

# INTERNATIONALES STEUERRECHT

Redaktion:  
Hon.-Prof. MR Dr. Heinz Jirousek

Prof. Dr. Stefan Bendlinger • Linz

## Keine KEST-Entlastung bei Durchlaufgesellschaften

### Neue richtungsweisende Entscheidungen des EuGH

» ÖStZ 2019/192

Am 26. 2. 2019 veröffentlichte der EuGH zwei Entscheidungen zu insgesamt sechs Rechtssachen (Rs), die sich einerseits mit dem unionsrechtlichen Missbrauchs-begriff iZm der Anwendung der Mutter-Tochter-Richtlinie 90/435/EWG (MTR)<sup>1</sup> und andererseits mit der Auslegung des Begriffs des „Nutzungsberechtigten“ („beneficial owner“) auf Grundlage der Zinsen und Lizenzgebühren-Richtlinie<sup>2</sup> (Z/L-RL) beschäftigen. Die dem EuGH von einem dänischen Gericht zur Vorabentscheidung präsentierten Fragen betrafen denselben Konzern, wurden vom EuGH wegen des Zusammenhangs, der zwischen ihnen besteht, in zwei Urteilen zusammengefasst und im Rahmen einer gemeinsamen mündlichen Verhandlung behandelt.

In den verbundenen Rechtssachen C-116/16 (*T Danmark*) und C-117/16 (*Y Denmark*)<sup>3</sup> ging es um die Frage, unter welchen Umständen einer EU-Tochtergesellschaft, die Dividenden an ihre EU-Muttergesellschaft (Zwischenholding) ausgeschüttet hatte, die aus der MTR folgende Quellensteuerbefreiung versagt werden kann. In den ebenfalls verbundenen Rechtssachen C-115/16 (*N Luxembourg 1*), C-118/16 (*X Denmark*), C-119/16 (*C Danmark I*) und C-299/16 (*Z Denmark*) nahm der EuGH korrespondierend dazu Stellung, unter welchen Voraussetzungen einer Tochtergesellschaft, die Zinsen an ihre EU-Muttergesellschaft (Zwischenholding) zu zahlen hatte, die in der Z/L-RL vorgesehene Quellensteuerentlastung verweigert werden kann.

#### 1. KEST-Entlastung auf Dividenden auf Grundlage der MTR

##### 1.1. Der Sachverhalt (Rs C-116/16 und C-117/16)

Im Zuge der Übernahme einer in Dänemark ansässigen Gesellschaft (*T Denmark*) gründeten fünf Investmentfonds, deren Investoren überwiegend in den USA ansässig waren,<sup>4</sup> Gesellschaften in Luxemburg (ua *N Luxembourg 2*), die in beachtlichem Umfang Anteile an dem Zielobjekt erwarben. Ein von *T Danmark* bei der dänischen Steuerverwaltung (SKAT) gestellter Antrag, die Quellensteuerfreiheit von Gewinnausschüttungen an *N Luxembourg 2* verbindlich zu bescheinigen, wurde mit dem Hinweis abgewiesen, dass nicht feststehen würde, wie *N Luxembourg 2* die Dividenden verwenden würde.<sup>5</sup> Während der Oberste Steuerbeschwerdeausschuss sehr wohl eine Quellensteuerfreiheit der Dividenden aufgrund der MTR bestätigte, erhob das dänische Steuerministerium Klage beim dänischen OLG Ost (OLG). Vom OLG wurde das Verfahren ausgesetzt und der Fall gem Art 267 AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung präsentiert.

In der Rs C-117/16 (*Y Denmark*) hielt die in den USA ansässige börsennotierte *Y Inc* (nach mehreren Umgründungsschritten) über die auf den Bermudas ansässige *Y Global Ltd.* (= *Y Bermudas*) und die auf Zypern ansässige (beteiligungsverwaltende) *Y Cyprus* die in Dänemark ansässige *Y Denmark*, die ihrerseits an der in den Niederlanden ansässigen *Y Niederlande* beteiligt war. Nachdem *Y Denmark* von *Y Niederlande* Gewinnausschüttungen bezogen hatte, wurden diese kurz darauf von *Y Denmark* an *Y Cyprus* (weiter-)geschüttet und schließlich zur Tilgung von gegenüber *Y Bermuda* bestehenden Darlehensschulden verwendet und von dort aus in die USA weitergeleitet. Bezüglich der Gewinnausschüttung von *Y Denmark* an *Y Cyprus* vertrat die dänische Steuerverwaltung die Auffassung, dass *Y Cyprus* nicht Nutzungsberechtigter der Dividenden sei und verweigerte die in der MTR vorgesehene Quellensteuerentlastung. Wie im Fall C-116/16 bestätigte jedoch der Oberste Steuerbeschwerdeausschuss die Anwendbarkeit der Steuerfreiheit gem MTR, wogegen das dänische Steuerministerium beim vorliegenden OLG Klage erhob.

<sup>1</sup> Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten (ABl 1990, L 225, 6) in der durch die Richtlinie 2003/123/EG des Rates vom 22. Dezember 2003/ABl 2003, L 7, 41) und die Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011 (ABl 2011, L 345, 8) geänderten Fassung.

<sup>2</sup> Richtlinie 2003/49/EG des Rates vom 3. Juni 2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten, ABl 2003, L 157, 49.

<sup>3</sup> ECLI:EU:C:2019:135.

<sup>4</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 43.

<sup>5</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 44.



## 1.2. Fragen zur Vorabentscheidung

In insgesamt zehn detaillierten Fragestellungen<sup>6</sup> stellte das OLG dem EuGH einerseits Fragen zur Auslegung des in Art 1 Abs 2 MTR geregelten Missbrauchstatbestandes, wonach die „...Richtlinie... der Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bestimmungen zur Verhinderung von Steuerhinterziehungen und Missbräuchen nicht entgegensteht.“

Andererseits wollte das Gericht wissen, ob das Abstellen auf den „Nutzungsberechtigten“, wie das im OECD-Musterabkommen (OECD-MA) vorgesehen ist, eine „vertragliche Bestimmung“ iSd Art 1 Abs 2 MTS ist und welcher Inhalt diesem Begriff beizumessen ist. In diesem Zusammenhang wollte das OLG auch wissen, welche Bedeutung dabei den Interpretationsergebnissen des OECD-MA samt Kommentar dazu (OECD-MK) beizumessen ist und ob der Begriff „Nutzungsberechtigter“ entsprechend dem in Art 1 iVm Art 1 Abs 4 der Z/L-RL verwendeten Begriff auszulegen ist. Geklärt werden sollte auch, ob im Falle der Versagung der Quellensteuerentlastung der Mitgliedstaat aufgrund der MTR bzw Art 4 Abs 3 AEUV verpflichtet ist anzugeben, *wen er als Nutzungsberechtigten ansieht*.

Das OLG wollte auch wissen, ob eine *zeitnahe Weiterleitung* von Dividenden an eine andere Person für die Beurteilung der Frage des „Nutzungsberechtigten“ relevant sei. Schließlich sollte die Vereinbarkeit einer Quellensteuer mit Art 49 AEUV und Art 54 AEUV (oder Art 63 AEUV) und die Verschreibung der im Vergleich zu Verzugszinsen auf die Körperschaftsteuer(KöSt-)schuld höheren Verzugszinsen auf Quellensteuern einer unionsrechtlichen Prüfung unterzogen werden. Im Wesentlichen betrafen die Vorlagefragen die folgenden, drei Themenbereichen zuzuordnenden Fragestellungen:<sup>7</sup>

- Gibt es für einen MS eine *Rechtsgrundlage* dafür, für die an ihre in einem anderen MS ansässige Muttergesellschaft gezahlten Dividenden die Befreiung gem Art 5 MTR wegen *Missbrauchs* zu verweigern?
- Wenn dies der Fall ist, was sind die *Tatbestandsmerkmale eines unionsrechtlichen Missbrauchstatbestandes* und wie ist ein solcher nachzuweisen?
- Wie sind die Vorschriften des AEUV über die *Niederlassungsfreiheit* (Art 49 AEUV) und den *freien Kapitalverkehr* (Art 54 und Art 63 AEUV) auszulegen, um überprüfen zu können, ob die nationalen Rechtsvorschriften diese Freiheiten verletzen?

## 1.3. Rechtsmissbrauch in der MTR

Einleitend führt der EuGH aus, dass nach stRsp im Unionsrecht der *allgemeine Grundsatz* gelte, dass man sich *nicht betrügerisch* oder *missbräuchlich* auf Unionsrecht berufen könne.<sup>8</sup> Dieser allgemeine Grundsatz sei zwingend, zumal die Anwendung von Unionsvorschriften nicht so weit reichen könne, dass Vorgänge ge-

schützt werden, die zu dem Zweck durchgeführt werden, betrügerisch oder missbräuchlich in den Genuss von im Unionsrecht vorgesehenen Vorteilen zu gelangen.<sup>9</sup> Daraus folge, dass ein MS die Anwendung von Vorschriften des Unionsrechts *verweigern muss*, wenn diese nicht geltend gemacht werden, um die damit bewirkten Ziele zu erreichen, sondern in den Genuss eines im Unionsrecht vorgesehenen Vorteils zu gelangen, obwohl die entsprechenden Voraussetzungen *lediglich formal erfüllt* sind.<sup>10</sup> Der allgemeine Grundsatz des Missbrauchsverbots komme zum Tragen, wenn Vorschriften des Unionsrechts auf eine Weise geltend gemacht werden, die nicht mit ihrem Zweck im Einklang stünden.

Demnach schließe Art 1 Abs 2 MTR, wonach die MTR der Anwendung einzelstaatlicher oder vertraglicher Bestimmungen zur Verhinderung von Steuerhinterziehung und Missbräuchen nicht entgegensteht, die Anwendung des *allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatzes des Missbrauchsverbots* nicht aus.<sup>11</sup> Dieser Grundsatz finde im Steuerrecht auch dann Anwendung, wenn die Erlangung eines Steuervorteils *nicht der ausschließliche*, sondern der *Hauptzweck* der betreffenden Transaktion sei.<sup>12</sup> Allerdings könne der Umstand allein, dass der Steuerpflichtige bestrebt ist, das Steuersystem zu finden, das für ihn am vorteilhaftesten ist, nicht bereits die generelle Vermutung eines Betrugs oder Missbrauchs begründen. Sofern die betreffende Transaktion jedoch wirtschaftlich betrachtet eine *rein künstliche Gestaltung* darstelle und darauf ausgerichtet sei, der Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates zu entgehen, habe der Steuerpflichtige keinen Anspruch auf Inanspruchnahme der unionsrechtlichen Vorteile.<sup>13</sup>

Demnach seien die nationalen Behörden und Gerichte verpflichtet, die Rechte aus der MTR zu verwehren, wenn sie *betrügerisch oder missbräuchlich* geltend gemacht werden. Das gelte auch dann, wenn *einzelstaatliche oder vertragliche Bestimmungen zur Verhinderung des (Steuer-)betrugs fehlen* würden.<sup>14</sup> Denn nationales Recht sei im Lichte des Wortlauts und der Zielsetzungen der MTR auszulegen, sodass ein MS dem Einzelnen eine richtlinienkonforme Auslegung entgegenhalten könne.<sup>15</sup> Die Mitgliedstaaten müssen vielmehr die Vorteile aus der MTR nach dem allgemeinen Grundsatz des Verbots des Rechtsmissbrauchs versagen, nach dem das Unionsrecht nicht für missbräuchliche Verhaltensweisen von Wirtschaftsteilnehmern gelten kann.<sup>16</sup>

## 1.4. Tatbestandsmerkmale und Nachweis des Rechtsmissbrauchs

Nach der Rechtsprechung des EUGH setzt die Feststellung von Missbrauch einerseits eine *Gesamtheit objektiver Umstände* vo-

<sup>6</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 48.

<sup>7</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 67.

<sup>8</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 70.

<sup>9</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 71.

<sup>10</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 72.

<sup>11</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 77.

<sup>12</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 79.

<sup>13</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 81.

<sup>14</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 82 ff.

<sup>15</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 87.

<sup>16</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 89.

raus, aus denen sich ergibt, dass trotz der Einhaltung unionsrechtlicher Bedingungen das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde. Andererseits erfordert die Annahme von Missbrauch ein *subjektives Element*, nämlich die *Absicht*, sich einen unionsrechtlich vorgesehenen Vorteil dadurch zu verschaffen, dass die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden.<sup>17</sup> Die Tatbestandsmerkmale eines Missbrauchs im Sinne einer Transaktion, die jeder wirtschaftlichen und geschäftlichen Rechtfertigung entbehrt und nur *pro forma* oder *künstlich* durchgeführt wurde und deren Hauptzweck die Erlangung eines ungerechtfertigten Steuervorteils ist, bedarf einer *Analyse des gesamten Sachverhaltes*.<sup>18</sup> Auch wenn eine Reihe von Indizien für Rechtsmissbrauch sprechen würde, muss ein vorlegendes Gericht prüfen, ob diese objektiv sind und übereinstimmen und ob der Steuerpflichtige die *Möglichkeit hatte, diese zu widerlegen*.<sup>19</sup> Ein Konzern, der eine Pro-Forma-Struktur aufweist, deren Hauptzweck oder einer ihrer Hauptzwecke die Erlangung eines Steuervorteils sei, der dem Ziel und Zweck der anwendbaren Steuervorschriften zuwiderläuft, könne als künstliches Gebilde angesehen werden. Dies gelte vor allem dann, wenn Quellensteuern auf Dividenden vermieden werden, indem zwischen die ausschüttende Gesellschaft und die (tatsächlich) nutzungsberechtigte Gesellschaft eine „Durchleitungseinheit“ geschaltet wird.<sup>20</sup>

Der Umstand, dass Dividenden *kurz nach Vereinnahmung* in vollem oder nahezu vollem Umfang an Einheiten weitergeleitet werden, die von der MTR nicht begünstigt sind, sei nach Ansicht des EuGH *Indiz für eine künstliche Gestaltung*.<sup>21</sup> Ebenso die *Verpflichtung* des Dividendenempfängers diese an eine dritte Gesellschaft weiterzuleiten, sodass die zwischengeschaltete Einheit nur einen unerheblichen steuerlichen Gewinn erzielt, wenn sie als Durchleitungsgesellschaft fungiert um den Zahlungsfluss vom Schuldner der Dividenden zu der Einheit, die Nutzungsberechtiger der Dividenden ist, zu ermöglichen.<sup>22</sup> Der Charakter einer Durchleitungseinheit sei nachgewiesen, wenn *deren einzige Tätigkeit die Entgegennahme von Dividenden und deren Weiterleitung* an den Nutzungsberechtigten oder an eine andere Durchleitungseinheit ist und es für deren Zwischenschaltung *keine wirtschaftliche Rechtfertigung* gibt.<sup>23</sup>

Das *Fehlen einer wirtschaftlichen Tätigkeit* sei anhand der charakteristischen Merkmale der betreffenden Tätigkeit zu ermitteln, wobei *alle relevanten Umstände* zu berücksichtigen sind, wie die *Geschäftsführung*, die *Bilanz*, die *Kostenstruktur*, die *tatsächlichen Aufgaben*, die *Beschäftigten*, die *Geschäftsräume* und die *Ausstattung der betreffenden Gesellschaft*,<sup>24</sup> *Verträge* zwischen den beteiligten Gesellschaften, *Modalitäten der Finanzie-*

*rung, die Bewertung des Eigenkapitals* der Zwischengesellschaften und die *Möglichkeit der Durchleitungseinheit „im Wesentlichen“ wirtschaftlich betrachtet über die empfangenen Dividenden zu verfügen*.<sup>25</sup> Auch günstige Steuervorschriften, die den Steuerpflichtigen zu bestimmten Transaktionen motivieren, könnten nach den Ausführungen des EuGH Indiz für eine künstliche Gestaltung sein.<sup>26</sup>

Ob der (tatsächliche) Nutzungsberechtigte in einem Drittstaat ansässig ist, mit dem der Ansässigkeitsstaat der ausschüttenden Tochtergesellschaft (Quellenmitgliedstaat) ein DBA abgeschlossen hat, schließe Rechtsmissbrauch nicht aus.<sup>27</sup> Allerdings setze die Versagung der Quellensteuerbefreiung gem Art 5 MTR wegen Ansässigkeit des Nutzungsberechtigten in einem Drittstaat nicht zwingend voraus, dass Betrug oder Rechtsmissbrauch gegeben ist.<sup>28</sup>

### 1.5. Beweislast

Der Nachweis, dass die objektiven Voraussetzungen für die Anwendung des Art 5 MTR vorliegen, ist vom Dividendenempfänger zu erbringen.<sup>29</sup> Wird von der Steuerbehörde eines MS die Quellensteuerbefreiung wegen Rechtsmissbrauchs verwehrt, obliegt es jedoch der Behörde nachzuweisen, dass die Tatbestandsmerkmale der MTR nicht erfüllt sind, insb, dass der Empfänger nicht der Nutzungsberechtigte der Dividenden ist.<sup>30</sup> Nach den Ausführungen des EuGH müsse sie *aber nicht ermitteln und bestimmen, wer ihrer Auffassung nach der (tatsächliche) Nutzungsberechtigte der Dividenden ist*, sondern nur nachweisen, dass es sich beim (genannten) Dividendenempfänger lediglich um eine Durchleitungsgesellschaft handelt, die rechtsmissbräuchlich zwischengeschaltet worden ist. Denn in der Regel verfüge die nationale Steuerbehörde nicht über die für die Ermittlung des Nutzungsberechtigten erforderlichen Informationen.<sup>31</sup>

### 1.6. Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten

Zur Frage des vorlegenden Gerichts, ob die Versagung der gem Art 5 Abs 1 MTR gebotenen Quellensteuerfreiheit mit der Niederlassungs- (Art 49 AEUV) bzw der Kapitalverkehrsfreiheit (Art 54 und Art 63 AEUV) vereinbar ist, verwies der EuGH darauf, dass dann, wenn wegen der Feststellung eines Betrugs oder Missbrauchs iS von Art 1 Abs 2 MTR die Begünstigung nicht anwendbar ist, sich die betreffende Gesellschaft nicht auf die vom EU-Vertrag garantierten Grundfreiheiten berufen könne, um die im Quellenstaat geltende Regelung über die Besteuerung der Dividenden anzugreifen.

<sup>17</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 97.

<sup>18</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 98.

<sup>19</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 99.

<sup>20</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 100.

<sup>21</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 102.

<sup>22</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 103.

<sup>23</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 114.

<sup>24</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 104.

<sup>25</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 105.

<sup>26</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 106.

<sup>27</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 107 ff.

<sup>28</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 111.

<sup>29</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 116.

<sup>30</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 117.

<sup>31</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 118 ff.



## 2. KEST-Entlastung auf Zinsen auf Grundlage der Z/L-Richtlinie

### 2.1. Der Sachverhalt (Rs C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-200/16)

In den vier Ausgangsverfahren fochten eine luxemburgische Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin einer dänischen Gesellschaft (Rs C-116/16, *N Luxembourg 1*) und drei dänische Gesellschaften (Rs C-118/16, *X Denmark*, Rs C-119/16, *C Danmark I* und C-299/16, *Z Denmark*) Bescheide der dänischen Steuerverwaltung an, mit denen die auf Grundlage der Z/L-RL grundsätzlich notwendige Quellensteuerentlastung von Zinsen, die an in anderen MS ansässige Gesellschaften gezahlt worden sind, verweigert worden ist. Begründet damit, dass es sich bei den Empfängern *nicht um die Nutzungsberechtigten* der Zinsen handle, sondern um bloße *Durchleitungsgesellschaften*. Auch die Rs C-117/16 und C-117/16 betrafen denselben Konzern.<sup>32</sup>

In den streitgegenständlichen vier Fällen ging es (einen Konzern betreffend) um die Auslegung der Z/L-RL und der im AEUV garantierten Grundfreiheiten, weshalb die Rs vom EuGH zu einem gemeinsamen Urteil verbunden und zusammen mit den Rs C-116/16 „*T Danmark*“ und C-117/16 „*Y Danmark*“ (betreffend die Auslegung der MTR) in einer gemeinsamen mündlichen Verhandlung behandelt worden sind.<sup>33</sup> Allen vier Fällen lag eine komplexe Gesellschafter- und Finanzierungsstruktur zu Grunde. Letztlich ging es darum, dass Zinsen, die von in Luxemburg ansässigen Gesellschaften für die Hingabe von Fremdkapital bezogen worden sind, die Entlastung von dänischer Kapitalertragsteuer (KESt) verweigert worden ist, weil die Zinsen von dänischen Konzerngesellschaften durch in Luxemburg bzw. in Schweden ansässige Gesellschaften letztlich weiter an Investmentfonds bzw. in Drittstaaten ansässige Letztbegünstigte (zB Cayman Islands, USA) geflossen sind, die sich selbst die Vorteile der Z/L-RL nicht zu Nutzen machen hätten können.<sup>34</sup>

### 2.2. Fragen zur Vorabentscheidung

Das vorliegende OLG wollte in den vier Rechtssachen vom EuGH im Wesentlichen wissen,

- unter welchen Voraussetzungen der Empfänger der Zinsen als „*Nutzungsberechtigter*“ qualifiziert werden kann, welche Kriterien dafür relevant sind, ob dieser Begriff in Einklang mit dem in Art 11 OECD-MA 1977 verwendeten Begriff auszulegen ist und in diesem Fall auch spätere Erläuterungen, wie die Ergänzungen, die 2003 zu den Durchleitungsgesellschaften oder 2014 zu den vertraglichen oder rechtlichen Verpflichtungen (OECD-MK) zur Auslegung herangezogen werden können;<sup>35</sup>

- welche Kriterien relevant sind, damit ein MS die Anwendung der Z/L-RL *wegen Missbrauchs* verweigern kann;
- ob bei Nichtanerkennung des Zinsempfängers als Nutzungsberechtigten ein MS angeben muss, *wer der (tatsächliche) Nutzungsberechtigte* ist;
- ob die *Niederlassungsfreiheit* (Art 43 AEUV) und die *Kapitalverkehrsfreiheit* (Art 48 oder Art 56 AEUV) Rechtsvorschriften entgegenstehen, die bei verspäteter Abfuhr der Quellensteuer höhere Verzugszinsen vorsehen, als für KöSt-Schulden einer gebietsansässigen Gesellschaft;
- die genannten Grundfreiheiten Regelungen entgegenstehen, wonach der Schuldner von Zinsen für die Einbehaltung von Quellensteuern *haftet*, die an Gebietsfremde fließen, von Gebietsansässigen ein solcher Steuerabzug aber nicht einbehalten werden muss und einer Regelung entgegensteht, nach der in einem MS in den ersten beiden Steuerjahren *keine KöSt-Vorauszahlungen* zu leisten sind, sondern KöSt erst zu einem erheblich späteren Zeitpunkt zu zahlen ist, zu dem die Quellensteuer fällig wird.

### 2.3. Der „Nutzungsberechtigte“ in der Z/L-RL

Einleitend stellt der EuGH fest, dass eine Auslegung des in Art 1 Abs 1 und 4 der MTR verwendeten Begriffs des „Nutzungsberechtigten“ nach nationalem Recht ausscheidet.<sup>36</sup> Nutzungsberechtigter iSd MTR sei die Einheit, die *tatsächlicher Nutznießer* der an sie gezahlten Zinsen sei. Gemäß Art 1 Abs 4 Z/L-RL könne ein Unternehmen eines MS nur dann als Nutzungsberechtigter der Zinsen oder Lizenzgebühren behandelt werden, „...wenn er die Zahlungen zu eigenen Gunsten und nicht nur als *Zwischenträger*, etwa als *Vertreter*, *Treuhänder* oder *Bevollmächtigter* für eine andere Person erhält.“<sup>37</sup> Auch die verschiedenen Sprachfassungen von Art 1 Abs 1 Z/L-RL, die den Nutzungsberechtigten auch als „*Empfänger*“, „*tatsächlicher Empfänger*“, „*Eigentümer*“ oder „*letztlich Berechtigten*“ definieren, würden deutlich machen, dass damit *nicht ein formal bestimmter Empfänger* die Vorteile der Z/L-RL in Anspruch nehmen kann, sondern nur derjenige, dem die bezogenen Zinsen *wirtschaftlich zustehen* und der daher *frei über deren Verwendung bestimmen kann* („*use and enjoy*“).<sup>38</sup>

Dabei seien angesichts der mit Art 11 OECD-MA 1996 verfolgten gleichen Zielsetzung, nämlich Doppelbesteuerung zu vermeiden und aufgrund des Umstandes, dass bestimmte Definitionen der Z/L-RL auf diese Bestimmung zurückgehen,<sup>39</sup> bei der Auslegung des Begriffs des Nutzungsberechtigten *das OECD-MA und der OECD-MK* und die im Laufe der Jahre *erfolgten Änderungen* durchaus von Bedeutung.<sup>40</sup> Auch aus dem Vorschlag „*Dokument KOM[1998] 67 endg.*“ auf den die Z/L-RL zurückgeht, ergebe sich, dass sich diese an Art 11 OECD-MA 1996 orientiere.<sup>41</sup> Die von den

<sup>32</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 38.

<sup>33</sup> ECLI:EU:C:2019:135, RN 65.

<sup>34</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 30 ff.

<sup>35</sup> ZB Rz 10.1. und 10.2. OECD-MK zu Art 11 OECD-MA 2017.

<sup>36</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 84.

<sup>37</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 88.

<sup>38</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 89.

<sup>39</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 103.

<sup>40</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 90.

<sup>41</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 90.

Klägerinnen eingewandte mangelnde demokratische Legitimation einer Begriffsauslegung anhand von OECD-MA und OECD-MK wurde vom EuGH mit dem Hinweis abgelehnt, dass eine solche Auslegung, auch wenn Arbeiten der OECD herangezogen werden, auf der Z/L-RL selbst beruhen würden und auf deren Gesetzgebungsgeschichte, die den demokratischen Prozess der Union widerspiegeln.<sup>42</sup>

Daraus sei zu schließen, dass Durchlaufgesellschaften nicht Nutzungsberechtigter iSd Z/L-RL sein könnten und der Begriff deshalb *nicht in einem technischen Sinne* zu verstehen sei, sondern für sein Verständnis die *Zielsetzung der Vermeidung einer Doppelbesteuerung und die Verhinderung von Steuerhinterziehung und -umgehung* maßgeblich sei.<sup>43</sup> Im Übrigen würde auch die auf Grundlage des OECD-MA abgeschlossene Nordische Konvention<sup>44</sup> den „Nutzungsberechtigten“ in diesem Sinne definieren.<sup>45</sup>

#### 2.4. Rechtsmissbrauch, Tatbestandsmerkmale und Beweislast

Bei Beantwortung der Frage, ob es bei Anwendung der Z/L-RL einer speziellen nationalen Vorschrift zur Umsetzung der RL bedürfe oder sich der MS auf einzelstaatliche oder vertragliche Grundsätze oder Bestimmungen zur Verhinderung von Missbrauch berufen könne, kommt der EuGH zu dem in den Urteilen C-116/16 (*T Danmark*) und C-117/16 (*Y Danmark*) gezogenen deckungsgleichen Schluss.<sup>46</sup> Gleiches gilt für die Tatbestandsmerkmale von Rechtsmissbrauch,<sup>47</sup> dessen Nachweis und die Beweislast.<sup>48</sup> Demnach müsse der Grundsatz des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots anders als die Vorschriften der Z/L-RL nicht erst umgesetzt werden.<sup>49</sup>

#### 2.5. „Unternehmen eines Mitgliedstaates“ als Anspruchsberechtigte

Die Inanspruchnahme der Z/L-RL setzt voraus, dass das „Unternehmen eines Mitgliedstaates“ die folgenden drei Voraussetzungen erfüllt: (1) Das Unternehmen muss eine der im Anhang der Z/L-RL genannten *Rechtsformen* aufweisen, (2) es muss nach dem Steuerrecht eines MS in diesem MS *niedergelassen* sein und darf nicht DBA-rechtlich für steuerliche Zwecke als *außerhalb der EU niedergelassen* gelten und (3) einer der in Art 3 lit a Z iii *aufgeführten Steuern* oder einer mit diesen Steuern identischen oder weitgehend ähnlichen Steuer, die nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Z/L-RL anstelle der bestehenden Steuern oder

ergänzend zu ihnen eingeführt wird, unterliegen, ohne von ihr befreit zu sein.

In der Rs C-118/16 (*X Denmark*) war zudem fraglich, ob eine als SICAR<sup>50</sup> luxemburgischen Rechts zugelassene SCA<sup>51</sup> in den Anwendungsbereich der Z/L-RL kommen kann, wenn diese als Nutzungsberechtigte der Zinsen qualifiziert werden könnte. Nach Ansicht des EuGH würde eine solche Gesellschaft zwar das erste und zweite Tatbestandsmerkmal zweifelsfrei erfüllen.<sup>52</sup> Bezüglich des dritten Merkmals wies der EuGH die Beantwortung der Frage, ob die Gesellschaft von der „*imput sur le revenu des collectivités*“ (=luxemburgische KöSt) befreit war, an das vorliegende Gericht zurück.<sup>53</sup>

#### 2.6. Vereinbarkeit einer Quellenbesteuerung mit den Grundfreiheiten

Zur Frage der Vereinbarkeit eines dänischen Quellensteuerabzugs mit Art 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit), Art 54 oder Art 63 AEUV (Kapitalverkehrsfreiheit) stellt der EuGH einleitend fest, dass die Zahlung von Zinsen für ein Darlehen, an dem zwei in verschiedenen MS ansässige Gesellschaften beteiligt sind, unter die Vorschriften über den *freien Kapitalverkehr iSv Art 63 AEUV* fällt.<sup>54</sup> Grundsätzlich könne der bei grenzüberschreitenden Darlehen vorzunehmende Steuerabzug wegen des zusätzlichen *Verwaltungsaufwands* und der *Haftungsrisiken* den Kapitalverkehr iSd Art 63 AEUV beschränken,<sup>55</sup> sei aber ein legitimes und geeignetes Mittel, um die steuerliche Erfassung von Einkünften einer außerhalb des Quellenstaates ansässigen Gesellschaft sicherzustellen und damit ein die Beschränkung des Kapitalverkehrs rechtfertigender Grund des Allgemeininteresses.<sup>56</sup>

Allerdings stelle es aufgrund des *Liquiditätsnachteils* für gebietsfremde Empfänger eine (anhand einer für jedes Steuerjahr einzeln vorzunehmenden Prüfung)<sup>57</sup> *Beschränkung des freien Kapitalverkehrs* dar, wenn eine gebietsansässige Gesellschaft von einer anderen gebietsansässigen Zinsen erhält und in den ersten beiden Jahren auf die Zinsen keine KöSt-Vorauszahlung entrichtet werden muss, während von Zinsen, die an eine gebietsfremde Gesellschaft gezahlt werden, Quellensteuer einzubehalten ist,<sup>58</sup> wenn die gebietsansässige Gesellschaft die KöSt auf diese Zinsen also erheblich später zahlen muss als ein Quellensteuerabzug erfolgt. Der Umstand, dass nur von Zinszahlungen an gebietsfremde Gesellschaften Quellensteuern einzubehalten sind, stünde hingegen Art 63 AEUV nicht entgegen.<sup>59</sup>

42 ECLI:EU:C:2019:134, RN 91.

43 ECLI:EU:C:2019:134, RN 92.

44 Nordische Konvention auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen zwischen Dänemark, Norwegen, Schweden, Finnland, Island und den Färöer-Inseln. *Lehner in Vogel/Lehner, DBA*<sup>6</sup> (2015), Grundlagen, 40a.

45 ECLI:EU:C:2019:134, RN 93.

46 ECLI:EU:C:2019:134, RN 96 ff.

47 ECLI:EU:C:2019:134, RN 96 ff.

48 ECLI:EU:C:2019:134, RN 140 ff.

49 ECLI:EU:C:2019:134, RN 124 ff.

50 SICAR = „société d'investissement a capital à risque“ (Wagniskapitalgesellschaft).

51 SCA = „société en commandite par actions“ (Kommanditgesellschaft auf Aktien).

52 ECLI:EU:C:2019:134, RN 148 ff.

53 ECLI:EU:C:2019:134, RN 151.

54 ECLI:EU:C:2019:134, RN 158.

55 ECLI:EU:C:2019:134, RN 159.

56 ECLI:EU:C:2019:134, RN 160.

57 ECLI:EU:C:2019:134, RN 165.

58 ECLI:EU:C:2019:134, RN 151 f.

59 ECLI:EU:C:2019:134, RN 167.



Auch im Umstand, dass Dänemark bei *verspäteter Abfuhr von Quellensteuern auf Zinszahlungen* an Gebietsfremde höhere Verzugszinsen erhebt als bei verspäteten Zahlungen von KöSt, die auf die Zahlung von Zinsen zwischen Gebietsansässigen zu entrichten ist, sah der EuGH eine *Beschränkung des Kapitalverkehrs*, weil damit grenzüberschreitende Darlehensverhältnisse im Vergleich zu innerstaatlichen Darlehen weniger attraktiv wären.<sup>60</sup>

Gleiches gelte für den Umstand, dass bei Zinszahlungen an gebietsfremde Gesellschaften ein Quellensteuerabzug ohne Möglichkeit des Abzugs von unmittelbar mit dem in Rede stehenden Darlehen zusammenhängenden Betriebsausgaben vorzunehmen ist, während der gebietsansässige Zinsempfänger auf Nettobasis besteuert wird; dies begründe eine Beschränkung des freien Kapitalverkehrs iSd Art 63 AEUV, es sei denn es liege ein Fall von Betrug oder Missbrauch vor.<sup>61</sup> Denn wenn die Z/L-RL wegen der Feststellung eines Betrugs oder Missbrauchs iSv Art 5 Z/L-RL nicht anwendbar sei, könne sich die Gesellschaft nicht auf die im AEUV garantierten Grundfreiheiten berufen.

### 3. Ergebnis

In den beiden Erkenntnissen zur Verweigerung der KEST-Entlastung auf Grundlage der MTR und der Z/L-RL durch die dänische Finanzverwaltung hat der EuGH dargelegt, unter welchen Voraussetzungen unionsrechtlich *Rechtsmissbrauch* angenommen werden kann, der es rechtfertigt, die Vorteile der beiden Richtlinien zu verweigern. Dabei hat er Indizien dafür aufgezeigt, die eine Verweigerung der Entlastung von Abzugssteuern aufgrund missbräuchlicher Nutzung von Zwischengesellschaften (Durchleitungsgesellschaften) rechtfertigen können. Demnach bedürfe es weder innerstaatlicher noch DBA-rechtlicher Vorschriften zur Missbrauchsabwehr, da nach stRsp des EuGH der von den MS zwingend anzuwendende Grundsatz gelte, dass man sich nicht betrügerisch oder missbräuchlich auf das Unionsrecht berufen kann. Vielmehr *müsse* ein MS die Anwendung von EU-Recht *verweigern*, wenn Gestaltungen gewählt werden, die nicht dem Ziel der Vorschriften entsprechen und die nur bewirken sollen, in den Genuss der darin vorgesehenen Vorteile zu gelangen.

Während die bisherige Rechtsprechung des EuGH Rechtsmissbrauch mit „*rein künstlichen Gestaltungen*“<sup>62</sup> gleichgesetzt

hat, verwies der EuGH in den aktuellen Urteilen auf künstliche Gestaltungen, deren wesentlicher Zweck oder *einer der Zwecke* die Erlangung eines Steuervorteils ist. Damit wurde der unionsrechtliche Missbrauchstatbestand erweitert. Der EuGH hat auch Kriterien aufgelistet, die für eine missbräuchliche Zwischenschaltung von Durchlaufgesellschaften sprechen, wie zB die *Weiterleitung von Einkünften kurz nach deren Vereinnahmung* an Rechtsgebilde, die *nicht berechtigt wären, EU-Richtlinien in Anspruch zu nehmen*. Bezüglich der Missbrauch ausschließenden, notwendigen wirtschaftlichen Tätigkeit der Zwischengesellschaft orientiert sich der EuGH an Merkmalen wie der Geschäftsführung, der Bilanz, der Kostenstruktur, den tatsächlich angefallenen Aufwendungen, Mitarbeitern und Geschäftsräumen. Auch den zwischen einzelnen Konzerngesellschaften geschlossenen Finanzierungsverträgen wurde vom EuGH Bedeutung beigegeben.

Zur Auslegung des Begriffs des „*Nutzungsberechtigten*“ iSd Art 1 Abs 1 und Art 1 Abs 4 Z/L-RL sah der EuGH im OECD-MK zu Art 10 (Dividenden) und Art 11 (Zinsen) angesichts derselben Zielsetzung der RL und der DBA-rechtlichen Verteilungsnormen eine relevante Auslegungshilfe, zumal bestimmte Definitionen der Richtlinie auf Art 11 OECD-MA zurückgehen würden. Die fehlende Möglichkeit einer Gesellschaft, über die bezogenen Einkünfte zu verfügen und deren zeitnahe (vollständige oder überwiegende) Weiterleitung an unionsrechtlich nicht begünstigte Empfänger würden jedenfalls gegen eine Nutzungsberechtigung sprechen.



#### Der Autor:

Prof. Dr. **Stefan Bendlinger** ist Steuerberater und Partner der ICON Wirtschaftstreuhand GmbH in Linz. Er ist Fachautor, Vortragender, Lektor an Universitäten und Fachhochschulen. Er ist stv Leiter der Arbeitsgruppe „Internationales Steuerrecht“ im Fachsenat für Steuerrecht der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer und Mitglied facheinschlägiger Gremien in Österreich und im Ausland.



#### Aktuelle Publikation:

Bendlinger/Kanduth-Kristen/Kofler/Rosenberger  
**Internationales Steuerrecht**  
2. Aufl, Wien 2019, 1.214 Seiten  
Preis: € 191,-  
ISBN: 978-3-7007-6397-0

lesen.lexisnexus.at/autor/Bendlinger/Stefan

Foto: ICON

<sup>60</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 170 ff.

<sup>61</sup> ECLI:EU:C:2019:134, RN 151 ff.

<sup>62</sup> ECLI:EU:C:2017:1009 „*Deister Holding AG*“, „*Juhler Holding AG*“; ECLI:EU:C:2018:437 „*GS*“; *Bendlinger*, KEST-Entlastung von EU-Dividenden, WT 1/2018, 34 ff.

**LexisNexis® Onlineshop –**  
**Mehr als 10.000 Werke zu Steuern, Recht und Wirtschaft!**  
Literatur versandkostenfrei bestellen unter [shop.lexisnexus.at](http://shop.lexisnexus.at)