das *Recht zur Nutzung* effektiv zusteht, weil der Erstempfänger der Substanzdividende diese definitionsgemäss zur Kaufpreistilgung an den Verkäufer weiterleitet. Als zweckdienlich erweist sich – basierend auf dem wirtschaftlich verstandenen Recht zur Nutzung und dessen vorgeschlagenem Verhältnis zum Steuerumgehungstatbestand – folgende Sachverhaltsanalyse: Dem Käufer als dinglich Berechtigtem steht vermuthungsweise das relevante Nutzungsrecht zu, es sei denn, er habe dieses vertraglich dem Verkäufer eingeräumt. Letzteres zu beweisen ist, weil die Aberkennung des Rechts zur Nutzung indirekt steuerbegründend wirkt, Aufgabe der Steuerbehörden. Gelingt der Beweis, ist – vorbehaltlich der Erfüllung der übrigen Rückerstattungsvoraussetzungen, aber unabhängig von der einkommenssteuerlichen Qualifikation der Transaktion¹⁰³, – der Verkäufer rückerstattungs berechtigt; gelingt der Beweis nicht, ist die faktische Weiterleitung der Substanzdividende theoretisch auf Steuerumgehung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG zu überprüfen. Eine solche kann aber bei Systemwechselfällen unter steuerrechtlichen Inländern nie vorliegen.

Zudem impliziert die korrekte Anwendung der verrechnungssteuerlichen Bestimmungen betreffend die Rückerstattung keinesfalls, dass diese dem Käufer nur gewährt werden darf, wenn die für die Einkommenssteuern

99 Vgl. auch WALDBURGER, FStR 2002, S. 38, zur Nutzungsberechtigung und damit DBA-Berechtigung bei transparent behandelten Personengesellschaften.

100 Vgl. vorne, 4.2.2.3 FN 85.

101 Vgl. statt vieler GURTNER, ASA 57 (1988/89), S. 23 ff.

102 Für die direkte Bundessteuer: StE 2002 B 24.4 Nr. 63.

103 Nicht in diesem Sinne VGer VD 19.3.1997; STOCKAR/HOCHREUTENER, Praxis II/2, zu Art. 21 Abs. 1 lit. a VStG, Nr. 59.

des Verkäufers zuständigen kantonalen Steuerbehörden bestätigen, dass entweder kein auf Ebene der allgemeinen Einkommenssteuern steuerbarer Systemwechselfall vorliegt oder dass, falls ein solcher vorliegt, die allgemeinen Einkommenssteuern auf dem entsprechend unqualifizierten privaten Kapitalgewinn entrichtet wurden. Mit solchen Forderungen kann sich der Käufer heute in der Praxis allerdings konfrontiert sehen, obwohl es nicht zugänglich resp. schlicht rechtswidrig ist, steuerrechtliche Pflichten (Einkommenssteuerpflicht des Verkäufers) und Rechte (Anspruch des Käufers auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer) verschiedener Steuersubjekte derart zu koppeln, dass die Wahrnehmung seiner Rechte durch den einen die Erfüllung der Pflichten des anderen bedingt¹⁰⁴.

Auch die verrechnungssteuerliche Behandlung der indirekten Teilliquidation als Teilmantelhandel¹⁰⁵ ist nicht zugänglich, zumal der Mantelhandel dogmatisch die missbräuchliche Umgehung des steuerbaren Tatbestandes betrifft und nicht eine allenfalls missbräuchliche Erschleichung der Rückerstattungsvoraussetzungen. Nur letzteres kann aber zur Verweigerung der Rückerstattung führen, während die Frage der Umgehung des steuerbaren Tatbestandes bei der indirekten Teilliquidation gar nicht zur Diskussion steht.

5.1.2 Mögliche Steuerumgehungsfälle

Die Verweigerung der Rückerstattung aufgrund von Art. 21 Abs. 2 VStG ist in den Fällen, in denen ein *inländischer Defraudant an einen steuerehrlichen Inländer verkauft* (unabhängig davon, ob ein Systemwechselfall vorliegt oder nicht), dann allenfalls gerechtfertigt, wenn eine indirekte Teil- oder Vollliquidation vorliegt und demnach die Substanz- oder Liquidationsdividende via Kaufpreiszahlung zeitlich unmittelbar dem Defraudanten zukommt. Nur in diesen Fällen – der Käufer scheint nicht originär berechtigt, sondern vom Defraudanten vorgeschoben – würde bei Gewährung der Rückerstattung der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer vereitelt resp. dem subsidiär zur Anwendung gelangenden Fiskalzweck – der ja konzeptionell auf die Belastung des Defraudanten zielt – zu Unrecht nicht zum Durchbruch verholfen. Die Tatsache allein, dass der Veräusserer ein Defraudant und damit nicht rückerstattungsberechtigt

ist, darf aber – wie bei den nachfolgend zu behandelnden grenzüberschreitenden Beteiligungsverkäufen – nicht per se erstens zur Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer wegen Steuerumgehung ohne Überprüfung des Sachverhalts bezüglich dem Recht zur Nutzung und anhand der Steuerumgehungskriterien und zweitens nicht zur Verweigerung der Rückerstattung auf sämtlichen künftigen Substanzdividenden führen. In der Praxis wird angenommen, der Veräusserer sei ein Defraudant, wenn dessen Identität vom Käufer nicht bekanntgegeben wird¹⁰⁶.

5.2 Grenzüberschreitende Beteiligungsverkäufe

Betrachtet werden hier die Fälle, in denen ein *Ausländer seine Beteiligungsrechte an einer Schweizer Gesellschaft entweder an einen anderen Ausländer oder an einen Inländer verkauft* und damit erreicht, dass die definitive Verrechnungssteuerbelastung auf künftigen Ausschüttungen dieser Schweizer Gesellschaft reduziert wird, weil als Folge ein DBA, ein DBA mit geringerem Sockelsteuersatz oder aber das Verrechnungssteuergesetz zur Anwendung kommt¹⁰⁷. In der Praxis werden solche Transaktionen unter den Stichworten Altreservenpraxis, Kauf eines vollen Portemonnaies oder unter dem Aspekt der Steuerumgehung bei der Rückerstattung gewürdigt.

5.2.1 Die Praxis: Steuerumgehung, Altreservenpraxis

Wird die Gesellschaft im Anschluss an den Verkauf an einen Inländer voll- oder, im Sinne der These der indirekten Teilliquidation, teilliquidiert, wird in der Regel in Anwendung von Art. 21 Abs. 2 VStG wegen *Steuerumgehung* die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf der entsprechenden Substanz- oder Liquidationsdividende verweigert.

Soweit die ausschüttbaren Reserven durch nicht betriebsnotwendige liquide Mittel gedeckt sind, genügt dies gemäss ESTV – Stichwort *Kauf eines vollen Portemonnaies*¹⁰⁸ – sogar für die Annahme, dass eine die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auch auf zukünftigen Substanzdividenden ausschliessende Um-

104 Dieses Argument ist auch zur grundsätzlichen Ablehnung der indirekten Teilliquidation anzuführen resp. bedingt zwingend das Kriterium des Zusammenwirkens von Verkäufer und Käufer.

105 Auch mit diesem Argument kann sich der Käufer in der Praxis konfrontiert sehen.

106 ESTV 23.1.1958, ASA 28 (1959/60) 101: Die ESTV hat in diesem Fall, bei dem eine zivilrechtlich in Liquidation gesetzte inländi-

sche Gesellschaft einem Inländer verkauft wurde und dieser in der Folge die Namen der Verkäufer verschwie, wohl in der unwiderlegten Annahme, dass die Verkäufer inländische Defraudanten waren, eine Steuerumgehung angenommen und dem Käufer die Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf der Liquidationsdividende verweigert.

107 Vgl. auch CLOPATH, ST 1993, S. 889 ff.

108 Vgl. vorne, 4.2.4.

gehung vorliegt und die Rückerstattung demnach vollumfänglich verweigert werden kann.

Auch wenn die an einen Inländer oder einen Ausländer verkaufte Gesellschaft nicht unmittelbar im Anschluss an die Übertragung teil- oder vollliquidiert wird, jedoch im Zeitpunkt der Übertragung über ausschüttbare Reserven verfügt, wird in Anwendung der sogenannten *Altreservenpraxis*¹⁰⁹ auf zukünftigen Ausschüttungen dieser bestehenden Reserven nicht die volle Rückerstattung gewährt, sondern diese im Umfang des vor der Übertragung anwendbaren Sockelsteuersatzes verweigert.

5.2.2 Würdigung: Steuerumgehung vs. DBA-Missbrauch

Auch bei den grenzüberschreitenden Beteiligungsveräusserungen kann sich grundsätzlich nur die Frage stellen, ob der neu Beteiligte, falls es sich um einen Inländer handelt, gemäss den Bestimmungen des Verrechnungssteuergesetzes rückerstattungsberechtigt ist oder, falls es sich um einen Ausländer handelt, gemäss den Bestimmungen des anwendbaren DBA dieses in Anspruch nehmen kann. Mit anderen Worten: Es stellt sich lediglich die Frage, ob eine neu beteiligte inländische Person im Sinne der verrechnungssteuerlichen Umgehungsdoktrin bei der Rückerstattung gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG lediglich durch den Ausländer vorgeschoben und damit nicht originär berechtigt ist oder ob eine neu beteiligte ausländische Person aufgrund eines Umgehungs- oder Missbrauchstatbestandes gemäss DBA resp. gemäss dem allgemein gültigen Missbrauchsvorbehalt das DBA nicht beanspruchen kann.

Die sowohl im Verrechnungssteuergesetz als auch im DBA-Recht klar definierten Voraussetzungen für die Rückerstattung der Verrechnungssteuer per se in jedem Fall der faktischen Sockelsteuersatzreduktion aktuell und für die Zukunft zu missachten, ist weder durch den Fiskal- noch durch den Sicherungszweck der Verrechnungssteuer gedeckt. Ein quantitatives Moment ist bei den sich abschliessend ergänzenden Steuerzwecken nicht inhärent¹¹⁰. So ist die Aussage von Burri¹¹¹, dass, sofern bei einer Umstrukturierung innerhalb einer Gruppe die neue Struktur im Sinne der Rechtsprechung nicht missbräuchlich sei, die Abkommensvorteile nach Abrechnung allfälliger Altreserven grundsätzlich gewährt

würden, nicht nur stossend, sondern auch in sich widersprüchlich.

Werden die genannten Restriktionen nicht beachtet, entspricht diese Altreservenpraxis einer Art *steuerrechtlichen Auslösung der Verweigerung der Rückerstattung ohne rechtliche Grundlage* und widerspricht damit entweder Verrechnungssteuerrecht oder DBA-Recht. Zudem wird diese Praxis in Fällen mit umgekehrten Vorzeichen – grundsätzlich zu Recht – nicht angewandt: Auch der *Methodendualismus* ist offensichtlich.

6 Fazit und Postulate

Die Steuerumgehungsproblematik beschlägt im Verrechnungssteuerrecht einerseits die Erhebung der Verrechnungssteuer und andererseits deren Rückerstattung; letzteres betrifft nicht nur das national-rechtliche Verhältnis, sondern auch das international-rechtliche. Die Orientierung am Zweck der Verrechnungssteuer – national primär an deren Sicherungszweck, der Verhinderung resp. Vereitelung der Steuerhinterziehung des inländischen Leistungsempfängers, und international an deren Fiskalzweck, der Belastung des ausländischen Leistungsempfängers – ist für einen sachgerechten Umgang mit der Steuerumgehungsproblematik unerlässlich.

Bei der *Erhebung der Verrechnungssteuer* wird in der Praxis vornehmlich mit Ersatztatbeständen operiert. Sind Ersatztatbestände nicht gesetzlich verankert, so sind sie aus Praktikabilitätsüberlegungen akzeptabel, aber nur dann, wenn sie konsequent als safe-haven rule angewandt werden, m.a.W. der Exkulpationsbeweis und damit die Überprüfung anhand der bundesgerichtlichen Steuerumgehungsformel offen bleibt.

Bezüglich der Steuerumgehung bei der *Rückerstattung der Verrechnungssteuer* ist im schweizinternen Verhältnis zunächst grundlegend, dass die Rückerstattungskriterien im Sinne der Steuerumgehungsdoktrin nach Höhn in ihrem vollen Potential und sauber gegeneinander abgegrenzt verwendet werden, d.h. der Steuerumgehungs-vorbehalt als echter Vorbehalt ausschliesslich zwecks Verhinderung der missbräuchlichen Erschleichung der Rückerstattungs-voraussetzungen verwendet wird.

109 BGer 16.8.1996, ASA 66 (1997/98) 406 Erw. 5 c; in diesem bisher einzigen Entscheid zur Altreservenpraxis hat das Bundesgericht die Übertragung einer Schweizer Beteiligung durch zwei amerikanische Konzerngesellschaften auf deren amerikanische Muttergesellschaft – was zu einer Reduktion des Sockelsteuersatzes geführt hätte – als Verstoß gegen die ratio legis der Missbrauchsbestimmung von Art. VI Abs. 2 DBA-US (1951) betrachtet, das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs oder einer Steuerumgehung dagegen verneint.

110 Weder als Minimalanforderung noch absolut – sonst müsste zumindest im zweiten Fall die Altreservenpraxis auch mit umgekehrten Vorzeichen, d.h. zugunsten der Steuerpflichtigen, praktiziert werden.

111 BURRI, FStR 2001, S. 207; vgl. auch RYSER, FStR 2001, S. 301 ff.

Das *Recht zur Nutzung* kann dinglich, obligatorisch oder aber rein faktisch begründet sein. Von Bedeutung ist, ob der Erstempfänger über diesen Ertrag auch unbelastet verfügen kann oder ob er diesen aufgrund einer obligatorischen Verpflichtung weiterzuleiten hat oder diesen effektiv weiterleitet. Trifft ersteres nicht zu, führt dies zur Aberkennung der notwendigen Berechtigung, Letzteres gibt Anlass zur Überprüfung auf Steuerumgehung. Die Frage der Rückerstattungsberechtigung des wahren Leistungsempfängers bleibt damit aber noch zu entscheiden.

Eine tatsächliche einkommenssteuerliche Erfassung der verrechnungssteuerbelasteten Erträge, im Sinne einer engen subject-to-tax clause, ist nicht Merkmal des Rechts zur Nutzung; entscheidend ist, weshalb eine solche unterbleibt. Wesentlich ist die grundsätzliche Steuerobjekt-Qualität der Erträge in den Händen des (Erst-)Empfängers; eine subjektive Steuerbefreiung oder -privilegierung ist nicht schädlich; Weiterleitungen der Erträge durch den Erstempfänger sind allerdings genauer zu betrachten.

Die Notwendigkeit und Richtigkeit dieses umfassend wirtschaftlich verstandenen Begriffs des Rechts zur Nutzung ergibt sich einerseits im Zusammenhang mit der Überwälzungsvorschrift: Die Rückerstattungsberechtigung soll zunächst der Erstempfänger der verrechnungssteuerbelasteten Leistung haben. Andererseits ist diese Auslegung auch in Abgrenzung zum und im Hinblick auf einen arte legis angewandten Steuerumgehungsvorbehalt sachgerecht.

Der *Steuerumgehungsvorbehalt* kann sich nur auf die Umgehung bzw. auf die Erschleichung der materiellen Rückerstattungsbedingungen beziehen. Er ist Korrekturvorbehalt zu den kombinierten Anspruchsvoraussetzungen «steuerehrlicher Inländer mit Recht zur Nutzung». Der Vorbehalt soll *verhindern*, dass die Wohltat der *Rückerstattung* letztlich einem *inländischen Defraudanten* oder einem *Ausländer zugute kommt*. Alle anderen Leistungsempfänger sind grundsätzlich rückerstattungsberechtigt; der Katalog der positiv zu erfüllenden Anspruchsvoraussetzungen sieht dies so vor. Die Rückerstattung soll nur dann wegen Steuerumgehung verweigert werden, wenn der originäre Leistungsempfänger entweder ein im Ausland Steuerpflichtiger oder ein inländischer Defraudant ist und die ursprünglichen Verhältnisse im Hinblick auf den verrechnungssteuerbelasteten Leistungsfluss missbräuchlich dergestalt arrangiert worden sind, dass nunmehr ein vorgeschobener steuerehrlicher Inländer als Rückerstattungsberechtigter erscheint, die Rückerstattung faktisch aber einem Ausländer oder einem inländischen Defraudanten zugute kommt. Dies ist das Schutzobjekt des Steuerumgehungsvorbehaltes.

Das *sachgerechte Verhältnis* der beiden bisher in der Anwendung nicht sauber abgegrenzten Rückerstattungskriterien des *Rechts zur Nutzung* und der *Steuerumgehung* ergibt sich problemlos aus dem dargelegten Verständnis der beiden Begriffe: Faktische Weiterleitungen des steuerbaren Ertrages durch den dinglich, obligatorisch oder faktisch berechtigten Erstempfänger der steuerbaren Leistungen sind auf Steuerumgehung bei der Rückerstattung zu überprüfen. Deren Anwendung ist auf die Fälle des echten Rechtsmissbrauchs in der Definition von Böckli zu beschränken, d.h. nur der gegenläufige Einsatz an sich zulässiger Gestaltungsmöglichkeiten ist demnach zu pönalisieren: Der nicht anspruchsberechtigte Ausländer oder inländische Defraudant verzichtet zunächst auf sein Recht auf den verrechnungssteuerbelasteten Ertrag, um alsdann indirekt in dessen unbelasteten Genuss zu kommen. Ungerechtfertigte Rückerstattungen wären mit diesem Ansatz wohl nicht zu befürchten.

Als *Essentialia für die Annahme einer Steuerumgehung bei der Rückerstattung* können bezeichnet werden: die entgeltliche Übertragung des Vermögenswertes oder des Anspruchs auf dessen verrechnungssteuerpflichtigen Ertrag von einem Ausländer oder Defraudanten auf einen steuerehrlichen Inländer, die zeitliche Nähe dieser Übertragung zum relevanten Ertragsfluss und die unübliche Finanzierung des Erwerbs des Vermögenswertes resp. des Rechtes auf den Ertrag, mithin ein klarer Konnex zwischen Weiterleitung und verrechnungssteuerbelastetem Ertrag. Andere auffällige Sachverhaltsgestaltungen, welche diese Merkmale nicht aufweisen, sind unter den Titeln Scheingeschäft oder Treuhand zu überprüfen. *Inländische Systemwechselfälle, konkret indirekte Teilliquidationen*, können jedenfalls nicht als Steuerumgehung bei der Rückerstattung qualifiziert werden; zu prüfen ist allenfalls, wem das Recht zur Nutzung effektiv zusteht.

Wichtig ist die *dogmatisch saubere Trennung der möglichen Steuerumgehungen*, nämlich der Steuerumgehung beim Verrechnungssteuerobjekt (inkl. -subjekt), der Steuerumgehung bei den allgemeinen Einkommenssteuern und der Steuerumgehung bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer: Die Steuerumgehung beim Verrechnungssteuerobjekt ebenso wie die Steuerumgehung bei den allgemeinen Einkommenssteuern beschlagen die Frage der rechtsgleichen Abgrenzung des Steuerobjektes, mithin der Verhinderung der rechtsmissbräuchlichen Umgehung des steuerbaren Tatbestandes. Der Steuerumgehungsvorbehalt bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer dient dagegen unmittelbar der Durchsetzung eines der Zwecke der Verrechnungssteuer, nämlich der fiskalischen Belastung des inländischen Defraudanten und des ausländischen Leistungsempfängers. Die Steuerrückerstattung darf entsprechend nur verweigert

werden, wenn ein inländischer Defraudant oder ein ausländischer Leistungsempfänger in deren Genuss käme. Der Steuerumgebungsvorbehalt bezüglich des Objektes der allgemeinen Einkommenssteuern einerseits und bezüglich der Rückerstattung der Verrechnungssteuer andererseits sind in keiner Art und Weise miteinander verknüpft oder verknüpfbar. Eine Steuerumgehung in Bezug auf das Verrechnungssteuerobjekt kann in Ausnahmefällen auch eine Steuerumgehung bei den allgemeinen Einkommenssteuern sein.

Inländische Systemwechselfälle können nicht als Steuerumgehung bei der Rückerstattung qualifiziert werden. Dies wäre letztlich auch ein Versuch, den steuerfreien privaten Kapitalgewinn auszuhebeln. Die Verrechnungssteuer würde damit klar über ihre Leistungsgrenzen hinaus angewandt – unzulässigerweise. Auch unter diesem Aspekt ist eine Steuerumgehung bei der Rückerstattung im Zusammenhang mit inländischen Systemwechselfällen, konkret der indirekten Teilliquidation, klar zu verneinen. Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer bedeutet nicht, dass eine allfällige Umgehung der allgemeinen Einkommenssteuern durch eine (steuerrechtliche inländische) Drittperson oder die durch wirtschaftliche Anknüpfung begründete Umqualifikation von Kapitalgewinnen in Vermögensertrag für Einkommenssteuerzwecke bei eben dieser Drittperson mit dem Mittel der Verweigerung der Rückerstattung beim Antragsteller sanktioniert werden dürfen.

Bei *internationalen Sachverhalten* ist zwischen der Anwendung des *Steuerungsvorbehaltes gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG* und den *DBA-rechtlichen Bestimmungen strikt zu unterscheiden*. Erstere Bestimmung darf nur für den Inländer, der Rückerstattung verlangt, angewandt werden. Für den einen Entlastungsantrag stellenden Ausländer sind ausschliesslich die konkreten – expliziten und inhärenten – DBA-rechtlichen Bestimmungen anwendbar. Die Beurteilung eines solchen Entlastungsantrages aufgrund von Art. 21 Abs. 2 VStG, dieses sehr spezifischen Umgebungsvorbehaltes, kann eine Verletzung des übergeordneten DBA-Rechts bedeuten.

Das DBA-rechtliche Anspruchskriterium – *beneficial ownership* – sollte analog dem Recht zur Nutzung, unter Berücksichtigung des internationalen Kontextes wirtschaftlich interpretiert, zunächst anhand der Steuerobjekt-Qualität der Erträge beim Erstempfänger und alsdann aufgrund allfälliger Weiterleitungen, überprüft und angewandt werden.

Die *Altreservenpraxis* ist je nach konkreter Konstellation *DBA-widrig*, kann das Resultat undifferenzierter Anwendung des Steuerumgebungsvorbehaltes bei der Rückerstattung sein und erfolgt in aller Regel in Missachtung der gesetzlich definierten Rückerstattungsbe-

dingungen, sowohl in materieller als auch in zeitlicher Hinsicht. Die Rückerstattungsbedingungen sind im Moment der Realisation des steuerpflichtigen Ertrages zu erfüllen und nicht in irgendeinem späteren Zeitpunkt. Die Altreservenpraxis ist aufzugeben.

Liegt im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer eine Steuerumgehung oder ein DBA-Missbrauch vor, ist im Sinne einer *Sachverhaltsfiktion* der umgangene Sachverhalt in aller Konsequenz der steuerlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Insbesondere kann nicht einerseits die Rückerstattung der Verrechnungssteuer aufgrund der Steuerumgehungsklausel gemäss Art. 21 Abs. 2 VStG verweigert und andererseits eine aufgrund des supponierten Sachverhaltes allenfalls vorliegende DBA-rechtliche Entlastungsbeurteilung ignoriert werden.

Das notwendige rechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung der Steuerumgehung im Verrechnungssteuerrecht ist vorhanden, dessen Anwendung müsste in der Praxis allerdings differenzierter sein.

Literatur

- ATHANAS PETER/WEIGEND BERTIL, DBA-rechtliche Behandlung von US-amerikanischen S-Corporations im Zusammenhang mit der Rückerstattung der Verrechnungssteuer auf Dividenden, FStR 2001, S. 199 ff.
- BAUER-BALMELLI MAJA, Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, Zürich 2001
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des Steuerrechts, 5. A., Zürich 1995
- BÖCKLI PETER, Steuerumgehung: Qualifikation gegenläufiger Rechtsgeschäfte und normative Gegenprobe, in: Steuerrecht im Rechtsstaat, Festschrift zum 65. Geburtstag von Francis Cagianut, hrsg. von Ernst Höhn und Klaus A. Vallender, Bern/Stuttgart 1990, S. 289 ff.
- BURRI ANITA, Rückerstattung der Verrechnungssteuer bei internationalen Umstrukturierungen, FStR 2001, S. 204 ff.
- BUSIN CHRISTOPH/VOCK MATTHIAS ERIK, Abkommensberechtigung von ausländischen Holdinggesellschaften, ST 2002, S. 624 ff.
- CLOPATH GION, Changement d'actionnaire et impôt anticipé, ST 1993, S. 889 ff.

- DUSS MARCO, Interkantonale und internationale Aspekte der Unternehmensumstrukturierungen, in: Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 351 ff.
- DUSS MARCO/HOCHREUTENER HANS PETER, Verrechnungssteuer und Stempelabgaben: Probleme im internationalen Verhältnis, Kammer-Seminar vom 2./3. Juli 1998, Bürgenstock
- GURTNER PETER, Systemwechselfälle bei Beteiligungsübertragungen, ASA 57 (1988/89), S. 23 ff.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998
- HESS ERIC, Rückerstattung der schweizerischen Verrechnungssteuer an eine amerikanische S-Corporation, FStR 2001, S. 124 ff.
- HOCHREUTENER HANS PETER, Die Aktionärsoptionen im Spannungsfeld der Steuern, ST 1996, S. 497 ff.
- HOCHREUTENER HANS PETER, Die Rückerstattung der Verrechnungssteuer an holländische Empfänger schweizerischer Dividenden, ASA 54 (1985/86), S. 357 ff.
- HÖHN ERNST, Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz, hrsg. von Ernst Höhn, 2. A., Bern/Stuttgart/Wien 1993 (zitiert: Handbuch INStR)
- Steuereinsparung und Steuerumgehung, StR 29 (1974), S. 141 ff.
 - Steuerumgehung und rechtsstaatliche Besteuerung, ASA 46 (1977/78), S. 145 ff.
- HÖHN ERNST/VALLENDER KLAUS A., Steuerrecht im Rechtsstaat, Festschrift zum 65. Geburtstag von Francis Cagianut, Bern/Stuttgart 1990, S. 9 ff.
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I, 9. A., Bern/Stuttgart/Wien 2001
- IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 6. A., Basel/Frankfurt a.M. 1986
- JAUSSI THOMAS, Emissionsabgabe und Verrechnungssteuer bei strukturierten Finanzierungen, ST 1997, S. 571 ff.
- Strukturierte Finanzierungen, Securitizations. Schweizerische Steueraspekte, Referat Mitgliederversammlung IFA, 7. Juni 2001
- LANDOLF URS/WALDBURGER ROBERT, Inanspruchnahme von schweizerischen Doppelbesteuerungsabkommen, in: Steuerplanung im Spannungsfeld von Steuerersparnis, Steuerumgehung und Steuerkriminalität, Kammer-Seminar vom 1./2. Juli 1999, Lugano
- LOCHER PETER, Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz, 2. A., Bern 2000 (zitiert: INStR)
- Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Bern 1983 (zitiert: Rechtsfindung)
 - Legalitätsprinzip im Steuerrecht, ASA 60 (1991/92), S. 1 ff.
- LUTZ GEORG, Die Massnahmen gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen, Zürich 2000
- MÄUSLI PETER, Die Ansässigkeit von Gesellschaften im internationalen Steuerrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1993
- MEILI MARKUS, Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht der direkten Steuern, Winterthur 1976
- MISTELI JONAS, Dividenden-Stripping, Bern/Stuttgart/Wien 2001
- OECD-KOMMENTAR, Draft Contents of the 2002 Update to the Model Tax Convention, Paris 2001, zur Zeit auch: www.oecd.org/pdf/M00018000/M00018559.pdf (zitiert: OECD-Komm., 2002 Draft Update)
- OECD-KOMMENTAR, Kommentar zu den Artikeln des Musterabkommens, hrsg. vom Fiskalausschuss der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), in: OECD-Reihe Steuern, Herne/Berlin (Loseblattwerk)
- OECD-MUSTERABKOMMEN, Musterabkommen auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (Ausgabe 1992), hrsg. vom Fiskalausschuss der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), in: OECD-Reihe Steuern, Herne/Berlin (Loseblattwerk)
- PFUND W. ROBERT, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil (Art. 1–20), Basel 1971
- PFUND W. ROBERT/ZWAHLEN BERNHARD, Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, II. Teil (Art. 21–33 VStG), Basel 1985
- PÜRRO-SCHWOB IMOGEN, Grenzen bei der Rückerstattung der Verrechnungssteuer an natürliche Personen, ST 1994, S. 606 ff.
- REICH MARKUS, Unternehmensumstrukturierungen im internen Steuerrecht von Bund und Kantonen, in: Markus Reich/Marco Duss, Unternehmensumstrukturierungen im Steuerrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, S. 3 ff.
- RYSER DAVID, «Altreservenpraxis» und internationale Umstrukturierungen, FStR 2001, S. 301 ff.

- STOCKAR CONRAD, Rückerstattung der Verrechnungssteuer beim Verkauf von Beteiligungen ex coupon, ST 1986, S. 60 ff.
- STOCKAR CONRAD/HOCHREUTENER HANS PETER (Hrsg.), Die Praxis der Bundessteuern, II. Teil: Stempelabgaben (Band 1), Verrechnungssteuer (Band 2), Couponsteuer, BB 1938, Verrechnungssteuer 1943 (Band 3), Basel (Loseblattwerk)
- TIPKE KLAUS/LANG JOACHIM, Steuerrecht, 16. A., Köln 1998
- VALLENDER KLAUS A., Aktionärsdarlehen als Steuerumgehung?, in: Das schweizerische Steuerrecht, Festschrift zum 70. Geburtstag von Ferdinand Zuppinger, hrsg. von Markus Reich und Martin Zweifel, Bern 1989, S. 433 ff.
- VAN WEEGHEL STEF, The Improper Use of Tax Treaties, London 1998
- VOGEL KLAUS, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen, Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 3. A., München 1996
- VON AH JULIA, Die Kapitalherabsetzung von Publikumsgesellschaften, Zürich 2001
- WALDBURGER ROBERT, Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, in: Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, hrsg. von Michael Lang, Wien 1998, S. 51 ff.
- Satz der residualen Verrechnungssteuer bei Dividendenzahlungen an ausländische Personengesellschaften, FStR 2002, S. 34 ff.
- WIRZ PAUL, Anti-avoidance measures in international tax planning, ST 2002, S. 369 ff.